DERECHOS RESERVADOS
Conforme a Ley

Primera Edición: Febrero de 1986

© Librería Studium Ediciones
Plaza Francia 1164
Apartado 2139
LIMA, 1 - PERU

EL NEGOCIO JURIDICO

Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena

Librería Studium

PREFACIO

Entre octubre de 1980 y marzo de 1983, escribí unos comentarios a propósito de los cien artículos que dedicó al Acto Jurídico el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Reformadora nombrada al efecto. Parte de dichos comentarios, concretamente los concernientes al examen de las Disposiciones Generales y los Títulos de Representación y de Interpretación, fueron publicados en 1982 con el auspicio de un generoso prólogo del Dr. José León Barandiarán, a quien desde estas líneas quiero volver a expresar mi gratitud.

Hubo una circunstancia, sin embargo, que me impulsó a desistir de la publicación de los otros capítulos ya escritos y relativos al resto del articulado del Proyecto. En abril de 1983 tuve ocasión de asistir como invitado a algunas sesiones de la Comisión Revisora y aprecié que la misma deseaba suprimir algunas de las reglas proyectadas y modificar otras. En atención a ello no estimé conveniente ni oportuno publicar entonces los comentarios restantes, puesto que los había compuesto sobre normas que probablemente serían retocadas en plazo más o menos breve. Y, en efecto, así ha ocurrido: las sucesivas revisiones y el texto final han cambiado bastante el Proyecto inicial. Valga lo dicho no como disculpa, pero sí como obligada explicación a quienes me solicitaron la publicación de mis comentarios a la total regulación del Acto Jurídico según la versión de la Reformadora. A ellos también deseo agradecerles sus palabras de estímulo y de aliento.

En particular, estoy especialmente reconocido con los miembros de ambas Comisiones. Sé por ellos que algunas de mis observaciones y sugerencias han encontrado acogida en la redacción final del Código y fue esto, en lo que a mí toca, el mejor premio.

En esta materia de Acto Jurídico el nuevo Código ha incorporado significativas novedades y mejoras al tratamiento que le dispensaba el de 1936. Me parece, no obstante, que ciertas figuras pudieron haber quedado mejor perfiladas si la Comisión Revisora no hubiese suprimido o modificado algunas disposiciones que el texto de la Reformadora contenía. La revisión, a la par que con acierto ha retirado varios preceptos francamente polémicos o ha rectificado y mejorado otros con encomiable mérito, ha mutilado diversos Títulos, acaso con exagerado prurito de sencillez o claridad legislativa, o en

aras de una –en mi concepto– excesiva seguridad jurídica. En sede de Acto Jurídico la amputación se ha dejado sentir en casi todas las figuras. Y a mi entender, la nueva disciplina legal –aun siendo mejor que la precedente– se ha quedado a la zaga no sólo de moderna y acreditada doctrina, sino inclusive de legislaciones civiles ya con abolengo.

Con todo, comparando en conjunto ambos Códigos, estoy persuadido de que el cambio ha sido para mejor, si bien el nuevo es perfectible y sin duda puede ser criticado con severidad en algunas de sus disposiciones. El Código de 1936, bueno es general, pronto acusó defectos de orden y de sistema y devino rápidamente insuficiente e incapaz para admitir nuevas fórmulas contractuales y para compaginar su regulación con la ya existente o requerida por realidades sociales y económicas sobrevenidas. Sin merma de otras destacadas cualidades, estimo que la mayor virtud del joven Código es que, sin provocar fuertes rupturas en el sistema jurídico civil y comercial, cubre importantes vacíos del anterior que una legislación dispersa y la doctrina y la jurisprudencia no supieron colmar. Y serán sobre todo la nueva doctrina y la jurisprudencia, la práctica y el tiempo, los que a la postre juzgarán el nuevo Código con perspectiva y con serenidad.

Debido a las diferencias entre el Proyecto y el Código, he tenido que modificar, como es natural, tanto la distribución de mis comentarios anteriores como buena parte de su contenido. Con relación a lo primero, la supresión de varios artículos ha motivado redistribución de materias. En lo que toca al contenido, he pulido la exposición de bastantes conceptos, incorporando fundadas sugerencias y acogiendo valiosas observaciones. También me he preocupado de exponer someramente diversas materias o puntos problemáticos que la legislación ha omitido reglamentar y que juzgo relevantes ante posibles cuestiones prácticas.

Atendiendo a las exigencias del Derecho vivo, los preceptos legales se exponen y examinan tratando de indagar su justificación teórica y funcional, procurando dilucidar las principales dudas que su aplicación pueda ofrecer. La explicación sistemática es precedida por unas consideraciones de orden general sobre las distintas materias, donde se abordan y tratan aspectos que exceden del análisis singular de cada artículo. El trabajo, pues, puede ser calificado de compendio teórico-práctico del tratamiento de la institución negocial en el nuevo Código.

En lo que a bibliografía concierne, al final de la obra se consigna la citada en el curso de la misma. Para la investigación y sustento de la exposición me he ceñido, principalmente, a la doctrina más moderna a mi alcance, seleccionando entre ella la que creo más solvente y mayoritaria. Mas sin desdeñar , por cierto, la cita de doctrina de autores ya clásicos pero todavía vigentes por su valía. En cambio, sí he preferido soslayar planteamientos de vanguardia o propios de otros sistemas jurídicos diferentes o más complejos y que acaso pudieran considerarse aventurados para avalar o discutir el nuevo ordenamiento civil positivo.

Luego de concluido el presente trabajo se han publicado interesantes obras y artículos concernientes a la disciplina del Acto Jurídico en el nuevo Código. De especial relieve en el país es la "Teoría del Acto Jurídico", del Dr. Fernando Vidal, a quien debo expresar aquí mi gratitud por la deferencia de citar mi anterior estudio. Razones profesionales, ausencia del Perú y exigencias editoriales no me han permitido –como hubiera sido mi deseo– intercalar en el texto los comentarios que dichas obras y artículos en justicia merecen, o las citas correspondientes. Particularmente, la obra de Vidal ha venido a confirmarme en algunas opiniones sobre las cuales estaba indeciso, y seriedad intelectual me obliga a declararlo en este prólogo ante la imposibilidad de hacerlo en los lugares apropiados del texto. Mas también, en otros puntos o materias, discrepo con algunas opiniones de Vidal. En estos pocos casos y en los demás que una relectura lo ha hecho imprescindible, figuran con números romanos unas referencias que remiten al apéndice.

Como abogado en ejercicio más que estudioso de gabinete, he referido lo que yo creo que son la opinión y voluntad del codificador. Es decir, la razón de ser de las reglas y su modo de aplicación. Solamente donde me ha parecido imprescindible o caben diversas interpretaciones, he dejado expuestas y razonadas mis preferencias o simpatías por tal o cual tesis.

No tiene este estudio otras ambiciones o propósitos que los dichos y el de servir de guía y de introducción. Confío en que al estudiante y al profesional puedan serle de utilidad las páginas que siguen.

Para terminar, quiero manifestar mi agradecimiento a mis socios del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano y del Bufete L.C. Rodrigo-Abogados, de Madrid, por las facilidades y consejos y recibidos.

Juan Guillermo Lohmann

Cap. I

EL HECHO JURIDICO, CONSECUENCIAS DE DERECHO Y RELACION JURIDICA.

1. PREMISA

Antes de comentar los nuevos artículos del Código Civil objeto de este estudio, es útil el análisis de ciertos principios que les prestan sustento fáctico y doctrinario y afianzan su comprensión. De ahí, pues, que este primer capítulo deba considerarse como premisa. Y es que sólo se advierte la trascendencia del acto jurídico cuando previamente se percata de lo extenso de sus fronteras; que todo el Derecho de significado patrimonial (1) reposa en él y que es fuente de casi toda relación jurídica.

Por otra parte, en el ámbito del estudio casuístico o en la tesitura de identificar una determinada figura jurídica, es necesario conocer el factor principal que sirve de nexo entre el punto objeto de atención en ese momento y otros conceptos o instituciones jurídicas. Nos preguntamos, en suma, sobre la razón que motiva que tal o cual acontecer, o suceso, o situación, que por su propia naturaleza es ajeno al Derecho, sea acogido o incida en él y, de una u otra forma, tenga valor jurídico. Otras veces, procederemos a la inversa, esto es, tratando de revestir de importancia a ciertas circunstancias, humanas o no, con el objeto de reforzar un argumento, completar una idea o aclarar un planteamiento.

Para estas ocasiones, un adecuado conocimiento de la doctrina del hecho jurídico resulta de sustancial utilidad. Nuestro Código civil no se pronuncia sobre él, como sí lo hacen otros (2). Pero es necesario su estudio, porque determina la juridicidad de los actos o procederes humanos y de ciertos vínculos que se denominan relaciones jurídicas. De aquí que el hecho jurídico haya sido motivo de estudios (3) entre los tratadistas y en la cátedra universitaria sea forzosa introducción al estudio del acto jurídico, de las

---

(1) No sólo en cuanto comprende autonormativa de intereses sobre bienes de naturaleza o contenido económico, sino también cuando por mandato legal se imponen indemnizaciones.

(2) El de Argentina, por ejemplo, en los artículos 896 y ss.

(3) Magníficos trabajos en castellano son: BOFFI BOGGERO, Luis María: "Teoría General del Hecho Jurídico". Editorial Bibliográfica Argentina SRL, Buenos Aires, 1962; AGUIAR, Henoch D.: "Hechos y Actos Jurídicos en la Doctrina y en la ley". Ed. Tipografía Argentina Buenos Aires, 1950.

obligaciones y de los contratos. Y no solamente por eso, sino porque también tiene importancia dedicar unas líneas a la manera en que los hechos se integran al Derecho, es que hemos creído oportuno hacer referencia a ello.

2. RELACION JURIDICA

Interesan especialmente las reflexiones sobre el hecho jurídico en atención a que —excepción hecha de la norma— es el creador o fuente de manera mediata o inmediata de toda relación jurídica. Su razón suficiente (4). Por cierto que no todo hecho da lugar (por nacimiento, modificación o extinción) a una relación jurídica, sino sólo cuando la ley o un negocio jurídico así lo señalan. Hay hechos naturales o hechos humanos que no interesan al Derecho; como también hay hechos que en principio no entran en el marco jurídico, pero que pueden tener connotación de juridicidad dadas las circunstancias. Así, por ejemplo, si un viajero se queda dormido y no se apea en el lugar convenido hasta el cual pagó su transporte.

Con referencia a la relación jurídica se ha dicho (5) que se manifiesta como un señorío jurídico frente al cual hay una sujeción. Pero nos inclinamos más bien a creer con Espín Cánovas, citado por Castán Tobeñas (6), que "el hecho jurídico debe poner en relación de poder y correlativamente de deber, a dos personas; si, por el contrario, el hecho jurídico crea, modifica, o extingue una posición jurídica para una persona sin relación directa con otra, habrá una situación jurídica, pero no una relación jurídica".

La relación jurídica, en cuanto instituye un cierto deber de comportamiento, viene a ser la idea que preside todo análisis fecundo de los actos y negocios jurídicos, porque sin esta noción quedarían huérfanos de explicación en tanto que figuras que regulan jurídicamente circunstancias y relaciones económicas y sociales.

Y no puede ser de otro modo, ya que en el ámbito del Derecho privado son los negocios y los actos los que estatuyen los límites de las facultades del poder crear y disponer de derechos y deberes. Como apuntan Díez-Picazo y Gullón (7), la relación jurídica "se nos aparece como una relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica que asigna a cada individuo un poder en donde su voluntad reina independientemente de otra voluntad extraña". Esta afirmación requiere, sin embargo, ciertas matizaciones. En primer lugar, que la regla jurídica no es sólo la norma de Derecho positivo, sino también la derivada de la voluntad concertada de las partes y que éstas han elevado al rango de norma singular (8) de Derecho entre ellas, revistiendo así trascendencia jurídica.

En segundo término, como se deja ver de las líneas anteriores, por persona no debe entenderse exclusivamente el titular de personalidad física, sino también jurídica. Aún más: varias personas pueden ser una parte de la relación jurídica, siendo otra u otras personas la otra parte; caso en el cual dos personas de una sola parte, en una singular relación jurídica, no deben tener voluntades independientes y separadas, sino cohesionadas ante la otra.

(4) LLAMBIAS, Jorge Joaquín: "Tratado de Derecho Civil". Ed. Perrot, Bs.As., 1982. Tomo II, pág. 249.
(5) BONET RAMON, Francisco: "Compendio de Derecho Civil". Madrid, 1959, Tomo I, Pág. 258.
(6) CASTAN TOBEÑAS, José: "Derecho Civil Español, Común y Foral", Tomo I, Volumen II, pág. 7, Editorial Reus, Barcelona, 1971.
(7) "Instituciones de Derecho Civil" Tecnos, Madrid, 1974, Vol I, pág. 175.
(8) ESPINAR LAFUENTE, Francisco: "El negocio jurídico". Reus, Madrid, 1963.

Por añadidura, los límites del dominio de la voluntad no son infinitos o independientes en forma absoluta, sino que quedan sujetos a los marcos impuestos ora por la ley (que impide ciertas conductas), ora por la propia naturaleza de la relación jurídica existente. Y, además, tal relación jurídica no debe ser circunscrita a la derivada de un concierto de voluntades, porque el vínculo entre el causante de un daño y quien lo sufre da lugar a exigir una indemnización por responsabilidad aquiliana, que no dimana del acuerdo de voluntades.

Visto, así, el curso de la vida no es sino un permanente entramado de relaciones que, de un plano social, pasan a ser jurídicas y que se van creando, modificando o extinguiendo más o menos elásticamente según el dispositivo legal o convencional que organiza y disciplina nuestras conductas como poder o deber, en función de otro sujeto (de derecho), o de cosas (9). Aunque como anota Messineo (10), la relación jurídica sobre una cosa forzosamente ha de pasar sobre relaciones con personas, con quienes la relación es de carácter excluyente (11).

De lo expuesto no debe creeerse, sin embargo, que la relación jurídica encierra, forzosamente, a dos partes en un sólo vínculo de recíproco poder-deber que no afecta a terceros. Antes bien no deben olvidarse tantos otros casos en los que la relación jurídica comprende una cierta generalidad de individuos o entidades con deberes positivos o negativos (de acción o de omisión). Ejemplo típico de ello será, precisamente, el derecho de propiedad o el derecho al nombre o a la intimidad, cuyo titular podrá exigir de todos los demás individuos un determinado comportamiento (excluyente) (12).

Consecuencia de ello será también que las ocasionales relaciones jurídicas no siempre se agotan en sí mismas, sino que sirven de sustento o base de otras, que a su vez generan nuevos derechos y obligaciones.

El objeto de la relación jurídica (13) en el ámbito del derecho patrimonial, será siempre una conducta que es materia de regulación (caso típico de las obligaciones de hacer o de no hacer), o bienes susceptibles de ser valorados económicamente.

La relación jurídica, particularmente la de carácter negocial, enmarca un interés que, como apunta Santoro (14), es el valor relativo que un bien

(9) ENNECCERUS: "Tratado de Derecho Civil". Parte General, Vol. I, 64 pág. 285.
(10) MESSINEO: "Derecho Civil y Comercial". Ejea, BSAS, Tomo II, parágrafo 7.
(11) BETTI: "Teoría de las Obligaciones". Edersa, Madrid, 1969, Tomo I, pág. 3-8, refiriéndose al derecho real, indica que contiene "una relación de atribución y de correlativa exclusión". En igual sentido BONET, Francisco: "Compendio de Derecho Civil", Tomo I, pág. 269.
(12) LARENZ, Karl: "Tratado de Derecho Civil Alemán". Edersa, Madrid, 1978, pág. 246 y ss.
(13) DIEZ PICAZO y GULLON: "Sistema de Derecho Civil". Tecnos, Madrid, 1980, Vol. I, pág. 493.
(14) SANTORO PASSARELLI, Francisco: "Doctrinas Generales de Derecho Civil", pág. 67.

—y agregaremos nosotros, una conducta—, tiene para determinados sujetos involucrados en el vínculo jurídico, dando lugar a derechos subjetivos. Interés y derechos subjetivos que no sólo son establecidos por las partes, sino que en lo mínimo y, a veces, en lo máximo, vienen dados normativamente. Así pues, con el endoso de una letra de cambio, al surgir un nuevo nexo jurídico entre el tenedor y el librado la ley impone ciertas limitaciones a éste, como la de no poder oponerse al pago alegando excepciones personales con el antiguo tenedor.

3. CALIFICACION JURIDICA DEL HECHO

Los tratadistas franceses que influyeron en el Código Napoleónico, en lugar de estudiar el acto jurídico desde una óptica realista (15) y verlo como instrumento para regular en un marco social las conductas de los hombres y no para atarlas, lo concibieron como una suerte de rígida abstracción lógica a la que el intelecto racionalista dotó de ciertos elementos y requisitos ordenados a la manera de un organismo humano. De aquí que, sobre esta base, Bonnecasse más tarde llegara a decir que "el acto jurídico constituye un verdadero organismo sometido en cuanto a su existencia a la concurrencia de ciertos elementos vitales" (16). Por eso equivocadamente concluyeron que la juridicidad estaba determinada por la coincidencia perfecta entre los actos y la ley; de ello inferían que el acto que no contase con los elementos que ellos llamaban *vitales*, carecía de valor, quedaba huérfano de efectos y de trascendencia jurídica. Por ende, a la nulidad —por aludir sólo a un caso— la despojaron de su esencia romana para trocarla en humilde guardiana de la estructura orgánica y externa del acto.

Mas con el tiempo (quedando rezagado el positivismo, el normativismo y el formalismo kelseniano) se ha ido diluyendo esta concepción y hoy prevalece la opinión de que el Derecho no consiste en la aplicación lógica de una norma sin averiguar su *ratio juris* y que la juridicidad no sólo está dada por la conformidad de los actos con las leyes.

Antes bien, se inclina la corriente doctrinaria a sostener que la juridicidad no consiste en tal conformidad, sino en la aptitud que tienen ciertos actos y ciertos hechos para generar efectos que merecen consideración jurídica según especiales criterios valorativos. En esta línea de pensamiento, resultan ilustrativas las palabras de Francisco Carnelutti: "Cuando se habla de acto jurídico, se alude a una realidad que el acto o el hecho poseen; el acto es jurídico en cuanto tiene esta cualidad, que es la de producir efectos jurídicos" (17).

Rechazada por inexacta y por engañosa la concepción organicista de los actos jurídicos, la doctrina empieza a prescindir del adjetivo *vital* para calificar a los elementos del acto. Estos elementos son necesarios, por cierto, pero el vicio de los mismos ya no induce a la inexistencia del acto. Porque al Dere-

(15) Merece aquí recordarse la tan repetida afirmación de Julliot de la Morandiere: "No creo que exista en sí el acto jurídico. Existen actos jurídicos".

(16) BONNECASSE, Julián: "Elementos de Derecho Civil". Editorial Cajica. México. 1945. Tomo II, pág. 276.

(17) En "Lecciones sobre el Proceso Penal". Citado por PINA, Rafael de: "Derecho Civil Mexicano". Ed. Porrúa, México, 1932. Tomo I, pág. 264. En igul sentido, MESSINEO, Francisco, "Derecho Civil y Comercial". Ed. Ejea, BSAS 1971, Tomo II, pág. 332.

cho, como dicen los anotadores de Enneccerus, no le interesa la distinción entre el ser y el no ser, o entre el existir o el no existir, sino entre el valer y el no valer.

Valer, validez, esta es la palabra esencial sobre la que se desenvuelve la teoría actual y la práctica jurisprudencial del acto y del hecho jurídicos. Porque el Derecho no es solamente —como quieren verlo algunos— el espejo de un orden social o económico, sino también, y sobre todo, un instrumento para disciplinar las conductas de los hombres a la luz de ciertos valores trascendentes (18). Son las normas jurídicas las que plasman estos valores y las que mandan, permiten o prohiben determinado comportamiento o recogen un hecho o una relación que se reputan dignos de regulación jurídica. Así pues, toda norma de derecho sustantivo comporta un determinado valor referido a una conducta que se contrasta con la conducta tipo buena y justa (19). Si la norma fuera religiosa, conllevaría un valor religioso reclamando cierta conducta acorde con ese valor; si la norma es moral, el valor que la inspira será un valor moral. Mas tratándose de una norma jurídica, incorpora en sí un valor jurídico que es una respuesta positiva o negativa a la *exteriorización* de una conducta. Por eso, externamente, la norma contiene un elemento matemático que aspira a abarcar todos los casos posibles y sus consecuencias, con la máxima economía de formulación (20).

Vista la validez de este modo, es decir, enfocada atendiendo a los efectos de un hecho o un acto, se explica nítidamente la diferencia entre invalidez e ineficacia. La invalidez entraña un juicio valorativo, la ineficacia invoca una apreciación fáctica; la primera es una excogitación conceptual, la segunda es un estado de hecho (21). De este modo, la función del jurista consiste en apreciar normativa y valorativamente un hecho o acto determinados.

Así, pues, los hechos se integran al Derecho en virtud de una calificación que consiste, precisamente , en estudiar la subsunción de los hechos dentro de los términos de la ley o de un negocio (22). Sólo después de calificados merecerán o no ser considerados como jurídicos.

La regla jurídica (particularmente la obligacional), sin embargo, guarda un distingo importante respecto de las religiosas y las morales. En estas dos últimas su valor normativo se enfoca al cumplimiento de determinados deberes de carácter absoluto e imperativo. La primera, por el contrario, no sólo genera deberes sino también frecuentemente derechos correlativos y, respecto de tal regla obligacional, su inobservancia conlleva de ordinario la posibilidad de hacerse acreedor a una sanción cuya observancia puede ser exigida. De aquí se aprecia su relatividad y su función de atribución, en cuanto que

(18) Tiene "sustancia de necesidad moral". La frase es de Capograssi, citada por STOLFFI, Guillermo: "Teoría del Negocio Jurídico". Edersa. Madrid. 1959.

(19) Pues como decía CELSO, *"ius est ars boni et aequi"*: el Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo.

(20) H. FIEDLER, citado por José Olivera en "La aurora de la razón jurídica", Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Diciembre. 1980.

(21) Merece verse, sobre este tema, la Exposición de Motivos al Anteproyecto del Acto Jurídico presentado por la Dra. Zusman y el Dr. de la Puente.

(22) PERELMAN, Ch. "La lógica jurídica". Civitas, Madrid, 1980, pág. 50

no es de carácter absoluto o genérico, sino que está enfocada a obtener una prestación de un tercero o a oponerle un derecho (23).

En este orden de ideas, la regla jurídica negocial puede contener una hipótesis de conducta, cuya realización está condicionada a una circunstancia (hecho, situación, acto), para poder producir consecuencias jurídicas (24). Es decir, que bajo el ámbito del derecho obligacional sólo es parcialmente cierta la definición que considera al hecho jurídico como el acontecimiento susceptible de producir consecuencias jurídicas. O, en todo caso, sólo elípticamente hablando podríamos aceptar esta definición como plenamente valedera. En efecto, la susceptibilidad de producir efectos jurídicamente relevantes y la naturaleza de ellos, no radica en tal o cual hecho *per se* sino solamente en la medida que el ordenamiento positivo, o por delegación de éste la autonomía privada a través de una regla jurídica, consideran que ciertos hechos se adecúan a los valores que deben plasmarse en una conducta, y que sólo por tal virtualidad estiman necesario darle valor jurídico. No es la realidad la que determina la norma, sino que es ésta —en su función organizadora— la que configura la realidad jurídica (25).

Se observarán dos primeras conclusiones que se pueden extraer de lo expuesto. La primera de ellas es que no siempre el hecho requiere ser posterior a la norma que lo atrae a la juridicidad, pero sus efectos siempre tienen que ser posteriores a ella (26). De esto se deriva un corolario: la juridicidad del hecho es debida a sus consecuencias, aunque éstas se difieran en el tiempo respecto del factor que las originó. La segunda conclusión fácil de inferir es que tales consecuencias jurídicas pueden ser positivas o negativas en el sentido que establecen obligaciones de hacer algo o de abstenerse de hacerlo. A estas dos conclusiones nos iremos refiriendo *in extenso* más adelante.

4. SUPUESTO JURIDICO

La hipótesis jurídica, también llamada supuesto jurídico o supuesto de hecho, no debe ser confundida con el hecho jurídico. El supuesto jurídico o supuesto de hecho (*Tatbestand* en la doctrina alemana, *Fattispecie* en la italiana) es uno de los elementos que integran la norma jurídica y que como hipótesis, o , mejor dicho como juicio hipotético condicionante, establece el o los requisitos (27) (hecho, acto o situación) que deben presentarse o concurrir para que se produzca la consecuencia señalada en la parte dispositiva de la norma. Precede, por lo tanto al hecho jurídico (hecho inicial, o antecedente para algunos o causa eficiente para otros) que pone en marcha el mecanismo jurídico.

El supuesto jurídico es, entonces, el hecho (supuesto simple) o conjunto de hechos (supuesto complejo) recogidos por la ley o por la voluntad, que

(23) Que ni siquiera en el derecho real es absoluto o genérico, por la limitación que la socialización ha impuesto y porque el concepto de *erga omnes* es tal no en cuanto al universo de personas, sino sólo respecto de los que pueden verse vinculados a la cosa o interesados en ella.

(24) De aquí que el hecho (momentáneo) revestirá calificación de acto o de situación (hecho duradero), dependiendo de la apreciación legal.

(25) DE COSSIO, Alfonso: "Instituciones de Derecho Civil". Alianza Universidad, Madrid, 1975, Tomo I, pág. 139.

(26) Con la salvedad de la condición supeditada a un hecho futuro e incierto, a la que ciertos ordenamientos reconocen efectos retroactivos incluso en defecto de acuerdo de las partes.

(27) ENNECCERUS, L.: *op. cit.*, Tomo I, Vol. II, pág. 53 y ss.

se han realizado o pueden realizarse y a los que se vinculan ciertas consecuencias. Como dice Perelman (28) "una vez establecidos los hechos, basta formular el silogismo (. . .) cuya premisa mayor debe estar formada por las reglas de derecho apropiadas y la menor por la comprobación que se han cumplido las condiciones previstas en la regla, de manera que la decisión viene dada por la conclusión del silogismo".

Hay que recalcar, no obstante, que la interpretación del supuesto de hecho es previa a su calificación y a su valoración jurídica. Vale decir, que el resultado del análisis del supuesto puede llegar a condicionar la calificación jurídica.

De otro lado, no todo supuesto jurídico responde necesariamente a un hecho, entendiendo éste como un acontecimiento externo de la naturaleza o que obedece a la conducta humana. Esta visión ha inducido a numerosas distorsiones en la comprensión de la norma, si bien todos coinciden en que ésta regula la conexión entre el Derecho y la acción (incluyendo la omisión). Aunque después aludiremos a ello con más amplitud, es oportuno hacer mención ahora que no todo lo que denominamos hecho jurídico y que tiene trascendencia en el mundo del Derecho, se resume en un suceso temporal, realmente ocurrido y que provoca, al parecer, un cambio o una transformación del mundo exterior. También deben ser entendidos como hechos jurídicos ciertas "situaciones jurídicas o derechos subjetivos que no son hechos, ni transformaciones de la realidad, ni se hallan tampoco especialmente circunscritas" (29), pero que dan origen a consecuencias jurídicas y se plasman en derechos y obligaciones exigibles una vez que se hacen presentes. En algunas ocasiones estas situaciones jurídicas (también *status*) concurren con ciertos hechos, pero éstos, en conjunto o tomados separadamente, no pueden ser confundidos con tal situación jurídica. Tal es el caso de la mayoría de edad.

Y este ejemplo de la edad acabado de proponer, nos conduce al análisis de otro aspecto que, sin ser propiamente un hecho jurídico, se acoge bajo su esfera a los efectos de ser considerados como tal y posteriormente ser reputado como supuesto. Nos referimos al ordenamiento jurídico y a los casos en que la ley, supliendo un acto humano que ha debido tener lugar como secuencia lógica de otros actos, se constituye en supuesto sustituyendo así lo que, en circunstancias normales, hubiera debido hacerse presente. Dicho de otro modo, no todo hecho jurídico es un "hecho" material, con realidad fenoménica.

Podemos, pues, decir que la locución hecho jurídico posee un significado más ancho que en el lenguaje cotidiano y que como las reglas jurídicas establecen en la generalidad de los casos una proposición condicional, que se encuentra sujeta a una hipótesis (supuesto), el hecho puede ser entendido de modo preliminar como la realización de dicha hipótesis.

(28) PERELMAN, Ch.: "La lógica jurídica", pág. 39.

(29) GARCIA MAYNEZ. "Introducción al Estudio del Derecho", pág. 170 y ss.

5. EL HECHO JURIDICO. DEFINICION

Estamos ya en condiciones de definir el hecho jurídico, que, según hemos visto, es bastante más comprensivo de lo que su enunciado parece indicar. Llámase hecho jurídico, por lo tanto, a aquel suceso o situación, o conjunto de ellos, que condicionan el supuesto de derecho o hipótesis jurídica y que en virtud de ello tiene la eficacia jurídica.

No están comprendidos en la categoría de hechos jurídicos los actos lícitos que, aun estando permitidos por el Derecho, no determinan un acontecimiento jurídico (30).

Se aprecia entonces que el hecho jurídico no es tan sólo un acontecimiento de la naturaleza sino que, tal como habíamos anticipado, alcanza también a situaciones y actitudes humanas, afectando relaciones y posiciones jurídicas. No debe, pues, circunscribirse el hecho a circunstancias empíricas —o fenómenos o sucesos, al decir de Ruggiero (31)—, sino también a realidades racionales, tengan o no lugar para los sentidos. En otras palabras, la sensibilidad jurídica es más amplia de la que se revela a los sentidos humanos, pues alude también a los *status*, cualidades o atributos, por lo que, en última instancia, el hecho jurídico podría ser reducido a lo que constituye un influjo jurídico en cuanto se relaciona con el supuesto. Por eso León Barandiarán les llama hechos jurígenos.

No sufragamos, pues, por la opinión de Kelsen cuando este ilustre jurista vienés dice que si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito) se pueden distinguir dos elementos: por una parte, un acto perceptible para los sentidos, que acaece en un espacio y en el tiempo, es decir, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte, un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento (32).

No coincidimos tampoco con la corriente doctrinaria que conceptúa al hecho jurídico sólo como aquella causa (33) cuyos efectos provocan un cambio, una modificación o una alteración en la realidad jurídica preexistente. También da continuidad o afianza lo previo. Sobre este aspecto debe tenerse presente que con singular frecuencia el hecho jurídico se limita a confirmar o ratificar lo preexistente. Así, una declaración de voluntad —un hecho jurídico— enfocada a la confirmación de un negocio jurídico aquejado de nulidad relativa, no puede de modo absoluto y excluyente calificarse de modificatorio de una situación anterior. La declaración de voluntad, que es un hecho jurídico humano de particular importancia, se ha enfocado expresamente a una exclusiva finalidad: ratificar la validez de otro hecho jurídico anterior. Con ello, por cierto, no ha pretendido cambiarlo, modificarlo o

(30) SANTORO, Francisco: *op. cit.*, pág. 109.
(31) RUGGIERO, Roberto de: "Instituciones de Derecho Civil". Editorial Reus, Madrid, s/f. Tomo I pág. 244.
(32) KELSEN, Hans:"Teoría Pura del Derecho". EUDEBA, Bs. As., 1970, págs. 36 y ss. En el mismo sentido se expresa OERTMANN, Paul: "Introducción al Derecho Civil". Labor, México, 1933, pág. 173 y ss.
(33) RUGGIERO, Roberto: *op. y pág. cit.*. No compartimos la bondad del vocablo para expresar lo que pretende, pues no hay exactamente una relación automática de causa a efecto, sino un factor que es calificado antes de producir el efecto.

alterarlo. Podrá decirse, con razón, que tal hecho confirmatorio modifica la situación jurídica preexistente, pues, verbigracia, la compra-venta que fue anulable ha dejado de serlo, que lo que era precario se torna firme. E incluso que puede afectar a terceros. Pero también debe aceptarse que, desde el punto de los efectos negociales prácticos, el acto no ha experimentado variación, en tanto que no hay nueva adquisición, modificación o transferencia de derechos u obligaciones. Por supuesto, la obligación precedente no se extingue, ni varían las situaciones empíricas ni todas las jurídicas de los implicados por la relación.

No parece acertada, por último, la corriente francesa (algo abandonada, por lo demás) que estima que el resultado del hecho no ha de ser querido por quienes se ven involucrados. No es acertada porque, efectivamente, el hecho puede ser querido —y hasta previsto— cuando, por ejemplo, de él depende una condición suspensiva o resolutiva.

Basta, pues, que el hecho revista potencial influjo o trascendencia jurídica para que podamos considerarlo como tal. En este sentido, resulta especialmente feliz la locución "respuesta jurídica" utilizada por Betti, en cuanto el Derecho responde al influjo del hecho (34).

6. CLASIFICACION

El deseo humano de sintetizar ha llevado a Boffi (35) a intentar una clasificación de las diversas doctrinas o corrientes expresadas sobre el hecho jurídico. Pese a que no coincidimos a plenitud con Boffi, particularmente al citar a ciertos tratadistas, estimamos que su clasificación es la más acertada de cuantas conocemos, por lo que a ella nos remitimos, señalando donde sea pertinente las observaciones que nos motiva.

6.1. Cita en primer lugar a aquella escuela que encuentra en el hecho jurídico "algo que por su propia naturaleza no es idóneo para producir las consecuencias de Derecho". Estas consecuencias, añade, las consiguiría ya en confrontación con el orden jurídico, "ya por obra del reconocimiento a las virtudes del hecho jurídico". Enumera a Ruggiero entre los autores que se adhieren a esta escuela.

6.2. Alude a continuación a quienes consideran que las consecuencias jurídicas provienen de "la combinación del hecho jurídico y del ordenamiento (positivo)". Entre los más distinguidos preconizadores de esta corriente sitúa a Scialoja y a Coviello.

6.3. Un tercer grupo "estima que el hecho jurídico es el producto de una respuesta dada legalmente a un determinado tipo de situación, o bien el resultado de una particular reacción del espíritu humano sobre la realidad social". Ubica a Betti entre los seguidores de esta idea.

6.4. Menciona también a quienes miran al hecho jurídico como el suceso empírico "o la actividad de un sujeto singular cuyo impulso concreta la norma jurídica para producir efectos de Derecho".

(34) BETTI, Emilio: "Teoría del Negocio Jurídico". Edersa, Madrid, s/f pág. 5 y ss.
(35) BOFFI, Luis María: "Teoría General del Hecho Jurídico". BSAS. 1962.

6.5. Otro conjunto de tratadistas conceptúa simplemente al hecho jurídico como el hecho material que acompaña el cambio de una situación jurídica.

6.6. Y cierra Boffi su clasificación, refiriéndose a quienes expresan que "los hechos jurídicos son los regulados en un ordenamiento jurídico positivo en exclusiva conformidad con sus fines especiales". No ha sido muy explícito Boffi al explicarnos esta última teoría, por cierto, pues ni nos define al hecho ni sus efectos, conformándose con decirnos que el Derecho los regula. Y explicaciones de esta naturaleza son tan inexactas y en ocasiones tan distorsionadas como definir a una persona por la sombra que produce.

Dejando al margen esta última glosa tan imprecisa de Boffi, ha de reconocerse que su intento clasificador, en efecto, cobija adecuadamente y sustancialmente extractadas las ideas matrices por cuyos senderos han transitado no pocos civilistas de lustre. Pero no necesariamente ha de entenderse que todas las corrientes doctrinales tan brevemente expuestas son distintas o antagónicas entre sí. Antes bien, el lector atento podrá parar mientes en que a la postre es el ordenamiento legal o privado el que califica tal o cual circunstancia o situación, atribuyéndole de inmediato un significado y unas consecuencias. Todas las escuelas, pues, coinciden —como se ha visto— en este extremo del planteamiento conceptual del hecho jurídico. Mas no concuerdan en lo que al otro extremo se refiere: los alcances y el tipo de fenómenos que se disuelven en efectos jurídicos y la singular potencialidad que tales fenómenos poseen o no poseen para generar esos efectos; o, dicho de otra manera, si estos efectos son intrínsecos al fenómeno; si resultan de una combinación con el ordenamiento; o si es éste (el ordenamiento) el que contiene en sí la susceptibilidad de producir efectos a la espera de un impulso determinado.

Nuestra opinión, expresada ya en páginas anteriores, se acerca más que a otras a la sostenida por Betti, no sin ciertos comentarios, sin embargo. Creemos, en primer término, que resulta restrictivo circunscribir a la ley la posibilidad de dar la respuesta necesaria para que un hecho jurídico sea calificado como tal. El Derecho, como creación y respuesta de la vida humana, es mucho más comprensivo y sus fronteras no se quedan en las de la simple ley, que en última instancia no es sino simplemente la manifestación externa del Derecho. El Derecho no es solamente la ley, es mucho más. Particularmente en el campo de las obligaciones donde la ley muchas veces se limita a completar o suplir la voluntad de las partes imponiéndole ocasionalmente ciertos límites. Frecuentemente es la voluntad contractualmente expresada la que determina que cierto hecho tenga trascendencia en esa relación obligatoria.

No hay, según ha podido verse, unanimidad de criterios en lo que toca a definir los alcances y diferencias del hecho jurídico respecto de otras figuras afines o complementarias. Ello induce a no pocas confusiones al momento de desentrañar los significados según las diferentes corrientes de opinión. En este sentido, Manuel Zorrilla (36) ha condensado el estado de la cuestión en lo

(36) ZORRILLA RUIZ, Juan. En "Derecho Civil", de CARBONNIER, Jean. Ed. Bosch. Barcelona 1960. Tomo I, Vol. 1. También merece verse, por su claridad en este extremo, la tesis de MUÑIZ, Jorge. "Interpretación de los contratos civiles". Universidad Católica. Lima, 1975.

que a las doctrinas francesa y alemana respecta. Puntualiza que, en el caso de la primera de las nombradas, se considera al hecho como "la producción de efectos jurídicos ex facto, quiéralos o no la voluntad o, para ser más exactos, al margen de su previsión". Refiriéndose a la doctrina alemana, señala que por hecho entienden la "producción de efectos jurídicos emanados de hechos de la naturaleza humanamente incontrolados".

7. EFECTOS JURIDICOS

Así pues, conociendo ya someramente lo que se pretende significar como hecho jurídico, pasemos a enterarnos de sus diferentes especies o, mejor, de las distintas maneras en que se presenta. No interesa mencionarlos por los efectos que produce, que ello resultaría infinito y casuístico. Bástenos con saber, con relación a tales efectos jurídicos, que suelen ser inmediatos al hecho que los provoca. Esto es, verificado que el hecho corresponde al supuesto recogido, el efecto no se hace esperar. A veces, sin embargo, puede tener eficacia retroactiva.

Por otro lado, también conviene mencionar que los efectos pueden ser provisionales o definitivos, según deban o no ser ratificados con posterioridad. En otras ocasiones, el efecto jurídico tiene consecuencias oponibles *erga omnes*, o sólo son referidos a determinados sujetos de una cierta relación jurídica legal o convencional. Otras veces los efectos pueden ser positivos o negativos (omisión); o constitutivos, modificativos, extintivos o impeditivos de derechos u obligaciones. De aquí, pues, que reseñar los efectos jurídicos que pueden presentarse, desborda la finalidad de estas líneas.

Por lo demás, según enseña Enneccerus, "diversos supuestos de hecho pueden tener el mismo efecto jurídico (. . .); el mismo supuesto puede tener diferentes efectos jurídicos (. . .)". Y continúa anotando que: "Nada se opone tampoco a que dos hechos jurídicos derivados del mismo hecho natural, produzcan sus respectivos efectos jurídicos" (37).

Inclusive, un mismo hecho jurídico puede ser fuente de derechos —en tanto tiene efectos jurídicos— y objeto de un derecho concreto. Tal es el caso del comodato o préstamo de uso: la entrega de la cosa, por cierto, es el objeto del contrato; pero a la vez es fuente de derechos, pues entre sus efectos figura el de poder exigir la devolución, y fuente de obligaciones, pues debe conservarse la cosa, etc. Tampoco se debe olvidar que dos o más hechos jurídicos distintos que normalmente producen sus efectos propios, cuando se aúnan producen un efecto diferente y único. Tal ocurre, verbigracia, con la oferta de venta, un hecho jurídico, que al ser aceptada —otro hecho jurídico— genera un efecto jurídico diferente, como puede ser la traslación de dominio.

8. FUENTES DEL HECHO JURIDICO

No conviene explayarse más en los efectos de los hechos jurídicos y analicemos el origen de los mismos.

(37) ENNECCERUS: *op. cit.*, Parte General, Tomo I, Volumen II, pág. 6.

Normalmente, la doctrina los ha clasificado en tres grandes fuentes, sin que se hayan presentado discusiones de nota sobre este intento clasificatorio en lo que a denominaciones atañe. Mencionan a los hechos humanos, hechos naturales (entre los que se incluyen el devenir del tiempo) y hechos legales. De los humanos, por su importancia, nos ocuparemos al final de este capítulo introductorio. Veamos antes los naturales y los legales, en ese orden:

a) Hechos Naturales

La corriente mayoritariamente aceptada —y que ha prevalecido en el Perú—, sindica como hechos jurídicos naturales a los que tienen su origen fuera del ámbito de la actividad humana. Pero este enunciado no debe ser tomado al pie de la letra, pues no son de echar en saco roto muchos casos en los que, interviniendo la actividad humana, son las fuerzas naturales las que se reputan como fuente directa. Así por ejemplo, el desvío del cauce de un río limítrofe de dos propiedades, pero que ha sido forzado por una obra humana, podrá considerarse como hecho jurídico humano, pues es la técnica humana, la causante mediata y son las leyes de la naturaleza las causantes directas. De este modo, en cada caso se impone identificar la causa principal generadora del efecto jurídico.

Siempre será menester describir esta causa principal ante la necesidad de juzgar los efectos de Derecho. Así es, no obstante que la colisión de dos vehículos conducidos a alta velocidad siempre obecederá a la ley natural de la inercia, el ordenamiento puede considerar que el hecho dominante es el descuido de uno o de ambos conductores. De aquí que el orden positivo sea particularmente explícito al regular determinadas obligaciones de los propietarios respecto de los animales que les pertenecen , etc.

Hay quien ha dicho, sin embargo, que el hecho jurídico natural no merece el calificativo de jurídico, pues lo adquiere en contacto con el supuesto de hecho previsto en el ordenamiento que, de este modo, lo integra al Derecho. Se fundamenta, para sostener este planteamiento, que el Derecho regula las relaciones entre los hombres y que, en este orden de ideas, el hecho natural no pasa de ser sólo eso, pero adquiere relevancia en tanto sus efectos merezcan una respuesta jurídica. A ello se agrega que sólo la conducta o los actos humanos son susceptibles de valoración según criterios preestablecidos, mas no así los hechos naturales, que lo son a secas. Vale decir, no tienen en sí y por sí ciertos valores. Un cuchillo no es ni bueno ni malo, pero puede ser ambas cosas según el uso que se le dé. Aunque el tema resulta a todas luces interesante, a los efectos prácticos ello importa una discusión innecesaria. Como no sea para juzgar los principios de Derecho que acogen a los hechos naturales.

Los hechos naturales pueden ser pòsitivos o negativos. Empero, hay ciertos hechos positivos (el nacimiento de una persona) o negativos (el fallecimiento) que sólo son naturales en cuanto la causa objetiva, aunque ocasionalmente respondan a comportamientos humanos identificables (el suicidio, que como hecho natural objetivo es el detenimiento de la vida pero por voluntad propia).

a') El tiempo

Pero hay otra circunstancia, que sólo por aproximación se llama hecho, y hecho natural que no tiene la connotación de afirmación o negación. En esta circunstancia o manera de ser de los hechos, tampoco intervienen las leyes o fuerzas de la naturaleza en su sentido tradicional. Más que hecho o acontecimiento, es una categoría humana que no hace sino cuantificar un conjunto de realidades que, por sí solas, carecerían de importancia, pero que categorizadas revisten singular trascendencia. Y por lo mismo que responde a categorías humanas, puede ser modificado o adaptado (38). Nos referimos al transcurso del tiempo (39).

Por eso apunta Messineo con certeza que: "El tiempo no es un hecho jurídico, pero aquí se considera (. . .) en cuanto transcurrir, o sea el sucederse de sus diversos momentos; y éste es, desde el punto de vista jurídico, un hecho natural que se contrapone (. . .) a los actos humanos y al cual se vinculan efectos jurídicos". Y agrega: "No se debe confundir el tiempo, como período o espacio, esto es, como intervalo entre dos momentos (es éste el significado en que lo tomamos ahora): a) con el término, que es un determinado momento del tiempo (instante), en que un determinado efecto jurídico se produce (término inicial), o se agota (término final); b) ni con la fecha, entendida también ella como punto cronológico en el cual madura una cierta situación, o acaece un cierto hecho (ejemplo, mayoría de edad; confección de testamento; aceptación de una propuesta contractual; nacimiento de una persona)" (40).

El tiempo es importante, como anota Coviello, por la influencia que puede ejercer en la creación, modificación o extinción de derechos, sea por la voluntad del hombre, o por disposición de la ley o de la autoridad (41).

Ahora bien, debe apreciarse que el devenir del tiempo por sí solo no siempre genera efectos jurídicos. Hay ocasiones en que sí, como ocurre con la caducidad y la prescripción extintiva. Pero con la misma frecuencia es imprescindible la concurrencia de otros hechos: como es el caso de la prescripción adquisitiva, que supone la posesión por un tiempo y con una connotación determinados; o el silencio administrativo, que es la falta de actividad por un plazo determinado y tiene efectos positivos o negativos.

Los tratadistas hablan del tiempo fijo y del tiempo móvil, así como de útil o contínuo y también de natural o civil (42) o inmemorial (43).

---

(38) Son numerosos los países que adaptan sus horarios para aprovechar la luz solar con el consiguiente ahorro de energía.

(39) La distribución de OERTMANN, Paul, en *op. cit.*, pág. 330, entre transcurso del tiempo y relación temporal, (saber si un derecho es anterior a otro) es sofisticada, pues de todos modos el problema se reduce a cuantificar el transcurso del tiempo entre la constitución de ambos derechos.

(40) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 328.

(41) COVIELLO, Nicolás: "Doctrina General del Derecho Civil". Ed. Uteha. México, pág. 338.

(42) Léanse las anotaciones que sobre el tiempo realiza LEON BARANDIARAN en su prólogo a "El negocio jurídico" de FERRERO, Raúl, Lima, 1974.

(43) RUGGIERO, Roberto de: "Instituciones de Derecho Civil", Tomo I, pág. 320 y ss. Véase también SANTORO, Francisco: *op. cit*, pág. 123.

b) Hechos legales

Son numerosos los autores que omiten referirse a ellos, partiendo del supuesto o premisa que el ordenamiento positivo siempre es causa de efectos jurídicos.

Otros tratadistas (44) opinan que preexistiendo una cierta norma, que da contenido jurídico a una determinada situación, el Derecho no es fuente, sino calificador de juridicidad.

Debe apreciarse, sin embargo, que la ley sí es productora de consecuencias jurídicas, modificando la situación preexistente (cuando, por ejemplo, lo que era comerciable deja de serlo); pero aclarando que lo es de forma mediata y en ausencia del hecho o acto o de una voluntad consciente dirigidos a obtener el efecto que la ley asigna. De alguna manera, podríamos llamarlos efectos colaterales. A tal fin, podrían mencionarse como ejemplos el caso de la hipoteca legal y el de la garantía por construcción.

c) Hechos humanos

Digamos primero que hay hechos humanos voluntarios e involuntarios. Tan sencilla división excusa de mayor comentario. Voluntario es aquél querido, aunque no necesariamente los efectos que se obtengan hayan sido previstos por el agente. Involuntario es aquél que deriva de una conducta humana no deseada y ha sido ejecutado sin discernimiento, y/o sin libertad (art. 900 Código Civil argentino), de suerte que los efectos jurídicos que produce vienen asignados por la ley, esto es, independientes de la voluntad.

Hay que distinguir, no obstante, entre falta de voluntad y voluntad viciada, y nótese que el vicio (error, dolo, violencia) puede afectar tanto a la libertad (en cuanto deseo de realizar el acto según las motivaciones personales), como al discernimiento (capacidad de opción entre distintas variables) y la intención (deseo de realizar el acto) (45). No está de más anunciar ahora, empero, que hay actos que responden a una voluntad que jurídicamente puede estar bien expresada en lo exterior y que sin embargo se reputan involuntarios (incapaz, ebrio, etc.).

Pero además de hechos humanos voluntarios e involuntarios, los hay lícitos e ilícitos, según esten o no permitidos por el ordenamiento legal; es decir, según que el Derecho les atribuya o no una sanción negativa. Esta sanción negativa viene atribuída por una función valorativa (generalmente) del efecto causado, o que típicamente puede causar a otro bien jurídicamente protegido y se prescinde de si el efecto se ha producido o no voluntariamente por el sujeto. Será ilícito cuando esta valoración del efecto estime que se ha producido un daño y tal producción vulnere el orden legal —no sólo de una norma concreta, sino de los principios que sustentan el ordenamiento—, o contractual, que protegen el bien tutelado. La función valorativa es imprescindible, pues el Derecho no sólo atiende al daño que efectivamente se cause o pueda causar, sino también a la entidad del daño respecto de su causa, o teniendo en cuenta otro bien que merezca igual o mayor protección. De este modo, el Derecho admite el estado de necesidad, la legítima defensa y amparará el derribo de un árbol ajeno (daño a la propiedad de un tercero), si el dueño se resiste a hacerlo y su caída previsible puede causar lesiones personales.

(44) Entre ellos BONET RAMON, Francisco: *op. cit.*, Tomo I, pág. 601.
(45) BORDA, Guillermo: "Manual de Derecho Civil". Parte General. Editorial Perrot, BS.AS. 1970, pág. 403.

Decíamos también que la ilicitud puede obedecer a la violación de una estipulación legal o contractual. Ilícito extracontractual existirá cuando entre el causante del daño y quien lo sufre, no hay una previa relación jurídica que excluya la conducta perjudicial. Contractual, cuando quien resulte obligado por un convenio no cumple (sin circunstancias eximentes) la prestación a su cargo y la otra parte haya cumplido u ofrecido cumplir la obligación que le concierne.

Cuando el hecho es voluntario, sea o no contrario a Derecho, la moderna doctrina le llama acto jurídico. En este sentido, el acto ilícito, que durante tanto tiempo se ha considerado como no jurídico, sí lo es (46). Cualquier conducta humana voluntaria con relevancia jurídica es un acto jurídico, por la misma razón que el hecho jurídico es tal desde que se producen efectos que interesan al Derecho.

Y tras este breve preámbulo, vamos a intentar demostrar que la concepción clásica de acto jurídico es excesivamente amplia para regular los actos cuyos efectos reguladores de intereses son queridos por los interesados.

(46) KELSEN, Hans, citado por BOFFI, Luis: "El hecho jurídico", pág. 67.

Cap. II

EL ACTO JURIDICO

9. CONCEPTO CLASICO

Clásicamente el acto jurídico ha sido descrito como aquel acto voluntario y lícito "que tenga por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas; crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos", como reza el art. 944 del Código Civil argentino; pero este acto voluntario y lícito debe provenir de una expresión de voluntad (1).

Nos encontramos así con tres elementos que destacan. En primer lugar aparece la finalidad; en segundo término figura la voluntariedad, es decir que, aunado a la declaración de voluntad, debe existir un querer o un afán destinado al logro u obtención de un determinado resultado; como tercer elemento se contempla la licitud del acto, entendiéndose ésta como adecuación a un orden jurídico que evita que se vulneren los derechos de los indi-

---

(1) Sin variantes sustanciales, esta definición es compartida por casi todos los autores clásicos, en especial por los franceses, muy ceñidos a lo preceptuado por el Art. 1108 de su Código Civil. Al respecto, hemos consultado, entre otros:
COLIN y CAPITANT: "Curso elemental de Derecho Civil francés". Ed. Reus, Madrid 1941, Tomo I, pág. 158 y ss.
G. BAUDRY-LACANTINERIE: "Précis de Droit Civil", Ed. L. Larose, París 1895. Tomo II, pág. 542 y ss.
BONNECASE, Julián: "Elementos de Derecho Civil", Ed. J. Cajica. México, 1946,Tomo II, pág. 235 y ss.
JOSSERAND, Louis: "Derecho Civil". Ed. Ejea, Buenos Aires, 1950, Tomo I, Vol. I, pág. 121 y ss.
PLANIOL y RIPERT: "Tratado Práctico de Derecho Civil francés". Ed. Cultural, S.A., La Habana, 1936, Tomo I, pág. 265.
MAZEAUD, Henry, León y Jean: "Derecho Civil", Ed. Ejea, Buenos Aires. 1959, Parte I, Tomo I, páh. 393.
PONCELET, F.F.: "Motifs et Discours prononcés lors de la publicación du Code Civil", París 1850, pág. 425 y ss.
SAVATIER, René: "Cours de Droit Civil", Librería General de Derecho y Jurisprudencia, París, 1949. Tomo II.
LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios al Código Civil Peruano", Derecho de Obligaciones, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1954, Tomo I, pág. 15 y ss.
AGUIAR Henoch D.: "Hechos y Actos Jurídicos". Ed. Tipográfica Argentina, 1950, Tomo I, pág. 22 y ss.

viduos y de la sociedad. Estos son, en suma, los requisitos de fondo. Aparejados a ellos existen los de forma, que no son otra cosa que aquellos complementos formales que la política legislativa reclama para la validez de los actos. En lo que toca a la capacidad del agente o agentes que contribuyen a dar vida al acto, mucho se ha discutido sobre si es o no factor sustantivo del mismo o si, por el contrario, es tan sólo condición de validez de los efectos.

Esbozado así en la doctrina, el acto jurídico se plasmó en la legislación positiva como una manifestación de voluntad para cuya validez (los defensores de la teoría de la inexistencia trocaron esta palabra por la de existencia) se requería la capacidad del agente, la licitud en la causa, la posibilidad del objeto y, en algunos casos, también licitud y la observancia de la forma que expresamente fuera señalada por la ley (2). A la luz de lo dicho en el párrafo anterior, se reconocía que en el acto jurídico había condiciones de fondo y condiciones de forma. Las primeras, referidas a la naturaleza jurídica del acto, sin las cuales el mismo no llegaría a nacer; las segundas, si bien íntimamente ligadas a las primeras, no indispensables en todos los casos (3).

Todavía para un amplio sector doctrinario sólo la manifestación de voluntad querida es el sustrato del acto jurídico, lo que es inexacto. Y en ciertos casos se asimila bajo un mismo concepto. Nada más impropio. En esto último se ha insistido mucho. Sin embargo, en lo que atañe a que la manifestación de la voluntad es consubstancial al acto, las críticas modernas no comparten la idea tradicional (4). Para la doctrina moderna, la voluntad es el primer motor del acto jurídico sólo cuando tenga por finalidad atender a regular intereses práctico-sociales y es por ella que se crean las obligaciones entre los individuos y de alguna manera se incide sobre la situación jurídica de los bienes que poseen o administran, siempre de acuerdo a la intención de los declarantes. Es decir, las partes que intervienen en el acto desean un fin y por esta razón el acto se lleva a cabo. La manifestación de voluntad, por consiguiente, responde a un "querer algo" y sin esa exteriorización volitiva, ese "querer" no da origen a un acto jurídico. Como consecuencia de la manifestación de voluntad hecha con arreglo a ley, surgirían los efectos jurídicos, porque el Derecho así lo determina. Entonces, *contrario sensu*, ¿sería válido sostener que no es acto jurídico aquel acto que no deriva de una declaración de voluntad? O, dicho de otra manera, aquellos actos del hombre, actos que sí responden a una intención, pero cuya voluntad no tiene intención vinculante, aquellos actos en los que el agente ni quería ni sabía de la existencia de consiguientes efectos previstos por la ley, ¿no son jurídicos?. Tal posición no se compadece mucho con la realidad, a nuestro juicio. Ello implicaría, creemos, negar juridicidad al acto aunque haya tenido efectos jurídicos.

(2) El artículo 1108 del Código Civil francés reflejó estos postulados de la siguiente manera: "Para la validez de una convención son esenciales cuatro condiciones. El consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad para contratar; un objeto cierto que constituya la materia de la obligación; una causa lícita en la obligación". La forma, como que se puede apreciar, no fue considerada.

(3) Los MAZEAUD: *op. cit.*, Tomo I, Pág. 339, señalan, además de los requisitos de fondo y forma, eventualmente el de publicidad. Asimismo, que la voluntad no viciada también debe ser reputada como condición de fondo

(4) JOSSERAND: en *op. cit.*, Tomo I, Vol. I, pág. 123, llega a decir que: "el estudio de los actos jurídicos se reduce a un estudio de la voluntad".

Lo jurídico, a nuestro entender, debe estar determinado por las consecuencias del acto prescindiendo si derivan o no de una intención (5). Por lo demás, en el caso del acto ilícito, resulta antojadizo negarle el carácter de jurídico en tanto que el Derecho tiene previsto que, en la eventualidad que se produzca, existe una obligación legal de reparar el daño causado. En otras palabras, hay juridicidad en la medida que las consecuencias dañosas deben ser indemnizadas. En esta virtud, más efectivo nos parece apuntar que hay actos jurídicos cuyos resultados son ilícitos y actos sin este supuesto (6).

10. POSICION CONTEMPORANEA

Veamos ahora cuál es la opinión de la doctrina moderna sobre el acto jurídico y a fin de poder seguir de cerca esta actitud, es oportuno el estudio de los conceptos que algunos autores pueden sostener sobre la materia.

Para Enneccerus, el acto jurídico viene a significar "la realización querida o al menos previsible de un resultado exterior". Y añade: "los actos, o bien carecen de importancia jurídica (. . .) o bien producen, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico, un efecto jurídico. A éstos últimos los llamamos actos jurídicamente eficaces o simplemente actos jurídicos" (7). Para Enneccerus, el único requisito que merece ser incorporado a la definición parece ser el de la realización de resultados externos de carácter jurídico, es decir, efectos que revistan importancia para el Derecho. La diferencia pues, con la postura clásica resulta marcada. Ya no se estipula que el acto debe poseer tales o cuales condiciones para gozar del apelativo de jurídico. Para el autor alemán, nos parece entender, basta el simple resultado, las consecuencias externas, sean deseadas o no, con efectos ante la ley.

Es notoria la importancia de que se estipule que el resultado deba ser exterior. De no ser así estaríamos ante un acto sin importancia, sin trascendencia, y cuyas repercusiones quedarían limitadas al agente. Decimos sin trascendencia para el Derecho porque él regula las manifestaciones que afecten a terceros o a la sociedad en general. Así, por ejemplo, no sería un acto jurídico aquella declaración que se formalice como promesa de venta y que se emita en la soledad de un desierto.

Del concepto que Enneccerus atribuye al acto jurídico, concluye que existen tres grupos. El primero de ellos consiste en los actos con declaración

(5) La intención es una cualidad que se encuentra referida, sobre todo, al negocio jurídico, en tanto que en éste hay un afán práctico inmanente. Aunque al ocuparnos del negocio analizaremos con mayor amplitud el asunto, no está de más apuntar aquí que MESSINEO, Fco., en su "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo II, pág. 339, señala que hay intención empírica e intención jurídica. En el acto jurídico no negocial pueden no darse ninguna de ellas y de hecho así ocurre en el acto ilícito.

(6) OERTMANN, Paul: "Introducción al Derecho Civil" pág. 117.

(7) El tratadista alemán llega a esta conclusión a través de un análisis que va de lo general hasta lo particular: "Por regla general, el acto (en sentido jurídico), se define como la exteriorización (o actuación) de la voluntad humana, distinguiéndose de los actos positivos (que también se llaman actos en sentido estricto) y las omisiones, según que la voluntad se manifieste en un hacer o en un omitir. Pero un exámen más a fondo revela que esa definición es demasiado estrecha, pues casi generalmente, por razones sistemáticas muy oportunas también se considera como acto la omisión negligente, aunque se base en el simple olvido. Por tanto, el acto ha de definirse más exactamente como la realización querida o al menos previsible de un resultado exterior". "Tratado de Derecho Civil". Primer Tomo, Vol. II, pág. 8.

de voluntad con la finalidad de obtener determinados resultados, aunque no necesariamente previstos como jurídicos, como pueden ser la creación, modificación, extinción o confirmación de derechos. Nos encontramos entonces con los llamados negocios jurídicos, de los cuales nos habremos de ocupar con todo detenimiento en páginas siguientes.

El segundo conjunto está referido a aquellos actos cuyas consecuencias, lícitas, no las determina directamente la voluntad humana, sino la ley. Es decir, aunque haya voluntad, los efectos se producen *ex lege* y no *ex voluntate*. En este tipo de actos no se configura como requisito sustantivo la manifestación de voluntad, sea expresa o tácita. Enneccerus ubica en este rubro a los actos reales y a los requerimientos, notificaciones, etc. (8).

El tercer acápite, por último, se contituye por los llamados actos ilícitos, también denominados contrarios a derecho de los que se deriva, por imperio de la ley, una obligación de indemnizar (9).

A este respecto, como certeramente anota Puig Peña (10), "el acto ilícito no deja de ser jurídico, ya que el Derecho lo contempla y configura para aparejar a su autor las consecuencias sancionadoras de su conducta principalmente para restaurar el equilibrio perturbado o roto por aquel acto, mediante el resarcimiento del daño".

Messineo (11) define por su parte al acto jurídico como "un acto humano, realizado consciente y voluntariamente por un sujeto (por lo general capaz de obrar), del cual nacen efectos jurídicos porque el sujeto, al realizarlo, quiere determinar un resultado; y tal resultado se toma en consideración por el Derecho". El autor italiano consigna así tres elementos saltantes en su definición y que son: acto realizado consciente y voluntariamente; que tiene efectos jurídicos; para la obtención de un resultado.

Obviamente, como el mismo Messineo señala, se trata de una definición sumamente amplia. Que es un acto humano es indiscutible, porque sólo el hombre puede realizar actos; sin embargo, no vemos la necesidad de consignar como condiciones *sine qua non* del acto jurídico tanto a la conciencia como a la voluntad.

Habitualmente entendemos por conciencia aquella virtud censora de los actos propios, es decir, aquel estado mental en el que el sujeto se da perfectamente cuenta de la trascendencia de lo que está haciendo. Pero la falta de este requisito no acarrea de por sí la a-juridicidad de los actos. Con esto queremos expresar que la conciencia no se presenta como requisito imprescindible en los actos jurídicos y que, por lo tanto, en nuestra opinión, no debe ser considerada en la definición de ellos. Puede ocurrir que se celebren actos cuando el agente no está consciente, cualquiera que sea el motivo. Así, por ejemplo, individuos en estado de ebriedad que celebran un acto jurídico,

(8) Al respecto, puede verse un pequeño comentario de LEON BARANDIARAN, José : *op. cit.*, Acto Jurídico, Tomo I, pág. 14 y también en MESSINEO, Francisco: "Manual. . .. Tomo II, pág. 333 y ss.

(9) En cuanto concepto amplio de acto jurídico –que incluye al ilícito– se inclinan gran parte, por no decir casi todos, de los autores modernos.

(10) PUIG PEÑA, Federico: *op cit*, Tomo I, pág. 583.

(11) MESSINEO, Francisco:"Manual. . . ", Tomo II, pág. 332, y ss.

como puede ser un contrato, posteriormente lo pueden llevar a ejecución y buen término (confirmación tácita) aunque en el momento mismo de la concertación no estuviesen en el pleno goce de sus facultades mentales.

Precisa asimismo Messineo que el acto ha de ser celebrado voluntariamente. Si bien no negamos que, en general, los actos jurídicos se celebran voluntariamente, no ocurre así en todos los casos. No hace falta insistir mucho para notar que no siempre la voluntad accede a la realización de un acto jurídico. En verdad, lo que hay en ellos es presencia de voluntad formal, pero el contenido de esta voluntad bien puede ser involuntario. En otras palabras, lo que existe en muchos actos, y típicamente en el negocio jurídico, es una voluntad formal, que no indispensablemente debe ser acorde con la intención (12), que equivale a la voluntariedad. Por lo expuesto es que el legislador ha previsto los vicios de la voluntad. Sabiendo que no es inusual que el auténtico querer del agente no se haya desarrollado internamente de modo adecuado, o no se haya expresado libre o correctamente, ha considerado que los vicios de la voluntad dan lugar a la anulabilidad del acto. Y esto es, por cierto, lo que demuestra que el acto nació imperfecto, lo que no significa la falta de juridicidad del acto, como podría colegirse del planteamiento de Messineo.

Dentro de la definición que nos ocupa se anota igualmente que es un acto humano del cual nacen efectos jurídicos. A nuestro entender este aserto entraña una petición de principio, porque no hay acto con efectos jurídicos que no merezca ser llamado jurídico. Y, viceversa, no podría haber actos jurídicos que no tengan efectos de Derecho, lícitos o no, por muy remotos que sean. No se trata aquí tan sólo del efecto inmediato y práctico, verbigracia, la compra de un bien mueble y su correspondiente tradición, sino de toda la posible consecuencia. Todo acto, a la postre, si es jurídico ha de tener efectos jurídicos que la ley le otorga y permite o pena, porque de lo contrario sería solamente un acto cualquiera. Sería un acto más, como bien pueden ser el leer, caminar o admirar una obra de arte, pero sin consecuencia en el mundo legal.

En cuanto a lo que afirma Messineo sobre que el acto jurídico se constituye porque el sujeto, al realizarlo, quiere determinar un resultado y el mismo se toma en consideración por el Derecho, cabe hacer algunas reflexiones.

No es del todo exacto, creemos, que el sujeto, al realizar un acto quiera determinar un resultado. Normalmente, sucede de esa manera, pero a nadie se le escapa que hay actos jurídicos cuyo resultado puede no ser deseado por el sujeto y, en veces, ni siquiera previsto. Actos de esta índole son aquéllos a los que alude Enneccerus en los cuales los efectos se producen *ex lege* y no *ex voluntate*. Entre ellos se encuentran los actos reales, como la posesión, el hallazgo de un objeto. Y sin ir más lejos, en el caso de la celebración de un acto bajo la presión de la violencia, no se da el supuesto que ofrece el autor italiano. Es claro que en un acto que se lleva a cabo en circunstancias tales en que la voluntad es forzada, el individuo perjudicado no quiso resultado alguno o ansiaba uno distinto de aquél que se pudiera obtener si acaso el acto llega a tener efecto. Aún más, en el acto ilícito, aunque se presume que es voluntario, porque su autor pudo y debió preverlo, tampoco se manifiesta aquella voluntad encaminada a la producción de un resultado. Sin em-

(12) Véase BARBERO, Doménico: "Sistema del Derecho Privado". E.J.E.A., Bs. As., 1967. Tomo I, pág. 435.

bargo, la obligación de resarcir el daño causado no desaparece. Es extraño que Messineo, quien cita el acto ilícito como jurídico (13), no se haya percatado de que en él los posibles resultados no dependen de la voluntad del sujeto y sostenga, parece que sin lugar a excepción, que en el acto jurídico el sujeto quiere "determinar un resultado".

Como hemos podido ver, para los tratadistas modernos, el acto jurídico no asume las características que durante tanto tiempo le fueron atribuidas. Si quisiéramos establecer un paralelo entre ambas posturas (muy someramente expuestas, por cierto), difícil nos sería. Porque no es exacto y ni siquiera conveniente, oponer la posición actual a la de antaño y reputarlos como disímiles y antogónicas. Evidentemente el concepto actual del acto jurídico no es el mismo que el antiguo, mas tampoco es esencialmente distinto. Hay una relación que los vincula: la naturaleza y el don de juridicidad, que si bien ampliados en la actualidad, responden siempre a un mismo principio: lo que el Derecho regula, no es ajeno a él.

Desde esta perspectiva, acaso lo más práctico resultaría decir que la postura tradicional respecto del acto jurídico no se ha visto de manera alguna recortada. Antes bien, ha sido ampliada; ha sido comprendida dentro de otra más elástica y acorde a la realidad. Al acto jurídico se le ha otorgado mayor ámbito conceptual y lo que ayer era de su dominio no lo ha perdido sino que permanece, pero sujeto a la denominación de negocio jurídico. Si geométricamente tratásemos de comprender lo expuesto, podríamos hacerlo imaginándonos dos esferas, englobando una a la otra. El acto jurídico sería la mayor, el negocio una de las menores.

Un ilustre tratadista italiano, Carnelutti, resume acertadamente la posición moderna de la siguiente manera: "Cuando se habla de acto jurídico —nos dice— se alude a una realidad que el acto o el hecho poseen; el acto es jurídico en cuanto tiene esta cualidad. Esta cualidad es la de producir efectos jurídicos" (14). Haciendo nuestra por entero esta opinión podríamos decir que la juridicidad de los actos no se establece solamente porque la ley ampare la voluntad cuando se encuadra en rígidos requisitos de formación, sino porque la acción humana produce efectos que al Derecho le interesan: se genera un cambio en las relaciones jurídicas preexistentes, al decir de Carnelutti (15). Dicho de otra manera, las acciones del hombre provocan consecuencias jurídicas no sólo porque en ellas exista intención expresada con la declaración de voluntad, sino sobre todo porque los efectos jurídicos son reconocidos por el Derecho, aun en forma totalmente independiente de la voluntad del actor.

Desde el punto de vista expresado, el acto es perfectamente jurídico aunque no reúna los elementos que durante tanto tiempo le caracterizaron: capacidad del agente que manifiesta su voluntad, licitud en el objeto y en la causa y observancia de la forma.

(13) MESSINEO, Fco.: "Manual. . .", Tomo II, pág. 337.
(14) "Lecciones sobre el proceso penal", cit. por Rafael de PINA, *op. cit.*, Tomo I, pág. 264.
(15) Un parecer análogo, pero esbozado de forma distinta lo encontramos en: MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 332, quien dice: "Son actos humanos no jurídicos aquéllos que por su naturaleza no son materia de relaciones jurídicas. . ".

11. CLASIFICACION

De las consideraciones que anteceden y de las distintas características del acto jurídico voluntario lícito, podemos concluir dividiendo las conductas resultantes en:

a) Actos jurídicos reales que evidencian un acto de voluntad lícito, con efectos netamente jurídicos. Tales serán, por ejemplo, la toma de posesión o la continuación de la misma, la tradición de un bien mueble, etc. Obsérvese que en estos actos resulta secundaria la voluntad como factor vinculante. El agente persigue un resultado objetivo, prescindiendo de los efectos jurídicos que cause.

   De aquí que también se les denomine actos de voluntad, en el sentido de realización fáctica de la misma.

b) Actos voluntarios consistentes en representaciones de una idea exteriorizada. Entre ellas se cita con frecuencia a la comunicación del acreedor al deudor, informándole de la cesión de su crédito, o la notificación del deudor al acreedor optando entre obligaciones alternativas.

c) Actos jurídicos de requerimiento, que evidencian una voluntad lícita pero que no tienen como finalidad constituir obligaciones. Puede enumerarse entre ellas la intimación de mora.

d) Otro tipo diferente de acto jurídico es aquél consistente en una declaración unilateral de voluntad que, por regla general, no está destinada a regular intereses propios, pero que produce efectos jurídicos.

   Así, verbigracia, la declaración sobre el precio de un determinado bien emitida por un tercero a cuya opinión se habían sometido los interesados.

e) Como hay muchos actos humanos que son voluntarios y lícitos y no pretenden establecer relación jurídica bilateral o multilateral o regular conductas e intereses, se hizo necesario acuñar un término exacto para identificar otro acto jurídico. Así surgió a iniciativa de los pandectistas alemanes a principios del siglo XIX el concepto de negocio (16), para significar técnicamente un cierto tipo de acto jurídico que, básicamente, consiste en una declaración de voluntad, con ánimo de que sea conocida y vincule al declarante y que tiene por finalidad obtener una consecuencia querida.

   Federico Castro enseña en su inapreciable trabajo (17) que el vocablo "negocio", utilizado desde antiguo en el Derecho romano con variedad de acepciones, se introdujo con mayor o menor fortuna en el ámbito obligacional en los albores del siglo XVII, cuando Altubio habla de él como "negotium symbioticum" o de cooperación y, con más precisión,

(16) Según COSSIO, Alfonso de: *op. cit.*, pág. 147, "mediante una interpretación un tanto arbitraria de las fuentes del derecho romano". Y, a nuestro entender, prosigue exagerando al decir que "el reconocimiento de esta fuerza vinculante de la voluntad es debido principalmente al Cristianismo", pág. 168.
(17) "El Negocio Jurídico". Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1971.

como "actividad humana que precede al establecimiento de los derechos".

Alcanzada por la dogmática civilista en el siglo pasado la distinción primaria entre acto y negocio, el primer instrumento legislativo en acoger el nuevo planteamiento fue el Código Civil de Sajonia, en 1863.

No pocas críticas ha recibido el concepto del negocio desde entonces. Hábilmente disimuladas las más de ellas, pues sin cuestionar expresamente la noción y utilidad propia del negocio, continúan insistiendo en la bondad de la concepción del acto, como instituto capaz de contener en sí la figura del negocio. No les falta alguna razón, pero ello no quita bondad a un concepto que persigue distinguir a los actos voluntarios lícitos de contenido (relación) patrimonial o personal dirigidos a la obtención de una finalidad preconcebida, de otros actos lícitos y voluntarios, pero con los cuales el agente no necesariamente declara su voluntad para obtener un efecto determinado creando relaciones jurídicas o situaciones queridas.

El negocio, pues, es un término de significado más restringido que el del acto, en la medida que alude a una realidad social diferente (18). Porque no cabe confundir y subsumir en un mismo concepto el acto lícito y voluntario de quien recupera la posesión de la que fue privado sin previo juicio, del acto lícito y también voluntario de quien renuncia a una herencia por motivos puramente personales, o por ser las deudas superiores al activo de la masa.

En el primer caso nos encontraríamos ante la simple realización querida de un resultado exterior (19); en el segundo se desea expresamente disponer de un derecho, dando lugar a una nueva relación jurídica.

(18) STOLFFI apunta sobre esto en *op. cit.*, pág. XV, que "si bien es verdad que la realidad es diversidad, el pensamiento es unidad" y, en tal virtud, es válido abstraer los principios reguladores de conductas determinadas para diferenciarlas de otros y encontrar su justificación natural.

(19) ENNECCERUS: "Tratado de Derecho Civil", Tomo I, Vol. II, pág. 8.

Cap. III

EL NEGOCIO JURIDICO

12. CONSIDERACIONES GENERALES

Al tratar del concepto de negocio jurídico —que, como habíamos señalado en páginas anteriores, es una especie de acto jurídico—, es menester aclarar, como dice Messineo (1), que no nos estamos refiriendo exactamente a una institución del Derecho, sino más bien a una abstracción jurídica elaborada por la doctrina sobre la base de un conjunto de normas y caracteres propios y comunes a cierto tipo de actos jurídicos, aunque esta abstracción o construcción teórica, no se justifique *a priori*, sino por su utilidad (2). Por lo mismo, aunque tratemos al negocio como figura autónoma, en estricta consideración no debe reputarse como tal, pues su existencia la tiene (si se nos permite el vocablo) derivada; sólo es el fruto de la aplicación de ciertas particularidades de algunos contratos, de actos de derecho de familia (3) y de los testamentos a un denominador común que las agrupa, para regular éstos y aquéllos y otros supuestos de autonomía de la voluntad (4).

El negocio jurídico, por lo tanto, carece de contenido propio típico y constante, como lo tienen la propiedad, o el testamento o la compra-venta. Se caracteriza por ser un instrumento puesto al servicio de los interesados para que ejerzan, con las limitaciones del ordenamiento, la potestad de establecer un precepto con un contenido reglamentador de sus intereses.

(1) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 340. COVIELLO, Nicolás, en "Doctrina. . .", pág. 342; y ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.*, pág. 38, se pronuncian en igual sentido. En contra LARENZ, Karl: *op. cit.* Tomo I, pág. 422.

(2) CASTRO Y BRAVO, Federico: *op. cit.*, pág. 23.

(3) Véase: DIEZ PICAZO, Luis: "Negocios jurídicos de derecho familiar", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Enero-Junio, 1962.

(4) En contra de la conveniencia de la categoría jurídica del negocio y su tratamiento legislativo autónomo, véase: LACRUZ BERDEJO, José Luis en "Elementos de Derecho Civil. Parte General". Barcelona, 1974, pág. 269. Dice así: "Acaso sería más adecuado explicar que el concepto de negocio jurídico se elabora como una síntesis a partir de ciertos supuestos concretos de negocio, intuitivamente elegidos; y, por consiguiente, que para afirmar la aplicación analógica de las reglas del contrato a otros actos 'inter vivos' no es indispensable componer con todos la figura del negocio, siendo posible y habitualmente recomendable la comparación de institutos y, en su caso, la traslación directa de las reglas sin exceder de la mera analogía legis".

El negocio jurídico puede ser conceptuado como aquella declaración o declaraciones de voluntad de Derecho privado que, por sí, o en unión de otros hechos, estarán encaminadas a la consecución de un fin práctico, lícito y admitido por el ordenamiento jurídico el cual reconoce a tales declaraciones como el sustento para producir efectos prácticos queridos y regular relaciones jurídicas de derecho subjetivo. Es decir, el Derecho recoge una pretensión social y económica establecida por los agentes y le atribuye, luego de merituarla, un valor jurídico.

Como se desprende de lo dicho, se trata de un acto de voluntad libre y responsable que se exterioriza (5) con intención de resultado vinculante. Sin ella, o con ella pero viciada, el negocio pierde su plena eficacia.

Es asimismo acto de voluntad sólo en la medida que su contenido (sea típico o no; un contrato innominado, verbigracia) esté determinado (aunque no en su totalidad, por la función supletoria e integradora de la ley) por la voluntad de los agentes para regular intereses (aunque afecten a terceros. Así, a los herederos; o en las estipulaciones a favor de terceros). Pero ello no es obstáculo para que esta voluntad se encuentre sujeta a ciertos límites establecidos y vaya acompañada con los elementos generales y los requisitos especiales para cada tipo de negocio. Porque la razón de la eficacia concedida al negocio jurídico, no consiste en un respeto a la voluntad abstracta, sino en el reconocimiento de una función social que cumple el negocio para garantizar, mediante la solución de intereses, el tráfico jurídico (6).

13. CARACTERISTICAS DE LA DEFINICION

Pasemos, pues, a explicar la definición apuntada como preludio del estudio de los elementos que el ordenamiento apunta como constituyentes del negocio. Se trata de una declaración (7) de voluntad o de un conjunto de declaraciones preceptivas, según hablemos de un negocio unilateral o plurilateral, con potestad para crear o incidir en relaciones jurídicas (y subsidiariamente económicas y familiares), por delegación del ordenamiento (8).

Se hace hincapié en que la declaración de voluntad ha de ser privada debido a que el negocio jurídico es una figura de Derecho privado. No se concibe en la doctrina que el negocio emane de la expresión de voluntad del Estado o sus dependencias, en uso del *jus imperium*. Pero queda a salvo la eventualidad de que en circunstancias especiales entes de Derecho público se comporten como de Derecho privado, despojándose de todos los atributos que normalmente corresponderían. Como quiera que el negocio descansa en el principio de la libre voluntad, el mandato o resolución gubernamental, destruye la premisa de la igualdad y libertad de los agentes no sólo para expresar su voluntad, sino también en cuanto al contenido y efectos de la misma. Pensamos, por ejemplo, en un contrato de locación-conducción entre

(5) Más adelante, al referirnos a la declaración de voluntad, se analizará el supuesto del negocio forzado o impuesto, como hipótesis distinta del vicio de la voluntad.

(6) PIETROBON, Vittorino: "El error en la doctrina del Negocio Jurídico". Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 181.

(7) Al referirnos a declaración se entiende siempre también al comportamiento, en tanto que manifestación o exteriorización consciente.

(8) FERRI, Luigi: "La autonomía de la voluntad". Edersa, Madrid, 1968, pág. 47.

una dependencia del Estado y una persona, natural o jurídica, de Derecho privado o en la intervención de una empresa pública como socio fundador de una sociedad mercantil.

Sin perjuicio de que posteriormente, al ocuparnos de la declaración de voluntad como elemento formativo y esencial del negocio, hagamos un análisis de todas sus implicancias, es menester señalar por ahora que cuando hablamos de declaración de voluntad, no nos estamos refiriendo, necesariamente, a que tenga que ser realizada en forma individual. Dicho en otros términos, bien puede ocurrir que con una sola declaración se exprese la voluntad de uno o más sujetos. Basta, pues, que concurra en debida forma la declaración de voluntad —en cuanto continente y contenido— para que entre en función el negocio jurídico con los efectos queridos.

Respecto de los efectos hay que hacer, sin embargo, algunas atingencias con cargo a volver sobre el tema más adelante. Por ahora conviene apuntar que entre el contenido de la voluntad y el efecto que el Derecho atribuye a un negocio no hay una inmediata relación de causalidad, pues —como se ha dicho más arriba— la ley ejerce en una primera etapa una actividad de calificación valorativa. En lo que podríamos llamar una segunda etapa, el Derecho desdobla su actividad hacia distintas vertientes aclarando, integrando o interpretando la voluntad expresada, para así atribuir las consecuencias jurídicas correspondientes.

Estas consecuencias jurídicas son paralelas a las de carácter económico o social que los agentes han querido estatuir. El Derecho no hace sino recoger estas últimas, de suerte que el deber de comportamiento contenido en el negocio pueda ser exigido invocando el propio ordenamiento legal por las partes o sus causahabientes (9). Los efectos o consecuencias jurídicas, tienen relación con la voluntad de las partes sólo de un modo mediato y con frecuencia no han sido previstas por ellas en lo absoluto o lo fueron de un modo tangencial (10).

Los efectos, en todo caso, serán esenciales, naturales o accidentales, según que puedan o no ser modificados por los agentes sin alterar la tipicidad del negocio en que intervienen. Efectos accidentales serían aquéllos que no vienen dados por la ley en forma obligatoria o supletoria, sino que han sido señalados por las partes para una situación determinada.

La declaración de voluntad, o el acuerdo de varias, puede requerir en ocasiones de otros supuestos (11) para obtener la finalidad práctica deseada (no el nacimiento del negocio) y que ha dado lugar a su manifestación. (En el caso del testamento, el supuesto legal necesario es el fallecimiento del testador. A veces, el supuesto de hecho es fijado por las partes, como la condición suspensiva previa a obtener los efectos queridos).

(9) O por los albaceas o el Ministerio Público o por acreedores o terceros beneficiados, según el caso.

(10) COVIELLO, Nicolás: *op. cit.*, pág. 342 y ss.

(11) Contra la teoría inicial pandectista en el sentido que la declaración era el supuesto de hecho del negocio, considerando declaración y negocio casi como sinónimos.

Hay que observar, no obstante, que la oferta (salvo la de plazo fijo) o la aceptación, si se miran por separado, no son en puridad negocios jurídicos, aunque lo parezcan, pues el único efecto deseado es o "provocar la adhesión del destinatario" (12) o dar lugar al vínculo negocial, pero sin ánimo —todavía— de obtener otro resultado que el de relacionar a las partes. Todavía no hay, en propiedad, derechos u obligaciones de carácter negocial. No se han normado preceptivamente las conductas. Para dar origen al negocio se requerirá de otra declaración.

El negocio aspira al logro de un fin que normalmente (salvo los negocios de familia) reviste un aspecto económico (patrimonial) o será susceptible de dar lugar a la ejecución forzosa por una suma equivalente al interés económico (13). Aunque sobre este tema abundan las posiciones polémicas a las que aludiremos al referirnos al objeto. Nos encontramos ahora ante aquello que algunos tratadistas han denominado el objetivo, que Messineo prefiere llamar intención empírica (14) y otros propósito práctico (15). No obstante, aunque primordialmente éste sea el fin deseado y visualizado por los intervinientes, éstos pueden tener asímismo una intención jurídica (16).

En nuestra opinión puede hablarse de tres intenciones que suelen presentarse conjuntamente. La primera de ellas, y comúnmente la que prima, es propiamente la empírica o práctica a que alude Messineo, de la que decíamos que de ordinario es económica. En segundo lugar citaríamos a la intención jurídica; es decir, el afán de las partes de obtener, conscientemente, un resultado jurídico vinculado íntimamente al empírico. En tercer lugar, pensamos que debe ser tenida en cuenta la intención de celebrar el negocio y —en casos no patológicos— de llevarlo hasta sus últimas consecuencias. Por lo tanto, este interés de los intervinientes no finiquita con el hecho de habilitarse los medios para obtener un resultado y firmar un documento, si es que lo hay, por el que se pacta el negocio, no. Creemos que los agentes tienen un deseo, paralelo a otras intenciones, de que se obtenga el resultado o efecto apetecido por los medios acordados; es el ánimo de llevar a buen término lo convenido dentro de los límites de la buena fe. Que en el caso de negocios obligacionales, se traduce en un deber de mutua cooperación (17).

Con relación a ello, y no obstante esta intención, hay que indicar que no es la voluntad la que por sí misma genera los efectos negociales. Expliquémonos: aunque las partes intervinientes, en uso de su capacidad de autodeterminación, tienen autonomía (poder) para regular sus intereses, el contenido que acuerden dar al negocio es independiente, jurídicamente hablando, de los efectos de éste. Y es así en tanto que no son los intervinientes en el negocio los que deciden sus efectos (aunque los hayan deseado y previsto) sino que es la ley, según la naturaleza del tipo negocial que se utilice para determinar u obtener el resultado interesado. De esta manera, decidido el contenido negocial por la voluntad, la ley le da valor normativo si tanto la voluntad como el contenido de la misma y su exteriorización se arreglan a ciertas pautas. Siendo así, el acto volitivo exteriorizado adecuadamente se configura como uno de los supuestos de hecho y la ley franquea el paso a los efectos objetivos (18) queridos por las partes, que deben ser los mínimos que correspondan al tipo de negocio que celebran. Esto es, no se pueden querer los efectos de una compra-venta cuando el contenido tipo corresponde a un negocio de locación-conducción.

(12) STOLFFI, G: *op. cit.*, pág. 10.
(13) PUIG BRUTAU: "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo I, Vol II, pág. 25.
(14) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 338.
(15) CASTRO Y BRAVO, Federico: *op. cit.*, pág. 29.
(16) RUGGIERO, Roberto de: *op. cit.*, Tomo I, pág. 251.
(17) BETTI, Emilio: "Obligaciones", Tomo I, pág. 23 y ss.

Surge aquí una pregunta: ¿qué es lo que se persigue al celebrar el negocio jurídico?. En líneas generales, y dejando a salvo lo propio de cada especie de negocio, dice el artículo 140 que se trata de crear, modificar, conservar, anular, regular o transferir relaciones jurídicas; o sea, derechos subjetivos, obligaciones civiles, o *status* jurídicos, ya sea en provecho de todos los intervinientes, de alguno de ellos o de terceros. De lo expuesto se advierte que la declaración de voluntad no es una declaración común, sino que corresponde a un deseo interno objetivo e independizable. Un deseo referido a una conducta o bien (cosa o derecho) propio o ajeno, el cual se exterioriza y se pone en conocimiento con ánimo vinculatorio. Pero como volición no es solamente un deseo cualquiera; antes bien, es un deseo expresado para mostrar conformidad con un determinado contenido negocial (19) de carácter preceptivo. Esto explica por qué Castán Tobeñas (20) nos dice que la intención de declarar la voluntad y la intención de un resultado no es sólo querer, sino también, y sobre todo, un querer decidir o disponer. Con vigencia y con validez. Un querer "maduro y definitivo" (21).

El ordenamiento jurídico reconoce a la declaración de voluntad, en conjunción con los otros elementos, como motor del negocio jurídico. Y ya que también determina la base de la relación jurídica, hace producir los efectos prácticos perseguidos cuando sean permitidos. Las consecuencias jurídicas del negocio son *strictu sensu* independientes de los efectos prácticos queridos y, por consiguiente, escapan a la competencia de la voluntad, la que se limita, como hemos dicho, a señalar un reglamento de intereses y poner en marcha el negocio, que es el que a su vez, luego de calificado positivamente, producirá las consecuencias jurídicas (22) queridas.

Duguit (23) ha explicado el proceso de la razón de todo esto. Y a fin de comprender cabalmente su teoría es conveniente hacer una breve reseña de ella. El acto de voluntad, al que él llama "acto subjetivo" (24), no es una unidad indivisible. En dicho acto podemos distinguir cuatro momentos y que según el tratadista son, sucesivamente: la concepción, la deliberación, la decisión y la ejecución. Sin sustraer importancia a los dos primeros, quedémonos con los dos últimos. La decisión constituye el instante en que se concreta

(18) No a los pretendidos ocultamente. Véase RUBINO, Doménico: "El Negocio Jurídico Indirecto". Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.
(19) BETTI, Emilio: "Negocio Jurídico", pág. 54. Sostiene que la voluntad, en este sentido, se configura como fuente generatriz del negocio, mas no como contenido de él.
(20) CASTAN TOBEÑAS, José: "Derecho Civil Español, Común y Foral". Tomo I, pág. 296.
(21) Las palabras son de STOLFFI, G: *op. cit.*, pág. 5
(22) "El hombre se propone fines y la ley le suministra los medios que cree oportunos", independiente de la voluntad de los individuos. COVIELLO, Nicolás, *op. cit.*, pág. 344.
(23) DUGUIT, León: "Tratado de Derecho Constitucional". Tomo I, pág. 219 y ss. También puede verse CASTRO Y BRAVO, Federico: *op. cit.*, pág. 57.
(24) Para un amplio examen de su teoría: HAUSER, Jean: "Objetivisme et subjetivisme dans l'acte juridique". París, 1970, pág. 55 y ss.

el deseo que habrá de ser manifestado, pero que todavía permanece en el fuero interno. Es algo personal que, por el momento, carece de trascendencia. La ejecución (conducta exteriorizada) es, para el mundo jurídico, la expresión de la decisión. Representa, por lo tanto, aquella voluntad que ahora sí adquiere la trascendencia que se precisa para formar el negocio. Empero, esta exteriorización de la voluntad no tiene en sí otro valor que el social, a menos que el Derecho se lo otorgue. De lo contrario, como el mismo Duguit anota, esa manifestación volitiva se reduce a un simple movimiento corpóreo que no produce ningún efecto jurígeno. De todo ello concluye que las consecuencias de esta expresión volitiva no son de Derecho sino en la medida que éste así lo determina o permite y que se producen —según dice— por "aplicación de la ley jurídica o derecho objetivo, como determinada consecuencia material se produce por aplicación de las leyes físicas". Messineo y Enneccerus (25) no niegan el planteamiento de Duguit, admitiendo así que la justificación última del negocio radica en la ley y no en la voluntad. Sin embargo, sostienen que la manifestación de la voluntad constituye el presupuesto de hecho del negocio, siendo la ley el presupuesto de derecho calificador de la voluntad y sancionador de los requisitos de que debe estar acompañada. El mismo parecer, con ligeras variantes, lo suscriben Coviello, Betti, Oertmann y Bonnecasse (26).

El ordenamiento jurídico cumple una función valorativa y puede no reconocer a la declaración de voluntad o a su contenido el valor suficiente como para producir consecuencias de Derecho. En estos casos, el negocio nacido al amparo de esta declaración se encuentra atacado de una causal de invalidez. Esta puede impedir, total o parcialmente, el logro del fin querido por las partes, o lo impide hasta que el vicio haya sido subsanado en la forma que la ley prescribe y cuando ésta lo permite.

Excepcionalmente, sin embargo, respecto del contenido de la voluntad, la ley desempeña una función supletoria completándolo o corrigiéndolo y acaso interpretándolo.

Por último, no basta la sola voluntad para que el negocio pueda producir todos los efectos que le corresponden. Si bien ella constituye el elemento predominante (27) para que el negocio se configure, no puede prescindir de otros elementos sin los cuales la misma voluntad carece de sentido. Nos estamos refiriendo a la causa, al objeto y en menor grado a la capacidad y a la formalidad que debe revestir el negocio.

Los elementos acabados de enumerar, premunidos de ciertas particularidades (licitud verbigracia), condicionan la validez y la eficacia del negocio (28). Pero estos elementos no son todos los factores que limitan o afectan la eficacia de un negocio. Existen otros requisitos eventuales que, aunque

(25) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 339.
ENNECERUS: *op cit.*, Tomo I, Vol. II, págs. 11 y 56.

(26) COVIELLO, Nicolás: *op. cit.*, pág. 343; BETTI, Emilio: *op. cit.*, pág. 47; OERTMANN, Paul: *op cit.*, pág. 194; BONNECASSE, Julián: "Elementos de Derecho Civil", Tomo II, pág. 222 y ss.

(27) RUGGIERO, Roberto de: *op. cit.*, Tomo I, pág. 249.

(28) Como veremos posteriormente, se debe distinguir entre validez e ineficacia y, consecuentemente, entre condiciones de validez y condiciones de eficacia. Pero aquí hemos preferido consignar ambas variantes porque las dos están muy difundidas.

ajenos al negocio, pueden determinar la posibilidad que éste tiene de producir los efectos acordados por las partes. Así, por ejemplo, es posible que en un contrato de compra-venta se pacte como necesario que un tercero ajeno a los contratantes establezcan el precio del bien y su forma de pago. Y aún se percibe mejor lo que venimos diciendo en el caso de aquellos negocios que deben ser visados por la autoridad de alguna repartición estatal.

14. EL NEGOCIO COMO ESPECIE DE ACTO JURIDICO

La definición de negocio jurídico que hemos apuntado (*supra* nº 12) nos permite visualizar las particularidades de esta figura, a la par que reseñar las diferencias saltantes entre ella y el acto jurídico.

Así, vemos en primer término que nos encontramos ante una especie de acto. En el capítulo anterior, al mencionar la actitud asumida sobre el particular por los tratadistas modernos, habíamos ya dedicado unas líneas al respecto. Pero por lo exiguo de ellas, y porque no era aquél el lugar preciso no habíamos hecho sino anunciar el detalle. Si nos detenemos a observar que para la doctrina contemporánea, excepción hecha de algunos autores franceses, el acto jurídico es todo actuar (valga la redundancia) con consecuencias jurídicas, no hace falta mucha perspicacia para notar que el espectro de posible actuaciones es amplísimo. Una de estas busca la formación del negocio. Y lo que antaño estaba reservado al acto jurídico como instrumento de voluntaria mutación (29) de intereses o derechos (situaciones, relaciones, poderes, cargas, etc.), hoy viene a ser el negocio. A partir de la teoría moderna que iniciaron en este aspecto los pandectistas alemanes, el negocio es un acto jurídico cuyas consecuencias las determina el Derecho, pero que en situaciones normales han sido previstas —y queridas— por los intervinientes en el negocio y generadas por un contenido del mismo que responde a una declaración de voluntad.

Veíamos que uno de los presupuestos de los negocios jurídicos es la *declaración o manifestación de voluntad*. No ocurre igual con todos los actos jurídicos. En ellos no se requiere, ciertamente, la declaración volitiva orientada a un fin determinado. En los actos reales el presupuesto de hecho es una cosa susceptible de ser atribuida a alguien; en los actos ilícitos el presupuesto o hipótesis que prevé la ley es la comisión de un daño por descuido, imprudencia, etc. En otras palabras, el negocio jurídico es la especie de un género, que es el acto; el negocio jurídico es comprendido por el acto.

La *finalidad del negocio*, no la de las partes, también coadyuva a establecer con nitidez la distinción existente entre acto y negocio. En el último, como bien señala Betti (30), se anhela, ante todo, la creación de vínculos entre los individuos regulando sus relaciones jurídicas de conformidad con sus intereses (31). De aquí que el mismo autor diga en otro lugar que el

(29) ESPINAR LAFUENTE: *op. cit.*, pág. 11.

(30) BETTI, Emilio: "Negocio Jurídico", págs. 39 y ss, 51 y ss., 64 y ss. Esta idea subyace en todo el texto del excelente estudio de este autor italiano.

(31) ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.*, págs. 33-34, nos dice que "el negocio es el medio de autorregulación de los intereses jurídicos" Conviene no tomar muy al pie de la letra esta aseveración porque de su lectura aparecería que niega la existencia de negocios bilaterales o la estipulación en favor de tercero. Por eso, líneas más abajo (pág. 37) aclara la idea.

negocio desempeña importantes funciones práctico-sociales "a las cuales es destinada la tutela del Derecho" (32). En opinión del tratadista mencionado, este es el carácter distintivo del negocio jurídico. En efecto, este matiz vinculante en concordancia con los intereses de los negociantes, no se presenta en otro tipo de actos jurídicos. En ellos, los actos no negocios, el vínculo puede aparecer, sí; pero nace por imperio de la ley sin tener su origen en una manifestación volitiva. Y, en todo caso, el vínculo no necesariamente regula intereses voluntarios, en meditada y prevista relación con posibles intereses de otra parte o terceros ajenos al agente.

La voluntad de vínculo, por llamarla así, implica también un *deber de cooperación* entre los contrayentes que se visualiza con particular claridad en las obligaciones que nacen del negocio. Cooperación que se traduce en posibilitar la actuación con buena fe dando, haciendo o no haciendo lo convenido. No hay tal deber de cooperación en aquellos actos no negociables, salvo que vengan impuestos por la ley.

Además de lo expuesto hay otra nota que respalda la diferencia entre acto y negocio. Nos estamos refiriendo a *la intención*. Sobre la misma ya habíamos hecho algunos comentarios que consideramos suficientemente explícitos en lo que al negocio directamente atañe. Empero, es menester traer a colación otra vez el punto porque nos sirve para observar que si la intención es indispensable en el negocio, no lo es en el acto jurídico.

En el negocio la intención se configura como inexcusable (33) porque la expresión de la voluntad no tendría sentido al manifestar su conformidad con un contenido preceptivo que no se desea. No vaya a pensarse que con esto queremos negar que en ocasiones patológicas exista un vicio de la voluntad. Pero en circunstancias comunes, aparecería como absurdo que se celebre un negocio sin que medie una pretensión responsable, el deseo de obtener algo o incidir sobre una relación jurídica o un derecho ora para modificarlo, ora para extinguirlo, etc. Una intención, en suma. Inútil sería por el contrario, pretender encontrar en todos los actos jurídicos esta particularidad (34). No queremos con esta idea excluir la eventualidad de que existan actos jurídicos, los reales por ejemplo, en los que se persiga o desee algo. Pero si bien puede ocurrir que así sea, no se considera para los actos en general la imprescindibilidad de la intención, sea ésta jurídica o empírica. Aceptando que el acto ilícito es jurídico, mal podemos considerarlo como no querido si presumimos la posible existencia de un deseo de causar un daño.

La intención reclama un razonamiento mental previo, una conclusión personal que se concreta en la voluntad considerada como "hecho psíquico interno", al decir de Betti (35), y que se sustantiviza jurídicamente con la declaración. Siendo así, resulta evidente que, en lo que toca al acto y al negocio, la intención sólo debe ser tenida en cuenta en la medida que ha obtenido el objeto de su querer o, mejor dicho, que está orientada legítimamente

(32) BETTI, Emilio: "La interpretación de las leyes y actos jurídicos". Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pág. 103.
(33) BARBERO, Doménico: "Sistema...". Tomo I, pág. 435 y ss.
(34) Aunque de ellos surgan obligaciones. Como el acto ilícito, del que nace una obligación de reparar.
(35) BETTI, Emilio: "Negocio Jurídico", pág. 56.

al logro de un determinado fin. Pero es en el negocio donde se acentúa su importancia porque en él se persiguen en forma voluntaria y explícita tales o cuales efectos vinculantes. De no haber intención no tendría sentido la concertación del negocio. Por eso es nulo el negocio absolutamente simulado, porque no tiene intención de otro resultado distinto al de aparentar.

La manifestación de voluntad constituye, asimismo, un elemento tipificador del negocio a la vez que lo distingue de otros actos. La declaración de voluntad no es otra cosa que la comunicación, la exteriorización al mundo del resultado de aquel proceso mental de querer regular intereses a que aludíamos más arriba. En tanto que solamente existe declaración de voluntad integrante, válida y eficaz cuando es producto de una intención, dejemos por el momento su estudio retomándolo cuando veamos los elementos del negocio. Baste pues, por ahora, incidir en la importancia de la manifestación como factor sustantivo del negocio, cuidando siempre de no identificar ambos conceptos.

Consecuencia o corolario de lo dicho es que el negocio reclama una declaración consciente del querer, con ánimo de ser conocida por un tercero. No es tal la hipótesis de existencia del acto, para cuya trascendencia basta la modificación objetiva de la realidad jurídica anterior, operada por un nuevo comportamiento que no pretende tener destinatario —aunque lo tenga de manera mediata—; tal ocurre con el repentino y definitivo abandono de la posesión.

Del rol principalísimo que desempeña la voluntad en los negocios jurídicos se deriva otro aspecto que contribuye a ahondar la diferencia entre acto y negocio. Se trata de lo siguiente: en el acto jurídico no negocial, las consecuencias jurídicas que de él derivan no necesariamente responden al fin práctico querido por el agente o, para decirlo mejor, los efectos jurídicos no se tienen en cuenta, o sólo de una manera secundaria. En el negocio, por el contrario, si acaso no fueron previstos en su integridad los efectos, una vez que se producen obedecen en esencia al "fin práctico que las partes se propusieron", como asegura Coviello (36). Véase con un ejemplo: concertada una compra-venta, los efectos jurídicos y prácticos no son otros que los propios de ella, siendo imposible que correspondan a los de una donación (37).

De otro lado, lo que al Derecho le interesa de los negocios jurídicos es tomar en consideración los resultados anhelados por las partes; en los actos jurídicos no negociales más se mide la trascendencia jurídica de los mismos en cuanto susceptiblidad de obtener consecuencias que no necesariamente han sido queridas, porque no dependen de ellos, sino que derivan directamente y con carácter forzoso de la ley (38). De aquí que Stolffi diga que en los actos lícitos no negociales la ley tiene en cuenta el resultado material o de hecho de la acción realizada, antes que la voluntad que los ha determinado o el fin propuesto por el agente (39).

(36) COVIELLO, Nicolás: *op cit.*, pág. 344.
(37) LEON HURTADO, Avelino: "La voluntad y la capacidad en los Actos Jurídicos", pág. 56. Refiriéndose a los efectos apunta certeramente que no quedan al arbitrio del nombre que las partes den al negocio.
(38) BONET RAMON, Francisco: *op. cit.*, Tomo I, pág. 604.
(39) STOLFFI, G: *op. cit.*, pág. 3.

Ahora bien, al decir que en los negocios jurídicos el Derecho confiere valor a los efectos buscados por las partes, cabe la posibilidad de que éstos no sean correcta o completamente visualizados en todos los casos. Mas esto no obstaculiza en modo alguno la eficacia y validez del negocio, pues como dice Albaladejo (40), "basta querer los efectos fundamentales o principales, teniendo una representación de los mismos. Así el comprador ha de querer la cosa para sí, sin que sea preciso ni siquiera que conozca todos los demás efectos que la venta produce". (I).

15. ELEMENTOS DEL NEGOCIO

Si bien en las primeras líneas de este capítulo dejamos sentado que el negocio era una abstracción o construcción jurídica, no por serlo deja de tener cierta estructura. No existe unanimidad respecto a la denominación de los componentes de esta estructura que los interesados, dotándola de contenido, ponen en función. Hay quien los llama elementos; otros sostienen que no son elementos sino presupuestos; otros más prefieren calificar a estos componentes como requisitos, o antecedentes o factores. Sin ánimo de terciar a fondo en la discusión sobre cuál es el vocablo más conveniente y acertado y que mejor se acomoda a la idea, nos inclinamos a pensar que el término más adecuado lo proporciona la locución del "elemento". Porque esta palabra indica el último integrante indivisible de algo. No cabe duda de que es posible fraccionar, por ejemplo, a la declaración de voluntad en una "declaración" y en "voluntad". Pero conservando íntegro su valor jurídico conceptual y su carga semántica, la locución "declaración de voluntad" es indivisible.

No creemos que la palabra "requisito" sea la más adecuada, ya que sólo los elementos pueden tener requisitos, y no viceversa (*). Así, por ejemplo, el objeto es un elemento de negocio, pero debe tener los requisitos de posibilidad física y jurídica. Llamar "antecedentes" a los componentes del negocio equiparándolos a los elementos nos parece poco apropiado; porque "antecedente" implica prelación, pre-existencia, induce a pensar en lo que es antes de algo. Si los antecedentes son previos al negocio y después se integran en él, dejan de ser antecedentes para convertirse en elementos. En este sentido, la capacidad sí puede ser considerada como requisito o antecedente, que es previa al negocio y que incide sobre sus elementos. Lo mismo puede decirse del objeto, (en cuanto cosa —aunque futura— en que consiste la prestación), que es requisito, pero no necesariamente antecede al negocio.

Sobre el vocablo "presupuesto" se podría decir otro tanto, puesto que en algunas ocasiones se toma esta palabra como sinónimo de antecedente. De otro lado, el uso del vocablo "presupuesto" invita a confusión de conceptos, atendiendo a que está muy generalizado su uso reputándolo como equivalente a la idea de condición de validez. Por lo demás,siendo el término elemento el más en boga en la actualidad, invitaría a confusión el uso de otras voces que, si no caídas en desuso, no responden con exactitud al contenido que la generalidad de los autores le atribuye (41).

---

(40) ALBALADEJO, Manual: *op. cit.*, pág. 48.

(*) Hemos de dejar constancia, empero, que a veces en el curso de este trabajo utilizamos indistintamente ambos conceptos. Así, por ejemplo, en el comentario del artículo 140.

(41) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", en Tomo II, pág. 357, hace una interesante distinción: mientras "los elementos son intrínsecos al negocio (. . .) los presupuestos de validez le son extrínsecos; y sin embargo ejercitan una función integradora respecto del negocio, en el sentido que, sin ellos, no es válido".

Convendría ahora señalar qué entendemos por elementos de un negocio. Llamamos elementos del negocio a la exigencia indispensable para formarse la idea de su estructura o "que hacen del mismo un negocio de una especie determinada" (42).

Son elementos esenciales o generales aquéllos que contribuyen a calificarlo como negocio y no como otra figura jurídica. Entre ellos contamos el sujeto (declaración de voluntad), la causa y el objeto (43). Los citados son los elementos comunes a todo tipo de negocio, esto es, esenciales generales y constituyen en conjunto el supuesto de hecho que se requiere para desplegar los efectos propios del negocio. Castán Tobeñas (44) los subdivide a su vez en objetivos y subjetivos. Objetivos serían —dice— la causa, la prestación y la forma. Entre los subjetivos ubica solamente a la declaración de voluntad. Empero, nosotros nos inclinamos a pensar que la forma no debe ser considerada como elemento común a todos tipo de negocios, habida cuenta de que no en todos se requiere cierta formalidad. Más bien, creemos que debe ser citada la formalidad junto con aquellos elementos esenciales especiales para ciertos negocios, tal como el precio en la compra-venta, por ejemplo.

La doctrina cita también a los elementos naturales o propios, que normalmente no inciden sobre la nulidad pero que contribuyen a tipificar la especie del negocio a que pertenecen (45). A ellos debemos agregar los elementos accidentales, que son aquellos impuestos por las partes para cada negocio en particular (46).

Antes de contraernos al estudio de los elementos esenciales que serán materia de capítulos siguientes, hemos de hacer notar la interesante distinción que establece Puig Peña entre elementos esenciales positivos y elementos esenciales negativos (47). El tratadista español asegura que los elementos negativos son útiles de tener en cuenta, porque influyen en forma determinante sobre la nulidad. Y así, cita como negativos los caracteres de imposibilidad o ilicitud o la prohibición de celebrar ciertos negocios. Nosotros no compartimos su opinión, porque aquello que Puig Peña llama elemento negativo no es otra cosa que el requisito de que debe estar premunido un elemento. En otras palabras, la licitud debe acompañar a la prestación, para algunos autores también a la causa, etc.

Debe hablarse, por último, de los llamados elementos accidentales, que como su nombre indica no responden a la esencia del negocio ni a la naturaleza típica de cada uno, sino que son agregados por los negociantes, y que

---

(42) ENNECCERUS: *op. cit.*, Tomo I, Vol. II, pág. 299.

(43) No hay unanimidad entre los autores a la hora de decidir cuáles son los elementos esenciales. Hay quien dice que la capacidad y la publicidad también deben ser tenidos como tales. Otros citan también al acuerdo de voluntades, sin advertir que éste sólo se aplica en los negocios bilaterales. Sin embargo, no hay mayor discusión en lo que toca al objeto, la declaración y la causa. Esta, cuando se la acepta, siempre viene a ser elemento esencial.

(44) CASTAN TOBEÑAS, José: *op. cit.*, Tomo I, pág. 296.

(45) CASTRO Y BRAVO, Federico: *op . cit.*, pág. 56.

(46) LAFAILLE, Héctor, en su "Curso de Contratos", pág. 17 del Tomo I, dedica interesantes líneas sobre el dato que diferencia los naturales de los accidentales.

(47) PUIG PEÑA, Federico: *op cit.*, Tomo I, pág. 560 y ss.

se admiten mientras no desvirtúen la esencia o naturaleza del negocio y no estén prohibidos. Así, la condición, el plazo o término y el modo, las arras, la cláusula penal. Desde luego que, eventualmente, lo accesorio de uno de estos elementos puede tornarse sustancial (48) en función del interés de los negociantes en un acto concreto, pero ello no altera su carácter de elementos estructuralmente prescindibles en ciertos negocios.

16. CLASIFICACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS

Y tras estas brevísimas pero necesarias precisiones sobre el negocio, interesa bosquejar una simple y sencilla enumeración de las distintas especies, según las partes que intervengan o la forma en que se presentan los negocios. El análisis detallado de cada una de estas modalidades o de otras, pues las hay muchas, desborda con exceso los fines de este estudio y por ello sólo nos detendremos brevemente en cada una de las especies que tomamos, en lo esencial, de la clasificación de Stolffi (49).

La clasificación es útil, precisamente porque el negocio —según habíamos apuntado— es una abstracción de los principios que regulan uniformemente diversos supuestos de la autonomía de la voluntad. En este orden de ideas, se trata de agrupar separadamente los distintos tipos de negocios que conservando la unidad en lo principal tienen características propias que, de no mencionarse, podrían inducir a confusiones, pues el régimen legal es diferente entre ellos, en atención a su significado social (50).

a) Negocios plurilaterales o unilaterales.— Según el número de partes que en ellos intervengan declarando su voluntad. Ahora bien, siendo los sujetos uno de los elementos esenciales —o generales— del negocio, importan unas breves reflexiones sobre este tema.

Por partes ha de entenderse a los polos de la relación jurídica que el negocio vincula por su contenido (51); las partes no son, como con frecuencia y equivocadamente se dice, los intervinientes, ya que no siempre los intervinientes soportan las obligaciones que dimanan del acuerdo o, por decirlo más claramente, no autoregulan sus intereses. De aquí que se deba distingir entre parte formal, sobre la que recaen los efectos, y parte material, la que interviene en el negocio. Por lo demás, también es inexacta la usual identificación entre parte y persona (física o jurídica). Una sola parte puede estar compuesta por varias personas. Y la parte seguirá siendo la misma aunque las personas cambien sin por ello verse alterado el contenido del negocio.

Para concluir, puntualizar que en ocasiones una de las partes puede ser desconocida para la otra, especialmente cuando la obligación que deriva del negocio está representada por un título al portador (52).

---

(48) SANTORO PASARELLI, Francisco: *op. cit.*, pág. 228.
(49) STOLFFI, Giuseppe: *op. cit.*, pág. 50 y ss.
(50) CASTRO Y BRAVO: *op. cit.*, pág. 50.
(51) Como señala RUGGIERO, Roberto de: *op. cit.*, pág. 251. "Parte no significa la persona, sino la dirección de la voluntad, aunque la manifiesten varias personas".
(52) DE LOS MOZOS, José Luis: "Concepto de obligación", en Revista de Derecho Privado, Octubre 1980.

b) Negocios principales o accesorios. Según que sean autónomos y agoten en sí mismos, o queden sujetos a otro. Así, verbigracia, la prenda, la hipoteca, la fianza, son negocios jurídicos típicamente accesorios, pues pierden su función jurídica al quedar sin efecto la obligación principal que garantizan.

c) Negocios causales o abstractos. La distinción aquí radica en si el negocio tiene causa evidente y notoria o no. Así como la compra-venta, el arrendamiento, la donación, etc. son siempre negocios causados, hay otros que constituyendo declaraciones de voluntad que revelan un ánimo de generar efectos jurídicos que interesan al agente, no llevan la causa incorporada en sí y, por eso, son abstractos. Caso notorio es el giro de una letra que conteniendo una obligación de pago, puede deberse a muy distintas causas.

d) Negocios patrimoniales o familiares. La diferencia se apoya en el resultado que la voluntad declarada pretende obtener. Y puesto que los negocios que no tienen contenido patrimonial (sucesorio, real u obligacional) son de naturaleza familiar (matrimonio, emancipación, adopción, reconocimiento de un hijo), la diferencia no requiere mayor comentario. Se ha dicho sin embargo, que la constitución de fundación o de una asociación no se ubica en ninguno de ambos extremos.

La observación es acertada en tanto que el agente no pretende un resultado económico, pero también es cierto que tanto la fundación (afectación de un patrimonio) como la asociación (uso de un patrimonio adquirido con las contribuciones de sus asociados o por otros medios) tienen efectos patrimoniales. De ahí que convenga incluirlos entre esta especie de negocios.

e) Para concluir, merecen citarse a los negocios a título *oneroso o gratuito, constitutivos o declarativos de derechos u obligaciones,* los negocios *"intervivos"* y *"mortis causa"* y negocios de fijación *(transacción), administración, conservación, disposición.*

En todo caso, siempre será necesario identificar el tipo de relación negocial creada, para determinar la especie de negocio a que se encuentra adscrita (II).

Cap. IV

ELEMENTOS DE VALIDEZ

"ARTICULO 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez, se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

17. CONSIDERACIONES GENERALES.

La Sección inicialmente proyectada relativa a las Disposiciones Generales sobre el jurídico no era afortunada en su distribución, que afectaba al orden del articulado. Al comentar dicho Proyecto dijimos que una sistemática más coherente hubiera sido deseable. De este modo, luego de enumerar los requisitos de validez del acto, convenía disciplinar la declaración de voluntad y el silencio; acto seguido las vicisitudes y de los alcances de la declaración; se continuaría con el objeto y con la forma, y se concluiría con el artículo referido a los efectos del acto (ahora suprimido). Y agregamos entonces que hubiera sido útil que esta Sección dedicara sendos preceptos al objeto, a la capacidad y a la finalidad, que son conceptos que bien lo merecían. Por desgracia, la Comisión Revisora no sólo no los ha reglamentado. sino que además ha suprimido cuatro otras normas del Proyecto de la Reformadora. A nuestro juicio, la amputación ha sido injusta: eran artículos que bien merecían conservarse. Al abolirse estos numerales ya no hay desorden, pero en su lugar se ha introducido afonía legislativa y con ella seguirán conflictos que bien podrían haber quedado resueltos de antemano con una sabia regulación. Lástima.

De la lectura del texto del artículo transcrito, se aprecia que se ha modificado de un modo sustancial la redacción contenida en el artículo 1075 del Código primitivo. Como especialmente notables son las inclusiones de los requisitos consistentes en la finalidad lícita y la declaración de voluntad.

El nuevo Código ha querido definir lo que denomina acto jurídico (1), aunque por ser más didáctico en esta materia que el Código anterior no se hacía tan necesaria una definición. No obstante este avance indudable y meritorio, se ha preferido mantener la denominación de acto y no adoptar la de negocio, hoy en boga en la doctrina. No se explican, sin embargo, las razones doctrinarias a que obedece la preferencia, y de las actas de las Comisiones Reformadora y Revisora (2) sólo se desprende que se ha querido conservar una tradición jurídica. En síntesis, parece ser que antes que desmerecer o rechazar la teoría del negocio jurídico y las circunstancias que justificaron su creación, se la asume, con modificación de terminología. Forzosamente debe arribarse a esta conclusión, pues la inclusión en el primer Proyecto (3) del consentimiento (entendido como declaración de voluntad, no como concurso de dos o más voluntades) como necesario para la validez, induce a pensar que el legislador pretende que el agente tiende a la obtención o regulación de ciertos efectos prácticos o económicos-sociales.

Con acierto se ha mejorado la redacción del Código antiguo en este punto e incluído taxativamente a la manifestación de voluntad en el texto final de la norma y de este modo se han establecido claramente los distingos con otros actos jurídicos. Abundando en la distinción, se ha retirado de este Libro II lo relativo a la prescripción y a los actos ilícitos, que son hechos jurídicos que no tienen la categoría de negociales.

Antes de entrar al estudio del artículo digamos que se limita a enumerar aquellos elementos y sus requisitos que son indispensables para la validez del negocio. Qué se entiende por validez y qué consecuencias tendría la ocasional ausencia -o vicio- de alguno de los elementos o requisitos, son materias a ver en el capítulo de nulidades. Basta con indicar por el momento la existencia del problema.

SECCION PRIMERA (a)

CAPACIDAD

18. CONSIDERACIONES GENERALES. CONCEPTO.

El Proyecto de la Comisión Reformadora sustituyó la locución "agente capaz" del antiguo Código, por la concreta palabra de capacidad. El borrador de una Exposición de Motivos de dicho Proyecto que pudimos conocer, anunciaba que ello obedecía a la necesidad "de no dejar duda de que esta expresión es aplicable tanto a la persona física como a la jurídica, y abarca tanto la (capacidad) de goce como la de ejercicio, ya que sin la primera simplemente no hay acto y que la segunda puede ser suplida por la representación". No obstante esta intención y la supresión del vocablo "agente" en este artículo, permaneció en el 88 del referido Proyecto. La redacción final y definitiva vuelve a la antigua expresión.

(1) También contenía una definición el Anteproyecto Sustitutorio elaborado por la Dra. Susana Zusman y el Dr. Manuel de la Puente.
(2) Hemos consultado borradores de las mismas.
(3) Publicado en 1980 por la Universidad Católica.

La norma que comentamos, sin embargo de instituir la capacidad como requisito de validez, no puntualiza la capacidad a la que alude, lo que obliga a explicarla. A tal efecto deben tenerse presentes no sólo las normas de los artículos 42 a 46 del Código, sino también aquéllas reguladoras de la capacidad de las personas jurídicas y las que legislan sobre la capacidad a la luz del Derecho Internacional Privado.

La capacidad, como es clásico, puede ser definida como la facultad de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones; es decir, ser parte de relaciones jurídicas. Pero este enunciado resulta ancho, pues la capacidad a la que alude es la de goce o jurídica, como algunos la llaman, no la de ejercicio o de obra, que es la contemplada por el artículo bajo comentario. Capacidad de ejercicio o de obra es aquella en virtud de la cual el sujeto puede producir por su propia voluntad efectos jurídicos válidos para sí o para otros, responsabilizándose de su conducta. Apto para gobernarse por sí con idoneidad para entender y querer, según adecuada expresión de Messineo (4).

De lo expuesto se deriva que al hablarse de agente capaz se ha querido referir no sólo a la aptitud intrínseca de la parte para dar vida a negocios jurídicos (5) y ejercer sus derechos, sino también al *status* del agente (caso del penado con interdicción, o del quebrado), incluyendo la legitimación, que es "la específica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes o intereses, por lo que su declaración de voluntad puede ser operante respecto de éstos; es decir, en otros términos, una particular relación del sujeto con el objeto del negocio" (6).

Capacidad y legitimación son, en realidad, conceptos distintos, de los cuales dimanan consecuencias distintas también. Basta decir, para ilustrarlo, que un no legitimado —activa o pasivamente— para intervenir en el negocio, pero que tenga edad, no esté sometido a interdicción, ni sea sordomudo o ciego-sordo o ciego-mudo inexpresivo, no puede ser considerado como incapaz. Por lo demás, la legitimación proviene de mandato convencional o legal; la incapacidad, de la naturaleza (sordomudez) o de la ley (el penado), o de la naturaleza y la ley a la vez (minoría de edad). En suma, que la capacidad evoca la idea de una cualidad jurídica, la legitimación una situación determinada.

La incapacidad de obrar se limita a impedir que los incapaces intervengan por sí en los negocios y para ello se les designa un representante, el cual contraerá derechos y obligaciones en nombre y para el incapaz (7). Pero debe advertirse que no siempre la institución de la representación posibilita el ejercicio de derechos, pues por la naturaleza y esencia de determinados negocios, no se admiten que sean ejercitados sino personal y directamente por el interesado . Tal es el caso del testamento. Como dice Ruggiero (8), aquí se confunden la capacidad de goce y la de obra.

La capacidad y, en su caso, la legitimación son en propiedad circunstancias extrínsecas al negocio; son requisitos o antecedentes, según decía-

(4) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", pág. 110, Tomo II.
(5) BETTI, Emilio: "Negocio Jurídico", pág. 168.
(6) CARIOTTA FERRARA, Luis: citado por FERRERO, Raúl: "El negocio Jurídico", Lima, 1974, pág. 103. Un concepto más restringido en BOFFI, Luis: "Obligaciones", pág. 122.
(7) LARENZ, Karl: *op. cit*, Parte General, pág. 106.
(8) RUGGIERO, Roberto de: *op. cit.*, Tomo I, pág. 343.

mos más arriba (núm. 15), que se integran al negocio por el sujeto interviniente.

No forman parte, en consecuencia, de la estructura del negocio, pero influyen sobre su función, en tanto que el defecto de tales requisitos condiciona la validez o la eficacia negocial, a la que sirven de soporte los elementos. De cualquier modo, no hay que olvidar que las restricciones a la capacidad son circunstanciales a la operación negocial, pues los incapaces son sujetos de derechos y de obligaciones cuando deriven de hechos o de relaciones de bienes. En esta línea de ideas, es conveniente referirnos por separado a la incapacidad absoluta y a la relativa. De la legitimación y de la capacidad de las personas jurídicas nos ocuparemos al tratar de la representación.

19. INCAPACIDAD ABSOLUTA

El artículo 219 dispone en su inciso 2o que un negocio es nulo "cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz". Cabe pensar en dos razones por las cuales el codificador ha optado por sancionar con nulidad absoluta el negocio en el cual interviene un incapaz absoluto. La primera de ellas se explica porque se procura proteger al incapaz de las consecuencias de aquellos actos en los cuales hubiese intervenido. Se perfeccionaría así el fin último de la nulidad, su razón de ser; esto es, sancionar el negocio por los efectos que pueda producir, no tanto por vicios en su formación.

Sin embargo, hay otra opinión según la cual el fundamento de la sanción no es directamente proteger al incapaz, sino que se considera que la expresión de voluntad, el consentimiento de los individuos incapaces absolutamente, no es jurídicamente aceptable y valedero. No es, pues, una razón teleológica o finalista como la anterior.

Aunque no podemos sustraer valor a la segunda opinión, tampoco podemos suscribirla por entero, porque es el residuo de una visión organicista de los negocios jurídicos. Nos satisface en cuanto es evidente que un incapaz absoluto no puede obligarse y responsabilizarse de algo por lo cual no siempre tiene conciencia plena. Mas tampoco podemos llegar al extremo de pensar como Alessandri Besa (9) que, tratándose de los incapaces, la falta de consentimiento es sinónimo de incapacidad para consentir. Esto podrá ser válido en el caso de los enfermos mentales privados permanentemente de discernimiento. Pero el consentimiento como hecho objetivo externo y como razonamiento mental, existe —y a veces es válido— en el caso de los menores de dieciséis años o de los sordomudos, lo que sucede es que el Derecho niega a este consentimiento la posibilidad de generar ciertos efectos jurídicos válidos.

Todo lo expuesto nos lleva a pensar que aunque pueda fluir del texto del inciso 2o de este artículo y se quiera sostener que la nulidad opera por ausencia de consentimiento en los incapaces absolutos, no debe ser esa la correcta interpretación. Junto con ella debe además tenerse en consideración el fundamento de todo el sistema de la teoría de la nulidad: proteger a quien pudiera verse afectado por los vicios del negocio.

(9) ALESSANDRI BESA, Arturo: "Nulidad. . .", pág. 449.

La teoría de la falta del razonamiento, si prescinde ciegamente del fundamento último de la nulidad, propiciaría indirectamente que gran parte del movimiento comercial se viese teóricamente frustrado por llevar a extremos exagerados todos los elementos o requisitos de los negocios jurídicos (10).

Ahora bien, ¿quiénes son los que, en razón de su incapacidad absoluta, están imposibilitados para manifestar una voluntad susceptible de dar origen a un negocio jurídico válido ?. El artículo 43 enumera taxativamente quiénes son estas personas, citando a los llamados legales (11). La disposición dice textualmente que : "Son absolutamente incapaces :

1o.—Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley;
2o.—Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento;
3o.—Los sordomudos, los ciegosordos, y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable".

A ellos el Código anterior agregaba los desaparecidos cuya ausencia estuviera judicialmente declarada, pero el nuevo ordenamiento no los considera propiamente incapaces, fijándoles un tratamiento diferente.

a) En cuanto a los menores de dieciséis años, la razón de declarar nulo el negocio en el que hayan intervenido manifestando su voluntad, es debido "a su poca edad y al desarrollo incompleto de sus facultades mentales, y no pueden darse cuenta de lo que están haciendo" (12). O, como dice Messineo, no tienen "un estado psíquico de idoneidad para entender y para querer" (13). La ley estima que el menor de dieciséis años que se obliga directamente lo hace sin tener conciencia plena de las responsabilidades que está adquiriendo. Obvio es que esta edad, como todos los límites que establece la ley, es hasta cierto punto arbitraria; empero, sirve de referencia relativa. Y en base a esta referencia, preceptuándose la nulidad de los negocios atendiendo a la incapacidad absoluta por razón de edad, el Derecho busca proteger al menor de los perjuicios que pudiera ocasionarle el dar origen a un acto de esta naturaleza. Cuando no es de esta manera (artículo 1358), el negocio puede ser válido. Así se patentiza la finalidad por excelencia de la nulidad (14).

   El dispositivo legal, además, considera a los menores de dieciséis años, como capaces de obrar "para aquellos actos determinados por la ley". Entre estos actos podemos enumerar la adquisición a título gratuito, testar, pedir remoción del tutor, etc.

b) La norma ha utilizado una fórmula feliz —falta de discernimiento— pues su amplitud permite abarcar un abanico de casos que, si bien no lindan con la demencia o imbecilidad (términos que usan los códigos civiles chileno y español), implican alteración de las facultades mentales de

(10) BORDA, Guillermo: *op. cit.*, pág. 237, Tomo I.
(11) COLIN y CAPITANT: *op. cit.*, Tomo I, pág. 178.
(12) ALESSANDRI BESA, Arturo: *op. cit.*, pág. 459.
(13) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 110.
(14) RIEG, Alfred: *op. cit.*, pág. 30.

los individuos. Aún más, con la expresión de nuestro nuevo ordenamiento, cabe la nulidad de un negocio por la sola enfermedad mental que provoque falta de discernimiento, lo cual no necesariamente equivale a la alteración de todas las facultades mentales.

En resumen, toda persona que carezca habitualmente de discernimiento debido a una enfermedad mental (originaria o derivada), es incapaz absoluto; consecuentemente, el negocio que celebre deviene en nulo radicalmente.

Mas para establecer la nulidad es preciso saber si el individuo está o no sujeto a interdicción, recordando empero lo previsto en el artículo 582, sobre curatela.

¿Cuál es, por lo tanto, el valor de los negocios cuyo origen estriba en la declaración de voluntad emitida por un hombre falto de discernimiento? "Si la persona a quien se supone con sus facultades mentales perturbadas no está sometida a interdicción (. . .), para poder obtener la declaración de nulidad absoluta del acto jurídico en que tuvo intervención, es necesario probar que al tiempo de celebrar el acto se encontraba en un estado psicopático" (15) o falto de discernimiento, añadiríamos nosotros. Si efectivamente estaba en tal coyuntura, no cabe duda que el negocio es nulo, puesto que acaso sobrevengan consecuencias perjudiciales para el otorgante; consecuencias que por él no pudieron ser previstas ya que el proceso lógico mental (16) previo a la voluntad decisoria era irregular.

Importa señalar que la carga de la prueba en el procedimiento declaratorio de nulidad cuya causal es la incapacidad absoluta en razón de falta de discernimiento, varía respecto a quién le corresponde. En nuestro ordenamiento, la regla es que hay capacidad para obrar y disponer. La incapacidad es la excepción. En esta línea de ideas, debemos atender a lo preceptuado por el artículo 337 del Código de Procedimientos Civiles. Este dispositivo apunta que "las partes deben probar los hechos que aleguen, excepto aquellos que se presumen conforme a ley".

Por ello, en principio, quien intenta la acción de nulidad debe probar que el que celebró el negocio era incapaz absoluto al momento de la formación del acuerdo. Mas como en nuestro sistema se presume que la incapacidad es la excepción, aquél a quien se le reputa esa condición debe demostrar que no era tal al momento de expresar su voluntad.

Los individuos sujetos a interdicción tampoco pueden celebrar negocios jurídicos a no ser que el curador lo haga en su nombre.

En estos casos la incapacidad es absoluta y permanente y se presume *juris et de jure* que están imposibilitados de discernir, aunque el negocio lo hayan celebrado durante un intervalo de lucidez.

(15) ALESSANDRI BESA, Arturo: *op. cit.*, pág. 451.
(16) Sobre el proceso de la voluntad negocial véase la ya citada opinión de DUGUIT, León.

c) "Los sordomudos, los ciegosordos y ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de una manera indubitable" también son considerados por la ley como incapaces absolutos. La razón de ello está señalada en el mismo dispositivo y, por lo mismo, será nulo el negocio en el que intervengan, porque será imposible saber con certeza si efectivamente quieren o no celebrar el negocio, o si desean éstas u otras condiciones. Pero se subsana el inconveniente cuando el curador interviene en su nombre.

Es menester advertir que cesa la incapacidad absoluta desde el instante en que aprenden a expresar su voluntad de una manera inequívoca, sin que sea necesaria declaración judicial que les exima de hacerse representar.

Bajo el principio de que la incapacidad es la excepción a la regla (17), el Código ha podido ser más genérico en este inciso, pues olvida todos aquellos casos de limitaciones físicas que, por causas transitorias o permanentes, imposibilitan la expresión inequívoca de la voluntad. Son los casos de quien padeciendo una enfermedad física quedara privado de expresión (18). Ocurre que están impedidos de ejercer por sí los derechos que poseen.

Personalmente entendemos que por argumentación *a simili* los casos citados habrán de quedar incluídos en el supuesto de la ley, aunque con ello se vulnere la premisa de que los casos de incapacidad sólo son los taxativamente señalados. En todo caso, debe determinarse si el sujeto agente está sujeto a curatela por impedimento físico.

SECCION PRIMERA (b)

20. INCAPACIDAD RELATIVA

El artículo 44 puntualiza que son relativamente incapaces las personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad; los retardados mentales o con deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; los pródigos; los que incurren en la mala gestión en sus actividades económicas, los ebrios habituales, los toxicómanos y aquellos que sufran la pena de interdicción civil.

Las consecuencias de la incapacidad relativa se apuntarán con detalle al comentar el artículo pertinente sobre la anulabilidad.

Entre tanto, es necesario anotar que la enumeración que hace este artículo debe ser interpretada restrictivamente. Dicho de otro modo, sólo son relativamente incapaces en cuanto a sus propios actos las personas en las que

(17) BORDA, Guillermo. *op. cit.*, Parte General, Tomo I, pág. 234.
(18) En nuestro comentario al Proyecto presentado por la Comisión Reformadora sugeríamos la incorporación de los ciegosordos y ciegomudos, que no se habían considerado. Al prologar la obra, el Dr. León Barandiarán discrepaba con nosotros y observó que, en su criterio, las limitaciones físicas que imposibilitan para una idónea manifestación no son causa de incapacidad de ejercicio, que es a la que se refiere el artículo. Esta opinión del ilustre jurista no ha sido compartida por la Comisión Revisora.

concurre una o más de las circunstancias precisadas en el artículo bajo comentario. Y aun en este caso, también deberá apreciarse restrictivamente y, con la excepción de la minoría de edad y de la interdicción civil por sanción penal, solamente se considerarán formalmente incapaces aquellos que hubieran sido señalados como tales por virtud de un fallo judicial dictado tras el oportuno procedimiento en el que quede demostrada la situación o conducta que amerita la declaración de incapacidad.

En nuestro sistema legal, como ya está dicho, la incapacidad legal no se presume y así los retardados mentales, los que sufran deterioro mental, los pródigos, los malos gestores de sus actividades económicas, y los ebrios y drogadictos habituales se consideran plenamente capaces mientras judicialmente no se haya decretado lo contrario.

Las consecuencias de esta realidad saltan a simple vista. Una cosa es invocar la nulidad relativa de un contrato por incapacidad relativa, que exige una previa resolución judicial declarativa de tal estado, y otra cosa es por haber quedado demostrada la fragilidad o insuficiencia mental, ebriedad o drogadicción, al momento de la celebración del negocio. Corolario de ello será, sin duda, que no deberá ser sancionado con nulidad relativa aquel contrato suscrito por el pródigo o por el mal gestor que no estuviera declarado incapaz, y que al momento de la celebración del negocio estuviera en la plenitud de sus facultades y cuyas cláusulas se presenten como favorables al supuesto incapaz o, por lo menos, no resulten menos gravosas que las que hubiera celebrado otra persona normalmente diligente en condiciones similares.

En todo caso, como señala Luis Díez Picazo (19) "las personas en quienes concurre la causa de incapacitación, que no hayan sido judicialmente incapacitadas, podrán plantear un problema en torno a la validez del consentimiento emitido en cada uno de los concretos actos que realice, pero no son, en rigor, incapaces".

21. INCAPACIDADES ESPECIALES

Hay que observar que cuando el artículo 140 apunta que "para su validez (del acto jurídico) se requiere capacidad. . ." no solamente alude a las incapacidades absoluta y relativa, sino también a otro tipo de capacidad, distinta de la legitimación, que viene dispuesta por otras normas, algunas de las cuales no son necesariamente civiles. Son las llamadas incapacidades especiales de derecho (20).

Tal es el caso, por ejemplo, de los quebrados, que según el artículo 890 del Código de Comercio "quedan inhabilitados para la administración de sus bienes"; en su oportunidad las mujeres casadas que no contaban con licencia marital tenían restricciones a su capacidad para ejercer el comercio; los extranjeros tienen también restricciones de capacidad para celebrar cierto tipo de actos jurídicos; los tutores o curadores no podrán comprar o alquilar bienes de sus pupilos, el albacea los bienes que administra, etc. De suerte, pues, que la capacidad a la que alude el artículo cubre un amplio abanico

(19) En: "Comentarios al Código Civil Español". ALBALADEJO y otros, Edersa, 1978, Tomo I, pág. 824.

(20) CARBONNIER, Jean: *op. cit.*, Tomo I, Vol. II, pág. 416 y ss.

de limitaciones que habrán de contemplarse a la vista de cada negocio jurídico en concreto. Así, los analfabetos y los ciegos, que para poder otorgar testamento quedan sujetos a la observancia de ciertas formalidades no requeridas a quien carece de estas limitaciones físicas.

Estas incapacidades de derecho, como indica Boffi Boggero, son siempre relativas y afectan sólo a la realización de un número determinado de actos jurídicos (21).

22. LEY APLICABLE Y VALIDEZ DEL NEGOCIO

Para concluir con este tema, debe señalarse que el artículo 2070 señala que la capacidad de las personas individuales se rige por la ley de su domicilio, aunque aclara que el cambio del mismo no altera la capacidad adquirida según la ley del domicilio anterior: "No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al derecho de obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana, salvo que se trate de acto jurídico unilateral, o de derechos sobre predios situados en el extranjero" (22).

SECCION SEGUNDA

EL OBJETO

23. CONSIDERACIONES GENERALES

El segundo requisito esencial que el artículo 140 estatuye para la validez del acto jurídico, es el "objeto física y jurídicamente posible". Esta conjunción copulativa *y*, es fuente de problemas. Viene a imponer que todos los negocios tengan por sustrato un objeto material o corporal y eso es absurdo. No todas las especies negociales tiene algo físico como base, sostén o motivo de su contenido.

Por objeto no debemos suponer, como suele acaecer en el lenguaje coloquial, solamente una cosa perceptible por los sentidos. No, su sentido jurídico es muchísimo más amplio (23).

En un primer significado, podemos asimilar el objeto con el contenido del negocio (24). Desde esta perspectiva, el objeto es aquello a que responde típicamente un negocio determinado. Aquí el objeto no está referido a cada negocio en particular, sino visto como contenido propio de cada especie genérica de negocio. Es impropio o, por lo menos, poco apropiado este significado y fácil de confundir con la causa. Así, pues, en los testamentos, el objeto-contenido, será transferir *mortis causa;* en la donación, será donar.

(21) BOFFI BOGGERO, Luis. *op. cit.* pág. 124.

(22) Véanse los comentarios a este artículo en la Exposición de Motivos del Anteproyecto preparado por la Dra. Delia Revoredo.

(23) Veánse las múltiples acepciones que para la voz objeto proporciona el Diccionario Jurídico Omeba.

(24) Sobre el objeto-contenido del contrato, véase: CARBONNIER, Jean: *op. cit.* Tomo II, Vol. II, pág. 223.

Conceptuado el objeto de este modo, forzosamente el objeto visualizado por el negociante deberá acomodarse a la naturaleza del negocio que celebra y al contenido que le corresponde. Contenido que, como dice Messineo, en los negocios de carácter real es sustancialmente distinto de aquellos cuyo carácter o racionalidad predominante sea crediticio (25).

Una segunda acepción de objeto es la que lo hace coincidir con una cosa que sea "susceptible de integrar la materia sobre la cual puede constituirse una relación jurídica" (26).

Bien hace Puig Peña en decir susceptible, porque no todas las cosas tienen la aptitud o idoneidad de formar parte de una relación jurídica como algo ajeno a los sujetos pactantes. El Derecho delimita cuáles de estas cosas pueden integrar una relación jurídica y cuáles no (27).

La concepción de objeto como cosa la introdujo legalmente el Código francés, cuyo artículo 1126 dice textualmente: "Toda obligación tiene por objeto una cosa que una de las partes se obliga a dar, hacer o no hacer". Desde entonces data la confusión en la terminología, porque si se entiende por cosa lo apreciable por los sentidos, las obligaciones de no hacer no pueden tener una cosa por objeto y las obligaciones de hacer pueden limitarse a una conducta. Ahora, en sentido legal, cosas son solamente los corporales (28) en cuanto tales y *per se*, independientemente de su función y utilidad.

Otra tesis puede encontrar el objeto de los negocios en la categoría de los bienes. Pero aquí es menester distinguir entre el concepto jurídico de bien, como realidad utilizable, aprovechable y apropiable y su concepto económico, según el cual bien es sinónimo de riqueza e incluye, por tanto, los créditos u obligaciones (29).

Esta teoría del bien como objeto puede ser de aplicación a los derechos reales, pero no a los negocios jurídicos porque resulta estrecha. Sin ir más lejos, piénsese en el mandato, o en el arbitraje para interpretar un contrato, o en la constitución de asociación y será difícil encontrar en ella un bien inmediato o riqueza que sustente la declaración de voluntad.

También la persona, en ciertas oportunidades, puede ser objeto en un negocio aunque caben muchas reservas al respecto. Es el caso, verbigracia, de la transferencia de un jugador de un equipo de fútbol a otro. Relativo asimismo a las personas, pero revistiendo otro cariz, es el caso de la venta o donación de sangre, o de lactancia, o de uno de los órganos del cuerpo humano.

(25) MESSINEO, Francisco: "Manual...", Tomo II, pág. 258, y Tomo III, pag. 28.
(26) PUIG PEÑA, Federico; *op. cit.*, Tomo I, pág. 475 y ss.
(27) LEHMANN, Heinrich: *op. cit.*, Vol. I, Parte General, pág. 570: "En sí mismas todas las cosas son aptas para ser objeto de dominio. Por consiguiente, cuando las cosas no susceptibles de tráfico se sustraen total o parcialmente al tráfico jurídico ello no está fundado en principio en su incapacidad natural para ser objeto de propiedad y de otros derechos, sino que deriva del fin al que están dedicadas. Por ello su imposibilidad para ser objeto de tráfico no alcanza sino hasta donde el reconocimiento del señorío privado pueda estar en contradicción con ese destino. Así, pues, la imposibilidad para ser objeto de tráfico es distinta para cada grupo de cosas".
(28) ENNECCERUS: *op. cit.*, Tomo I. Vol II, pág. 548.
(29) Para una clasificación de bienes, aunque sobre el Código derogado, véase ROMERO ROMAÑA, Eleodoro: *op. cit.*, Tomo I, pág. 22 y ss.

Por último, también hay opiniones que se inclinan a ver como iguales objeto y prestación (30). El asunto merece que le dediquemos algunos comentarios.

Cuando dos personas acuerdan celebrar un contrato de compra-venta, el objeto del negocio parece ser el bien que será materia de la transferencia. Exactc. Pero también es cierto que en la transacción hay otro objeto, aunque entendido como prestación (31): hay que dar, una parte el inmueble y otra parte el dinero. Y todavía hay más: existe otro objeto que para las partes puede no revestir mayor interés ni importancia: el objeto de tal negocio es crear, primeramente, una relación o situación jurídica, o una obligación. Por esta razón, Colin y Capitant (32) no dejan de tener razón al decir que "el contrato es un acto jurídico que produce el efecto de crear obligaciones, ya a cargo de las dos partes, ya a cargo de una de ellas. Son estas obligaciones las que tienen un objeto, el cual puede consistir en una cosa material, ya en un hecho, ya en una abstención. Por lo tanto, sólo de un modo elíptico se puede hablar de objeto del contrato" (33).

El objeto, pues, no debe ser confundido con la prestación en los negocios obligacionales y el nuevo Código ha sabido diferenciarlos adecuadamente. Si bien es cierto que en un plano teórico no es difícil observar la distinción, en la práctica no ocurre de igual manera, porque en la generalidad de los casos cuando el objeto es una cosa, se presta más atención a ésta, como materia de la prestación, sin advertir que el primer objeto fue precisamente obligarse a tal prestación.

En síntesis, en las obligaciones que nacen de los contratos, debe determinarse la idoneidad (observancia de los requisitos que más adelante se dirán) del objeto inmediato, esto es, la prestación convenida, que es una conducta reglamentada por la relación jurídica creada, y el objeto mediato, o bien que se pretende obtener (34). Puesto que resulta difícil reparar en esta distinción -elipsis, al decir de Colín y de Capitant-, es que impropiamente se habla del objeto del contrato, en lugar de objeto de la obligación que nace del contrato (35).

Tampoco puede aplicarse al negocio esta noción de objeto-prestación, por ser inaplicable a muchos negocios de carácter unilateral o familiar, e incluso a contratos de derecho real en que no se espera prestación, como la pura declaración de voluntad de renuncia a la posesión.

24. EL OBJETO DEL NEGOCIO JURIDICO. PRECISION

Ampliando las nociones procedentes y aplicándolas al negocio en general, —es decir, como categoría jurídica, no como cada negocio en concreto— podemos decir que el objeto de éste es, en una primera fase, establecer una norma para regular intereses(36)privados propios(con la salvedad de las de-

(30) Entre ellos RUGGIERO, Roberto.
(31) Nótese que la prestación en sí no es sólo un comportamiento (de dar, hacer o no hacer) de deudor, sino el comportamiento de éste objetivamente considerado y apreciable económicamente.
(32) Véanse COLIN y CAPITANT: *op. cit*, Tomo III, pág. 645.
(33) Vèase también BOFFI BOGGERO, Luis: "Obligaciones". Tomo I , págs. 45-67 y 190-197.
(34) CASTAN TOBEÑAS, José: *op. cit*, Tomo Tercero, pág. 46.
(35) PLANIOL Y RIPERT: *op. cit.*, pág. 298 y ss. Tomo VI
(36) BETTI, Emilio: "Negocio...", pág. 68.

claraciones de voluntad derivadas de la representación y de la gestión de negocios). Algunos autores, como Carlota Ferrara y Castro Bravo, prefieren no hablar de *objeto* sino de *materia* del negocio y así hablan que esta materia recae sobre bienes, utilidades o relaciones. Otros, como Alex Weill y Francisco Terré, conceptúan al objeto como la operación considerada o querida (37). Pero lo importante, prescindiendo de la conveniencia de los nombres y aceptando al tradicionalmente consagrado, es que este objeto se traduce en un precepto de autonomía privada, precepto o norma que el Derecho valora y acoge en función de los intereses a satisfacer pero que no necesariamente recaen sobre conductas propias o sobre bienes (aunque ello sobrevenga como consecuencia secundaria). En el testamento, por ejemplo, se regulan intereses cuando se reconoce a un hijo, o se constituye una hipoteca, o se dispone de una determinada manera legando o mejorando. En los negocios obligacionales los intereses que se regulan están vinculados de ordinario a las respectivas prestaciones que se confía obtener.

En este sentido podemos decir que el auténtico objeto de todo negocio se agota y queda satisfecho una vez celebrado el acto por el que se da vida al negocio : ya se ha establecido un reglamento para regular intereses. La obligación que pueda nacer del precepto y la ejecución o la prestación en que consiste la obligación son ya otra cosa y tienen tratamiento independiente.

En una segunda fase, el objeto del negocio es la materia (bien o conducta) con que se satisface o componen los intereses o se cumplen las prestaciones. Es, frecuentemente, lo único que, si se trata de contratos, suelen tener presente las partes al momento de contraer la obligación.

Conceptuado de este modo el objeto del negocio, se cubren todas las posibilidades (38). (El objeto en un negocio constitutivo de sociedad mercantil no es una cosa. ni un bien, ni un servicio, ni un derecho, sino el interés de aunar capitales o esfuerzos para lucrar; el objeto del contrato de seguro será no un bien, sino el interés de protegerlo de un siniestro; el objeto del precontrato es la conclusión de otro (39), la transacción acaso no tenga una cosa o un bien como sustracto, pero su objeto puede ser regular conductas, etc).

25. EL OBJETO DEL ARTICULO 140

Así precisados los distintos significados jurídicos del vocablo, importa determinar a cuál alude el artículo 140 del Código. Debe descartarse, desde luego, cualquier referencia al objetivo, intención o finalidad, pues a ello se refiere expresamente otro de los requisitos, salvándose así la confusión a que

(37) WEILL, A. y TERRE, F.: *op. cit.* pág. 277.

(38) Sobre el concepto de objeto del contrato –no del negocio– PUIG BRUTAU, José: *op. cit.*., pág. 142 del Tomo II 1º, señala que comprende:
"a) la celebración de un convenio, b) creación de un derecho personal o de crédito, c) que impone determinada conducta entre los interesados o partes en la relación contractual, d) cuya conducta ha de referirse a una determinada cosa, objeto o servicio."

(39) Para las distintas teorías sobre el objeto del precontrato, véase: ROMAN GARCIA, Antonio: "El Precontrato. Estudio Dogmático y jurisprudencial". Ed. Montecorvo. Madrid, 1983, pág. 147 y ss.

daba lugar la redacción del artículo 1.075 del Código de 1936 (40). Por lo tanto, el artículo 140 se referirá al contenido negocial, o sea, el interés concreto materia de regulación, incluyendo la prestación, o lo que es materia de la prestación o a ambos. Desafortunadamente, ni de la Ponencia ni de las actas que conocemos (41) se derivan indicios que permitan optar a ciencia cierta por una u otra alternativa (III). Por ende, la exigencia conjunta de ser física como jurídicamente posible, puede aplicarse tanto a la prestación como a una cosa material. Respecto de los intereses que son reglamentados (no de la finalidad que los inspira, que tiene otro tratamiento) basta la licitud.

Caso de imposibilidad física de la prestación consistirá cuando quien se obligue a dar un recital de canto sea sordomudo; la imposibilidad física de la cosa radicará en proporcionar sillas sin patas. La imposibilidad jurídica de la prestación será constituir hipoteca sobre un bien mueble fungible; la imposibilidad jurídica de la cosa se apreciará si la misma está fuera del comercio.

A falta, pues, de criterios referenciales y porque, además, los negocios tienen como objeto no sólo cosas, sino también bienes en general, derechos y prestaciones de conducta, todo ello dentro del ámbito de la naturaleza del negocio como instrumento de autonomía de la voluntad para regular intereses en general, debemos concluir que el objeto a que alude el artículo 140 comprende tanto los intereses regulados por el precepto de la voluntad (la obligación en el contrato), como el hecho (positivo o negativo) que debe cumplirse (la prestación), o el bien físico o inmaterial a que se contrae el precepto.

26. REQUISITOS (42)

Establecidas estas premisas sobre el objeto, pasemos al estudio de las características que debe reunir (según el tipo de negocio) y que son, a saber :

1) Respecto del precepto y de la prestación: a) licitud; b) posibilidad física (sólo de la prestación o de la ejecución); c) posibilidad jurídica; d) determinabilidad.

2) Respecto de bienes: a) posibilidad física; b) posiblidad jurídica; c) determinabilidad.

(40) LEON BARANDIARAN, José: " Comentarios.. ." I, pág. 41.

(41) Al ocuparse de este artículo, la Comisión Reformadora no trató del objeto. A continuación se transcribe literalmente el texto pertinente del Acta que conocemos (borrador) luego de puesto a discusión el artículo 4º del Anteproyecto:
"Artículo 4.– La imposibilidad física del objeto del acto jurídico debe ser absoluta, para que éste carezca de validez".
El Dr. Vega García expresó que estaba de acuerdo con el Anteproyecto pero solicitó se redactase el mismo en los términos siguientes:
"Artículo 4 – La imposibilidad física del objeto debe ser absoluta, para que el acto jurídico carezca de validez".
La Comisión aprobó por unanimidad el texto del artículo 4º en los términos que anteceden".

(42) Véase sobre el tema DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos. . .", pág. 130 y s.s.

Como cuestión adicional hay que advertir, en lo atinente a licitud y posibilidad, la norma que se contiene en el numeral 1404 sobre la cual de todos modos volveremos al estudiar la condición.

27. LICITUD

El único requisito no común es la licitud, atributo exclusivo de las pretensiones o intereses y de las conductas, en cuanto que pueden ser susceptibles de valoración axiológica, pues las cosas—inclusive las animadas, como un perro o animal cualquiera— no son ilícitas por sí, sino sólo en relación a un sujeto capaz de discernir. Es indispensable la licitud del precepto de voluntad declarado o de la conducta que es regulada por el negocio, desde que no son dignas de protección jurídica cuando vulneran el orden público (43) o las buenas costumbres, o atentan contra derechos legítimos de terceros, o estatuyan sobre el estado y la capacidad, o sobre atributos esenciales de las personas o, en general que estén prohibidas por la ley.

A veces la ley no sanciona explícitamente con ilicitud, pero no tutela la exigencia de la prestación de conducta. Así, v.g., véase el artículo 12 del Código, que declara no exigibles los contratos (quizá debió decir prestaciones) cuyo objeto sea la realización de actividades peligrosas para la vida o la integridad física, salvo que concurran ciertas condiciones.

Abundando en la distinción entre objeto y finalidad digamos que, eventualmente, el primero puede ser lícito y la segunda no. Tal ocurre cuando, por ejemplo, se pacta una compra-venta: las prestaciones acaso sean objetivamente lícitas, pero puede no serlo la finalidad perseguida por el vendedor, que pretende burlar a los acreedores por serle más fácil ocultar dinero que una propiedad inmueble. O, verbigracia, cuando A conviene con B para que éste le fabrique una máquina de imprimir billetes: la labor de fabricar la máquina no es ilícita, pero lo será la finalidad de imprimir billetes falsos.

28. POSIBILIDAD FISICA

Está dada por la adecuación de la conducta o del bien a las leyes de la naturaleza o premisas físicas aceptadas. Nótese, sin embargo, que en determinadas circunstancias, lugar y tiempo, estas leyes pueden ser vencidas o las premisas modificadas. El impresionante avance tecnológico y científico nos lo prueba cotidianamente. Por eso, quizás fuera más acertado hablar de posibilidad material, ya que lo que sea físicamente posible en un lugar, puede no serlo materialmente en otro, por falta de medios adecuados.

Para ser causa de invalidez la imposibilidad física debe ser absoluta, tanto de bienes como de conductas. Ya veremos qué se entiende por 'absoluta', y si hay otros tipos de imposibilidad. Pero empecemos puntualizando que la imposibilidad física de los bienes se centra en un existir o existir y la de las conductas en poder comportarse de un modo determinado. Por eso, la

(43) Sobre el particular, con singular referencia al orden económico y protección de los consumidores, GHESTIN, Jacques: "Droit Civil, II. Le contrat", págs. 483-523. También CASTRO, Federico de: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad". Anuario de Derecho Civil, 1982, pág. 987 - 1085.

imposibilidad respecto de los bienes puede mirar hacia atrás (venta de una cosa desaparecida o destruida); pero la imposibilidad de la conducta siempre apunta hacia el futuro, como un deber.

La imposibilidad física actual de los bienes no es obstáculo para la validez del negocio, si razonablemente puede tener realidad futura. Así, se acepta la venta o pacto sobre cosas futuras o incluso sobre derechos (con excepciones, como la de la herencia futura). La imposibilidad puede ser total o parcial, según que la conducta pueda realizarse completamente o no, o si el bien existe o puede existir o no en su totalidad.

También se habla de imposibilidad originaria y sobreviniente, según que la razón que lo impide sea anterior o posterior al negocio. Habrá imposibilidad originaria de una conducta cuando la que se debe no podrá cumplirse por una causa anterior a la celebración del negocio. La sobreviniente ocurre cuando siendo plenamente posible *ab initio* no lo es antes del cumplimiento total; la cosa desaparece o, por ejemplo, por caso fortuito o fuerza mayor el obligado a la conducta no puede hacerlo.

La imposibilidad absoluta supone que puede haber una relativa y también se las llama objetiva a la primera y subjetiva a la segunda. Por absoluta y objetiva se conoce a aquella que impide el cumplimiento de un modo completo y definitivo y no lo puede hacer nadie; caminar sobre el agua sin ayuda de otros medios que los propios pies, fabricar ruedas cuadradas, etc. La imposibilidad relativa consiste en que el obligado—de ahí su connotación de subjetiva—no puede cumplir, pero podría hacerlo otra persona, o el mismo obligado en otras condiciones o con otras aptitudes. De aquí que la imposibilidad subjetiva no provoca invalidez.

La imposibilidad física siempre habrá de medirse con criterios objetivos y no subjetivos (44).

Como es natural, hay objetos-bienes materia de negocios que no pueden incluirse en esta categoría de posibilidad física en su ortodoxo sentido. Así v.g. si el negocio versa sobre la creación de una obra de arte. En tal caso, la creación que se plasma en un soporte material es diferente del soporte.

29. POSIBILIDAD JURIDICA

A veces confundida con la licitud. Pero no es tal. Mientras la licitud se apoya en un criterio valorativo, la posibilidad jurídica radica en la naturaleza de las instituciones jurídicas, o en la calificación jurídica objetiva de ciertos bienes o conductas, o en otras consideraciones (artículo 925).

Los ejemplos de la hipoteca sobre muebles (aunque hay ordenamientos que la admiten) o comerciabilidad de un bien, arriba citados, son casos de imposibilidad jurídica.

(44) SANTOS BRIZ, Jaime: "Derecho Civil". Tomo III, pág. 29.

30. DETERMINABILIDAD

Consiste en la posibilidad de identificar la conducta que se debe observar, es decir, el hecho positivo o negativo a que ya hemos aludido, o el bien sobre el cual recae el interés (artículo 1142 y ss.).

La medida de la determinabilidad, como bien se notará, está en función del tipo de negocio de que se trate; las conductas siempre admitirán una mayor posibilidad de incertidumbre que las cosas. Estos criterios serán objetivos (espacio, tiempo, lugar, precio máximo o mínimo, género, especie, tarifas, etc.), o subjetivos, cuando queden al arbitrio de una de las partes o de un tercero.

Claro está, salvo que la naturaleza del negocio lo haga indispensable o disposición de voluntad que señale un plazo, la indeterminación podrá existir hasta que deba cumplirse el precepto, pero el propio contenido del negocio debe contener los elementos para la determinación —por ejemplo, la decisión de un tercero— o estar fijado en la ley: interés legal, por ejemplo (45).

Con especial referencia a la determinación del objeto en las relaciones obligatorias, Hedemann (46) sugiere que, ante la incertidumbre, se formulen las siguientes cuestiones:

1.) Si se pretendía una obligación jurídica, o si el dejar en blanco la prestación indica una mera relación de amistad o cortesía;

2.) Tratándose de una verdadera obligación jurídica se debe apreciar si las partes habían ya concluido el contrato o si la indeterminación del objeto expresa un estado aún de preparación;

3.) Si el contrato está ya indudablemente concluido, pero se ha dejado abierta la determinación de la prestación, ha de interpretarse la voluntad de las partes en cuanto a lograr la plena determinación.

Sólo en este último caso (3.) estaremos ante una obligación con prestación determinable. Surgida de un acuerdo contractual ya alcanzado, del que se deducen los criterios para llegar a la perfecta determinación.

31. CONSIDERACION PATRIMONIAL

Los tratadistas han discutido vivamente si el objeto de los negocios jurídicos obligacionales debe tener o no un carácter económico. Stolffi, citado por León Barandiarán (47), sostiene que el objeto sólo es atributo de los negocios patrimoniales. Giorgi (48) también se inclina a pensar de la misma manera que Stolffi, argumentando que las obligaciones, en realidad, son solamente vínculos de derecho patrimonial. Por consiguiente, dice, el objeto también debe tener esta particularidad. Pothier (49) es del mismo parecer.

(45) Para mayor referencia, puede verse: DIAZ AMBRONA, Dolores: "El Negocio Jurídico *per relationem* ". Madrid, Ed. Colex, 1982.

(46) Citado por MARTIN PEREZ, Antonio: "La determinabilidad de la prestación obligatoria". Editorial Reus. Madrid, 1958, pág. 30.

(47) LEON BARANDIARAN, José: *op. cit.*, Tomo I, pág. 41.

(48) GIORGI, Giorgio: *op. cit*, Tomo III, No. 438.

Sin embargo, en la doctrina contemporánea la opinión prevaleciente es antagónica de la anteriormente citada: los negocios no patrimoniales también tienen objeto. Así piensan, entre otros: León Barandiarán (50), quien dice que de seguirse el criterio de los negocios no patrimoniales sin objeto, "los negocios jurídicos que no se refieren a bienes quedarían sin *factum* alguno que los constituyera". Siguen la misma línea que León Barandiarán, Planiol y Ripert (51), León Hurtado (52), Messineo (53), Colmo (54) y muchos más. En general se sostiene que desde que la obligación, aunque en sí no sea económica, sea susceptible de ser exigida y si no es satisfecha se puede resolver en una indemnización, tiene que existir un objeto. De aquí que algunos hablen simplemente de utilidad del objeto (55).

Fuera del derecho obligacional, nuestro Código reconoce que un negocio jurídico, como es el testamento, puede limitarse a contener exclusivamente disposiciones de carácter no patrimonial (artículo 686).

En sede de contratos, el Código Civil italiano en su artículo 1174 sostiene una posición que podríamos llamar intermedia. Dice textualmente: "La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe responder a un interés, aun cuando no sea patrimonial, del acreedor". Como se puede apreciar, reputa como elemento imprescindible al objeto como "susceptible de valoración económica". Lo que importa es el interés que pueda tener el acreedor; basta que lo tenga, aunque no sea patrimonial.

La disposición del Código italiano es explicable; pues de lo contrario, como dice Messineo, "faltaría la posibilidad de ejecución forzada del patrimonio" (56) para el resarcimiento del acreedor en caso de incumplimiento del deudor. Si realmente faltara esta posibilidad, el derecho del acreedor, según Espín Cánovas (57), sería "ilusorio" (58).

(49) POTHIER, Robert: "Tratado de las Obligaciones". No. 136, pág. 80-81.

(50) LEON BARANDIARAN, José: *op. cit.* ibídem.

(51) PLANIOL y RIPERT: *op. cit.*, Tomo VI pág. 301 y ss.

(52) LEON HURTADO, Avelino: "El objeto en los actos jurídicos". Santiago de Chile, 1958 .pág. 16.

(53) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .". pág. 33-34. Tomo IV.

(54) COLMO, Alfredo: "Obligaciones en general". pág. 29

(55) CARBONNIER, Jean: *op. cit.*, Tomo II, Vol. II, pág. 226

(56) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Ibídem.

(57) Citado por LEON HURTADO, Avelino: "El objeto. . .". Pág. 17.

(58) Para un interesante resumen de las opiniones sobre el carácter económico del objeto véase PINA, Rafael de: *op. cit*, Tomo III, pág. 43.

SECCION TERCERA

LA FINALIDAD

32. CONSIDERACIONES GENERALES

El Código incorpora en este artículo 140, inciso 3º, una importante novedad: la finalidad del negocio jurídico como requisito del mismo. Se recoge así una realidad objetiva —aunque poco ostensible (y por añadidura de difícil explicación)— de los negocios jurídicos; con ello, además, se adecúa nuestra legislación, aunque con bastantes reticencias, a la moderna doctrina de la causa. Parafraseando algún comentario sobre la aceptación de la causa en el Código Civil alemán, podemos decir que, en nuestro caso, no habiendo sido recibida por la puerta se ha permitido su ingreso por la ventana. El Proyecto elaborado por la Comisión Reformadora hacía referencia a la causa como requisito de los contratos en los artículos 1388.2 y 1416.

El anteproyecto del Dr. León Barandiarán ya hacía alusión, como requisito distinto de la declaración de voluntad y del objeto, a la "licitud de la relación jurídica respectiva". La redacción final, sin embargo, ha dado un paso adelante y alude a la finalidad lícita.

Hubiera sido deseable que las Actas de Sesiones de la Comisión Reformadora hubieran sido más explícitas en este tema o, al menos, que una Exposición de Motivos publicada conjuntamente con el Código hubiera explicado qué se pretende regular con la finalidad lícita. En efecto, en conceptos todavía tan oscuros y discutidos (59) como éste y que no pocos quebraderos de cabeza ha dado a la doctrina y a la jurisprudencia, toda precisión ha de ser alabada. Y, por el momento, sólo se cuenta con la opinión particular del Dr. Felipe Osterling (60) en el sentido que la finalidad debe ser entendida como el motivo del acto. (IV).

La cuestión, pues, justifica un amplio análisis en el cual dejaremos de lado la adjetivación de licitud para referirnos a ella en el capítulo de nulidades y nos constreñiremos al sustantivo.

Ello nos obliga a intentar explicar las razones por las cuales consideramos que no se ha recogido la propuesta del Dr. León Barandiarán.

Creemos, de un lado, que ello obedece a que no en todo negocio jurídico se constituye *ab initio* una relación jurídica en tanto que vinculante de voluntades.

De otro lado, la redacción sugerida suscitaba dudas al no dejar en claro si el vocablo "respectiva" aludía: a) a la relación jurídica que surja entre ciertas partes interesadas en regular determinados aspectos de sus relaciones en un acto jurídico determinado individual y personalizado; o, b) si, por el contrario, se refería a la relación que se constituye por imperio legal en mérito del tipo negocial que corresponde (que respecta) a los intereses privados que las partes desean reglamentar.

(59) A pesar de la opinión de FLOUR et AUBERT: "Droit Civil. Les Obligations". Vol I, pág. 197, que consideran que la materia está totalmente resuelta y dilucidada.

(60) "Necesidad de actualización del Código Civil", Lima, 1980, Universidad Católica.

En el primer caso, la relación respectiva se confunde con el nexo subjetivo establecido entre las partes concretas de cada operación específica. Por lo tanto, puede confundirse con los motivos de las partes o la representación que éstas se hagan de tales motivos, e inclusive con el consentimiento. Además, hay relaciones jurídicas cuya ilicitud dimana no de la voluntad, sino del objeto material de la obligación. En el segundo caso, considerada la relación jurídica como aquella impuesta por la naturaleza del negocio celebrado, es evidente que no admite la calificación de licitud o ilicitud, pues si viene derivada de la esencia del negocio no es por sí misma ni lícita ni ilícita, sino sólo en la medida que las partes hagan mal uso de los medios que una determinada especie negocial pone a su alcance para obtener ciertos efectos (válidos socialmente en principio, pero inválidos por la finalidad perseguida).

Por último, interesa anotar que la redacción propuesta por el Dr. León Barandiarán hubiera situado al testamento, por ejemplo, o a otros negocios unilaterales, en una especie de limbo legal, pues siendo válidos la relación jurídica no surge con la declaración de voluntad. Suscribo, pues, en su totalidad la afirmación de Díez-Picazo y de Gullón cuando anotan (61) que "el negocio considerado como acto y considerado también como regla incide sobre una situación jurídica. Es la situación o estado en que se encuentra el autor del negocio y la situación o es estado en que a su vez se encuentran otras personas. Cuando dichas respectivas situaciones se conectan entre sí puede hablarse de una relación jurídica. El negocio incide sobre una relación jurídica a la que se puede llamar relación negocial. La relación negocial, sin embargo, no debe ser confundida con el negocio.

El negocio es un acto y la relación es una situación. La relación negocial puede ser un *prius*, si existía antes de realizarse, el negocio y puede ser un *posterius* cuando resulta creada o constituída por obra del negocio. El negocio proyecta su eficacia sobre la relación negocial; la constituye, la modifica o la extingue. Al mismo tiempo, el negocio es la fuente de determinación del contenido, conjunto de derechos y deberes, que por virtud de dicha relación las partes ostentan y asumen".

En esta disyuntiva que el texto del Dr. Barandiarán hubiera supuesto, más adecuado parece el vocablo empleado a la postre: fin, como sinónimo finalidad. Aunque inclusive este término tiene tras de sí una carga conceptual que conviene precisar.

33. SIGNIFICADO DEL INCISO.

Hay actos jurídicos, como los reales, en los que la realización de la voluntad demuestra evidentemente el querer del agente, pero sin indispensable intención vinculante. Pero hay otros actos de derecho, concretamente los negocios jurídicos, en los que la mera declaración de voluntad requiere de un algo más que explique y que demuestre la utilidad y validez jurídica de esta manifestación de voluntad. Ese algo más que da razón y que justifica que una determinada voluntad produzca determinados efectos jurídicos no es otra cosa que la causa, que tipifica unas determinadas consecuencias. Como dice Stolffi (62), el Derecho parte del supuesto de que quien asume una obliga

(61) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: "Sistema. . .", Vol. I, pág. 569.

(62) STOLFFI, G.: *op. cit.*, pág. 39.

ción lo hace con una finalidad determinada y se exige que la misma no sea ilícita, pues el negocio jurídico no puede servir como instrumento para realizar algo antisocial.

Sírvanos, pues, de primera introducción al tema, decir que el legislador habla de finalidad porque entiende que todo negocio jurídico apunta a una razón. No puede ser admisible, como digna de protección jurídica, la obligación que se asume por-que sí, sin que responda a una necesidad jurídicamente apreciable. Esto es, la obligación (o el compromiso de una conducta que asume el agente, o que ordena que sea observada por otros) no vale sólo como tal precepto obligatorio —ley entre las partes, o para el agente si es unilateral— sino en tanto que encaminada a un propósito que el Derecho juzga razonable.

Ahora bien, podemos preguntarnos en los negocios bilaterales si la finalidad a la que se refiere el inciso 3º es la finalidad que cada una de las partes se representa en su fuero interno sobre el interés que persigue al celebrar el negocio (lo que habrá de suponer, a veces, el previo conocimiento de la finalidad pretendida por la otra parte), o si, por el contrario, el legislador quiso aludir a la finalidad del acto como repercusión social del mismo, prescindiendo de las finalidades perseguidas por cada una de las partes.

La discusión no es ociosa ni superflua, pues tanto el poder de investigación del Juez (63) como las consecuencias jurídicas varían sensiblemente según se opte por una u otra solución. Si la finalidad mencionada por el legislador fuera la pretendida por cada agente, nos encontraríamos con que pueden existir varias finalidades distintas y hasta antagónicas y que inclusive una podría ser lícita y la otra ilícita. Tal sería el caso, por ejemplo, del vendedor que enajena un inmueble para invertir su producto en otro diferente (causa lícita) y un comprador que adquiere el inmueble con la finalidad de instalar en él un lenocinio (finalidad ilícita).

En la duda, creemos razonable que procede inclinarse hacia la segunda de las opciones; es decir, que si el negocio es bilateral la *finalidad lícita debe ser la del acto en su conjunto y no la íntimamente pretendida por cada una de las partes.* Conducen a esta conclusión tres razones: a) la seguridad jurídica, que no puede supeditar la validez del contrato a una finalidad ilícita de una de las partes mantenida oculta y que una vez explicitada cierto tiempo después conllevaría la invalidez del contrato, con las consecuencias que esto origina y los graves perjuicios que puede ocasionar a la contraparte actuante de buena fe; b) sería incongruente admitir como finalidad la pensada en el fuero interno por cada parte. La hipótesis conduciría a la conclusión de posibilitar a una parte dolosa o negligente argüir que ha celebrado un negocio sin motivos ni finalidad y separarse del compromiso adquirido. Otro asunto es demostrar que se había concluído el negocio en consideración a una razón equívoca y que fue determinante para la conclusión del acto, es decir, que cumplía una función económica o social para el declarante; c) el texto literal del apartado 4) del artículo 219, que señala que el acto jurídico es nulo "cuando su fin sea ilícito"; esto es, la voluntad del legislador parece apuntar a la finalidad de las consecuencias del acto y no la de cada una de las obligaciones recíprocas que dicho acto comprende.

(63) WEILL et TERRE: "Les Obligations", pág. 319.

Establecida esta premisa, resulta forzoso determinar a continuación si el inciso alude a la finalidad de cada negocio concreto; esto es, a la finalidad, verbigracia, de cada una de las numerosas compraventas que cada día se pactan, o si el legislador tuvo en mente la finalidad de la compraventa como especie negocial. Creemos que lo primero. Pero la respuesta de esta pregunta nos hace entrar de lleno en la teoría de la causa.

34. LA CAUSA

La causa ha sido uno de los temas de Derecho Civil cuyo estudio y explicación ha sido origen de no pocos debates y respecto de la cual se han ofrecido diversas teorías, poco menos que irreconciliables.

Surge, de un lado, la teoría anticausalista iniciada por Ernst en un artículo fechado en 1826, cuyos argumentos fueron recogidos posteriormente por su discípulo Laurent y ampliamente divulgados. Cumbre de esta corriente anticausalista es la obra de Dabin, quien cerrándose terca y dogmáticamente en su punto de vista —apreciable y brillante, por lo demás— llegó a decir que todo lo que en el futuro se escribiera en defensa de la causa "ha recibido de antemano una refutación pertinente" (64)

La doctrina que favorece la admisión de la causa engloba, a su vez, dos fuertes corrientes claramente distinguibles: las teorías *objetivista* (65) y *subjetivista* que presentan entre sí tan claras distinciones que obligan a un análisis separado de ellas. Ello sin perjuicio de que entre los seguidores de estas tres escuelas, existan, como dice Martín-Ballestero (66), tantos matices, distinciones, consecuencias y variantes, que forman un coro difícil de seguir y de desenmarañar.

El primitivo derecho romano, impregnado de formalismo, no conoció la teoría de la causa y en esta primera época la sutil habilidad romana para la selección y la distinción, tampoco tenía que preocuparse de separar la causa de los motivos, del consentimiento o del objeto. Eran las formas del negocio las que, prescindiendo inclusive de la voluntad y de los motivos declarados, tipificaban y justificaban el negocio y le atribuían las consecuencias previstas. Sin embargo, la complicación de la vida social y el influjo de ideas filosóficas y morales marcó el comienzo del declinar de las rígidas solemnidades primitivas. Fueron apareciendo contratos que la realidad imponía y que carecían de fórmula prevista. Y así, como el Derecho no permanece impasible ante los hechos que se le presentan, surgió la necesidad de justificar el "por qué" del negocio jurídico. Los viejos ritos que explicaban que la tradición de una cosa no fuera en venta, sino en préstamo o en donación, quedaron caducos. Era menester buscar otra explicación que justificara que

(64) DABIN, Jean: "La teoría de la causa". Edersa, Madrid, 1929, pág. X.

(65) Obra reciente y que acaba de llegar a nuestras manos, aún no traducida al castellano, criticando los fundamentos de la teoría objetiva de la causa es la de: PELLICANO, Aldo: "Causa del Contrato e circolacione del beni", Milán 1980. Sin perjuicio de inocultables limitaciones idiomáticas que nos han dificultado un pausado y detenido estudio de esta obra, las opiniones y conclusiones de su autor hay que espigarlas a lo largo del estudio. Entre ellas hay que apuntar la siguiente (pág. 97): la teoría objetiva no puede explicar cómo se mantiene intacta la estructura funcional del negocio prescindiendo de la causa.

(66) MARTIN-BALLESTERO, Luis: "La Causa en los Negocios Jurídicos". Editorial Reus, Madrid, 1956, pág. 5.

una determinada conducta, cuyos motivos de hecho variaban según la ocasión, el lugar y la persona, tuviera siempre el mismo resultado. Nació así la teoría de la causa.

La introducción del Cristianismo, cuya doctrina influyó en todo el Derecho occidental, aportó criterios de conciencia, de justicia, de equidad, de interés público y de buenas costumbres, que trastocaron el panorama anterior. De este modo los actos o contratos ya no se explicaban ni se justificaban por un resultado con eficacia jurídica desprovista de criterios valorativos. Por el contrario, juzgados bajo otra óptica, la causa se confundió, por ejemplo, con la reciprocidad equitativa en las prestaciones o con el valor moral de las promesas.

Así entró la causa en el Derecho moderno en la época inmediatamente anterior a los trabajos del Código de Napoleón, el cual, recogiendo la doctrina de Pothier (toda obligación debe tener una causa honesta) y de Domat (en el sentido que ningún convenio obliga sin fundamento), incorporó la causa a los elementos del acto jurídico.

Admitida legalmente la teoría de la causa, la polémica sobre su naturaleza y sobre su significado no se detuvo con comentarios enjundiosos o estériles, como explica Rieg (67). Por el contrario, arreciaron las críticas de los sectores anticausalistas, de un lado; al mismo tiempo, entre los defensores de la causa aparecieron distintas corrientes que se han dado en llamar, básicamente *objetivista* y *subjetivista*.

De otro lado, en opinión de Gorostiaga (68), la teoría anticausalista más que demostrar la inexistencia o inutilidad social y jurídica de la causa contribuyó a acreditar la fragilidad de los argumentos de quienes la defienden. Inclusive, según el mismo autor argentino, fervientes anticausalistas como lo fueron Laurent y Planiol no guardaron una postura coherente y uniforme en defensa de sus doctrinas y llegaron en diversas oportunidades a expresar su tácita conformidad con aquéllo que tan seriamente habían impugnado.

Es probable que la falta de precisión en los vocablos haya conducido a imprecisión en los conceptos. Por lo mismo, el uso indiscriminado de la palabra causa, sin haber recurrido previamente a una explicación de sus distintas acepciones, implicancias y variantes, ha motivado explicables confusiones.

Son de todos conocidas las diversas clases de causas: eficiente, formal, material y final (69); pero veamos cuál es el significado de cada una de ellas.

Por causa eficiente se entiende "el principio primario del cambio y del reposo" (70). La causa formal viene a ser "la definición de la cualidad"

(67) RIEG, Alfred: "Le rôle de la volonté dans les actes juridiques", París, 1967, pág. 253.
(68) GOROSTIAGA, Norberto: "La causa en las obligaciones". Ideas. BS. AS., 1944, pág. VII.
(69) Aunque algunos añaden la causa instrumental y la impulsiva a las ya enumeradas.
(70) ARISTOTELES: "La Metafísica", Libro V, Capítulo II, 1012/b-1013/a. Obras Completas, Editorial Aguilar, pág. 959 y ss.

(71), es decir, la individualización de la esencia que distingue a esa cosa de las restantes. La causa material indica "la materia inmanente de que está hecha una cosa" (72) y que permanece en la misma. La causa final es el fin de la cosa, su razón; es su meta inmediata y objetiva, "es aquello en vista de lo cual se hace algo" (73). En este sentido, la causa final se distingue de la intención puesto que esta última es subjetiva y, por lo tanto, no condicionante. Vistos así los distintos matices filosóficos de la causa, que en opinión de Gorostiaga (74) coinciden con los de la nomenclatura jurídica, confunde por excesiva la simplicidad con que a veces algunos autores encaran el asunto (75).

Un aspecto que merece ser resaltado es que esta terminología suscita la posibilidad de existencia de varios tipos de causa concurrentes en un mismo acto o negocio, confundiendo aún más los conceptos. Así, por ejemplo, en un negocio de compra-venta encontramos una causa final, *causa credendi*, que sería "la razón por la cual nos obligamos" (76) y que responde a un 'por qué' ; existe la causa material, esto es, que el negocio jurídico de compra-venta tiene elementos que le son propios y le diferencian de otros, elementos destinados a la "modificación de una determinada situación" (77); se presenta también una causa formal que distingue a la compra-venta de una donación; encontramos una causa impulsiva que coincide con la motivación personal e íntima del comprador y del vendedor para llevar a cabo el negocio, pero que es subjetiva y no necesariamente conocida por la contraparte.

Para terminar, la causa eficiente del negocio de compra-venta es la declaración de voluntad o, bien dicho, el concurso de dos declaraciones de voluntades que consienten mutuamente en comprar una y en vender otra, ya que estamos hablando de un negocio bilateral.

Los tipos de causa objeto del debate jurídico han sido la final y la material, bien porque desde antaño se las consideraba la más importantes, bien porque son hoy la que revisten mayor interés para el Derecho. Pero conviene prescindir de orígenes etimológicos o filosóficos y aceptar un vocablo técnico legitimado por la tradición (78), como bien dice Betti.

Ni la extensión y complejidad del tema ni la naturaleza de este trabajo justifican una amplia y detallada exposición de las consideraciones esgrimidas por quienes propugnan una u otra posición sobre la causa. Por eso, sin que sea óbice para recurrir a las fuentes, centrémonos únicamente en lo que las distintas teorías ofrecidas puedan sernos de utilidad para precisar el concepto de finalidad que dispone nuestro Código para la validez de los actos jurídicos. Obsérvese sin embargo, como nota previa, que según el artícu-

(71) Ibid.
(72) Ibid.
(73) Ibid.
(74) GOROSTIAGA: Norberto: *op. cit.*, pág. 18.
(75) Véase, verbigracia, a MARTY, G.: *op. cit.*, pág. 87 del Tomo I, quien a pesar de reseñar muy bien las distintas teorías en pro y en contra de la causa, nos dice: "la filosofía enseña que hay dos clases de causas: eficiente y formal". Líneas más abajo asegura que la causa material (de la que antes no ha hablado) y la causa eficiente, son idénticas.
(76) GOROSTIAGA, Norberto: Ibídem, pág. 9.
(77) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 369.
(78) BETTI, Emilio: "Negocio", pág. 132.

lo bajo comentario no basta la concurrencia de la causa o finalidad en la formación del negocio, sino que la misma, además, debe ser lícita; esto es, adecuarse a las leyes, al orden público y a las buenas costumbres. Esta cuestión de la licitud puede ser un indicio del concepto que nuestro legislador tuvo presente.

35. LA TEORIA OBJETIVA

Para explicarlo mejor, conviene precisar por cuál corriente (la objetivista) creemos que no ha optado nuestro Código. Llámase objetivista a aquella doctrina que pretende desvincular a la causa de características individualistas y libre de elementos psicológicos de los agentes. Es decir, considera el negocio en sí, no exclusivamente las obligaciones particulares que produce (79). De este modo, si la declaración de voluntad es el elemento que da origen al negocio jurídico, la causa aunque elemento menos notorio, presta sustento a dicha declaración. Menos notorio decimos porque no se evidencia como los restantes elementos en la composición del negocio, lo cual, sin embargo, no le resta objetividad (80). Según la teoría de que venimos hablando, el intérprete del acto jurídico no ha de atender tanto a la finalidad querida por las partes, sino también —y sobre todo— a que la misma se adecúe a la naturaleza y función del negocio celebrado. En este sentido, la actual concepción objetivista ha prescindido de considerar a la causa como el fundamento de atribuciones patrimoniales, según la cual todas las obligaciones convencionales requerían una equivalencia subjetiva (81), cuya ausencia evidencia lo que se ha dado en denominar enriquecimiento sin causa, y que más propiamente debería llamarse sin causa justa (82) o sin justa razón.

Bien dice Stolffi (83) que la causa tiene un valor objetivo en cuanto se pueden objetivar los efectos típicos y constantes del negocio, mientras que la finalidad de cada una de las partes tendrá un mérito subjetivo o interno que no tiene influencias sobre la naturaleza y el destino del negocio. En este carácter objetivo *la causa es un elemento permanente durante la función del negocio* y no solamente concurre en el acto de la celebración del mismo. Esto puede visualizarse más claramente en los negocios o contratos de tracto sucesivo, como es el caso de los arrendamientos. En un primer momento, el motivo para tomar en arrendamiento puede ser el haber sido despojado de otro inmueble. En otro momento, durante la misma relación, el motivo del arrendatario para continuar ocupando el inmueble y pagar los arrendamientos podrá ser el apego o la comodidad de la casa a la que se ha acostumbrado; por último, en un tercer momento, acaso precisado de otro inmueble más amplio, el motivo para seguir ocupándola podría ser un alquiler que estima sumamente reducido. Se aprecian, pues, distintos motivos, pero una sola causa: disfrutar del uso de un bien a cambio de una cantidad.

La causa, en consecuencia, es un requisito inmanente al negocio jurídico con independencia plena y absoluta de la justificación que de la misma

(79) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El negocio...", pág. 491.
(80) CASTAN TOBEÑAS, José: *op. cit.*, Tomo II, pág. 298; COVIELLO, Nicolás: *op. cit.*, pág. 446.
(81) Causa suficiente, según POTHIER.
(82) Véase sobre este tema el artículo "El incumplimiento de las obligaciones", por Tomás OGALLAR AYLLON, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Marzo 1981.
(83) STOLFFI, G: *op. cit.*, pág. 43.

hagan las partes intervinientes. En esta virtud, discrepamos con quienes dicen que la causa "no es un elemento indispensable o insuprimible del negocio jurídico de modo que éste no puede concebirse privado de aquélla; tanto es así que no faltan códigos que no la mencionan ni siquiera al disciplinar la formación del acto" (84). A nuestro modesto entender, esta argumentación confunde la existencia de una realidad con el reconocimiento de la misma. Realidad jurídica que, en opinión de quienes propugnan esta concepción objetiva de la causa, se apoya en la necesidad de dar una "razón económico-jurídica al negocio", según Coviello (85), o justificar el fin económico y social reconocido y garantizado por el Derecho, en opinión de Betti (86); el parecer de León Barandiarán (87) es que esta realidad queda asentada en el príncipio de utilidad social de la obligación; por su lado, Messineo (88) habla de un fin típico y constante que no admite calificación o restricciones en relación con las partes intervinientes en cada negocio en particular.

Para otros autores (89), la causa es la función práctico-social, pues al constituir el elemento diferenciador de negocios no sólo reviste un ámbito económico-social. Concretamente, Santoro enseña que todo negocio, patrimonial o no, nominado o innominado, en tanto responda a una consideración estimable jurídicamente, tiene una causa, entendida como un por qué.

Así conceptuada la causa, considerada objetivamente como canal o molde al cual necesariamente deben adecuarse las voluntades particulares, es evidente que no admite calificativos de licitud o ilicitud. Vale decir, y seguimos con el ejemplo, que la finalidad típica y constante de la compraventa, como institución jurídica que regula los efectos esenciales de una modalidad de transmisión de bienes, nunca será por sí lícita ni ilícita. Estos calificativos quedan reservados a las actitudes humanas, más cercanas a las corrientes subjetivistas de la causa por las que se inclina nuestro ordenamiento, recogiendo así el vocablo "finalidad" sugerido por Quintus Scaevola, Espín Canovas y Carnelutti, entre otros defensores de la tesis subjetivista.

36. LA TEORIA SUBJETIVA

Según la concepción subjetiva, defendida y expuesta magistralmente por Capitant (90), la causa es, básicamente, la razón valedera para el Derecho por la cual se contrae la obligación. Esta, creemos, es la tesis recogida en el nuevo Código. El mismo Capitant ofrece un conjunto de definiciones de la causa formuladas por distintos comentaristas posteriores al Código de Napoleón. Según Capitant, Delvincourt señala que "la causa de un contrato es lo que determina a contratar". Zacaría es bastante más preciso pues sostiene que no es cualquier cosa que determine a contratar, sino "la razón jurídica que ha determinado a contratar". Dernombe, citado también por Ca-

(84) STOLFFI, G: *op. cit.*, pág. 38
(85) COVIELLO, Nicolás: *op. cit.*, pág. 447.
(86) BETTI, Emilio: "Negocio"..., pág. 140.
(87) BARANDIARAN, León: *op. cit.*, Tomo I, pág. 46. El mismo autor, sin embargo, puntualiza que si la causa se entiende como justificante de prestaciones, no es de aplicación en negocios no patrimoniales.
(88) MESSINEO, Francisco: "Manual...", Tomo II, pág. 370 y ss.
(89) CARIOTTA-FERRARA: *op. cit.*, y SANTORO PASARELLI: *op. cit.*, entre otros.
(90) CAPITANT, Henry: "De la causa de las Obligaciones". Editorial Góngora, Madrid, 1927.

pitant, afirma que la causa reside en "el fin inmediato por el cual la parte se obliga o que se propone alcanzar al obligarse".

Como puede notarse de las definiciones glosadas, si bien nos dejan intuir el concepto subjetivista de la causa, no son todo lo claras que se desearía como para comprender cuál es "la razón jurídica determinante" o aquel "fin inmediato" a que alude Dernombe. Definiciones de estos y otros autores, análogas a las transcritas, dieron pábulo, por su imprecisión, al surgimiento de la teoría anticausalista a que ya hemos hecho mención.

La principal observación que puede hacerse a la teoría subjetivista de la causa es la confusión que puede suscitar entre ésta y el motivo que tienen en mente las partes contratantes, el consentimiento de éstas, o el objeto a que se dirige dicho consentimiento.

37. CONCURRENCIA DE CAUSA

Haríamos mal, sin embargo, en presentar ambas teorías, objetivista o subjetivista, como opuestas, aunque ésta haya sido la tónica que haya inspirado un poco maniqueamente a muchos tratadistas. Antes bien, habrán de considerarse como complementarias, pues los defensores de la tesis llamada subjetivista han atendido, fundamentalmente, a explicar la causa entendida como finalidad de la obligación, prescindiendo de la causa del negocio, como justificación jurídica del mismo (91). Por lo demás, según ha demostrado la más reciente doctrina, las dos nociones, objetiva y subjetiva, concurren en la generalidad entrelazadas, de modo que la distinción resulta, a veces, incierta en los casos problemáticos.

En este sentido, el motivo (al cual se aludirá más adelante) de una de las partes se puede identificar con el "para qué"; la obligación responde a un "qué" o a un "cuál" (en tanto referido al objeto, como prestación, de la obligación); y el negocio jurídico reposa en un "por qué", como vinculado a la razón jurídica que lo justifica y a los efectos típicos que produce.

Con arreglo a ello, desde un correcto punto de vista, *la causa subjetiva*, o finalidad común y compartida por las partes en un determinado negocio, *siempre habrá de coincidir con una causa objetiva* o legal con determinadas consecuencias de Derecho. Es decir, que la finalidad de los intereses que las partes regulan al obligarse, encuentre su cauce y marco adecuado en una causa legal que la recoge y la regula.

Como dice Federico de Castro y Bravo (92), la teoría subjetiva se inclina no a valorar debidamente la función limitadora y de vigilancia del Derecho sobre el ejercicio de la autonomía negocial; mientras que la teoría objetiva conduce fácilmente a desconocer la importancia de la iniciativa privada o bien a limitar la facultad investigadora del Juez.

Por su lado, y con relación al mismo tema, acertadamente puntualiza Carbonnier (93) que, en términos de gran generalidad, puede afirmarse, sin

(91) BETTI, Emilio: "El Negocio...", págs. 136 y ss.
(92) CASTRO Y BRAVO, Federico, *op. cit.*, pág. 190.
(93) CARBONNIER: *op. cit.*, Tomo II, Vol. II, pág. 236.

que ello implique contradicción metodológica, que se recurre a la teoría objetiva de la causa cuando se discute la existencia de la misma en la relación creada por un negocio; en cambio, la teoría subjetiva del fin se utiliza cuando se trata de comprobar su licitud, no el motivo de cada parte.

La causa, pues, se tipifica como un requisito de los negocios que encauza la esfera de la autonomía de la voluntad y evita que una institución jurídica se constituya como medio para regular intereses no admitidos por la conciencia social que el Derecho recoge.

De aquí que se sostenga que la causa no sólo ha de concurrir a la formación del negocio (94) sino también subsistir en aquellos contratos de ejecución no instántanea, y que se desenvuelven en el tiempo (depósito, alquiler, suministro, etc.). Debe ser así por la función social de estos y otros contratos, que naturalmente reclaman una mutua condicionalidad de las obligaciones y no sólo inicial equivalencia subjetiva de las mismas a juicio de las partes (95).

Puede decirse, por lo tanto, que así como las formalidades servían para tipificar un determinado negocio jurídico en la Roma antigua, y atribuirle determinados efectos y consecuencias, así la causa objetiva del negocio —como función y efectos típicos del mismo—, sustituye hoy a tales formalidades.

La causa objetiva es, pues, el propósito concreto de cada tipo de negocio que produce un resultado social determinado, al cual ha de adecuarse su contenido y la finalidad que las partes pretenden conseguir con el mismo. Por eso Messineo dice que el sujeto emplea el negocio porque "se promete obtener de él un determinado efecto" (96). Es inútil, entonces, al tratar de la causa, prescindir de un sujeto emisor de una voluntad que responde a una razón justificante de su actuar. De aquí que los contratos sin causa devengan nulos.

38. LOS MOTIVOS

Por lo tanto, la función o utilidad social de la causa objetiva, como fin jurídico, es valorar conforme al interés colectivo (97) la finalidad —causa subjetiva— que se han propuesto las partes y para la cual se solicita protección jurídica. Visto así, en nuestra opinión la finalidad que anuncia el artículo 140 es el propósito buscado y determinante para la conclusión del negocio (98), pero no los motivos. Veamos el caso del fraude, que tan bien se presta para una explicación como la que precisamos. En el negocio corres-

(94) Dicen WEILL y TERRE en *op. cit.*, pág. 322: "La cause n'est pas seulement considerée comme un élement de formation du contrat; on la prendra en considération pendant toute la vie même du contrat et lors de son exécution: la jurisprudence a utilisé la notion de cause en tant qu'elle exprime le lien de corrélation des obligations afin que l'exécution du contrat se fasse dans des conditions équitables".
(95) Véase LARENZ, Karl: "Base del Negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos". Edersa, Madrid, 1956.
(96) MESSINEO: Francisco: "Manual...", Tomo II, pág. 371.
(97) CORNEJO, Angel Gustavo: "Código Civil-Exposición Sistemática y Comentario". Lima, 1937, Tomo II, Vol. II, pág. 18.
(98) SANCHO REBULLIDA, Francisco: "La causa de la obligación". Reus, Barcelona, 1971, pág. 7.

pondiente de compra-venta, encontramos una causa objetiva que ofrece un contenido preceptivo cuya función social no es reprobable. La causa subjetiva, en cambio, como utilización de un esquema negocial para atender la finalidad reprobable de ocultar un patrimonio, ya es ilícita, porque el Derecho no puede amparar el interés pretendido con el acto de transferencia. Los motivos del comprador podrán ser variados: utilizar un tiempo la propiedad, o percibir una retribución, etc.

De este modo, los motivos particulares, salvo que se eleven a razón determinante y declarada de la voluntad, carecen de importancia porque no afectan a los efectos jurídicos del negocio, ni son la razón esencial del negocio; una compra-venta seguirá siendo una compra-venta independientemente de los motivos de las partes, que son razones particulares. La causa objetiva o subjetiva, entendida como razón del negocio, no puede ser confundida con el motivo. En cuanto la objetiva ". . . es distinguible la causa del motivo, hecho psicológico, subjetivo, impulsivo. La causa es diferente; no tiene como el motivo una existencia material fenómenica; es una simple consideración racional, es un concepto, una construcción técnica, como dato espiritual que sirve especialmente para estimar el principio de utilidad social de la obligación. . .", apunta acertadamente León Barandiarán (99). En tanto que subjetiva, el motivo debe distinguirse de la finalidad, que es el propósito práctico que es común a los intervinientes, si el acto es bilateral. Así, por ejemplo, un contrato de préstamo en que se declara recibida una cantidad inferior a la real tiene una finalidad usuraria —que es ilícita—, independientemente de los motivos que tenga el prestatario para recibir la cantidad, que pueden ser de muy variada especie.

Al haber dicho más arriba que la causa es la razón determinante que se manifiesta objetivamente en el negocio, es fácil establecer el distingo con el motivo. La causa objetiva acompaña a cada negocio en forma invariable según su especie. Por eso, en el caso de la compra-venta de una casa, la causa desde el punto de vista del vendedor será siempre la de recibir el precio del bien, contra la entrega del mismo por su parte. Los motivos que le han inspirado no serán, por cierto semejantes en todos los casos. Tal vez un vendedor quiera vender porque necesita satisfacer una deuda; otro porque va a establecerse en otra ciudad; aquel para poder adquirir otra casa más grande, etc. Los motivos pueden ser numerosísimos.

Del motivo se dice que es la representación personal que se hace el sujeto de la finalidad. O, como apunta Capitant: "el motivo es la razón contingente subjetiva (. . .) variable de individuo a individuo" (100). Es precisamente por esta contingencia y esta diversidad entre los motivos que impulsan la voluntad que, a menos que exista motivo determinante —condicionante— del negocio, no se reputa el error en el motivo no declarado como factor de nulidad del negocio.

Así visto el tema, coincidimos con quienes señalan que la razón de ser y la existencia de la causa se aprecia mejor a través de los negocios abstractos, porque es más fácil independizarla de los motivos. Negocios abstractos en los que la causa existe. No es que sean incausados, como a veces se ha dicho de los títulos valores, sino que la causa está "abstraida", es decir, separada o aislada del negocio. Los negocios abstractos forzosamente tienen una causa en tanto que la voluntad que les dió origen se encuentra limitada por los efectos típicos de este tipo de negocios. Inclusive, considerada la causa como la finalidad correspondiente a una relación obligatoria, es evidente que su ilicitud puede dar lugar a la nulidad de tal relación, aunque por la naturaleza de circulantes de estos bienes muebles la finalidad aparezca aislada.

(99) LEON BARANDIARAN, José: *op. cit.*, Tomo, I, pág. 46.
(100) CAPITANT, Henry: *op. cit.*, pág. 23.

Decíamos que en estos negocios abstractos es más fácil apreciar la separación de la causa de los motivos, aunque éstos hayan sido determinantes (101), pues en el "por qué" o la razón jurídica de estos negocios radica precisamente en su utilidad social y en unos determinados efectos prescindiendo de los motivos personales del librador y del librado o de la finalidad común de ambos.

Creemos, pues, que es válido concluir diciendo que la causa objetivamente considerada no es causa en el sentido coloquial o etimológico, como sinónimo de fuente u origen. No es origen sino fin, finalidad jurídica económica y social típica del negocio a la que debe adecuarse la finalidad práctica —considerada en principio como legítima— de un determinado precepto negocial. Finalidad práctica que fluye del contenido o efectos del negocio y que puede ser ilícita como pueden serlo los motivos, pero sobre éstos no alcanza la sanción legal si quedan en el silencio.

(101) En este sentido, cuando han sido importantes, aunque no se confunden con la causa, penetran en el negocio cuando influyen en su eficacia y se constituyen en modalidad. SANTORO-PASARELLI, Francisco: *op. cit.*, pág. 210.

Cap. V

MANIFESTACION DE VOLUNTAD

SECCION PRIMERA

39. CONSIDERACIONES GENERALES

El Código nos enseña el propósito, pero no qué debemos entender por manifestación de voluntad. Inclusive, en una primera redacción del Proyecto se utilizaban tres locuciones diferentes —consentimiento, declaración de voluntad y manifestación de voluntad—, que aparentemente pueden tener el mismo significado. Se introducía así un elemento de confusión que se ha evitado. En orden a intentar aclarar cada uno de estos conceptos van dirigidas las líneas siguientes.

El vocablo consentimiento, en su acepción gramatical y coloquial usual, es sinónimo de autorización, aprobación, aquiescencia o permiso. Deriva de consentir, esto es, acceder o facultar a algo. Desde este punto de vista resulta evidente que esta expresión sería insuficiente, pues el agente del negocio no sólo autoriza o permite, sino que fundamentalmente crea reglas: regula, permite y dispone. El querer no es sólo de aceptación, sino también de imposición.

El consentimiento también puede ser entendido como "sentir con" *(cum sentire)*, idea que inmediatamente nos remite a pensar en consenso o coincidencia (1). Sin embargo, tampoco este significado puede plasmar la intervención creadora de la voluntad en el negocio, por ser demasiado amplia. Consenso, sentir con, supone voluntades independientes coincidentes a ciertos efectos. Esta acepción, pues, implica un negocio bilateral con acuerdo de dos o más voluntades (2) y viene incorporada al ordenamiento positivo desde el Código Napoleónico, que la recoge en su artículo 1108. También ha sido recibida por otros Códigos, entre ellos el argentino y autores

---

(1) WEILL et TERRE: "Les Obligations", pág. 75.
(2) COLIN Y CAPITANT: *op. cit.* Tomo III pág. 595 y ss.

de este país como Borda (3) coinciden en la insuficiencia de este significado para explicar la génesis del negocio, porque el consentimiento viene a ser requisito exclusivo para los contratos, no para todos los negocios.

En síntesis, estando admitido como premisa que hay negocios unilaterales, como la fianza o el testamento, por sólo mentar dos, es incuestionable que en ellos no hay consentimiento en el sentido de *concursus voluntatem*.

Por vía excluyente, por lo tanto, no habría quedado sino admitir que el legislador, al aludir al consentimiento, quería referirse a una expresión volitiva con un contenido jurídicamente relevante, para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas obligacionales (4) o no obligacionales (5), unilaterales o plurilaterales.

Noción distinta de la del consentimiento es la de la manifestación de la voluntad. Como también es diferente de la declaración, porque ésta es uno de los diversos modos de manifestación. Podemos decir que la manifestación es el género y la declaración la especie. Lo cual no quita que también se admita doctrinariamente que ciertas actuaciones inequívocas de voluntad puedan ser consideradas como declarativas (6).

Por la primera, es decir la manifestación, debemos entender la exteriorización de un hecho psíquico interno, que consciente y voluntariamente trasciende del individuo y surte efectos ante terceros con valor expositivo, aunque estuviera lejos del ánimo del agente el producir tales efectos. Visto así, también será manifestación aquella que concurre en los actos reales o en los actos procesales, en los cuales no necesariamente hay un deseo de poner en conocimiento de terceros el contenido de la voluntad (7).

La declaración de voluntad, por último, es aquel acto responsable que tiene como objeto producir efectos jurídicos. Tiene una intención de resultado y un contenido preceptivo determinante, que el sujeto espera que sea reconocido como tal y que el ordenamiento jurídico acepta para producir efectos jurídicamente amparados. Poco importa que la declaración se exprese de un modo u otro. Lo trascendente es que el negociante revela y hace público que quiere afectar ciertas relaciones jurídicas y para esta revelación se vale ora de la coincidencia de la otra parte, es decir, de una manera directa y apoyándose en el entendimiento ajeno, ora de una conducta que implica una modificación de una realidad preexistente y de los efectos de esta conducta se interpreta una voluntad y un contenido inequívoco.

De aquí que Betti (8) diga que "la declaración, por tanto, tiene naturaleza preceptiva o dispositiva, y, en consecuencia, carácter vinculante; el comportamiento tiene igualmente, por sí, tal carácter. Con ello se quiere decir que declaración y comportamiento no son simples revelaciones externas, manifestaciones complementarias de un estado de ánimo interno o de un propósito; no son mera enunciación o indicio de un contenido psicológico

(3) BORDA: "Manual de contratos", pág. 39 y ss.
(4) En el sentido de acreedor-prestación-deudor.
(5) Como el reconocimiento de un hijo, verbigracia.
(6) LARENZ, Karl: *op.cit.* Parte General, pág. 428.
(7) BONET RAMON, Francisco: *op.cit.* Tomo I. pág. 607.
(8) BETTI, Emilio: "Negocio. . .", pág. 52.

cuya existencia sea ya jurídicamente trascendente como tal y demostrable en otra forma; enunciación o indicio con una pura eficacia representativa o probatoria y sin fuerza operante propia. Sino que, por el contrario, son determinación ordenadora de una línea de conducta frente a los demás, disposición con la que el individuo dicta reglas a sus relaciones con otros y que alcanza, por tanto, una trascendencia esencialmente social y una eficacia operativa propia, no válida en otra forma; eficacia que primero, lógicamente, se despliega sobre el plano social y después, merced a la sanción del Derecho, está destinada a producirse también sobre el jurídico".

40. LAS TEORIAS SOBRE LA VOLUNTAD

¿Voluntad o declaración? Así formulada la pregunta parece fácil responder que no hay negocio jurídico sin una voluntad creadora y que la declaración es sólo el medio, mecanismo o instrumento que envuelve la voluntad y la hace notoria. El planteamiento, sin embargo, es incorrecto, porque la locución alternativa *o* distorsiona las ideas. Así como la declaración sola es ineficaz, la voluntad autónoma tampoco puede ser recogida y reconocida por el Derecho. El tema ha dado lugar a no pocas polémicas y ninguna de las teorías extremas satisface la justicia (9). Ambas son artificiales, como asegura Rieg en su prólogo (10).

Quien defienda a ultranza la teoría de la voluntad destruiría los principios de seguridad jurídica en los que deben inspirarse todas las relaciones y el tráfico mercantil. Las partes no podrían fiarse de las declaraciones del otro y en virtud de las cuales se comprometen. Tendría que ampararse, por ejemplo, la pretensión de quien quiere anular un contrato si llega a probar que lo ha suscrito sin leerlo. Y si así ha sido, ¿cómo puede tener voluntad, no ya de declarar, sino de lo que declara? Por su lado, quien apoye ciegamente la tesis de la primacía absoluta de la declaración, tendrá que admitir la validez de la declaración emitida sobre la base de un error del que es causante la otra parte. Es decir, dejará indefenso a quien involuntariamente emitió una voluntad no querida. Por ende, el Derecho no podría indagar en la validez de los procesos formativos de la voluntad.

Aunque resultaba más seguro decirlo sobre el texto del Proyecto de la Reformadora, consideramos que nuestro codificador civil no parece haber optado por ninguna de estas corrientes extremas, inclinándose por las tesis de responsabilidad y de confianza, que atenúan los rigores de uno y otro extremos. Responsabilidad, confianza y presunción de buena fe son reglas que deben inspirar todas las relaciones jurídicas y, por lo tanto, aquellas dimanantes de las declaraciones de voluntad. Estas reglas en modo alguno pueden ser genéricas, si se atiende a la naturaleza de cada negocio y a las circunstancias que le rodean. No podrá medirse con la misma regla un testamento que una donación. En el primero se deberá preferir la intención del agente, con prescindencia de si dice que lega o dona o deja; la donación, en cambio, se juzgará más restrictivamente.

(9) Para una amplia y cabal exposición sobre el desarrollo hasta principios de siglo de la polémica entre los defensores de una y otra concepción, véase FERRARA, Francisco: "La Simulación", págs. 1-40.
(10) RIEG, Alfred: "Le role de la volonté. . .".

En cualquier caso, y con cargo a tratar del tema al ocuparnos sucesivamente de las vicisitudes de la declaración, de la interpretación, del error, de la violencia, de la intimidación y de la simulación, conviene admitir por el momento los principios que formula Gullón (11):

1o. En principio, nadie debe quedar vinculado por un negocio si su voluntad no se ha formado libre y espontáneamente.

2o. La buena fe y la efectiva confianza de los destinatarios de una declaración en la validez y regularidad de la misma también merece protección. Debe valorarse a este fin si el destinatario conoció o no conoció que lo declarado divergía de la voluntad interna o pudo conocerlo. Caso positivo, la declaración de voluntad se anula. Caso de que no conociera la divergencia, su confianza merece ser protegida y el declarante debe quedar vinculado (principio de la confianza).

3o. Debe valorarse, igualmente, el comportamiento del declarante y de la responsabilidad que a él le cabe en la divergencia. Si actuando diligentemente pudo y debió desvanecer la confianza que en los terceros motivaba su declaración y no lo hizo, responde por la eficacia de su declaración.

41. FUNCION DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD

A estas alturas, conviene ya destacar la importancia de saber distinguir por unos momentos entre la voluntad como hecho psíquico, es decir como proceso interno de decisión, de la forma de exteriorizarlo. Separar, en consecuencia, el principio de autonomía de la voluntad en que reposa la teoría del negocio jurídico, de la declaración como entidad física por la cual se canaliza la autonomía que —dentro del marco de la ley— regula los propios intereses en función de un resultado.

El vicio de la voluntad, como desarrollo no ordenado de la secuencia previa a una determinación, tendrá una sanción legal distinta que el mero defecto de la exteriorización, una vez maduro el querer interno. Una cosa es el significado —la voluntad y su contenido— y otra muy distinta el significante o modo de hacer físico lo que estaba en el campo del espíritu.

Cuando se habla pues de voluntad y de declaración, deben tomarse con cuidado ambos vocablos, o la conjunción de ambos. Porque el Derecho no acoge con fin jurídico una simple declaración; ni tampoco le interesa un deseo cualquiera prescindiendo de intereses sociales. Se parte del principio que la voluntad existe y se toma una opción, porque existen necesidades prácticas o económicas o familiares que desean ser reguladas y para las cuales se pretende un resultado que el Derecho hace suyo y protege. Es decir, "el Derecho no puede prestar su apoyo a la autonomía privada para cualquier fin que ésta se proponga" (12).

Por eso se presta mérito a la comunicación responsable que hace el individuo de un querer cierto y definido. Porque no basta, pues, una declaración

(11) GULLON, Antonio: "Sistema. . .", Tomo I, pág. 571 y ss.
(12) BONET RAMON, Francisco: *op. cit.* Tomo I, pág. 611.

de que hay voluntad como hecho psicológico, sino una declaración que expresa una voluntad de comprar, o vender, o condonar, o alquilar o prestar con evidente valor social que compromete (13). Y la función jurídica valorativa se ejerce precisamente tanto sobre un querer determinado como sobre la materialización o exteriorización autónoma de ese querer hasta entonces íntimo.

Como dice Díez Picazo (14), citando a Windscheid a propósito de la relación entre voluntad y declaración: "La declaración es comunicación de una voluntad existente, pero de una voluntad contenida en ella. No se declara una previa voluntad pretérita, sino una voluntad actual. Más que comunicación o participación de una voluntad preexistente, la declaración es ella misma la expresión de la voluntad. La declaración es la misma voluntad en su revelación exterior".

Y únicamente cuando tras la valoración legal se admite la validez de lo que hemos llamado significante y significado, ambas nociones se fusionan, por llamarlo de algún modo, en una entidad distinta. Ni la voluntad ni la declaración separadas tendrán vida autónoma en el mundo jurídico. Unidas, rebasan al individuo y establecen preceptos a los que el declarante debe atenerse y que le pueden ser exigidos.

Sólo así se explica, por ejemplo, el contrato como especie de negocio bilateral. No como simple coincidencia de dos voluntades, sino más bien como real y objetiva trabazón y ligamento de dos declaraciones de voluntad con un contenido conocido —y asumido en cuanto le concierna— por la otra parte, y que puede ser valorado. Por eso, mediante la referencia de la declaración "a un objeto y a una causa, la libertad contractual queda situada en un campo de la realidad jurídica sometida a criterios objetivos de valoración de carácter legal, social y ético que inciden no ya sólo sobre la integridad y seriedad de la voluntad de los contratantes, sino también sobre la regulación del objeto y de los fines a que atiende la voluntad" (15).

Esta estrecha interrelación en los contratos hace que el contenido de la declaración, es decir, la voluntad declarada, vaya más allá del hecho de la declaración. Así, certeramente acota García Amigó (16) que el negocio es una declaración de voluntad que emitieron los negociantes y que ya no existe más. Pero no es menos cierto —aclararemos nosotros— que la voluntad declarada sobrevive al hecho de su declaración, persistiendo en el tiempo.

Por último, tampoco debe confundirse el negocio con la declaración de voluntad. Ya está visto que hay declaraciones de voluntad —o comportamientos *facta concludentia* que inequívocamente demuestran la misma— que no dan paso al negocio por ser declaraciones sin ánimo vinculante o preceptivo. Además, la declaración negocial de voluntad debe recaer sobre ese objeto y

(13) WEILL et TERRE: "Les obligations", pág. 77.
(14) DIEZ-PICAZO, Luis: "Fundamentos. . ." Tomo. I, pág. 107.
(15) LALAGUNA, Enrique: "Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos". Madrid, Editorial Reus, 1978, pág. 20 y ss.
(16) Citado por DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel: "El Contrato". Tesis de Doctorado. Lima 1976, pág. 107.

una función social que encuentra su marco en el negocio. Sin ello, carece de virtualidad normativa de legislación privada (17) de derechos u obligaciones.

SECCION SEGUNDA

42. LA DECLARACION DE VOLUNTAD

La importancia de la manifestación de la voluntad (18) como elemento primario y esencial de los negocios jurídicos —al punto que más de un autor cree sinónimos o al menos similares ambos conceptos— merece que nos ocupemos con detalle de ella.

Ciertamente que no son pocos los estudios realizados exclusivamente sobre esta materia. Pero muchos de sus autores, dando singular valor a la declaración de voluntad, confían en su validez por sí misma. Observada desde una perspectiva muy genérica, considerada en forma autónoma y aislada del resto de los elementos que contribuyen a dar vida y tipificar el negocio nos encontramos no ante una declaración de voluntad susceptible de generar consecuencias jurídicas, sino privada de ellas. Sólo sería una expresión volitiva que no permitiría alterar sustantivamente las situaciones jurídicas preexistentes o crear otras nuevas. Es el caso de la declaración de voluntad por la cual se confirma la asistencia a cierta reunión social o se comunica a una amistad la voluntad de almorzar juntos un día. Carentes estas declaraciones de aquellos elementos que también configuran al negocio, son instrascendentes jurídicamente. No pueden, por lo tanto, obligar legalmente a los declarantes, porque les falta voluntad de negociar y conciencia de declaración (19). Aunque de distinto matiz, tampoco es negocial aquella expresión de voluntad que manifiesta su conformidad con cierta declaración, científica por ejemplo, vertida por alguien a quien le ha sido solicitada por quien manifiesta su conformidad. Cosa muy distinta sería expresar la voluntad con arreglo a ciertas pautas ante el funcionario competente de una empresa de transportes para que lleve al declarante de un lugar a otro. Todo lo dicho nos lleva a insistir en que la declaración de voluntad sólo tiene relevancia jurídica en sentido negocial cuando contribuye a la regulación de los intereses prácticos, económicos o sociales de los agentes y tal proceder es permitido por el Derecho porque crea o afecta relaciones jurídicas.

La declaración de voluntad es, pues, exteriorización de un deseo interno. La expresión de lo querido que "responde a una manifestación seria"(20). Esta expresión se dirige a un determinado contenido negocial y consecuentemente (en circunstancias normales) a la obtención de los efectos propios que racionalmente deriven de tal contenido. Pero de lo expuesto no se debe colegir que también la definición de declaración de voluntad —como contenido— pueda aplicarse a la llamada voluntad de declarar. Son éstos dos conceptos disímiles, aunque comúnmente se deben presentar en forma simultánea. Co-

(17) BOFFI, Luis: "Obligaciones", Tomo I, pág. 86.
(18) CASTRO BRAVO, Federico: en *op. cit.* págs. 56-57, señala que "el estudio de la declaración de voluntad ha dominado tiránicamente la doctrina del negocio jurídico".
(19) ENNECCERUS: *op. cit.* Vol II. Parte Primera, pág. 179.
(20) LEON BARANDIARAN, José: *op. cit.*, Tomo I, pág. 54.

mo dice Messineo (21), hay dos voluntades concurrentes. Una voluntad de contenido y otra dirigida a comunicar el contenido para hacerlo jurídicamente relevante.

43. DECLARACION DE VOLUNTAD Y VOLUNTAD DE DECLARAR

Indudablemente que lo normal es que las manifestaciones de voluntad sean el resultado del previo deseo de querer expresarse. Pero hay casos en que la concurrencia entre la declaración de voluntad y la voluntad de declaración no se presenta. Incluso en estos casos, el negocio sigue siendo perfecto (en cuanto a su formación estructural) (22). Cuando el negocio no quiso ser celebrado, es decir, cuando faltó voluntad de declarar, pero hubo manifestación, se tipifica la nulidad relativa del acuerdo por haber existido un vicio de la voluntad. La declaración de voluntad, sin embargo, no consiste solamente en la manifestación de lo querido, sino que es menester que este querer tenga sentido y sea expresado a sabiendas de cuál es la naturaleza de tal declaración (23); sobre todo para que la misma sea eficiente.

Tampoco por declaración de voluntad debe entenderse únicamente un conjunto de palabras que reflejan un querer sobre el contenido de la declaración; es también, como veremos, cualquier comportamiento o conducta (24) de donde se pueda inferir (en ocasiones por vía de interpretación) y comprobar la voluntad del negocio del declarante. Esto nos obliga a decir que, aunque no se señale expresamente la conformidad con el contenido, es posible reputar como declaración de voluntad aquella expresión de conformidad con el fin práctico que se pretende alcanzar con el contenido (25). Es por eso que (a pesar de que no se haya verificado la aceptación concreta y susceptible de ser advertida por algo escrito u oído, con el contenido, por ejemplo, de un contrato de locación-conducción) puede bastar la ocupación del inmueble que se loca para presumir fundadamente que se acepta el contenido del negocio. Se entiende, entonces, que si la expresión o manifestación volitiva tiene un sentido acorde con el fin ansiado, esta expresión constituye declaración de voluntad suficiente e idónea para dar origen a un negocio.

En concordancia con lo acabado de exponer, algunos tratadistas (26) afirman la existencia de dos voluntades, a saber: la voluntad declarada (mediante una declaración o un comportamiento) cuyo objeto es el contenido del negocio y, en segundo lugar, la voluntad de que esta declaración tenga re-

(21) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", tomo II, pág. 359.
(22) Hacemos esta salvedad porque COVIELLO, Nicolás en *op. cit.*, pág. 375 dice que "la formación o conclusión de un negocio es cosa distinta de su perfección. Por ésta entendemos la completa aptitud para producir todas las consecuencias jurídicas de que es capaz".
(23) ENNECCERUS, *op. cit.* tomo I, Vol II, pág. 115, dice que si la declaración debe generar efectos jurídicos "debe ser emitida con la conciencia de ésta su naturaleza".
(24) STAUDINGER, citado por LEON BARANDIARAN, José en *op. cit.* pág. 54 del Tomo I, parece decir que cualquier medio de declarar la voluntad se reduce simplemente a "una determinada conducta exteriorizada", lo cual sería, creemos, algo excesivo.
(25) ENNECCERUS, *op. cit.* Vol II. Primera parte, pág. 115 puntualiza acertadamente que la exteriorización de la voluntad "debe tener un valor de declaración susceptible de ser comprobado".
(26) ALBALADEJO; Manuel: *op. cit.* pág. 80; MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", tomo II, pág. 369: OERTMANN, Paul: *op. cit.* pág. 197.

levancia jurídica porque se quiere declarar. Esto explica por qué la declaración de voluntad, como venimos insistiendo, no consiste tan sólo en un *querer* ambiguo y etéreo, abstracto y vacío, sino en algo mucho más significativo que es lo que le otorga juridicidad al negocio: un a) querer establecer, preceptuar, reglamentar, concordar o disponer de manera determinada y b) querer hacerlo saber.

44. VOLUNTAD PRESUNTA

Como hemos visto, hay negocios cuya declaración se tiene como válida cuando la ejecución de acto material o un comportamiento del que debe declarar hacen suponer a los otros interesados que efectivamente existe en dicha persona una voluntad negocial. Esta no es, exactamente, la voluntad que ciertos autores denominan presunta.

La voluntad presunta no corresponde, en realidad, a lo que su concepto significa. Porque la presunción está en que no existiendo declaración ni conducta expresa de un sujeto, la ley (no las otras partes) ordena determinados efectos sobre la base del sentido de un comportamiento (27) generalmente de omisión (28). Aquí no se ejecuta la voluntad de las partes, sino una voluntad que la ley atribuye como típica. Pero ello no quiere decir que el sujeto haya tenido voluntad de obtener los efectos subsecuentes a su conducta. Aún más, puede ocurrir que la voluntad de aquel a quien *ex lege* se le atribuye no sea ni idéntica ni coincidente, y acaso hasta contradictoria, con la mal llamada voluntad que se presume existe. Hasta puede suceder que en ningún momento haya tenido voluntad y que los hechos que la hacen presumir son involuntarios o inconscientes (29).

Así, por ejemplo, la devolución del bien prendado hace presumir la extinción de la obligación. Otro caso sería el del testador que omite indicaciones sobre el modo de distribuir parte del porcentaje de libre disposición. En este supuesto la ley presume que su voluntad es que corresponda a determinados herederos.

"ARTICULO 141.– La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.
No puede considerarse que existe declaración tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario".

(27) MESSINEO, Francisco: *op. cit.* pág. 363, Tomo II.
(28) SANTOS BRIZ, Jaime: "La Contratación privada". Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 137.
(29) Sobre la voluntad presunta son también esclarecedoras las opiniones de LEON HURTADO Avelino: *op. cit.* pág. 57 y ss. y LEON BARANDIARAN, José: *op. cit.* Tomo I, págs. 63 y ss.

45. FORMAS DE DECLARACION

Salvo norma taxativa en contrario, los negociantes pueden optar por cualquier signo expresivo (30) o medio de declaración de voluntad que estimen pertinente. Inclusive, tratándose de negocios bilaterales, o más específicamente contratos, pueden en ciertos casos compelerse mutuamente para la observancia de aquella forma de emisión que hayan acordado.

El artículo arriba transcrito ha querido diferenciar con cuidado los distintos modos de hacer conocer la declaración de voluntad. Obsérvese, no obstante, que el texto del artículo que comentamos resulta insuficiente, pues al aludir a la manifestación tácita sólo habla de la necesidad de demostrarse la existencia de la voluntad. A pesar de ello, debemos entender que no sólo ha pensado que debe existir la voluntad, sino que del comportamiento o de la ejecución de un acto material (31) también debe deducirse el contenido de la misma.

La declaración de voluntad, dice el artículo, puede ser expresa o tácita. Los criterios para confirmar cuándo nos encontramos con una u otra no son uniformes.

Hay casi tantos pareceres como autores y la variedad de opiniones no permite, por lo tanto, que en este caso se trasladen las diversas coincidencias entre las ideas de los tratadistas a una sola concluyente. El Código, en todo caso, no es coherente en su propia terminología, pues a veces (art. 156) utiliza el vocablo indubitable como sinónimo de expreso, siendo así que esta norma 141 parece acercarlo a la declaración tácita.

Además, como dice Enneccerus (32), no es conveniente fundar en la diversidad de las maneras de declarar una división de las declaraciones de voluntad, pues con extraordinaria frecuencia concurren simultáneamente ambas clases de medios de declaración, y no se puede decir lisa y llanamente qué es lo que es, en cada caso concreto, un medio corriente de declaración y qué es lo que no constituye un medio corriente.

Ello no obstante, Messineo (33) sostiene que cuando se la emplee a conciencia y con el propósito de dar a conocer a otro la propia voluntad concreta, se trata de declaración expresa. Prosigue indicando que la declaración será tácita cuando "la certeza de la voluntad se deduce por vía indirecta".

46. DECLARACIONES EXPRESAS O TACITAS

Por su lado el artículo bajo comentario introduce una de las pocas definiciones funcionales (35) existentes en el Código y señala aquellos casos en que se estará ante una declaración expresa, a la que impropiamente llama

(30) CASTRO y BRAVO, Federico de: *op. cit.*, pág. 65.
(31) Que sí estaba regulado en el artículo 5 del Proyecto de la Comisión Reformadora.
(32) ENNECCERUS, L.: *op. cit.* Tomo I. Vol. II, pág. 175.
(33) MESSINEO, Francisco:"Manual . . .", Tomo II, pág. 361.
(35) Claramente inspirada en el artículo 217 del Código Civil portugués.

"medio directo", o ante una declaración tácita que, por argumento a contrario, se transmitiría por vía indirecta.

Señalemos que no es conveniente hablar de declaración directa o indirecta, pues abundan los casos en los que por un medio directo, un escrito, por ejemplo, se expresa tácitamente o indirectamente la voluntad (36).

El ejemplo que cita Stolffi es sumamente ilustrativo: el deudor que por escrito solicita prórroga de la obligación desea expresamente modificar el convenio, pero reconoce tácita o indirectamente la obligación (37).

En líneas generales, también conviene no tomar al pie de la letra la palabra 'expresa' en su significado de algo claro y seguro, ya que con no poca frecuencia las declaraciones tácitas son más inequívocas que las expresas. En cuanto la expresa, pues, más conveniente hubiera sido hablar de un medio convencional, en lugar de medio directo. De parecer contrario son Colin y Capitant (38), quienes estiman como declaraciones directas las que se hacen para la celebración del negocio e indirectas las que se desprenden de un acto que persigue un fin diferente, pero dejan ver de un modo indubitable la voluntad del individuo. Estos autores cifran, pues, el concepto de directo en la finalidad de la declaración, mas no en el medio de emisión utilizado, que es el sentido que a este vocablo le atribuye el artículo que comentamos, es decir, cuando el signo utilizado exprese directamente la voluntad del sujeto emisor (39).

En base a lo expuesto, podemos decir que:

a) Declaración expresa

Se debe entender por tal aquella comunicada mediante signos inequívocos y sensibles, convencionalmente admitidos por la sociedad, por el o los declarantes, o por los usos admitidos en el medio de éstos, o según el negocio. Así, pues, el artículo afinca la naturaleza de la declaración en el modo de comunicación. De suerte que, por ejemplo, toda declaración escrita siempre sería expresa. Nótese, empero, que otros preceptos, otorgan a la declaración expresa otro significado. Así, el numeral 7, según el cual el vocablo "expreso" viene a ser sinónimo de claro o indubitable por el sentido de lo querido.

De conformidad con esto, se considera declaración expresa la emisión verbal, o por escrito, o por señas o gestos inequívocos —en el caso de sordomudos, o las pactadas en una subasta (levantar el brazo), por ejemplo— según experiencia socialmente admitida (V).

El Código no admite que el silencio sea reputado como manifestación expresa, aunque se haya pactado previamente entre las partes, porque no es

(36) Según parece, esta nueva manera de presentar la declaración directa o indirecta, la esbozó por primera vez CAMPAGNA: "I negozi di attuazione e la manifestazione dell intento negoziale". Milano, 1958, pág. 130 y ss.
(37) STOLFFI, G.: *op. cit.* pág. 203.
(38) COLIN Y CAPITANT: *op. cit.* Tomo III, pág. 603.
(39) En el mismo sentido SANTORO PASARELLI, Francesco: *op. cit.* pág. 159.

un medio directo de emisión. Pero del tema del silencio se hablará más adelante.

Desde luego, la simple omisión, como diversa del silencio, tampoco está admitida como declaración expresa.

En conclusión, toda aquella declaración de la que de modo inmediato, sensible e inequívoco no se deduzca la voluntad de declarar y el contenido de la misma, no será expresa, sino tácita. Y aunque esta solución legislativa no sea la más acorde con la moderna doctrina (40), indudablemente ofrece la gran ventaja de unificar en dos grandes grupos las reglas que servirán para la interpretación de voluntad.

b) Declaración tácita

Se llama así a la que deriva no de los dichos o signos convencionales (incluso los establecidos por los agentes), sino de ciertos hechos o, como dice el artículo, de actitudes o circunstancias de comportamiento. En estos casos el declarante no especifica concretamente el contenido de su voluntad, pero su conducta lo revela, porque significa una toma de posición respecto a determinados intereses (41). Las conductas pueden no tener la función de hacer conocer la voluntad interna, pero por deducción necesaria se colige, o sea, que "se infiere indubitablemente", sin duda.

Así, por ejemplo, el fabricante que ante un pedido de su cliente formulado por escrito le envía el producto solicitado y la correspondiente factura, o el heredero que dispone de la herencia.

Desde luego, es menester que el comportamiento no admita distintas interpretaciones y que el conjunto de circunstancias no pueda hacer presumir voluntad de declarar y voluntad de contenido donde no las hay. Por lo tanto, peca de corto el legislador cuando habla de indubitable. No sólo debe ser estar fuera de toda duda la existencia de la voluntad, que es lo que escuetamente dice el artículo, sino que el contenido de tal voluntad debe ser unívoco, en el sentido de incompatible con toda otra voluntad (42).

Las actitudes o circunstancias de comportamiento no son sólo las positivas, sino también las negativas y, asimismo, las llamadas omisivas o, simplemente, abstenciones de conducta. De todos modos, debe entenderse que se trata de omisiones de acciones que se podrían realizar y que deliberada y conscientemtnete se han evitado ejecutar. No es, pues, omisión de lo debido, sino de lo permitido.

Por todas estas razones, la voluntad tácita sólo se puede inferir de *facta concludentia*, esto es, hechos concluyentes que no admitan otro sentido.

(40) Según la cual el silencio y las omisiones se pueden admitir en ciertas ocasiones como declaración expresa. Véase CASTRO Y BRAVO, Federico: *op. cit.* pág. 66; BONET RAMON, Francisco: *op. cit.* Tomo I, pág. 630.
(41) DIEZ PICAZO y GULLON: "Sistema . . ." Tomo I, pág. 573.
(42) RUGGIERO, Roberto de: *op. cit.* Tomo I, pág. 255.

La declaración de voluntad tácita ha de ser forzosamente recepticia, va-
le decir, que solamente producirá efectos cuando sea recibida por el sujeto al
cual va dirigida. La declaración no recepticia, es decir la que tiene validez
desde que se emite, sea o no conocida, nunca podrá ser tácita en sentido es-
tricto, pues no hay posibilidad de conocer de modo indubitable el deseo de
expresar la voluntad y el contenido de ella. (Caso distinto es el de actuación
de voluntad, que se verá líneas más adelante).

De acuerdo a ello, señala Larenz (43) que los actos concluyentes deben
realizarse ante el destinatario de la declaración que del acto se debe inferir,
aclarando que estos *facta concludentia* deben interpretarse de modo distinto
a las declaraciones expresas, pues dependen —los actos concluyentes— de las
posibilidades de conocimiento del destinatario, esto es, de aquel a quien se
refiere el acto en una situación determinada.

47. ACTOS DE VOLUNTAD

Procede referirse en el artículo que comentamos a la manifestación de
la voluntad que resulta de la ejecución de un hecho material, cuando ésta (la
ejecución) demuestre inequívocamente la existencia de aquella (la voluntad).
Este tipo de manifestaciones no son propiamente declaraciones tácitas. La
ejecución de un hecho material con frecuencia demuestra clara y directamen-
te cierta voluntad de lograr un determinado efecto práctico-jurídico, pero sin
embargo esta voluntad no ha sido puesta en conocimiento de una manera
oral o escrita u otra forma de conocimiento directo o declaración expresa tal
como se encuentra definida más arriba. Tampoco será tácita si sólo concep-
tuamos a ésta como un hecho del cual mediatamente se infiere cierto conte-
nido volitivo.

Hay que seguir, creemos, la opinión de quienes diferencian la ejecución
de estos hechos (manifestación de voluntad) de la declaración propiamente
dicha. Estos autores exponen que la voluntad dirigida al efecto, en lugar de
manifestarse por medio de una declaración puede hacerse mediante compor-
tamientos que no van dirigidos a hacer conocer la voluntad, sino a realizarla
directamente y, por tanto, no son declaraciones (44). Se cita como ilustrati-
vo ejemplo la revocación de un testamento mediante la destrucción del ins-
trumento correspondiente.

Por nuestra parte, creemos que la distinción es puramente académica, si
se mira a que el efecto que se logra es el mismo con la manifestación que con
la ejecución de un hecho material. La actuación de la voluntad y la declara-
ción tienen la misma consecuencia, pues los efectos jurídicos fundamental-
mente serán los mismos. Es cierto que la actuación de voluntad grafica muy
claramente el contenido de la voluntad y que la exteriorización del deseo in-
terno se produce coetáneamente con el efecto querido. Pero no es menos
cierto que el efecto básico siempre será el mismo. Así es, sea que Juan des-
truya su testamento ológrafo (actuación de voluntad) o lo revoque por otro
posterior (declaración expresa), el testamento quedará revocado. En la prác-
tica, la diferencia estriba en los medios probatorios.

(43) LARENZ, Karl: *op. cit.* Parte General, pág. 490 y ss.
(44) MESSINEO, Francisco: "Manual. . . ", Tomo II, pág. 341. De la misma opinión, SANTORO, Francisco: *op. cit.* pág. 161.

48a. Voluntad expresa legalmente impuesta

No merece mayores comentarios el último párrafo de este artículo. Es
claro que si la ley dispone que haya voluntad expresa (ej. art. 1183), la falta
de ésta no podrá suplirse infiriendo de otro modo (mediatamente) el querer
de un sujeto. Habrá declaración tácita acaso, pero no bastará para la válida
génesis del acto. Hay que aclarar, no obstante, que esta voluntad expresa a
que alude este apartado no necesariamente significa que deben utilizarse fór-
mulas sacramentales (45). De ordinario, como en el pacto de solidaridad, es
suficiente que de manera inmediata se revele inequívoca y claramente el sen-
tido de la voluntad, sin que en rigor tenga que utilizarse la palabra. En otras
ocasiones, como en el matrimonio, sí se exige el uso de un vocabulario con-
creto.

48b. Reserva o declaración en contrario

Complemento de esta primera parte del párrafo, la segunda frase añade
que tampoco existirá declaración tácita cuando haya reserva o declaración en
contrario formulada por el agente. Esto sí amerita algunas aclaraciones.

En efecto, el precepto se pone en el supuesto del sujeto que ejecute en
determinadas circunstancias una conducta que normalmente pudiera ser in-
terpretada como declaración de voluntad y a la cual, en consecuencia, se le
atribuyen automáticamente ciertos efectos jurídicos que pudieran ser no de-
seados (véanse, p.e. artículos 1200 y 1202). En este caso, la declaración tácita
deja de reputarse como tal cuando el agente declara que no quería declarar
ninguna voluntad o precisa que a su declaración no se le deben atribuir tales
o cuales efectos, sino otros distintos (generalmente en casos de renuncia de
derechos propios o reconocimiento de ajenos) o más limitados. Es decir, ha-
ce reserva de su declaración. En todo caso, tanto la reserva como la declara-
ción que desvirtúe la tácita deben ser anteriores o más o menos coincidentes
con la tácita.

La doctrina exige que la reserva o declaración contraria se haga siempre
de manera expresa. Esta reserva que se *hace* es distinta de la reserva que se
tiene y de la que tratamos en el apartado 51.a.

Desde luego, la reserva a la que se refiere este artículo, es distinta de la
llamada reserva mental que más adelante (num. 51) se examina. Ahora se alu-
de a excluir ciertas interpretaciones que de no ser salvadas producirán efectos
no queridos. La claridad de las palabras de Bonet (46) nos eximen de mayo-
res precisiones: "un hecho que, según el común modo de pensar debiera con-
siderarse como manifestación de una cierta voluntad, puede perder tal signifi-
cado cuando vaya acompañado de una protesta o reserva. La protesta no es
otra cosa que una declaración expresa de voluntad, con la cual una persona,
realizando un hecho, destruye la posibilidad de que se atribuya el significado
que de otro modo se daría. La reserva es la protesta relativa a un hecho que
podría interpretarse como renuncia a un derecho. Pero no siempre la protes-
ta o reserva produce tal eficacia: no la produce cuando la protesta esté en

(45) GHESTIN, Jacques: "Droit Civil, II. Le Contrat", pág. 221.
(46) BONET RAMON, Francisco: *op. cit.* Tomo I, págs. 630-631. De idéntico parecer STOLFFI, G: *op. cit.* pág. 207.

contradición con el hecho que se realiza. En esta hipótesis, el hecho prevalece sobre la declaración contraria, y en tales límites es verdadera la máxima *protestatio contra factum non valet*".

"ARTICULO 142.– El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen este significado".

49. EL SILENCIO

Harto se ha discutido sobre si el silencio, como conducta de omisión, constituye o no una declaración y si, de serlo, es declaración expresa o tácita. Y ha contribuido a atizar el fuego de la discusión no tanto la naturaleza del silencio cuanto el significado de la palabra 'tácita'. Porque tácito es aquello que se calla, que no se dice. A pesar de ello, corrientes modernas se inclinan a pesar que el silencio, *strictu sensu* y por sí, no es una manifestación de la voluntad. Algunos autores (47) razonan de la siguiente manera: que en ciertas ocasiones, porque las partes así lo convinieron, el silencio tenga un valor declarativo, no significa que por sí mismo tenga este atributo. Porque la declaración de voluntad indica un querer algo, y aunque se desprenda o infiera de un comportamiento, debe serlo en forma unívoca y expresar "de un modo indubitable la voluntad de su autor" (48). El silencio, por el contrario, no transmite ni indica nada, no es ni positivo ni negativo, de él no se puede deducir *prima facie* y en forma concluyente la voluntad de quien se abstiene de hablar o de hacer algo. De aquí que, jurídicamente, el silencio sea una noción huidiza y difícil de precisar y que al plasmarse legislativamente resulte, en veces, hasta peligrosa. Porque en realidad lo que hace la ley es elevar al silencio a la categoría de manifestación volitiva sólo cuando la propia ley u otro convenio entre las partes le atribuyen esta significación. En este supuesto, los efectos del silencio se asimilan a los de la declaración aunque él, *per se*, sea justamente una no-declaración.

Para los fines de nuestro estudio no interesa en verdad determinar qué es el silencio, sino cómo opera y qué virtualidad le otorga el nuevo ordenamiento. Ordenamiento que ha sabido sortear sabiamente las doctrinas que pretenden asimilar el silencio, según las situaciones concurrentes, a la declaración expresa o a la tácita.

Partamos del principio (aunque por varios discutido) consistente en que el silencio nunca debe ser considerado como declaración expresa, pues aunque las partes hayan pactado que valga como tal, le falta la esencialísima característica de no poder reflejar con certeza no tanto la voluntad como querer un contenido, sino la voluntad de prestar la declaración. Es decir, que el silencio puede ser involuntario y la declaración expresa por principio siempre debe ser voluntaria (49).

(47) LEON BARANDIARAN, José: *Obra citada*, pág. 66 y ss. del Tomo I; LEON HURTADO, Avelino: *op. cit.* pág. 61 y ss; MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 361 y ss: ENNECCERUS: *op. cit.* Tomo I, Vol. II, pág. 177.
(48) PLANIOL y RIPERT: *op. cit.* Tomo VI, pág. 134.
(49) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 362.

Tampoco será declaración tácita, porque según definición de ésta la conducta concluyente no tiene por objeto directo e inmediato hacer conocer la voluntad, pero así se infiere. El silencio, en contrario, cuando ha sido establecido como modo de expresión por los interesados puede tener claramente una finalidad comunicativa.

Estamos, pues, ante una figura *sui generis* que goza de las características de otros modos de expresar la voluntad, pero que no puede confundirse con ninguna de ellas. De aquí que ante un caso de silencio se deberá averiguar primero de qué situación se trata, a los efectos de interpretar la conducta y la voluntad de una u otra manera. Situación que, evidentemente, siempre deberá juzgarse a la luz de otras circunstancias que sí deben ser positivas (50), porque de lo contrario el silencio siempre tendrá una connotación de duda sobre su verdadero alcance. El silencio, pues, no vale como declaración autónoma de voluntad ni expresa ni tácita, sino como integrante de un supuesto de hecho complejo (51).

El artículo, pues, reconoce esta realidad y señala las circunstancias que atribuyen al silencio un valor expresivo de voluntad. Tales circunstancias, positivas desde luego, como hemos dicho, tienen su fuente en la voluntad de las partes y en la ley.

En lo que toca a lo primero, el mérito declarativo del silencio radica en la especial relación jurídica de las partes, que no sólo por convenio en sentido de pacto concreto, sino también por costumbre entre ellas o del tráfico al que corresponda el negocio en cuestión (52), han aceptado la virtualidad vinculante del silencio y por lo tanto la ley reconoce validez a esta modalidad expresiva de voluntad por el principio de la buena fe. En cuanto a la valoración legal del silencio, son sumamente esclarecedoras las palabras de Larenz (53): la cuestión acerca de si el silencio se ha de interpretar como declaración de voluntad y, en caso afirmativo, acerca de lo que declara, se ha de decidir por vía de interpretación, considerando por lo regular las posibilidades de conocimiento del destinatario. En este caso, es "destinatario" aquel a quien el silencio debe o puede decir algo en esa situación. Asimismo el significado del silencio como declaración jurídico-negocial ha de ser conocido por el que calla, o al menos serle imputable si falta la conciencia de declaración. Según esto, si se ha de interpretar el silencio como declaración de voluntad de contenido determinado y quien ha callado no le ha dado tal significado, existe entonces, a su vez, un caso de error sobre el contenido de la declaración, lo cual da derecho al declarante a la impugnación.

Las circunstancias concurrentes —a las que hay que agregar la buena fe— (54) que atribuyan al silencio valor declarativo de voluntad, también pueden derivar de la ley, aunque no siempre es fácil distinguir si en tales supuestos se trata de una conducta omisiva, pero concluyente, que vale como declaración tácita, o si se trata de silencio. Así, por ejemplo, quien teniendo derecho de retracto y habiendo sido notificado de la venta efectuada, deja transcurrir el

(50) SANTORO-PASARELLI, F. *op. cit.* pág. 160.
(51) CASTRO BRAVO, Federico: *op. cit.* pág. 69
(52) DIEZ PICAZO, Luis: *op. cit.* Tomo I, pág. 106.
(53) LARENZ, Karl: *op. cit.* Parte General, pág. 488.
(54) LEHMANN, Heinrich: *op. cit.* Parte General, Vol. I, pág. 300

plazo. Obviamente renuncia a un derecho. Pero no está claro si el valor normativo de su conducta es de declaración tácita o de silencio.

No es acertado sostener que al amparo de aquel 'salvo pacto en contrario' que consignan algunos textos legales, el silencio adquiere un significado conceptual equiparable al de la declaración. No es acertado porque en los casos de esta naturaleza, el silencio no es constitutivo del negocio como sí lo es de la declaración; solamente viene a ser la aceptación de una parte del contenido del negocio en virtud del 'salvo pacto en contrario', nunca del todo.

Existe el problema de saber qué ocurre si a pesar de guardar silencio quien debe declarar, se presentan ciertos indicios que hacen pensar a la otra parte que ha habido una declaración de voluntad tácita. Ni la doctrina ni la ley han logrado tomar una actitud uniforme al respecto. Hay quien piensa que, tratándose de silencio al que llaman cualificado o circunstanciado (55), se puede argüir que se está ante una manifestación tácita. Sin embargo, terminan remitiendo el asunto al criterio de la justicia, sin aportar elemento alguno que permita dilucidar cuándo, con toda exactitud, el silencio indica la voluntad de quien se abstiene de exteriorizarla de otra manera y cuándo no.

Para terminar, debemos apuntar que si bien los tratadistas se han esforzado en determinar cuáles son las diferencias entre el silencio y la declaración de voluntad con ánimo vinculante, las mismas son en la doctrina tan sutiles que, en los casos concretos, muy a menudo resulta sumamente arduo apreciar los distingos. Y, como bien se dice, "la cuestión no puede considerarse todavía resuelta ni en la doctrina ni en la legislación ni en la jurisprudencia, porque todas las fórmulas carecen de aquella precisión que en vano se intenta lograr desde hace siglos" (56).

SECCION TERCERA

VICISITUDES DE LA DECLARACION

El Proyecto de la Comisión Reformadora señalaba en su artículo 2o. que no compromete la declaración de voluntad cuando manifiestamente, dadas las circunstancias, no responde a una decisión realmente querida por el agente. Agregaba en su segundo párrafo que son irrelevantes las reservas mentales y las intenciones no declaradas.

De las actas de las sesiones de la Comisión (57), se desprende que el artículo en cuestión pretendía regular dos situaciones distintas de divergencia entre la voluntad querida y la declarada. El primer párrafo del nonato precepto aludía al aspecto objetivo, notorio y evidente: el contenido de la declaración no coincide con la verdadera voluntad del declarante, que no ha tenido intención de provocar efectos jurídicos y que espera que objetivamente se percaten de ello. El segundo párrafo se circunscribía al aspecto subjetivo, íntimo del declarante y, por lo tanto, no evidente para el receptor de la declaración: el declarante tiene una voluntad secreta y no desea que se conozca.

(55) LEON HURTADO, Avellino: *op. cit.* pág. 63 y ss.

(56) Notas de los traductores al español del "Tratado..." de ENNECCERUS: *op. cit.* Tomo I, Vol. II, pág. 121.

(57) Concretamente, la del 1º de Junio de 1972.

Por la importancia de lo tratado en tal artículo del Proyecto hubiera sido deseable que el nuevo Código lo hubiera reconocido, con el objeto de regular dos hipótesis distintas que, aunque lados de una misma moneda, tienen consecuencias diferentes. Así es, cuando se constata que no responde a una decisión realmente querida la declaración de voluntad no compromete. Pues bien, si no compromete no hay verdadera declaración negocial, pues no hay voluntad de obtener un resultado vinculante. De ello se infiere que sin declaración negocial no hay negocio jurídico, o lo hay en forma aparente, vacío de contenido normativo regulador de intereses privados. El declarante, es claro, simula —pero sin intención de engañar u ocultar algo— querer una voluntad y aspira a que se reconozca que hay tal simulación. No quiere, en realidad, solicitar el amparo jurídico para un acto que confía que se aprecie como falso.

En cambio, la segunda hipótesis parte del principio de que existe y es válida una determinada declaración, pero que no se consideran como relevantes ante el mundo jurídico las reservas mentales y las intenciones no declaradas. Eta parte de la voluntad que se mantiene en secreto no se acoge por el Derecho, porque el propio interesado, al callarla, no quiere hacerla objetiva. Le falta, respecto de este querer, voluntad de declarar, tema al cual ya nos hemos referido.

Insistimos: aunque no reconocidas en el Código, las hipótesis mencionadas y otras que a continuación examinamos, pueden presentarse y, por tanto, merece apuntar el tratamiento que la doctrina les señala.

50. DISPOSICION NO QUERIDA

La declaración de voluntad no compromete, esto es, no obliga al declarante, cuando la decisión que aparentemente lleva implícita tal declaración no ha sido querida.

O, como dice Enneccerus (58), cuando la declaración no va dirigida a provocar realmente efectos jurídicos y se tiene conciencia de ello.

La decisión a que aludimos se refiere, desde luego, tanto a la decisión de negociar como la tocante a los efectos típicos y fundamentales del negocio. Si la decisión versa sobre una parte del negocio no sustancial, o sobre una estipulación secundaria, o sobre un aspecto que la ley regula supletoriamente, la decisión es válida y obliga al declarante. Que la declaración no compromete siempre se debe juzgar por las circunstancias que la rodean. Deben ser circunstancias coetáneas o inmediatamente anteriores o posteriores a la declaración y manifiestamente influyentes en la misma.

Casos típicos de estas declaraciones son aquellas emitidas con falta de seriedad, o por cortesía o jactancia. Se aprecia, pues, que el declarante expresa una voluntad, pero no quiere obtener con ella ningún resultado jurídico. Aparte de estos casos, también se ha dicho con frecuencia que carece de vali-

(58) ENNECCERUS: *op. cit.*, Volumen II, parte Primera, pag. 175.

dez la declaración de voluntad que manifiesta un autor en escena, o aquella expresada por razones didácticas. Cierto es, qué duda cabe, que estos supuestos no responden a una decisión querida por el agente. Sin embargo, interesa distinguir claramente entre ambas situaciones. Así es, quien por jactancia o en broma declara una voluntad, exterioriza su voluntad, aunque ineficaz ante los ojos de la ley, pues no tiene intención de resultado jurídico. En cambio, el actor no expresa ni su voluntad ni la de nadie; no tiene voluntad. Lo que dice no es el fruto de un proceso psíquico propio. La distinción es importante, pues las consecuencias también son distintas para efectos indemnizatorios, según los casos, como veremos.

51. RESERVA MENTAL E INTENCION NO DECLARADA

Distintos son los casos de las reservas mentales y de las intenciones no declaradas. En ellos se admite en principio la validez de la declaración de voluntad que, a simple vista, parecería reunir todos sus requisitos. La ley debe mantener, en principio decimos, estas declaraciones y desestimar las reservas o intenciones ocultas, no sólo en aras de mantener un mínimo de seguridad jurídica, sino de hacer respetar los principios de confianza, de responsabilidad de querer declarar y del contenido de la declaración, y de buena fe que deben inspirar las expresiones negociales de voluntad. Además, si el propio declarante se ha reservado parte de su voluntad o tiene una oculta intención, es indudable que no desea, al menos por el momento, que sea conocida su voluntad ni que surta efectos.

En ambos casos, de reserva mental o de intención oculta, el declarante expresa lo que real y efectivamente quiere hacer conocer y quiere sentirse al manos externamente vinculado por ello (59), pero no exterioriza su real y completa voluntad.

No obstante esta coincidencia acabada de señalar, la reserva mental se distingue de las intenciones ocultas.

51.a. Por *reserva mental* debemos entender aquella actitud por la cual el declarante, con propósito de engañar o de ocultar un hecho a la otra parte o a un tercero, declara consciente y voluntariamente una voluntad que, en todo o en parte, es diferente de la real, que se reserva y esconde. En otras palabras, mantiene en secreto un contenido negocial diverso del que aparece como querido. La reserva mental puede presentarse tanto en declaraciones recepticias como no recepticias (60). La reserva mental puede referirse ya al contenido, ya a los efectos del acto; es decir, se puede estar de acuerdo con el contenido, pero se desea un efecto distinto. En este sentido, se dice que la reserva mental es una especie de simulación unilateral (61) sea porque se simule una voluntad de un querer, sea porque se simule estar interesado en un resultado distinto. En cualquier caso, el espíritu del ordenamiento priva a la reserva mental de toda virtualidad, porque una vez solicitado el amparo jurídico para intereses lícitos determinados, el contenido de la reserva, sea o no lícito, no puede enervar los efectos propios que la ley atribuye al negocio declarado como querido. Será insuficiente que el agente declare posteriormente su reserva y el contenido de la misma, pues no podrá ampararse en su propia falta. Será la otra parte quien podrá impugnar el negocio que descanse en la falsa voluntad (62).

La reserva, o restricción mental, como la llama Messineo (63), admite tres graduaciones:

a) Declarando una voluntad no querida en lo absoluto;

b) Declarando una voluntad parcialmente querida, reservándose una voluntad o complementaria o diversa;

c) Atribución a la declaración de un sentido diverso al usual o convencional, o atribuyéndole varios sentidos a sabiendas y con la secreta intención de que sea entendida la declaración de una manera diversa a la realmente querida (64).

51.b. Distinta de la reserva mental, como decíamos, es la *intención oculta*. Aquí no hay ánimo de engaño, en el sentido de hacer creer una determinada interpretación a la declaración. Quien guarda en secreto una intención no miente, está de acuerdo con el contenido y los efectos propios del negocio; no se reserva una voluntad diversa. Pero, en cambio, tiene la secreta intención de no cumplir.

52. CONSECUENCIAS

Tanto la declaración no seria —sea cual fuere la razón—, como la declaración con reserva mental o con intención no declarada, tienen severas consecuencias que doctrinariamente se admiten sin mayor discusión: nulidad e indemnización.

a. Nulidad

El tema se verá con detalle en el capítulo correspondiente, pero procede anticipar que la sanción es evidente cuando la declaración no tiene la intención de provocar efectos ni prácticos ni jurídicos. El sujeto no quiere obligarse.

También debe ser nulo (65) el acto con reserva mental si llega a conocimiento del destinatario de la declaración de modo directo o por otras fuentes. Así, por ejemplo, si el emitente de la declaración tiene dicho o escrito con anterioridad que lo que declarará no es lo que realmente quiere. En esta hipótesis no hay razón para que continúe la validez del negocio, pues no ha existido una verdadera intención de resultar o sentirse obligado por lo declarado. La contraparte no tiene por qué seguir estando vinculada cuando, habiendo actuado con confianza y buena fe, descubre el ánimo engañoso.

---

(59) LARENZ, Karl: *op. cit*, Parte General, pág. 496.
(60) Notas de los traductores al español de ENNECCERUS: *op. cit*., Vol II, Primera Parte, pág. 328.
(61) FERRARA, Francisco: "La simulación de los negocios jurídicos". Edersa. Madrid, 1960, pág. 56.

(62) BETTI, Emilio: "Negocio. . .", pág. 297 y ss.
(63) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 366.
(64) Véase: FERRARA, Francisco: *op. cit*, pág. 61 y las notas de los traductores de ENNECCERUS: *op. y loc. cit.*
(65) Artículo 116 del B.G.B.: "Una declaración de voluntad no es nula por la circunstancia de que el declarante se reserve en su interior no querer lo declarado. La declaración es nula si ha de emitirse frente a otro y éste conoce la reserva".

La intención oculta, en cambio, cuando es descubierta no puede ser invocada como causal de nulidad, porque la contraparte puede solicitar la rescisión del acuerdo, o no cumplir la prestación que le incumbe. Pero si desea la ejecución del convenio, cuenta con el apoyo de la ley para exigir el cumplimiento de la prestación convenida.

b. Indemnización por daños y perjuicios

El declarante que por jactancia o con falta de seriedad fuera creído, está obligado a indemnizar a quien tomara en serio la declaración como destinatario de la misma, porque la ley parte del supuesto de que hay una mínima garantía en la seriedad de las declaraciones y la falta de ella vulnera la confianza y buena fe del receptor de la declaración.

En todo caso, serán las circunstancias las que determinen esta sanción. Nunca podría admitirse cuando sea notorio que la declaración no tenía intención vinculante, como son las del actor o del maestro en ejercicio de sus funciones. Tampoco habrá de admitirse cuando pretenda inferirse voluntad de un comportamiento que a los ojos del común de las gentes no pretendía ser preceptivo.

En cambio, si quien declara en broma no es lo suficientemente responsable y ni en la declaración (como contenido), ni en los medios utilizados, se deja obvio según los significados convencionales la falta de seriedad, debe asumir la responsabilidad de los perjuicios que cause a quien fundadamente confió en su declaración.

Desde luego, de todo lo dicho creemos que se desprende que aunque la declaración hecha en broma pretendiera vulnerar la confianza del destinatario y fuera irresponsablemente emitida, no habrá lugar a indemnización cuando el receptor, según el común pensar, hubiera procedido negligentemente y sin la debida cautela y precaución.

c. Responsabilidad del declarante

Por último, conviene apuntar la conveniencia de sancionar al declarante que, por su propia culpa, esto es, habiendo podido evitar la situación que motivó su inválida declaración, haya causado con la misma un perjuicio a quien hubiera creído en su validez. Debe entenderse, sin embargo, que no sólo debe existir el perjuicio que se alega, sino que la situación o los hechos concurrentes dejen pensar a una persona razonable y diligente que la decisión y la declaración no eran conscientes o voluntarias.

53. FALTA DE ENTENDIMIENTO Y CONSCIENCIA. INCAPACIDAD NATURAL

En sede todavía de vicisitudes de la manifestación de voluntad, hay que poner de manifiesto que puede carecer de validez plena el negocio cuando el agente no se halla, dentro de una situación determinada, en aptitud de adoptar una decisión y de expresarla de manera consciente y voluntaria. Si esa situación se debe a la propia culpa del agente, queda éste obligado a indemnizar a la persona que resulte perjudicada por su declaración.

La falta de entendimiento no debe confundirse con la ignorancia o la simple negligencia, que en modo alguno son factores que por principio, aunque sí a veces como excepción, limitan la voluntad en su sentido jurídico. El entendimiento es la facultad mental que permite distinguir una cosa de otra hasta tener ideas claras sobre las mismas; constituye uno de los procesos mentales previos a la opción y, desde luego, de la decisión. En tal virtud, quien no entiende, no puede decidir apropiadamente.

La doctrina que recogemos en este apartado, y que hay que tener en cuenta en este tema aunque la ley la silencie, concierne a supuestos en los que por falta de declaración de voluntad correctamente formada y emitida, el acto carece de validez y, por ende, puede ser impugnado; no es nulo sino anulable (66). Concretamente, son los casos en los que el agente por razones internas o psicológicas no sabe optar o no está en condiciones de conocer los efectos y consecuencias de la declaración que efectúa, o simplemente no se percata que está declarando. (VI).

Para un mejor entendimiento, recordemos que la voluntad, antes de exteriorizarse, se desarrolla en cuatro etapas: la concepción, como formarse una idea y pensarla como posible; la representación, en tanto que configurar el objeto al que se dirige la idea y prever el acto que tendrá lugar al poner en práctica la idea; la deliberación, como exclusión de otras ideas representadas y que concurren; y la determinación, como decisión de ejecutar la idea que ha sido representada. Pues bien, cuando las facultades mentales están perturbadas y el proceso de razonamiento volitivo se desenvuelve involuntariamente, sin querer, sin que el sujeto se percate de lo que piensa y de los significados que tendrá la ejecución de lo que piensa, hay un estado de falta de conciencia y, por lo tanto, el individuo no está en aptitud de decidir. Es importante destacar: a) la involuntariedad, en el sentido que el agente no se percate de los alcances de lo que piensa; y b) la excepcionalidad (67), es decir, que en circunstancias normales, el agente observe, si ello le es posible, que el desarrollo del proceso mental fue incorrecto y no querido. Así, por ejemplo, los casos del sonambulismo o hipnotismo. También el de aquel que no siendo ebrio habitual (la habitualidad es causal de incapacidad), se encuentra ocasionalmente en estado etílico y no puede razonar concretamente. Lo mismo se puede decir de quien temporal y ocasionalmente sufre alteración de sus facultades mentales por efectos de una droga u otro elemento tóxico.

En líneas generales, los casos de deterioro mental que impiden expresar libremente la voluntad cuando sean transitorios y no permanentes, pueden considerarse incluidos dentro del supuesto de falta de entendimiento y conciencia plena de su conducta.

Con diferencias de matiz podrían aceptarse los supuestos de estado de necesidad, como el del sujeto que done sus propiedades para salvarse de un

---

(66) Así, PIETROBON, Vittorino: "El error. . .", pág. 398: "Se. . . conmina también con la simple anulabilidad el negocio celebrado por quien es incapaz de entender y de querer en el momento de la conclusión del contrato. Frente a ella, no parece posible defender la relevancia esencial de la voluntad. En efecto, la incapacidad intelectiva o volitiva se concibe como una ausencia de la facultad necesaria para formar cualquier acto volitivo de modo normal y para emitir, en consecuencia, una declaración, también normal, de voluntad. En este sentido se pronuncia toda la doctrina".

(67) STOLFFI, Giussepe: *op. cit.*, pág. 29 y ss.

peligro inminente e insuperable según sus propios medios; o los casos de fue
te choque emocional que disturben las facultades volitivas.

La falta de consciencia también se aplica, además del proceso volitivo, a la declaración como acto externo y apreciable.

54. FUERZA FISICA

La declaración no es válida si no se ha expresado voluntariamente, e decir que materialmente ha sido obtenida por la fuerza física. El artículo 21 reglamenta la violencia bajo el rótulo de vicio en el proceso de la voluntad pero la que aquí decimos es atinente a la violencia que afecta la manifesta ción. Existe auténtica diferencia. Cuando aludimos a la violencia que fuerz la manifestación, se prescinde del desarrollo psíquico del acto volitivo y a da por sentado que es consciente el sujeto de lo que hace y mide sus alcance y consecuencias, pero no está en situación de expresar libremente una dec sión o no puede evitar tener que exteriorizar una determinada voluntad. E decir, que un acto de violencia ejercido por un tercero le impone al individu declarar una voluntad diferente o inexistente.

Obviamente, el Derecho no puede prestar amparo a estas declaracione que son meros actos materiales obtenidos por la fuerza, por coacción físic y no puede atribuirles efectos jurídicos. No sólo son declaraciones vacías d contenido real, sino que les falta intención de resultado. El sujeto, si quedar a su libre albedrío, no se comprometería o lo haría de otra manera. Son m ras apariencias de declaración. Les falta también el requisito esencial: la vo luntad de declarar, de la que ya hemos hablado en otro lugar.

Cap. VI

LA FORMALIDAD

"ARTICULO 140.4.– (...) Para su validez (del acto jurídico) se requiere (...) observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

"ARTICULO 143.– Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente".

"ARTICULO 144.– Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto".

55. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 140 en su parte final parece que estatuye para la validez del negocio jurídico un requisito forzoso, imprescindible, sin el cual, a estar por la redacción, el acto de autonomía privada carecería de efectos jurídicos. En verdad: según el texto, para la validez se requiere el cumplimiento de la forma. La misma conclusión se extrae del artículo 143: si la ley no ordena una forma específica para los actos correspondientes a un tipo determinado, "los interesados pueden usar la (forma) que juzguen conveniente". Cualquier forma parece decirse, la que deseen o la ley imponga, pero una forma.

Según lo expuesto, pues, la redacción de los artículos citados situaría a la formalidad a la misma altura de los otros elementos que tipifican a los negocios jurídicos y los distinguen de otros actos jurídicos. Por lo tanto, la forma sería consustancial al negocio (como institución), tanto como lo sería la declaración de voluntad o la causa. No habría negocio sin forma; su vicio o falta tendría como consecuencia que todos los negocios jurídicos, sin excepción, serían nulos. Sin embargo, magüer el texto legislativo, no puede ser esta una acertada conclusión. Y de aceptarse, quedarían sin sustento aquellos negocios concluidos en ausencia de toda formalidad; al silencio no se le podría atribuir un significado de declaración de voluntad; la condonación de la deuda por la destrucción de un título valor no podría reputarse como un negocio jurídico; las conductas concluyentes de las que trata el mismo artículo

141 como declaraciones tácitas tampoco serían admisibles como generadoras de negocios jurídicos. Y así podríamos seguir enumerando ejemplos. Lo que ocurre es que la redacción de los numerales 140 y 143 se presta a confusión, pues ha querido aludirse a los ritos o solemnidades con que debe emitirse la declaración de voluntad o que debe tener el negocio en conjunto.

Hay que diferenciar, pues, la forma de la formalidad. Ya que así como hay negocios que no requieren para su perfección el cumplimiento de ninguna formalidad, otros —según su tipo, cuantía o importancia— necesitan, por disposición legal o convencional, cumplir ciertas formalidades para que sean tenidos como válidos y puedan desplegar su plena eficacia dispositiva. Formalidades que de ordinario suelen consistir en el modo de emitir la declaración de voluntad, o de documentarla o de hacerla notoria ante otras personas. La forma (en c. unto solemnidad), por lo tanto, no es un requisito para la validez del negocio jurídico (1) como concepto, sino de algunos negocios jurídicos y en ellos resulta más apropiado referirse a su formalidad. La forma sólo es la manera de plasmar una declaración, aunque las partes o la ley no hayan instituido ciertas formalidades. Es claro que todo negocio tiene una forma (2), un modo especial que lo compone, una figura que se exterioriza y se hace social y jurídicamente relevante de una manera cierta. Si la declaración no tuviera forma no sería recognoscible. En este sentido, forma es todo aquello que sirve de vehículo a la exteriorización de la voluntad (3) y el silencio puede valer como voluntad en cuanto la ley o las partes atribuyan a la no exteriorización una cierta voluntad. Pero no es exacto que todo negocio esté sujeto a ciertas formalidades, consideradas como adicionales a la expresión de la voluntad.

En síntesis: toda declaración requiere de una forma externa (o sabida ausencia de ella) que refleje la voluntad; pero no todo negocio reclama formalidad.

Dicho de otro modo: toda voluntad con existencia jurídica requiere una estructura que la evidencia. Pero esa estructura no siempre debe tener ritos especiales.

Poco feliz, pues, la redacción del artículo 140.4; no refleja con exactitud, lo que hubiera sido deseable, la realidad de la institución negocial (cuya declaración requiere forma, pero no solemnidad), ni la terminología utilizada es la más adecuada para describir lo que se quiso. Si el artículo en mención quería definir al negocio por las notas que lo distinguen de sus figuras afines y citar aquellas que siempre deben concurrir *sine qua non* en su forma ción, no necesitaba aludir a las formalidades. Pudo haberlas silenciado. Sobre todo si se tiene presente que, en aras de una útil economía legislativa que siempre evita confusiones, bastaba el texto del artículo 143. El cual, brevemente ampliado, podría haber puntualizado que los interesados pueden prescindir de formalidades o utilizar aquellas que estimen pertinentes, salvo que la ley designe una formalidad especial para la validez de ciertos actos jurídicos.

(1) Aunque no llegamos al extremo de CARBONNIER, Jean: *op. cit.*, Tomo II. Vol. II, pág. 12: "... el formalismo no constituye una excepción, sino una aberración".
(2) BETTI, Emilio: "Negocio ..." pág. 202 y ss.
(3) DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos..." Tomo I, pág. 170.

Creemos que este enunciado grafica mejor la actual finalidad de las formalidades. Estas ya no son, como lo fueron en el Derecho antiguo, constitutivas del precepto de la voluntad o aquello por lo cual el negocio se convertía en vinculante, sino más bien garantes de la trascendencia de la declaración negocial y de la univocidad de su contenido, trascendencia que le viene atribuida por la importancia económica, social o meramente subjetiva de ciertos negocios según el juicio de la ley o de los agentes negociables. (VII)

56. FUNCION DE LAS FORMALIDADES.

Las formalidades, pues, —cuando son necesarias— responden por principio a una doble función: de un lado, evitar abusos y salvaguardar la independencia de la voluntad (4); de otro lado, certificación de la declaración y de lo declarado y, en suma, del negocio como tal. Por todo lo cual dice Gullón Ballesteros (5), secundado por Puig Brutau (6), que las formalidades contribuyen a los siguientes propósitos:

a) Evitar que las partes actúen y se obliguen impremeditadamente, por lo que se constituye en protección contra la precipitación de los declarantes y garantiza madurez en la decisión. A lo cual se agrega la virtud de la forma de separar los actos preparatorios o conversaciones preliminares de la declaración y acto definitivos.

b) Complemento de lo anterior es que las formalidades facilitan la interpretación y ejecución del negocio, al existir una manifestación sensible de la voluntad y de su contenido completo (7).

c) Al existir huellas de la celebración del negocio y de la voluntad expresada, se reducen las dificultades probatorias disminuyendo los litigios.

d) También como consecuencia de la formalidad, el negocio adquiere visibilidad ante terceros, por lo que en favor de ellos cumple una función de publicidad y de seguridad (8).

e) Por último, en cierto tipo de negocios, la formalidad predeterminada obedece a la necesidad de incorporar el derecho en un documento que permita su circulación.

La función de la formalidad no debe, sin embargo, ser vista únicamente desde un prisma individualista. Los negocios formales tienen relevancia en el cuerpo social. Aceptado esto, no cabe duda que la exigencia formalidad de ciertos contratos u otros negocios es instrumento dentro de un orden público económico, como dice Ghestin (9).

Por todas estas razones, indudablemente justificadas, apuntaba Ihering que la formalidad no es yugo sino guardián de la libertad.

(4) COLIN, A. y CAPITANT, H.: *op. cit.* Tomo I, pág. 159 y ss.
(5) GULLON BALLESTEROS, Antonio: *op. cit.* pág. 67.
(6) PUIG BRUTAU, José: *op. cit.* Tomo II-I pág. 174 y ss.
(7) LEHMANN, Heinrich: *op. cit.*, Parte General. Vol. I, pág. 320.
(8) WEILL et TERRE: "Les obligations", pág. 134.
(9) GHESTIN, Jacques: "Traité de Droit Civil, II. Le contrat", pág. 206.

57. LIBERTAD DE FORMALIDADES.

Ahora bien, como el negocio jurídico es, por esencia y por definición, un instrumento de autonomía privada para regular intereses jurídicamente relevantes, también a los propios interesados compete determinar si el negocio al cual pretenden dar vida jurídica debe o no guardar ciertas formalidades, sea para su validez, sea para demostración de la voluntad negocial y del contenido de la misma (a lo cual más adelante nos referiremos).

Con arreglo a esta premisa, el Derecho concede libertad para hacer notoria la declaración del modo que se quiera (con las limitaciones ya vistas), es decir, utilizar los medios o formas de emitir la declaración que el declarante considere conveniente a la vista de los efectos que se desean.

Conjuntamente al medio (expreso o tácito, directo o indirecto) o forma de la declaración, los interesados pueden estimar conveniente que su voluntad negocial quede patente, que no se cuestione que efectivamente se quiso celebrar tal negocio ni tampoco se discuta el contenido del precepto que dispone. A tal fin, como apunta el artículo 143, pueden utilizar la formalidad que les parezca conveniente para probar tal declaración y tal contenido y, eventualmente, señalan que el negocio carecerá de valor si no se cumplen ciertas formalidades. Así, por ejemplo, si las partes acuerdan que un tercero decida el precio en una compra-venta y le requieren para que su dictamen lo emita con firma legalizada. Las partes, que han de asumir dicho dictamen para integrarlo en su voluntad y en el mandato negocial, no le atribuirán valor si viene el dictamen emitido de otro modo.

58. FORMALIDADES. 'AD SOLEMNITATEM' Y 'AD PROBATIONEM'.

Con relación a ello, sea por disposición legal o privada, se habla de formalidades *ad solemnitatem* (10) o *ad probationem*. Las primeras van dirigidas a dotar de eficacia constitutiva al negocio (VIII); las segundas a probar la declaración o el negocio de una manera fehaciente y prioritariamente por el mérito de tales formalidades y no con otras pruebas, testimoniales o confesorias (11), que tendrán un valor secundario. Véase artículo 1605, sobre la prevalencia de un modo probatorio respecto de otros.

Las formalidades constitutivas, como se aprecia, son sustanciales y la omisión de ellas priva al negocio de validez, por más que el consentimiento en sí o su contenido se demuestre inequívocamente (12) y unívocamente. Así, el artículo 7, que impone declaración expresa (como sinónimo de inequívoca) y escrita, por la formalidad. Por ende, las formalidades que tengan este carácter son insustituibles; normalmente no pueden ser subsanadas o, mejor dicho, sustituidas por otros medios. Las formalidades *ad probationem* en cambio, no tienen tal rigidez y, normalmente, consisten en documentar la declaración de voluntad, sea por instrumento público o privado.

Como bien anota Larenz (13), la especial ventaja de la formalidad consistente en plasmar la o las declaraciones de voluntad en un documento, radica en que éste tiene a su favor las presunciones de exactitud e integridad, de forma que quien alegue que el documento no reproduce exactamente el contenido de tal declaración, ha de probarlo. Además, la documentación de la declaración no es sólo un medio que se presume exacto y completo, sino también reflexionado, pues se parte del supuesto que lo que está destinado a ser directamente valorado como precepto de voluntad debe haber sido meditado y sopesadas sus consecuencias. Lo cual —y toda formalidad, en general—, impone al declarante, por ende, la carga de expresarse adecuada e inteligiblemente y de modo apropiado al fin pretendido, pues la voluntad así evidenciada está destinada a ser conocida con posterioridad al momento de su emisión. *Verba volant, scripta manent,* las palabras desaparecen, los escritos permanecen, señala un aforismo latino. De suerte, pues, que si el declarante anhela que el contenido de la voluntad perdure, viene obligado a puntualizarlo claramente.

Se ha visto ya que pueden los propios interesados prescindir de formalidades o determinar aquellas convenientes a garantizar las disposiciones de su voluntad. Nada obsta que una compra-venta, por ejemplo, se convenga con total ausencia de formalidades; pero vendedor y comprador pueden también decidir con exigencias de validez o sólo de pruebas, que el acuerdo alcanzado ha de constar por escrito. En cambio, hay otros negocios jurídicos que por su alto significado social o económico, o porque modifican el *status* de los propios declarantes (matrimonio) o de un tercero (adopción, reconocimiento) deben estar claramente evidenciados y excluyendo, hasta donde sea posible, cualquier margen de error. Ocasionalmente la ley impone la formalidad atendiendo a otro tipo de consideraciones: verbigracia, la transferencia de automóviles, que según disposiciones administrativas debe formalizarse en contratos impresos a tal efecto por las autoridades de tránsito. En estos negocios a los que el ordenamiento impone una formalidad determinada como requisito de validez, el incumplimiento de la misma no siempre puede ser subsanado. El negocio debe celebrarse nuevamente.

Hay otros negocios, como el testamento, en los que la ley deja al declarante la posibilidad de optar entre varias formalidades, pero la validez del testamento queda supeditada a que la formalidad elegida se haya cumplido puntualmente. Con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 703 del Código según lo cual el testamento cerrado cuyos sellos notariales aparezcan deteriorados y el sobre abierto, puede valer como ológrafo, si reúne las características de éste. No podría ser de otro modo, pues la finalidad de la formalidad no es trabar, impedir, o dificultar arbitrariamente los efectos de las declaraciones de voluntad, sino asegurarlos, dotar de certeza al acto de la declaración y al precepto dimanante de la voluntad adecuadamente explicitada. En el caso del testamento de que venimos hablando, prevalece sobre la formalidad incumplida el interés de la ley de preservar la voluntad expresada, que puede ser confirmada por otros medios idóneos que contribuyen a certificar que el documento en cuestión fue efectivamente escrito por el de cujus.

Lo expuesto sobre la finalidad de las formalidades no debe interpretarse en modo alguno como relajamiento o relativización de las mismas. Cuando vienen establecidas por el ordenamiento, no admiten pacto en contrario o limitativo de las mismas; las normas que las estatuyen no son de carácter supletorio. Pero tampoco puede admitirse la tesis de que en el derecho obligacional la inobservancia de la formalidad legal o convencionalmente impues-

(10) RUGGIERO, Roberto de: *op. cit*. Tomo II, pág. 269 y ss. Prefiere llamarlas *ad susbtantiam*.
(11) STOLFFI, G. *op. cit*, pág. 212 y ss.
(12) BORDA, Guillermo: "Manual de contratos". pág. 94.
(13) LARENZ, Karl: *op. cit*., Parte General, pág. 561 y ss.

ta libera al deudor por la vía de la nulidad del convenio, máxime cuando sea precisamente el obligado quien impida el cumplimiento de la formalidad correspondiente. En estos casos, deberá investigarse acuciosamente la situación, ante la imposibilidad de establecer una regla genérica (14).

Según se ha venido señalando reiteradamente, las formalidades responden a la necesidad de garantizar tanto el hecho mismo de la declaración como el correspondiente contenido preceptivo, pues el negocio, como está dicho, no es sólo una voluntad de querer, sino una voluntad de un querer determinado y conscientemente dirigido —en conjunción con los otros elementos del negocio— a un resultado previsto que se quiere alcanzar. En este sentido, dispuesta convencional o legalmente una formalidad concreta, pueden estar afectos a la formalidad tanto la exteriorización de la declaración, que así queda garantizada, como el contenido básico y típico de la misma en las estipulaciones relevantes que distinguen a una especie negocial de otra. De este modo, nada excluye que un convenio con diversas declaraciones de voluntad sea formalizado fragmentariamente, siempre y cuando cada una de tales declaraciones cumpla con las formalidades pertinentes y la naturaleza del convenio lo permita. Esto es, un solo contrato puede estar formado por varios documentos que sean compatibles entre sí y cada una de las estipulaciones, aunque no es usual, documentada por separado pero formalmente idéntica. En este caso, aquellas estipulaciones accesorias que no vengan debidamente formalizadas no alterarán la validez del íntegro (15). Así, por ejemplo, cuando el contrato queda concertado por un cruce de cartas con firmas legalizadas. Otros negocios, en cambio, no admiten esta posibilidad y han de ser completados en un solo acto, sin interrupción.

59. EL NEGOCIO PREPARATORIO. FORMALIDAD.

El artículo 1425 preceptúa que los contratos preparatorios deben celebrarse con la misma formalidad del contrato definitivo. Es decir, su validez queda supeditada a que se cumplan las mismas formalidades que la ley señale para el contrato final.

Por contratos preparatorios, también por ciertos autores llamados preliminares (16), se conocen aquellos que tienen como objeto el compromiso de celebrar un negocio definitivo, que es el que realmente produce los resultados definitivos queridos por las partes (17). Dicho de otro modo: el negocio preparatorio sólo cumple primariamente una función de relación provisional y por sí mismo no genera los efectos finalmente apetecidos, los que corresponden al negocio que prepara. Lo que no le quita carácter obligacional, porque incumplida la celebración del negocio prometido, queda incumplido el convenio preparativo. Es, de algún modo, un negocio cuyo contenido, por propia naturaleza, no se agota en sí mismo; sirve de soporte al definitivo y la causa de éste no es sólo la función social que legalmente le viene atribuída, sino también la preexistencia del acuerdo preparatorio; por su lado, este preparativo encuentra su utilidad y función social precisamente en la juridicidad y efectos del segundo negocio (18).

En lo que atañe a las formalidades de los negocios preparativos, el texto del artículo es suficientemente explícito (19). Así, por ejemplo, si el mutuo superior a una determinada cantidad debiera otorgarse por escritura pública, la promesa de prestar dicha suma deberá guardar la misma formalidad. A falta de ello, no tendrá validez y no podrá ser invocado por las partes para reclamar el cumplimiento de conclusión del contrato definitivo. Lo que no significa, desde luego, que el vicio formal del acto preparatorio arrastre o conlleve el del acto definitivo, cuya existencia y validez es independiente del preparatorio.

Jorge Eugenio Castañeda (20) explica la necesidad de hacer cumplir en los negocios preparatorios las formalidades de los definitivos. Apunta que ello obedece al interés de impedir juridicidad a un contrato preparatorio que contenga reserva de ser perfeccionado con la formalidad requerida. Y mientras esto no se cumpla, subsistiría el vínculo obligatorio no formalizado sobre negocios que, por su trascendencia, reclaman formalidad.

La norma 143 bajo comentario habla de la formalidad convenida para la celebración del negocio (21). De este modo, es fácil individualizar dos voluntades claramente distintas: de un lado, la voluntad de que un futuro negocio se sujete a ciertas formalidades; de otro lado, una voluntad negocial expresada con arreglo a las formalidades previamente estipuladas.

El artículo establece pues que las partes pueden convenir una formalidad determinada para la conclusión de cierto negocio. Ello obedece al principio de autonomía privada que inspira la figura negocial, según el cual los negociantes son libres de establecer los preceptos reguladores de sus intereses, intereses que bien pueden comprender el de dotar a tales preceptos

(14) ENNECCERUS: *op cit.*, Vol. Segundo, Primera Parte, pág. 200.
(15) STOLFFI, G.: *op cit.*, pág. 233; ENNECCERUS: *op cit.*, Vol segundo, pág. x.
(16) Aunque impropiamente. El contrato preliminar en sentido estricto es puramente promisorio: el contrato definitivo todavía no existe. El preparatorio, en cambio, evidencia consecuencias más severas y, normalmente, refleja un acuerdo en las bases y principios del contrato definitivo, que se tiene por celebrado. Es el caso típico de las arras. Sin embargo, los linderos entre ambas especies son todavía difusos y, con frecuencia, contratos preliminares son también preparatorios. Por lo demás, la formalidad cumple idéntica finalidad social de certeza para ambos casos y, en tal virtud, en este comentario los tratamos indistintamente, considerando el artículo bajo análisis aplicable a los dos tipos de negocio. Sobre el tema, ROMAN GARCIA, Antonio: "El Precontrato. . .", ya citado.
(17) Una muy interesante sentencia de 14 de Septiembre de 1981 del Tribunal Supremo español proclama que el contrato preliminar está tan íntimamente relacionado con el posterior a celebrar, que no es posible desligarse de la naturaleza jurídica de éste y, por tanto, se proyecta sobre la relación contractual preliminar, pudiendo compelerse recíprocamente las partes a la conclusión del contrato definitivo y, por incumplimiento, pretender el resarcimiento de daños contra el culpable.
(18) Una excelente exposición y amplia bibliografía sobre el contrato preparatorio puede verse en la tesis doctoral de DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, ya citada, Tomo II.
(19) Aunque más aún lo es el artículo 22,2 del Código suizo de las obligaciones: "Si en interés de las partes la ley subordina la validez del contrato al cumplimiento de una formalidad determinada, ésta debe igualmente aplicarse a la promesa de contratar".
(20) "El derecho de los contratos". Tomo I, pág. 124.
(21) El texto está inspirado en el artículo 1352 del Código italiano.

de singulares seguridades y garantías que proporcionan las formalidades. En este espíritu se inspira el artículo 1411 que, concordado con una correcta interpretación de los artículos 140 y 143, posibilita que los agentes estatuyan las formas adecuadas que no contravengan disposiciones legales en sentido contrario, las buenas costumbres o el orden público.

Como bien se comprenderá, si el Derecho permite que los interesados convengan ciertas formalidades para la conclusión y validez del negocio, así como para su prueba o publicidad, pueden igualmente establecer pautas de formalidad para la ejecución del mismo, su modificación o su rescisión. Lo cual ya forma parte del contenido negocial, pero que se deriva de la misma concesión que la ley hace a los negociantes de establecer normas de conductas que sean social y jurídicamente aceptables. Con esto se quiere decir que cuando la formalidad viene impuesta por las partes, el artículo 1378 admite pacto en contrario. Lo cual significa que el contrato original puede disponer que sus modificaciones tengan otra formalidad.

60. FORMALIDAD POR CONVENIO Y PRUEBA.

Dentro del marco de autonomía de que se viene hablando, las partes interesadas señalan no sólo las formalidades, sino también la influencia de éstas en la vida negocial. De este modo, así como la ley impone formas *ad substantiam* y *ad probationem*, permite que los negociantes determinen la categoría que atribuyen a las formalidades que encuadran el negocio que les vincula. Con el mismo criterio que las formalidades legales, serán *ad substantiam* aquellas que inciden de tal manera que el negocio, o la declaración que le da origen, se tienen como no vinculantes mientras no cumplan las formalidades. De suerte, verbigracia, que establecido un derecho convencional de tanteo se puede imponer a quien ejerza su preferencia de compra, que debe hacerlo de un modo determinado; la declaración de querer comprar queda subordinada a la observancia del precepto convencional. En este supuesto, la forma es consustancial a la emisión de la declaración. La forma y la declaración se identifican, como dice Puig Peña (22).

Distinto es el caso de la formalidad *ad probationem*. Ya no se trata de que las partes no se encuentren vinculadas, sino de la prueba de la existencia del vínculo. Aquí las partes pueden querer la formalidad para tener constancia del negocio y de las respectivas obligaciones que de él dimanan, o por meras razones procesales. La idea, sin embargo, debe ser matizada, pues yerra por exceso quien considere que por virtud de las formalidades establecidas *ad probationem*, el negocio no puede ser probado por medios diferentes, es decir, por documentos posteriores, o por medios orales como la confesión o el testimonio o el juramento decisorio o por la simple ejecución del convenio. Pretender convencionalmente que el concurso de voluntades sólo puede ser probado, por ejemplo, con el documento que reproduzca el contrato, excluyendo cualquier otro medio probatorio, es ilegal, pues el ejercicio de los derechos puede tornarse ilusorio.

El artículo 1411, en relación con el 144, ha mejorado sabiamente el 1340 del Código de 1936 (que puede considerarse su predecesor en parte)

(22) PUIG PEÑA, Federico: *op. cit.*, Tomo I, pág. 713.

y que no indicaba si las formalidades a que se refería eran *ad substantiam* o *ad probationem* (23).

El convenio por el cual se pacte una formalidad determinada ha de constar por escrito y, evidentemente, firmado por el o los interesados o sus representantes autorizados. Debe entenderse que lo escrito no necesariamente ha de estar reflejado en un sólo documento; no vemos razón para impedir que de un cruce de cartas fluya claramente el deseo de las partes de que el contrato que proyectan firmar se atenga a ciertas formalidades y que esta correspondencia sirva para compelerse posteriormente el cumplimiento de las mismas (24). Por cierto que, según se ha señalado, en virtud de la independencia de declaraciones de voluntad, si en un sólo documento consta el acuerdo negocial y el convenio sobre formalidades, la invalidez del negocio no alcanza la invalidez del acuerdo sobre las formas, que surte sus plenos efectos. Mientras un convenio es eficaz, el otro no lo es y queda sujeto en cuanto a su eficacia el cumplimiento de las formalidades convenidas: no hay vínculo negocial; no hay precepto obligatorio de voluntad. Como dice el Código Civil austríaco en su artículo 884º: "Si las partes se hubieran reservado el empleo de ciertas formas para un contrato, se presume que no quieren vincularse antes de haber empleado dicha forma". Y el artículo 16º del Código suizo de las Obligaciones, apunta que el pacto de documentación es una reserva del efecto definitivo del asentimiento prestado. Efecto que no se produce hasta el cumplimiento de la formalidad prescrita.

Desde luego, el convenio debe ser escrito, porque responde a la finalidad de facilitar la prueba que permita compeler a la otra parte el cumplimiento de la formalidad pactada. Ahora bien, como quiera que la suscripción del documento en el que conste la obligación de atender a la formalidad puede ser impugnada y dar lugar a otras pruebas que conduzcan a demostrar la autenticidad del documento correspondiente en su contenido y en su firma, la celeridad y seguridad pretendidas pueden quedar burladas y mediatizada la buena voluntad legislativa.

La duda se suscita, sin embargo, en si por el escrito al cual alude el artículo 1411 bajo estudio se comprende también la comunicación telegráfica. La respuesta debe ser negativa en el ámbito mercantil mientras no se modifique el artículo 51 del Código de Comercio, salvo que este medio hubiera sido aceptado por las partes o por el remitente de la oferta. Con todo, se ha dado un paso adelante que deberá ser complementado por la adecuada legislación procesal que posibilite rápidamente el cumplimiento de la formalidad convenida sin que sea menester un largo y costoso procedimiento.

61. DETERMINACION DE FORMALIDAD CONVENCIONAL O LEGAL. DUDA.

En la duda de si las partes han querido estatuir formalidades *ad substantiam* o *ad probationem*, debe actuarse cautamente y salvo que circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores al convenio arrojen alguna luz sobre la intención de los contratantes, se supondrá que las mismas no afec-

(23) Opinando León Barandiarán que aludía a ambas. Angel Gustavo Cornejo consideraba que sólo a las formas *ad probationem*. En el mismo sentido Jorge F. Castañeda.

(24) ENNECCERUS: *op. cit.*, Vol. II, Parte Primera, pág. 221.

tan a la validez del negocio teniendo presente que los negocios deben interpretarse en el sentido más adecuado para que puedan surtir efectos. Por añadidura, siendo la nulidad una sanción tan radical, es recomendable suponer que una consecuencia de esta envergadura no puede ser soslayada por las partes sin indicarlo clara y terminantemente.

Otro tanto puede decirse cuando las formalidades vengan señaladas legalmente, pero haya duda. Según el artículo 144, a menos que la ley disponga taxativa y expresamente que la falta de formalidad acarrea la nulidad, debe entenderse que no la impone *ad substantiam*, sino *ad probationem*. Con todo, siempre es conveniente atender a los criterios que Giorgi (25) propone para determinar si las formalidades legales son o no requeridas *ad substantiam:*

a) Cuando, como se ha dicho, acompañan a la disposición las palabras "bajo pena de nulidad" o sanciones de la misma naturaleza y finalidad;

b) Cuando la disposición está redactada con fórmula prohibitiva de lo contrario. Así, verbigracia; "no podrán celebrarse verbalmente", o "no podrán otorgarse sin asistencia de Notario";

c) Cuando la disposición sea imperativa o preceptiva. Por ejemplo, cuando diga que "deberá constar por escrito".

(25) Citado por AMICO, Mateo: "La forma de los actos jurídicos. Consideraciones sobre el artículo 1340 del Código Civil". Tesis de Bachiller, Lima, 1975, pág. 19.

Cap. VII

EFECTOS DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS

62. CONSIDERACIONES GENERALES.

El negocio jurídico responde por principio y por definición a la necesidad de objetivar la voluntad en una dirección determinada, dirección que enmarca los intereses objeto de regulación. No hay negocio jurídico que no se nutra de este espíritu: una voluntad que pretende alterar o consolidar la situación preexistente. Su virtualidad, pues, se sustenta en ser el medio idóneo para satisfacer necesidades propias de la vida relación, incidiendo —produciendo efectos— sobre la multitud de factores que componen el entorno económico y social de los individuos y de los entes privados o públicos.

La incidencia de la voluntad negocial se manifiesta hoy de numerosas maneras, no todas previstas por el ordenamiento legal (1). En ello estriba, precisamente, la gran virtud de la disciplina negocial que la dogmática civilista ha ido purificando: reconocer a la declaración de voluntad su condición de principio y motor del medio de estatuir y regular normativamente dentro de un marco legal, relaciones jurídicas lícitas no siempre previstas en el orden positivo (2). Y es que los esquemas jurídicos tradicionales han quedado caducos y son remozados por la fuerza de los acontecimientos sociales y económicos; las figuras negociales típicas resultan insuficientes; la realidad económica impone nuevas formalidades que, sin privar de seguridad a los convenios o de protección a la parte más débil, se armonicen con la necesaria velocidad de las transacciones mercantiles; los principios de Derecho que son válidos para la contratación civil, no lo son en la contratación mercantil; la voracidad fiscal, que grava casi todos los pactos jurídicos, agudiza la imaginación; el comercio, el transporte internacional de personas y de mercancías y otras áreas de la actividad económica, están reglamentados por convenios internacionales; la actividad humana, en todo orden de cosas, supera las fronteras nacionales. En suma, el Derecho se ve desbordado por la realidad cotidiana y los ordenamientos positivos de los países, fruto de experiencia y de labor de síntesis, van rezagados. La voluntad e iniciativa privadas, a las que el negocio sirve, no empujan al legislador, sino que le abren puertas y perspectivas; su iniciativa, canalizada en amplios márgenes negociales, no la encuentra en manuales o tratados sino en la imaginación

(1) Véanse al respecto el artículo 1353.
(2) FERRI, Luigi: *op. cit.*, pág. 40 y ss.

creadora buscando nuevas soluciones a viejos problemas o afrontando con audacia y riesgo los nuevos retos.

Y por eso, el negocio jurídico es mucho más que la simple suma de los elementos que caracterizan ciertas figuras jurídicas. Es algo de mayor enjundia conceptual que una simple estructura, es más que un sujeto y un objeto ideales cuyos contenidos, nombres y fines se adecuán al esquema rígido de los contratos o actos plurilaterales o unilaterales tradicionales. Es, ante todo y sobre todo, un instrumento de la libertad consciente, del libre y responsable arbitrio, cuya medida viene determinada por la conciencia social, para actuar con potestad sobre intereses propios (o ajenos, por excepción). Conciencia que, ni mucho menos, es la legislativamente señalada, sino la aceptada sin remordimientos por el ciudadano medio y que el intérprete judicial tiene el deber de auscultar y canalizar. Sólo de este modo se explica el negocio: medio de atender necesidades libremente consideradas y evaluadas, de regular y configurar intereses y relaciones privadas (3) queridos por los agentes negociales, aunque el legislador haya omitido disciplinarlos. Instrumento para obtener resultados jurídicamente tutelados, sean típicos o atípicos.

Toda esta situación expuesta, es decir, la "indefensión" del ordenaminto, ha sido prevista. El negocio jurídico no es sólo una sabia abstracción de sistemática codificadora para regular en conjunto y no repetitivamente caracteres comunes de ciertos actos de voluntad. Antes bien, es una herramienta de la voluntad humana para reglamentar sus relaciones jurídicas, conductas y sus bienes con vista a ciertos resultados y puesta al servicio de su libertad para marcar su impronta en aspectos que objetivamente merecen protección legal (aunque el efecto práctico perseguido sea jurídicamente reprobable, como es el caso de enajenación en fraude de acreedores).

Visto de esa manera, el negocio surte los efectos prácticos que se deriven de la declaración de voluntad y los jurídicos que la ley atribuye en correspondencia. Se acoge así el principio inspirador de la figura negocial: se pueden regular todo tipo de intereses jurídicamente relevantes que no colisionen con el propio ordenamiento.

Ya hemos explicado en otro lugar que la función del Derecho respecto del negocio se reduce, en un primer momento, a una actividad de recepción, de interpretación a veces y luego valoración. Sólo tras estas fases los preceptos de voluntad de los negociantes son acogidos y amparados. Así es, sólo tras esta fase valorativa, la actividad humana —declaración, comportamiento o silencio— consistente en una expresión de voluntad, sale de un marco primario y social y reviste trascendencia jurídica cuando el ordenamiento la admite como digna de protección. Juicio de protección que no se pronuncia sobre el efecto declarado por el agente, sino sobre el contenido de su voluntad en relación con los demás elementos negociales. Es decir, sólo de un modo elíptico se puede decir que el negocio produce el efecto declarado, pues este efecto jurídico es sólo la consecuencia —inmediata luego de la calificación valorativa del negocio— del contenido del precepto declarado. Contenido, además, que de ordinario sólo evidencia fines prácticos y que, por lo tanto, no necesita ser formulado —salvo excepciones— con ritos determinados. Con lo cual se aprecia la función calificadora, interpretativa e integradora (4) de la ley sobre el contenido. Si a éste se han de conectar efectos jurídicos válidos, el origen de los mismos también ha de ser válido.

(3) LEHMANN, Heinrich: *op. cit.*, Parte General, Vol I, pág. 210.

Bien dice Gullón Ballesteros (5), citando a Cariotta Ferrara, que la noma jurídica califica el acto de autonomía de la voluntad y conecta al mismo los efectos jurídicos propios. Precisamente uno de los límites más acusados de la autonomía de la voluntad consiste en que el particular no puede crear el instrumento para la regulación jurídica de sus propios intereses, sino que debe utilizar el que el ordenamiento reconoce y tal como lo reconoce. Cuando ese ordenamiento no le da el instrumento apropiado (un contrato nominado o típico por ejemplo), permite la creación del mismo (contrato atípico) en virtud del reconocimiento de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, sus efectos jurídicos, es decir, los derechos, poderes, facultades, obligaciones, etc., que nacen de aquel instrumento, tienen como causa el precepto positivo, legal, que admite el juego amplio del principio de la autonomía de la voluntad.

En lo que representa a la calificación del contenido, lo apreciamos cuando el testador dice sólo dejar una parte de su patrimonio. A este precepto la ley apareja los efectos del legado o de la herencia según el modo de disposición de los bienes, la persona del sucesor, el caudal hereditario, etc., pero no los efectos del usufructo, ya que extrae del precepto no un contenido cualquiera, sino aquel que forzosamente corresponde por los factores concurrentes.

Otro supuesto: cuando A manifiesta a B su voluntad de comprar un bien cierto al precio fijado por B y B está dispuesto a desprenderse de él, se pacta un negocio de compra-venta, que en sí y por sí consiste en las declaraciones de voluntades imbricadas en un contenido común. Que de ese contenido se infiere la intención de obtener un resultado práctico, es indudable; pero eso es distinto de que por el sólo mérito de su voluntad se produzcan los efectos. Los efectos no los produce el contenido del negocio; éste es la regla de conducta impuesta por los agentes negociales (6) y, por tanto, se limita a ser la hipótesis a la que la ley atribuye ciertos efectos jurídicos. En este sentido, siguiendo con el ejemplo anterior, el contenido declarado por A y B es recibido por el Derecho y la transmisión de propiedad tiene lugar precisamente porque se juzgan válidos el contenido y la intención práctica querida. Pero si por la naturaleza de la cosa objeto de venta, o de los sujetos intervinientes, o de la finalidad pretendida, la ley no juzga apto el negocio, no surtirá efectos reconocidos como válidos, aunque las partes los quieran. La idea también se aprecia desde la óptica de la tradición de un bien mueble: un hecho objetivo como es la entrega del efecto merecerá amparo jurídico; pero el mismo hecho objetivo no será digno de protección si el cambio de mano se produce por el arrebato de la cosa. En resumen, las partes negociales declaran por principio el contenido de su voluntad, no los efectos prácticos ni jurídicos de la misma: se declara que se compra, pero no la adquisición de la propiedad; que se quiere arrendar, pero no la posesión; que se quiere prestar, mas no el efecto, es decir, exi-

(4) SANTORO PASARELLI, Fco. *op. cit*, pág. 287.
(5) GULLON BALLESTEROS, Antonio: *op. cit.*, pág. 16.
(6) DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos. . .". pág. 230 y ss.

gir la devolución de lo prestado. Los efectos, pues, vienen por añadidura del contenido y las partes, dentro de ciertos límites, no pueden modelarlos a su antojo, porque dependen del contenido que señalen.

Los efectos jurídicos pueden ser declarados, pueden ser previstos y no declarados. Pero también, aunqué no sean expresados ni tenidos en mente, se producen tras la valoración del contenido que sí tiene que ser querido y bien expresado.

De todo lo hablado parece plausible extraer las siguientes conclusiones: a) la voluntad negocial se plasma en un contenido que refleja (o debe reflejar) el deseo del agente; b) al determinar el contenido negocial, los agentes pretenden un resultado de carácter práctico. No necesariamente han de prever efectos jurídicos, pero sí obtener resultados jurídicamente protegidos (7); c) los interesados no necesitan declarar la especie negocial que sirve de medio al fin pretendido. Esto se produce por imperio de la ley; d) los efectos jurídicos del negocio no necesariamente son previstos ni declarados, basta con tener en mente una intención práctica. Por lo tanto, el negocio jurídico válido produce el resultado práctico querido y el efecto jurídico que le asigne la ley.

Por último, y quedando clara la distinción entre intención querida, resultado práctico y efecto jurídico, antes de pasar a mencionar los distintos efectos jurídicos, interesa resaltar la independencia entre el real contenido declarado y la atribución o entendimiento que del mismo se haga el agente negocial. Efectivamente, el aval cambiario será solidario prescindiendo si se tuvo en mente esta característica, es decir, si se quiso o no la solidaridad; la hipoteca será hipoteca si se afecta un bien inmueble, aunque las partes la llamen prenda.

Son interesantes todas las anteriores reflexiones y distinciones, por ser antecedentes necesarios a la comprensión de las consecuencias jurídicas de la declaración de voluntad. Consecuencias que, como se verá, no siempre son las típicas, o las queridas, y a veces hasta el resultado práctico conexo a los efectos jurídicos sirve a intenciones propias de otras figuras negociales distintas.

La observación de los distintos efectos (jurídicos) del negocio, conduce a intentar clasificarlos en: a) reales, obligaciones o mixtos; b) accesorios, inmediatos o suspendidos; c) legales y voluntarios; d) esenciales y naturales; e) familiares o patrimoniales; f) directos o reflejos; g) ante terceros.

63. EFECTOS REALES U OBLIGACIONALES

Dependiendo de la naturaleza del negocio, sus consecuencias darán lugar a una relación obligacional, esto es, creditoria, que se traduce en un deber tener con sus correlativos de exigir cooperación y cumplimiento (8). Estos efectos, en principio, inciden sobre las personas y sus conductas y sólo de una manera secundaria sobre sus patrimonios globalmente considerados.

(7) LEHMANN, Heinrich: *op cit*., Parte General, Vol. I, pág. 221.
(8) BETTI, Emilio: "Obligaciones. . ." Tomo I, pág. 2 y ss.

La eficacia real de los negocios viene dada, por el contrario, por su incidencia sobre bienes y atribuciones de poder sobre los mismos. Estos efectos, en tal virtud, regulan conductas sólo de una manera secundaria y excluyente, en relación con determinados bienes.

Los efectos, sin embargo, no siempre se presentan así de nítidos y autónomos como se han explicado. Con frecuencia, un negocio tiene efectos obligacionales y efectos reales, cual es el caso de la compra-venta; o el contrato de obra, que recae sobre un edificio, del que surgen efectos de derecho real conforme se avanza en la construcción.

64. EFECTOS ACCESORIOS, INMEDIATOS O SUSPENDIDOS.

El tiempo, la incertidumbre y las cargas, como modalidades que son de los negocios jurídicos, tienen repercusión sobre los efectos de los mismos. Con arreglo a ello, los efectos del negocio son mediatos o inmediatos. O pueden quedar supeditados los efectos al cumplimiento de condiciones suspensivas —que hacen surgir los efectos— o resolutorias —que los suprimen—. Obsérvese, además, que los plazos pueden quedar sujetos al cumplimiento de condiciones, o las condiciones al transcurso del tiempo.

También se da el caso de efectos suspendidos cuando la eficacia queda sujeta al pronunciamiento de un tercero y no a un hecho futuro e incierto.

Por último, son efectos accesorios, y a veces hasta indirectos, aquellos que se producen con exceso de los típicos pertenecientes a cada negocio. Así, por ejemplo, son accesorios los efectos del cargo en el negocio de donación. Y será indirecto si, verbigracia, el cargo es de entidad tan importante como la donación, de suerte que ésta se hace no con ánimo de liberalidad y el cargo no es accesorio a la donación, sino viceversa.

65. EFECTOS REGULARES O IRREGULARES.

Algunas veces, por la naturaleza del objeto del negocio, éste no puede producir sus efectos típicos sino otros distintos (9). Los contratos con efectos irregulares son siempre contratos de naturaleza real y también se llaman negocios irregulares (10). No es que estos negocios con efectos irregulares sean ilegales, sino que no producen las consecuencias que corresponden a las especies negociales a que pertenecen que, como decimos, son siempre de derecho real.

Tales son los casos, por ejemplo, de los arrendamientos de bienes muebles, del usufructo irregular, del depósito irregular y de la prenda de cosas fungibles o consumibles según la cual, como es evidente, en lugar de la obligación del acreedor de devolver la misma cosa recibida, restituye su equivalencia en especie o en dinero.

De los efectos irregulares deben distinguirse los indirectos. Aunque con cargo a referirnos a ellos al tratar de la simulación y de los negocios indirectos, es conveniente adelantar que se trata de resultados queridos por los ne-

(9) SANTORO PASARELLI, Francisco: *op. cit*. pág. 293.
(10) Véase el excelente trabajo de DESIMONE, Mario: "Los Negocios Irregulares" Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1956.

gociantes, y que son propiamente ajenos al tipo negocial utilizado. En ellos, el motivo y la finalidad no coincide con la causa del negocio, entendida como función social de la institución. Rubino (11) cita como claros casos de negocios jurídicos con efectos indirectos: las transferencias que pretenden fines de mandato o de garantía; el mandato para fines de cesión, de donación o de venta; la representación para fines de asociaciones en participación o de arrendamiento; la venta, permuta o transacción entre los coherederos con fines de división.

66. EFECTOS LEGALES Y VOLUNTARIOS

En el marco de la autonomía de la voluntad y de libertad contractual, es natural admitir que el negocio jurídico produce efectos que, por ser correlativos al contenido, son efectos voluntarios y queridos.

Hay casos, sin embargo, en que ciertos negocios producen efectos no sólo no previstos, sino inclusive distintos y contrarios a los queridos. Es el caso, por ejemplo, del comisionista que no declara el nombre del conmitente, por lo cual actúa en el nombre propio y queda obligado de una manera directa como si el negocio fuera suyo. Es también el caso previsto en el artículo 1809 del Código Civil; esto es, cuando no obra el mandatario en nombre de su representado, no indica el nombre de éste, de modo que queda obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado como si el asunto fuera personal suyo.

67. EFECTOS ESENCIALES Y NATURALES

Cada especie negocial cumple una función típica a la que obedece su estructura y los elementos que la componen. Aparejados a ellos, y en absoluta relación de dependencia, vienen determinados tales o cuales efectos que no pueden dejar de producirse sin desvirtuar la causa objetiva del negocio. Otros efectos, en cambio, aunque pertenecen por naturaleza al tipo negocial, no son esenciales y pueden ser soslayados sin alterar la tipicidad del negocio. Son efectos que vienen señalados por la ley, y que las partes pueden restringir o ampliar. De este modo, los efectos naturales tienen una doble vertiente. Efectos naturales que tienen lugar a falta de pacto expreso, como es el caso del saneamiento en caso de evicción a que se encuentra obligado, en principio, todo enajenante. Un supuesto distinto lo encontramos en la presunción de gratuidad del depósito, esto es, el efecto natural es negativo, de abstención de retribución, salvo que ésta haya sido convenida.

En atención a lo expuesto, estos efectos esenciales o naturales, quizás pudieran ser más fácilmente entendidos bajo la denominación de obligatorios o potestativos.

68. EFECTOS FAMILIARES O PATRIMONIALES

Se habla, asimismo, de efectos patrimoniales o familiares según la primacía de las consecuencias del acto de voluntad. Aunque el matrimonio, el reconocimiento de hijos, la emancipación o la adopción puedan a la postre tener ciertos efectos económicos, la institución negocial, en estos casos, no tiene por principal finalidad producir un resultado económico sino establecer

(11) RUBINO, Doménico: "El Negocio Jurídico Indirecto".

una determinada relación jurídica, a la cual, de una manera colateral, une la ley ciertas obligaciones de carácter económico.

69. EFECTOS DIRECTOS O REFLEJOS

Si el negocio, según se ha visto, es un instrumento para regular los propios intereses de los negociantes, parecería acertado concluir, en principio, que surte efectos solamente para ellos. Sin embargo, un breve examen de la realidad jurídica demuestra palmariamente lo contrario. Los negocios, con gran frecuencia, y algunos por su propia naturaleza, tienen clara repercusión en la esfera jurídica de terceros. Estos efectos ante terceros, a su vez, pueden ser directos o indirectos, también llamados reflejos.

Conviene, en consecuencia, no admitir como regla absoluta el antiguo aforismo romano que rezaba que *res inter alios acta* y la antigua disposición según la cual los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos.

Veamos, en primer término, los efectos *inter partes*. Dependiendo del contenido del negocio jurídico, los efectos serán:

a) Constitutivos.— Los efectos son creadores o constitutivos de nuevas situaciones o relaciones jurídicas que antes no existían. En este sentido, la adopción y el reconocimiento son claros supuestos de efectos jurídicos constitutivos, lo mismo que la fianza, el arrendamiento o el comodato.

b) Efectos extintivos.— Así como el negocio o, mejor dicho, sus efectos dan lugar al nacimiento de derechos y de obligaciones y establecen normas de conducta, en general hacia el futuro, dentro del mismo marco de autonomía de la voluntad los negociantes pueden poner fin a las situaciones jurídicas precedentes. Se habla entonces de efectos extintivos, que ponen fin de una manera temporal o definitiva a la realidad jurídica anterior. Así por ejemplo la rescisión de mutuo acuerdo de un contrato o la condonación de una obligación.

Pero, además de la eficacia creadora y extintiva de los negocios, también se habla de:

c) Efectos modificativos, en cuanto se alteran los efectos de un negocio o una situación jurídica anterior;

d) Efectos declarativos, en cuanto se constata una realidad jurídica anterior, interpretándola o integrándola. Dentro de estos efectos declarativos se incluyen la confirmación y la ratificación;

e) Se cita, por último, a los efectos preceptivos que son, propiamente, el conjunto de reglas dispuestas por la declaración de voluntad.

70. EFECTOS ANTE TERCEROS

Los negocios jurídicos, sea por la función social que cumplen o la finalidad de las partes, o bien de una manera indirecta, accidental o refleja surten efectos ante terceros.

Efectos directos son, siempre, los provenientes de los negocios unilaterales.

También son efectos directos aquellos que provienen de los negocios bilaterales en favor de terceros o de promesas de hechos de terceros.

En contraposición a los efectos directos hacia terceros, son efectos secundarios, reflejos o indirectos aquellos que repercuten ante terceros, sea de un modo general o de un modo específico, como es el caso de la fianza o del subarriendo.

Cap. VIII

LA REPRESENTACION

SECCION PRIMERA

71. CONSIDERACIONES GENERALES

Por razones didácticas y sistemáticas que fácilmente se comprenderán, alteramos en este capítulo la secuencia del articulado que el Código dedica a este tema de la representación. El pie forzado que viene impuesto por el orden de la normativa no siempre es compatible con la explicación ordenada de una institución jurídica, que el legislador ha tenido que diseccionar y someter al estrecho marco de mandamientos concretos.

Cuando una o más personas desean regular sus intereses por la vía del negocio jurídico, o llevar a cabo un acto jurídico no negocial (tomar posesión, ejercer un derecho o cumplir una obligación, prestar confesión judicial), suelen intervenir directa y personalmente para ser parte formal y material de la actividad creadora que dará lugar en su oportunidad a los efectos jurídicos consiguientes. Sin embargo, como apunta Soto Nieto (1), cabe que se presente un desdoblamiento entre el protagonismo que permite la realización del acto y la titularidad de los intereses sobre los que recae, de suerte que no siempre hay coincidencia entre el sujeto cuyo comportamiento constituye el supuesto del acto y el sujeto del interés. No se trata sólo, pues, de una pura y simple interposición vehicular o de rango instrumental, sino también de una interferencia de actividad en la que al representante está reservado algo más que la mera transcripción de la voluntad del representado. Es decir, la intervención representativa no debe juzgarse solamente desde la óptica de una intervención material o física del representante, sino también intelectiva, con lo que la sustitución es más profunda.

Con frecuencia se ha tratado de justificar la necesidad de la representación —en el amplio sentido de interposición de personas—, únicamente en la utilidad práctica que reviste como medio de dinamización de la vida social y

(1) SOTO NIETO, Francisco: "Aspectos fundamentales de la representación". Revista Jurídica de Cataluña. Junio-Septiembre de 1974, pág. 71.

jurídica. Es cierto, como señala Castro Bravo (2), que la representación potencia las posibilidades de actuación de las personas dando lugar al milagro jurídico de la bilocación, y que la exigencia de la personal intervención de los propios y directos interesados limitaría sensiblemente el movimiento patrimonial. Pero ha de advertirse que el fenómeno representativo tiene más riqueza conceptual y alcances prácticos mucho más amplios que los de posibilitar solamente el desplazamiento de la voluntad del interesado, sobre el que a la postre han de recaer los efectos (todos o parte de ellos) prácticos y jurídicos del acto celebrado con la sustitución de su persona (3). Porque la sustitución de la persona no se limita, como veremos detenidamente, a la sustitución de la voluntad, de la actividad espiritual que fija el contenido y los efectos de un acto jurídico, entendido en amplio sentido. En efecto, es radicalmente distinta la actividad de A' que se limita a trasladar a un tercero B la aceptación de una oferta por parte de A, con lo cual se circunscribe estrictamente a representar o volver a crear la voluntad de A, de la actividad de aquella persona designada para obligar con su voluntad a quien representa, como sería el caso de quien se considera que carece de voluntad jurídicamente relevante. Como también es distinto de los anteriores el supuesto de aquel representante que amparado en amplio poder otorgado por su representado, concluye para, por cuenta y en nombre de éste, un negocio que habrá de vincularle dentro de los términos del poder otorgado. Las diferencias y los posibles rasgos comunes de estos modos de actuar por y para otro y sus consecuencias de orden científico y práctico se encuentran, por lo tanto, no sólo en la fuente de la voluntad, como realidad intelectiva, sino también en la voluntad como legitimante de la conducta del representante (4).

En el primero de los casos citados se trata de un emisario que traslada y reproduce una voluntad: es un *nuntius*. En su concepción más estrecha el genuino nuncio carece de iniciativa legitimada y creadora, no puede optar; no le está dado determinar el contenido de ninguna voluntad, ni de amoldarla a circunstancias sobrevinientes, ni posee otra capacidad de decisión vinculante que no sea la de transmitir o no la voluntad que represente. En el segundo de los casos, el curador representante tendrá atribuciones de que no goza el nuncio; por su propia decisión puede obligar al incapaz y fijar los alcances de los términos en los que habrá de obligarle. La fuente de su representación, no obstante, no es la voluntad de su representado. El tercer supuesto permite, en cambio, apreciar que proviene netamente de un acto de autonomía privada; proviene de su sujeto que estando reconocido por la ley para regular personalmente sus intereses, para limitarlos y comprometerse cuando y como crea conveniente, consiente de antemano en sentirse vinculado, dentro de ciertos marcos, por la voluntad que otro elabore y declare para él porque cuenta con un poder de representación; ha solicitado, pues, la colaboración de un tercero, pero de modo tal que la actividad de éste es una suerte de puente por el que discurren, sin afectarle (en principio) los efectos del negocio, que van a parar a la esfera jurídica del representado. Hay entonces cierta iniciativa del representante, previamente consentido para ello por el *dominus* o señor del negocio.

Según la doctrina predominante, la mera circunstancia de que deba existir un nexo forzoso entre la actividad del representante voluntario y los márgenes de su poder, no ha de llevar a la conclusión de que es un nuncio con amplias facultades, pues la nota que los distingue es importante: el nuncio traslada la voluntad que le venga señalada por el *dominus*, con sus distintas alternativas o variantes más o menos amplias; el representante voluntario, en cambio, declara *su* voluntad para el representado, mas no la de éste. Disfruta de una cierta capacidad de iniciativa y autonomía. Y, según enseña Stolffi (5), la correspondencia entre la conducta del representante autónomo y las instrucciones impartidas, no apunta tanto a tipificar la naturaleza distintiva de un fenómeno representativo respecto de otro, sino más bien a comprobar si actuó o no dentro de los límites del poder, pero sólo con el objeto de determinar si los efectos de la conducta del representante pueden o no afectar al representado.

(2) CASTRO Y BRAVO, Federico: "La representación" en Temas de Derecho Civil. Marisal. Madrid, 1972, pág. 105.

(3) BETTI, Emilio: "El negocio. . .", pág. 421.

(4) MOSCO, Luigi: "La representación". Nerea, Barcelona, 1963, pág. 167.

72. LA REPRESENTACION COMO RESPUESTA JURIDICA Y SUS CARACTERISTICAS

De las consideraciones expuestas pueden extraerse a primera vista varias conclusiones que nos llevan a decantar la idea de la representación como institución genérica de sustitución de personas: la representación, en todas sus variantes, es la respuesta a hechos jurídicos de sustitución personal que revisten diversos matices. Distintas modalidades se quedan sólo en hecho jurídico —como la mera gestión de negocios— y otras crean de antemano una situación (atribución) jurídica al representante por decisión del representado —como la representación voluntaria directa—. Aunque de todas las características se irá hablando a lo largo de este capítulo, conviene anunciarlas desde ahora:

A) La primera es que la representación es un fenómeno jurídico de excepción, cuyo ámbito es de Derecho Privado (6) en general (7) y no sólo atinente a la disciplina negocial, aunque los comienzos en la precisión de los conceptos haya sido labor y honor de la escuela pandectista alemana al ocuparse de las declaraciones de voluntad. Es un fenómeno de excepción porque normalmente la tutela del Derecho va dirigida a las conductas propias y a la responsabilidad de los propios actos, no a tutelar la injerencia en los intereses ajenos.

(5) STOLFFI, G.: *op. cit.*, pág. 232.

(6) Dice SANTORO, Francisco: *op. cit.*, pág. 337.: "Llegados a este punto, hay que determinar si la representación se extiende a toda la actividad de relación con los terceros o se limita a la actividad negocial, o sea, si es esencialmente un instrumento de la autonomía, o sea, si es esencialmente un instrumento de la autonomía privada. Nos parece que no hay razón alguna para reducir la representación a la sustitución en la actividad negocial y que, siempre que el ordenamiento jurídico exija en cualquier modo la iniciativa de la voluntad consciente de los particulares para que se verifiquen ciertos efectos –ya sea la voluntad consciente únicamente determinante del hecho o también determinante de los efectos– la sustitución en la iniciativa del interesado por un sujeto distinto que haga sus veces, da lugar a un fenómeno de representación, con la importante consecuencia práctica de la aplicación directa de las normas sobre la representación en los casos en que esa sustitución tenga lugar. Por esto, a nuestro entender, es posible la representación no sólo en los negocios jurídicos sino también en los actos jurídicos lícitos en sentido estricto y no sólo para establecer o para adoptar una cierta regulación de los intereses sino también para que recibamos comunicación o para adecuuarnos a la regulación adoptada, a propósito de cuya diferente situación en uno y otro caso se distingue entre representación activa y representación pasiva".

(7) PUIG PEÑA, Federico en "Compendio. . ." pág. 760, dice, estrechamente en nuestra opinión, que sólo es de aplicación a los actos jurídicos de manifestación de voluntad.

B) En segundo lugar, toda la dogmática de la representación descansa en el principio de la colaboración o cooperación ante terceros por virtud de la cual, con mayor o menor amplitud, un sujeto realiza actos jurídicos en general en auxilio (8) y beneficio final (que no directo siempre) de una persona distinta. En este sentido de colaboración y cooperación, el artículo 897 es excesivo cuando la cifra la posesión para otro sólo en la dependencia, órdenes e instrucciones del representado al representante.

C) La doctrina de la autonomía de la voluntad posibilita la abdicación de la propia actividad cediéndola a un tercero dentro de ciertos límites voluntarios, esto es, impuestos por el poderdante, o por el ordenamiento (que impide, por ejemplo, apoderar para otorgar testamento).

D) La actuación del representante por cuenta ajena. Aunque no es indispensable la declaración en tal sentido ni que, en efecto, el representante esté autorizado para obrar en nombre de quien se atribuye representación. Si esto no fuera así, no sería dable la aceptación de la ratificación, que no es otra cosa que reconocer un acto anterior de representación y asumir *a posteriori*, pero retroactivamente, los efectos correspondientes.

F) Corolario de lo anterior es que la eficacia del acto con representación, es decir, del negocio o acto celebrado en representación, no siempre es inmediata, ni directa (ver comentario al artículo 160). No es inmediata porque puede quedar sujeta a ratificación. No necesariamente es directa porque, por ejemplo, el comisionista puede contratar externamente en nombre propio pero la realidad es que lo hace en nombre del comitente, quien será el beneficiario indirecto de los resultados del contrato. Lo que sí es determinante es que se actúe en gestión de asuntos ajenos (9), aunque no es imprescindible que sea en su exclusivo interés, pues puede existir —como veremos al tratar del poder irrevocable— representación también en interés del representante, o en interés conjunto del representante y representado (piénsese en la facultad otorgada a un condómino para administrar bienes comunes).

73. CONCEPTO

Con arreglo a estas premisas brevemente expresadas, podemos señalar que, en líneas generales, se entiende por representación aquella actividad por la cual, sustituyendo ante terceros la persona o la voluntad del representado y actuando por su cuenta, las consecuencias de la conducta del representante normalmente recaen en el representado. Este concepto, como veremos, permitirá dar cabida a diversas variantes o figuras jurídicas que frecuentemente no se han considerado dentro del marco de la representación, pero que han de tenerse en cuenta al tratar del tema de celebración de negocios jurídicos para otros. Estas formas de interposición personal, sobre las que se discute si pertenecen o no a la categoría de la representación, son: la actuación por nuncio o mensajero; la representación indirecta; la representación de las personas jurídicas. Fuera del marco de la representación quedarían: el contrato

(8) TRAVIESAS, Miguel: "La representación voluntaria" en Revista de Derecho Privado. Madrid, Julio 1922, pág. 193.
(9) DIEZ PICAZO, Luis: "La representación en el Derecho Privado". Ed. Civitas, Madrid, 1979, págs. 35 y 64.

a favor de tercero; la gestión de negocios y la interposición simulatoria de personas, que no se tratan aquí. El análisis de los tres primeros supuestos nos conducirá a precisar las características de la representación y su sutil distinción con el mandato.

74. EL NUNCIO

Según habíamos apuntado más arriba, la intervención del nuncio reviste ciertas peculiaridades que pueden resumirse en que no dispone de auténtico poder de decisión, como no sea el de eventualmente optar entre las variantes que le sean indicadas. De este modo su participación en el acto jurídico vendría a ser puramente instrumental, como transmisión de una voluntad ajena, que es propiamente la generadora del contenido de la declaración que habrá de emitirse de modo físico por el nuncio. A partir de estos principios señala Betti (10) que la interposición de un nuncio es la figura más modesta de sustitución, pues no aporta el supuesto total de hecho que configura el negocio, sino sólo un elemento de él, que es la forma expresiva, considerada como manera de hacer evidente una voluntad que ya está determinada por el titular del negocio. Sobre la base de estas ideas se había venido considerando más o menos enfáticamente que la sustitución por nuncio no podía encajar en la dogmática de la representación, por asimilarle a un sencillo portavoz o mensajero de voluntades. En este sentido se han pronunciado no pocos tratadistas que consideran que la representación consiste sustancialmente en la total elaboración de una voluntad para el representado y que a él habrá de afectarle.

Luis Díez Picazo observa, sin embargo, que la distinción entre el nuncio y el representante es sumamente borrosa (11), pues en toda actividad representativa han de diferenciarse y apreciarse distintas graduaciones. Para ello —dice— han de hacerse notar las dos hipótesis extremas. De un lado, cuando el sustituto está en aptitud de poder decidir la conveniencia o no de un negocio y determinar sus características fundamentales. En suma, señalar el contenido negocial. De otro lado y sustancialmente diferente es el del otro extremo de la hipótesis. Es decir, cuando una persona es mero portavoz de una declaración de voluntad ajena y la traslada a la otra parte, cumpliendo así una función de emisario.

Una vez señalados estos dos polos opuestos, añade, habrá de convenirse que entre ellos existe toda una gama de posibles actitudes representativas que imposibilitan determinar exactamente el fin de la representación y el principio de la actuación del nuncio. Con el agregado, por ende, que a veces existe intervención conjunta del *dominus* y del nuncio, de suerte que no es posible independizar netamente la función realizada.

Por último, agrega Díez Picazo, también es impropio señalar que el nuncio se limita a reproducir exactamente la voluntad del representado, pues con frecuencia la manifestación del emisario no es auténtica reproducción, sino una nueva expresión de la declaración, lo que supone que el nuncio ha realizado una labor interpretativa de la declaración recibida. Por ello, los términos finales del negocio no serán los derivados de la declaración del representado, sino los que resulten de la efectuada por su emisario.

(10) BETTI, Emilio: "El negocio...", pág. 421.
(11) DIEZ PICAZO, Luis: "La representación...", pág. 54.

Para abundar en la dificultad de excluir de la representación la actuación del nuncio, ha de advertirse también que la relación entre éste y el representado puede ser la misma que entre representado y representante auténtico; que no existe sustancial diferencia entre la capacidad o idoneidad para ser nuncio o ser representante; que los efectos finales del negocio son los mismos, y que tanto el genuino representante como un nuncio están sujetos a responsabilidad por su conducta.

De todo lo expuesto cabe concluir que a menos que se identifique y circunscriba de modo definitivo la labor del nuncio en la de estricto y fiel reproductor y emisario de voluntades sin capacidad para imprimir su personalidad en el acto jurídico, ninguna utilidad reviste separar y retirar su actuación del marco de la representación. Sería, como apunta Castán Tobeñas (12), un sustituto en la manifestación de voluntad, pero no en la determinación total o parcial de la misma.

En nuestra opinión, pues, cuando el nuncio no sea un simple reproductor de la declaración, su actividad queda regulada por la doctrina de la representación. Además, así vienen a reconocerlo los artículos 163 y 166 que aluden (aunque el último implícitamente) a determinación del contenido del negocio por el representado.

75. REPRESENTACION INDIRECTA

En el caso de la representación indirecta, también llamada oculta o mediata, importa realizar algunas atingencias, con la finalidad de encuadrarla adecuadamente como fenómeno representativo (13).

Supuesto típico de representación indirecta en el ámbito mercantil es el que regulan los artículos 238 y 239 del Código de Comercio, referidos a los comisionistas.

Se trata, pues, de una actuación ante terceros en nombre propio del representante, aunque sea para y por cuenta de otro, lo que explica que también se la llame representación oculta o mediata e indirecta, en tanto que la eficacia del negocio así concluido reclama que previamente afecte la esfera jurídica del representante. (Lo que acaso requiera un nuevo acto jurídico entre los polos de la relación representativa, es decir, representante y representado, para que aquel traslade a éste el resultado del negocio). De lo cual se deriva que el tercero no tiene relación jurídica directa con el principal. Sobre la base de estas consideraciones, se ha dicho (14) que no se trata de auténtica representación.

La cuestión, sin embargo, radica en decidir cuál es el sustento de la función representativa y, con arreglo a ello, determinar si la actuación en nombre propio, pero por encargo y por cuenta de tercero, constituye o no un supuesto de representación. Si se opta por creer que la autonomía de la voluntad, en cuanto facultad reguladora de los propios intereses, sólo comprende

(12) CASTAN TOBEÑAS, José: *op. cit.*, Tomo I, vol. II, pág. 737.
(13) Con el que sólo tiene analogías, al decir de TRABUCHI, Alberto: *op. cit.*, Tomo I, pág. 154.
(14) CASTAN TOBEÑAS, José: *op. cit y loc. cit.*; RUGGIERO, Roberto de: *op. cit*, Tomo I, pág. 275; ALBALADEJO, Manuel: "El Negocio. . .", pág. 341, entre otros.

aquellos asuntos que se declaren como propios, no cabe duda que la actuación representativa indirecta no merece ser considerada como auténtica representación. Si, por el contrario, se acepta que la voluntad puede estar enfocada no sólo a la obtención de un resultado, sino también al modo de obtenerlo (eficacia indirecta o diferida), tendremos que convenir que entre representante y representado, en su relación interna, bien puede existir ánimo de representación, aunque los efectos no se expresen de modo directo para el representado y de ello no tengan noticia los terceros. Así planteado el problema, entre la representación directa y la indirecta hay comunidad de función y de caracteres (15).

El Código (arts. 1809 y ss.) por lo visto, parece no reconocer carácter representativo a la actuación indirecta. Pero del tema, en todo caso, volveremos a ocuparnos al tratar del artículo 164, que estatuye la obligación para el representante de indicar que actúa en función de *alieno nomine* y no en nombre propio.

76. LAS PERSONAS JURIDICAS

La representación de las personas jurídicas presenta también problemas prácticos y conceptuales que es menester destacar.

Desde luego, cuando se hace alusión a la representación de los entes morales, surge de inmediato la pregunta: ¿se trata de verdadera y genuina representación?. Las opiniones son encontradas. Hay quien piensa con Santoro (16) que el órgano representativo de las personas jurídicas —al que denomina órgano externo— ha adquirido plena autonomía y que no debe confundirse con la representación. Otros consideran con Trabucchi (17) que la relación que existe entre el que actúa por el ente moral y éste, constituye una forma especial de representación.

Quienes abogan por una opinión como la de Santoro estiman que el órgano representativo de una persona jurídica, sea individual o colegiado, sólo actúa como vehículo de expresión del sujeto moral y que, por lo tanto, no hay sustitución de voluntad ni cooperación en intereses ajenos. Se trata, simplemente, de la propia persona jurídica en función. Hay quien incluso señala que en esto, para los efectos de la representación, las personas jurídicas se asemejan a los incapaces de obrar que no pueden expresar su voluntad. La analogía, sin embargo, nos parece inapropiada, pues el incapaz tiene voluntad jurídicamente inválida, lo que no es el caso, por cierto, de las personas jurídicas, cuya voluntad, independientemente de los órganos de gestión, viene atribuida (en términos muy especiales, es cierto), a los accionistas, socios o asociados. En cualquier caso, se argumenta, los efectos del acto celebrado por quien actúa por la persona jurídica, no repercuten en ésta en razón de la persona que lo celebra, sino porque esta persona física encarna al propio sujeto moral. Con arreglo a este planteamiento, Albaladejo (18) apunta con sutileza que no hay acto de la persona física para la jurídica, sino de ésta y para ésta.

(15) GASPAR ALFARO, Javier: "La representación indirecta". En Estudios de Derecho Privado. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1962. Tomo I, pág. 313.
(16) SANTORO, Francisco: *op. cit.*, pág. 336.
(17) TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.*, Tomo I, pág. 157.
(18) ALBALADEJO, Manuel: "El negocio. . .", pág. 349.

Lo cual hace decir a Messineo (19) que entre el órgano y la persona existe total y absoluta compenetración desde que aquel no es sino uno de los elementos que integran el ente moral de modo imprescindible para su actuación social, a diferencia de la relación entre representante y representado, que pueden actuar y ser sujetos de derechos y obligaciones, sin que sea menester que recurran al auxilio de terceros.

Así presentado el problema, bien podría ser admitida la falta de propiedad terminológica cuando se denomina representantes a las personas físicas que actúan en nombre de una persona jurídica. Visto, sin embargo, desde el lado empírico, las tan acusadas diferencias comienzan a desaparecer y nos hacen pensar que, efectivamente, la actuación de las personas morales en el ámbito jurídico requiere de una especial manera de representación.

Así es, desde el punto de vista del tercero que contrata con quien personifica el órgano representativo, bien cuidará de asegurarse de que no está tratando con la persona física a título personal, sino que ésta procede en nombre de otro. Es decir, que el resultado práctico y jurídico que habrá de producir la declaración de voluntad no se quedará en la esfera jurídica de la persona natural, sino que se imputará a quien dice representar. El tercero, pues, normalmente procederá ante el representante de la persona jurídica del mismo modo que lo haría ante otro tipo de representante: se asegurará de las facultades con que cuenta y del título con que actúa o, en su defecto, se fiará de lo que se le informe. (Véase más adelante, el comentario sobre el artículo 165, que alude a los dependientes de comercios).

En lo que respecta a la eficacia del negocio concluido en nombre de la persona jurídica, no se aprecia tampoco ninguna sustancial diferencia con la eficacia del celebrado por quien cuenta con adecuado poder de representación. En otras palabras, no se le imputan los efectos jurídicos al actuante, sino a quien dice representar. De este modo, el tercero quedará ligado no con la parte formal que interviene físicamente, sino con la parte material que asume los derechos y obligaciones que emanen del convenio, lo cual no es contradictorio con la teoría del órgano.

Por otro lado, si se aprecia que la representación de las personas jurídicas ha de recaer —directa o indirectamente— en personas físicas, se notará que las consecuencias coinciden con las de la genuina representación. Aquí la figura del órgano desaparece. Basta con recordar los artículos de la ley de sociedades que claramente establecen responsabilidades personales; las mismas, sin significativa variante, que podría exigir el representado que fuera persona natural.

Por añadidura, los problemas que suscitan los límites de actuación de los órganos representativos —salvo contadas excepciones— son los mismos que presentan otros tipos de representación. Y también se acepta en las personas jurídicas la representación sin poder y la ratificación. Creemos, en consecuencia, que nos encontramos con un *sui generis* fenómeno de representación, pero no ante un caso de ausencia de ella.

La representación orgánica, además, no es el único supuesto de representación de que se valen las personas jurídicas. Si esta representación orgánica viene dada por la necesidad de actuar socialmente, existe también y se admite la representación voluntaria de las personas morales. Es decir, la conferida a otra persona física o jurídica que no integra el órgano de representación (cfr. artículo 165). Son los denominados apoderados especiales, a quienes se les otorgan facultades de actuar, con mayores o menores atribuciones, en nombre y para la entidad moral. Circunstancia ésta de la representación voluntaria que demuestra e ilustra que también los órganos de representación pueden disfrutar de poderes de delegación o sustitución al igual que los que pueden corresponder a los representantes auténticos.

(19) MESSINEO, Francisco: "Manual...", Tomo II, págs. 412, 413.

En resumen: aunque con excepciones, la representación de las personas jurídicas puede quedar supletoriamente regulada por el Título Tercero del Libro II del nuevo Código Civil. Así además lo corrobora el artículo 93: "Los asociados que desempeñen cargos directivos, son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación...". Por su lado, la legislación mercantil alude con frecuencia a representantes de empresas y sociedades.

SECCION SEGUNDA

EL APODERAMIENTO

"ARTICULO 145.— El acto jurídico puede ser realizado mediante representante salvo disposición contraria de la ley.
La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley".

77. EL APODERAMIENTO

El principio de autonomía de la voluntad, según el cual cada quien puede realizar por otro lo que podría hacer por sí mismo, encuentra algunas limitaciones impuestas por la trascendencia de ciertos actos que el ordenamiento ha querido, expresamente, que, de celebrarse, requieran la personal intervención del interesado. Este tipo de negocios no pertenecen a la esfera patrimonial por propia naturaleza, aunque pueden tener repercusiones de carácter económico. Además, en varios negocios en los que se admite la representación, se impone el cumplimiento de diversos requisitos que no son de aplicación para la celebración de otros.

Entre los negocios que, taxativamente, no pueden celebrarse por medio de representante, ha de citarse el testamento, acto personalísimo cuya celebración no puede ser encomendada a un tercero.

El matrimonio también tiene sus regulaciones especiales.

En el caso del matrimonio cabe preguntarse, sin embargo, si el apoderado actúa como representante o como nuncio, mero transmisor de la voluntad positiva y favorable. Nos inclinamos más por esta última teoría pues conside-

ramos que, en esta hipótesis, el apoderado actúa como portavoz del contrayente, sin posibilidad alguna de decisión, iniciativa, opción o interpretación de la voluntad ajena. Su función es la de un emisario que no puede reproducir otra voluntad que la que viene determinada por el mandato que se le ha conferido. No obstante lo cual, y es importante puntualizarlo, el nuncio irresponsable o negligente queda sujeto en lo fundamental a las mismas responsabilidades que el representante voluntario con amplio poder de determinación.

El primer párrafo del dispositivo menciona a "actos jurídicos realizados" por representantes. Como es natural, ello enfoca todo tipo de actos, incluyendo negocios, y la realización comprende tanto la celebración como ejecución en general de deberes o derechos o simples atribuciones del representado.

78. REPRESENTACION LEGAL

Es aquella conferida por el ordenamiento a determinadas personas que, por una posición familiar —arts. 292 y 294, por ejemplo— o por un cargo u oficio, actúan en nombre de otras que están incapacitadas o imposibilitadas para asumir derechos u obligaciones con su actuación directa (20).

El precepto ha omitido referirse a la representación judicial, que conceptualmente es distinta de la legal. En ésta, la legal, viene señalando quiénes han de ser los representantes. En la judicial, en cambio, queda a criterio del magistrado designar al representante (21). Sin ánimo de abundar en diferencias, puede admitirse que el artículo engloba ambas.

Sobre la posibilidad de asumir la representación legal en la teoría de la representación general, entendida como la actuación en nombre de otro, se ha discutido mucho. Y con fundamento, pues las diferencias no son despreciables.

Efectivamente, obsérvese que el representante legal, particularmente el del incapaz absoluto o del declarado ausente, no sustituye a la voluntad de su representado, puesto que (de ordinario) la ley no reconoce a esta voluntad eficacia jurídica. Dicho de otro modo, quien padece de enfermedad mental incurable, por ejemplo, carece de voluntad para instituir un representante y para sentirse jurídicamente vinculado por la actuación de éste. En este sentido, el negocio jurídico que afecta al representado no deriva, en sentido estricto, de la autonomía de su voluntad. De aquí que Castro y Bravo señale que la representación legal queda fuera del ámbito de la voluntad del finalmente interesado y la existencia, pervivencia y extensión de este tipo de representación no nace ni depende de la voluntad del representado (22), sino que la recibe de la ley y, por tanto, el representante tampoco puede verse desprovisto de representación por voluntad del representado. Por otro lado, debe citarse como nota distintiva que si en otros fenómenos representativos se aprecia una especie de extensión de la personalidad, de suerte que el representado encuentra multiplicada su esfera de actuación jurídica sin perder su propia autonomía, ello no ocurre en la representación legal. En ésta, el representado no tiene otra forma de actuación jurídica que aquella atribuida a su representante. El representado no sólo no puede conferir representación, sino que su capacidad jurídica debe canalizarse forzosamente por su representante.

(20) PUIG PEÑA, Federico: *op. cit.*, Tomo I, Vol, II, pág. 595.
(21) Véase WEILL et TERRE: "Les obligations", pág. 83.
(22) CASTRO Y BRAVO, Federico: "La representación", pág. 130.

Además, en la representación voluntaria el representado puede elegir al sujeto representante. No así en la legal, cuyo sujeto unas veces viene predeterminado y otras veces no (23).

Sobre estas y otras consideraciones ha querido extraerse la representación legal de la dogmática representativa e incluso del ámbito del Derecho Privado, afincando esta noción en el Derecho Público, que es quien designa a los representantes legales, o establece los modos y procedimientos de su designación. Como dice el artículo que comentamos: que la representación es conferida por la ley.

Sin dejar, desde luego, de prestar atención a las características ya apuntadas, se señala en abono de las mismas que la representación legal tiene un marco de control ajeno al del propio representado, aunque se adviertan ciertas excepciones como la exigencia de cuentas al tutor con intervención del tutelado. Este marco de control de que hablamos está precisamente instituido por la ley que, al tipificar los modos y especies de representación legal, no sólo determina las atribuciones, más amplias o más limitadas del representante, sino que también fija la manera de controlar la actividad del representante de modo que no se extralimite de sus funciones (imponiendo inclusive, en garantía de esta lealtad de conducta, la constitución de fianza). Claro ejemplo del control legal de este tipo de representantes, lo constituye la necesidad de obtener autorización apropiada para la disposición de bienes del representado.

En el ámbito de la representación legal, debe mencionarse también un aspecto de singular importancia: la obligatoriedad de su función, es decir que esta representación viene atribuida, en ciertos casos, de manera inevitable y que no es renunciable sin la correspondiente autorización. De otro lado, a diferencia de la representación voluntaria, la legal no es sustituible ni delegable por naturaleza (24).

Se ha querido, por último, encontrar una radical distinción entre la representación legal y voluntaria en la capacidad del representante. Mientras que en la representación voluntaria basta que el representante pueda entender y querer, en la representación legal forzosamente se exige que el representante tenga plena capacidad de obrar jurídicamente reconocida.

(23) ALBALADEJO, Manuel: "El negocio. . .", pág 339: "Cuando se predetermina, la representación recae en cierta persona en cuanto que ejerce un dado cargo o función, o tiene tal o cual potestad familiar sobre el representado, contenido de cuya potestad es, entre otras cosas, el representar al incapaz: así, patria potestad, autoridad marital, tutela, en las que el padre es representante legal del menor, el marido, de la mujer, y el tutor, del pupilo. Cuando no se predetermina quién haya de ser el representante, la facultad de fijarlo puede corresponder al juez. Por ello se califica, por algunos, a este supuesto, de representación judicial. Terminología que no hay inconveniente en aceptar, siempre que quede claro que se trata de un subcaso de representación legal, en cuanto establecida por la ley".
(24) CASTAN, José: *op. cit.*, Tomo I, Vol VI. pág. 742.

Son importantes, pues, las razones que conducirían a excluir de la disciplina de la representación aquellas formas de actuar para otro y que tienen su origen en la ley (25). Mas contra estas tendencias hemos de tener en cuenta no sólo el explícito reconocimiento legal sustantivo, sino también los principios que inspiran la teoría de la representación, entre los cuales destaca el de colaboración en los intereses ajenos, de modo que la actuación del representante incida en la esfera jurídica del representado. Adicionalmente, si desde el punto de vista del tercero juzgamos la actividad del representante legal y la del voluntario, habrá de convenirse en que no hay diferencia sustancial, pues en ambos casos son los representantes quienes hacen o crean y expresan la voluntad vinculante que habrá de afectar al representado. En ambos casos los representantes actúan para intereses ajenos, sin que el titular final de tales intereses tenga necesidad de intervenir en la génesis del negocio. Es decir, por encima de ciertas diferencias, existen coincidencias en lo sustancial que, según el estado actual de la doctrina, no ameritan la creación para la representación legal de un régimen jurídico independiente.

79. REPRESENTACION VOLUNTARIA

De la representación voluntaria, sin quererlo, se ha venido ya hablando desde el inicio de este capítulo, en la medida que hayamos dicho que es un típico acto de autonomía de la voluntad.

Si la representación legal, como se ha indicado, es un fenómeno por cuyo mérito los efectos del acto realizado por el representante repercuten en el representado sin que éste haya concedido autorización o facultad (26) para verse comprometido y vinculado por la actuación de su representante, la representación voluntaria constituye precisamente el supuesto inverso.

Llamamos, pues, representación voluntaria a aquella que tiene su origen y fundamento en la voluntad del representado, que confiere al representante facultad de actuación ante terceros —dentro de las atribuciones conferidas— en su nombre y con intención (27) de que valga para el representado (si es representación directa), en su interés (aunque no exclusivo) y por su cuenta. Por virtud de esta autonomía de voluntad, el representado consiente que el representante —cuyas facultades pueden obedecer a diversos títulos, como veremos— incida en el marco de sus intereses, creándose una relación por la cual el representado no se desprende ni queda privado de su poder de actuación personal; antes bien, lo amplía al ceder voluntariamente todo o parte de este poder. Y al hacerlo acepta las consecuencias de la actuación del representante de suerte tal que él (el representado) deviene ligado jurídicamente directamente con quien el representante haya actuado. El orden normativo de las relaciones jurídicas creadas, reguladas o extinguidas por quien actúa con autorización de otro, recae directa o indirectamente sobre el *dominus*, según que el representante actúe *alieno nomine* (representación directa) o en nombre propio sin revelar el nombre de su representado (representación indirecta).

---

(25) Razones que hacen decir a SANTORO, Francisco: *op. cit.*, pág. 330, que hay "diferencia sustancial de estas dos figuras que quizá sin razón se vienen reuniendo en una misma categoría".

(26) Dejando a salvo la ratificación, que sí pertenece como autorización retroactiva al ámbito de la representación voluntaria.

(27) RUGGIERO, Roberto de: *op. cit.*, Tomo I, pág. 275.

Ahora bien, este consentimiento o autorización del *dominus*, exclusivo en la representación voluntaria, ha de ser entendido no sólo como facultad de actuación al representante, sino también como reconocimiento del interés de asumir, directa o mediatamente, los efectos de su actuación. En este sentido, aunque compartimos con Hupka (28) la idea de que son diferentes la voluntad de otorgar representación y la voluntad del representado, pese a ser el poder detallado y explícito, no creemos que la primera se limite a ser el consentimiento anticipado para realizar negocios, sino que también puede regular la conducta del representante en vista de su relación con el representado y teniendo presente los efectos en el *dominus* de la conducta del representante. Dicho de otro modo, la voluntad de apoderar y de otorgar consentimiento a la actuación del representante no se queda en legitimar su conducta, sino que es para que esa conducta legitimada pueda comprometer. Nos encontramos, pues, ante una auténtica manifestación de voluntad del representado dirigida hacia dos vertientes: permitir la actuación del representante como colaboración en los intereses del representado, e intención de asumir el resultado jurídico y práctico del proceder del representante dentro del límite de sus atribuciones.

De este modo encuentra plena justificación la figura de la ratificación, como acto de voluntad encaminado a autorizar con eficacia retroactiva la actuación representativa y directa de quien carecía de facultades y asumir los efectos consiguientes. Más adelante hablaremos de ello.

Sobre la base de estas consideraciones esenciales de la representación voluntaria, pueden ya perfectamente visualizarse los diversos modos de su aplicación, según su origen o alcance o repercusión de efectos.

a) Según su origen, la representación puede derivar de un contrato de servicios, de un mandato, de una comisión, etc.

b) Según sus alcances, y como la actuación del representante se encuadra en la voluntad del *dominus*, la representación será completa y amplia, o sólo limitada a ciertos actos o negocios y aun dentro de estos con facultades más o menos restringidas.

c) Atendiendo a los efectos jurídicos y, por tanto, al modo de actuar del representante, la representación voluntaria será directa o indirecta.

80. DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACION Y MANDATO

En este punto de nuestra exposición sobre la representación voluntaria, es indispensable hacer un alto y antes de analizar los presupuestos del poder de representación que son materia de estudio al referirnos a otros artículos, puntualizar las diferencias existentes entre la representación y el mandato, ideas que con frecuencia se confunden. A los efectos de recalcar la distinción, conviene mencionar las características del mandato. Al hacerlo, se irán advirtiendo las diferencias.

El mandato en un contrato (artículo 1790) que sirve o puede servir de antecedente a determinadas operaciones, a una cierta actividad a ser desarro-

llada posteriormente y cuyo resultado viene a reflejarse en el mandante. La operación o actividad en base del mandato es posterior y éste es un *prius* frente a ellas, según el Dr. León Barandiarán (29).

De la atenta lectura del texto del ilustre jurista y de los artículos citados, se aprecia que el mandato tiene por finalidad vincular obligacional y contractualmente al mandante y al mandatario para que una cierta actividad de éste repercuta en el primero. No se trata, sin embargo, de una actividad abstractamente considerada, sino que una vez aceptado el mandato el mandatario asume obligaciones (fundamentalmente de dar o hacer) que se traducen en el desempeño de las actividades que le son encargadas.

Ahora bien, por el encargo que se confiere al mandatario para que desempeñe cierta actividad sólo se le faculta, en primera instancia, para que actúe en interés del mandante y por su cuenta, pero no necesariamente en su representación. Es decir, en la ejecución del mandato se atiende fundamentalmente a realizar un servicio personal (30), al cumplimiento de un encargo, pero no a hacerlo en nombre de una persona, sino por su cuenta. El mandante desea que el resultado de la actividad del mandatario repercuta finalmente en sí y no en éste, sin que sea relevante el modo en que el mandatario actúa ante el tercero.

La actividad representativa, desde luego, es más amplia y rica. En ésta, el representado puede instituir al representante, a lo que éste no necesariamente se obliga —a pesar de la sutil insinuación de los artículos 148, 154, 157 y algún otro— con una facultad de actuación en su nombre (en caso de representación directa). En la representación, por consiguiente, interesa más la capacidad jurídica del representante para actuar por su representado, que el negocio que pueda ser objeto de actividad al cual propiamente está dirigido el mandato.

Coincidiendo con los planteamientos expuestos, se explica el mandato como la labor encomendada al mandatario, de suerte que viene restringida la actividad a realizar el encargo conferido, y que resulta obligatoria (la actividad) para el mandatario una vez aceptado el encargo. De ello nacen para el mandatario ciertas obligaciones, principalmente de dar o hacer por cuyo cumplimiento responde ante el principal. Lo que no necesariamente significa subordinación o dependencia. Pues, en principio, el mandatario es autónomo, como ha demostrado la moderna doctrina italiana (31), salvo que se vincule casualmente con otro tipo de relación jurídica.

Por virtud de la representación, empero, no concurre un deber hacer o dar del representante sino, más bien, un poder hacer o poder dar con efectos finales para el representado.

---

(28) HUPKA, José: "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Revista de Derecho Privado. Madrid, 1930, pág. 40 y ss.

(29) LEON BARANDIARAN, José: "Contratos en el Derecho Civil Peruano", Lima, 1975, Tomo II, pág. 120.

(30) Concretamente prestación de trabajo, como dice desde antiguo el artículo 394 del Código Suizo de Obligaciones y que el nuevo Código peruano reconoce al incluir el mandato como una variante de la prestación de servicio.

(31) Especialmente: MINERVINI, Gustavo: "El mandato". Bosch. Barcelona, 1958 y autores por él citados.

Esta realidad explica que el ámbito de la representación exceda, como ya se ha dicho, de la institución negocial y tenga relevancia en otros campos jurídicos en los que se admite con plena eficacia la sustitución de la persona y la voluntad del finalmente interesado. La actitud típica y normal del mandato se agota, por el contrario, en el campo obligacional: realizar actos jurídicos, para lo cual le ha conferido encargo el mandante. De lo expuesto se infiere que el mandato o, mejor dicho, su eficacia se perfecciona con la necesaria concurrencia de dos voluntades, la del mandante y la del mandatario.

La representación, en cambio, por ser un acto de investidura de otra persona y compromiso de atenerse a lo que ésta haga en uso de tal representación, no es otra cosa que un acto unilateral que pretende que el tercero —en caso de representación directa— conozca que por el mérito de la declaración autorizante del representado, queda éste vinculado por la actuación de su representante (32).

En este sentido, el mandato apunta a regular entre el mandante y el mandatario la relación entre ellos que se deriva por la actividad que aquel encomienda a éste. La representación, precisamente, trasciende al tercero a quien le interesa no la relación interna entre representante y representado, sino que el representante pueda comprometerse en nombre ajeno.

Este planteamiento se aprecia nítidamente, pues la concesión de poder de representación no reglamenta las relaciones internas entre representado y representante, sino que su finalidad es hacer conocer a terceros que éstos contratan con el *dominus*, no con el representante.

La representación es, si se quiere, el lado externo del interés del representado, pues trasciende a terceros y al conocimiento de ellos se dirige el otorgamiento del poder; el mandato es el lado interno, pues sus características plasman los deberes del mandatario para el mandante, en función del encargo conferido.

Así concebido el mandato, se advierte que puede haber representación con mandato, mandato sin representación y representación sin mandato. Por este motivo, resulta acertada la observación de Díez Picazo (33) cuando apunta la distinción entre la relación originante de la presentación, que puede ser un mandato o un contrato de servicios u otro distinto, y la relación representativa entre representante y representado.

81. NOTAS CARACTERISTICAS DE LA REPRESENTACION VOLUNTARIA DIRECTA

El negocio del apoderamiento que da origen a la representación directa, descansa, como modalidad que es de la dogmática representativa, en la función de cooperación o colaboración del representante. Pero la representación directa concebida como acto de autonomía privada, por cuyo mérito el representante procede para y por cuenta de otro, reclama también otras carac-

---

(32) GORDILLO, Antonio: "La representación aparente", págs. 59 y 62, opina, sin embargo, que "la representación exige como previo el mandato" y que "la facultad de representación, distinta del mandato, descansa necesariamente en él".

(33) DIEZ PICAZO, Luis: "La representación . . . ", pág. 66 y ss.

terísticas: a) la actuación en nombre ajeno (*alieno nomine agere*); b) con efectos inmediatos —generalmente, pero no siempre directos— para el representado (*contemplatio domini*); c) de carácter abstracto (en principio) para el tercero.

82. EL INTERES DEL REPRESENTADO

Expresamente se ha excluido de las notas características de la representación la mención del interés del representado. Así es, aunque la concesión de poder dimana del derecho de cesión de atribuciones y facultades y, por ello, parecería obvio que ha de existir interés del *dominus* en hacerse representar e interés también sobre sus propios asuntos, hay que considerar que la realidad desborda estos planteamientos rígidos. Frecuentemente el objeto de la gestión del representante no siempre es exclusivo del *dominus* y, ocasionalmente, ni siquiera éste tiene interés directo. Han de distinguirse, efectivamente, diversos supuestos de la función representativa para advertir el interés que prima.

En la representación que podríamos denominar perfecta o ideal, mediante el negocio de apoderamiento el *dominus* confiere al representante un poder para que, en uso de él, ejercite determinadas facultades y realice operaciones de asuntos propios del *dominus* y que a él sólo interesan. Tal suele ser el caso del mandato representativo. Ahora bien, puede ocurrir que tres propietarios de un solar decidan edificar sobre él y acuerden que uno de ellos se ocupe del negocio y convienen en consecuencia en facultarle para contratar la obra, los materiales, declarar la fábrica que se edifique y vender en nombre de los tres copropietarios las distintas unidades inmobiliarias que resulten de la construcción. No podrá negarse en este caso la coexistencia formal de tres intereses coincidentes, de modo tal que el interés del representante se funde y confunde con el de sus representados: por lo tanto, coexisten y coinciden y se ejercen conjuntamente (34). Pero, además de la hipótesis enumerada, se presenta también, aunque como negocio y operación atípicos, el caso de que el asunto por el que actúa el representante sea suyo propio o de un tercero distinto del representado. Así, por ejemplo, cuando el deudor apodera al acreedor para que enajene (35) determinado bien y se haga cobro del crédito con el precio; o cuando existe propiedad fiduciaria, con fines de garantía. Pensamos también en aquellos casos en los que el deudor A, confiere a B un poder de representación para que éste con cargo a los bienes de A pague a un acreedor C, que es el verdadero y final interesado.

No cabe duda, pues, de la improcedencia de elevar a dogma incontestable y absoluto el concepto del interés del representado (36), como no se habla de un interés formal y aparente o interés no siempre directo, sino en veces reflejo y relativo. De cualquier modo, sin embargo, en todos los casos el interés será indirecto, pues inclusive en el mandato representativo con fines de cesión o de garantía siempre podrá hablarse del interés del representado en el pago de su débito o en que el acreedor —representante o no— tenga asegurado su crédito (37).

(34) SANTORO PASARELLI, Francisco: *op. cit.*, pág. 344.
(35) Sobre el tema, JORDANO BAREA, Juan: "Mandato para enajenar". Anuario de Derecho Civil. Madrid, 1950.
(36) MINFRVINI, Gustavo: *op. cit.*, pág. 42 y ss.
(37) RUBINO, Doménico: *op. cit.*, pág. 157-167

La coexistencia de intereses con un tercero explica el poder irrevocable (artículo 153), así como la ineficacia de la revocación parcial cuando son varios los representados (artículo 150).

83. LA ABSTRACCION CAUSAL DEL PODER

Interesan ahora algunas breves reflexiones sobre la causalidad del poder de representación. Ya está dicho que en mérito de este poder el representante de asuntos ajenos declara que actúa en nombre de otro o indica que a este otro deben atribuirse las consecuencias de la gestión de suerte que el representante queda fuera del marco o relación jurídica creada entre el tercero y el *dominus* (38). En otras palabras, existe cierta independencia entre el negocio de apoderamiento y la actividad realizada o negocio concluido en uso del poder. Es importante resaltar esta circunstancia, pues ha de tener influencia en la eficacia del acto celebrado en representación, según el conocimiento que de la causa de la actuación representativa tengan los terceros.

Así es, no es que el negocio jurídico de apoderamiento carezca de causa —en el sentido de función económico-social, que es la de investir a otro con cierta cualidad personal y por cuya conducta repercuten en el *dominus* ciertos derechos y obligaciones (39)—, sino que la relación (de mandato, de servicios, de sociedad o de otra especie) entre el *dominus* y el gestor representante no precisa quedar reflejada en el negocio del apoderamiento. El tercero ante quien se ejercita el poder de representación queda fuera de la causa de apoderamiento, precisamente porque la finalidad de éste es otorgar credencial representativa, lo que es distinto del motivo, causa subjetiva o finalidad que justifica que se extienda esta credencial.

La independencia causal explica que sea válido el negocio celebrado en representación de buena fe si se ignora el fallecimiento del representado. Porque en este caso se desvincula el tercero de la relación subyacente entre las partes representante y representada. Lo mismo ocurre cuando el tercero de buena fe contrata con quien cree representante en la ignorancia de la revocación del poder; o en el supuesto del mandato representativo en uso del cual el mandatario se excede de las facultades para las que le autorizó el mandante (relación interna), aunque en el poder se le otorgaron atribuciones adicionales, sobre las cuales pactó el tercero (relación externa).

En el espíritu de su crítica a la teoría de la abstracción causal (40), Castro y Bravo sostiene en otro lugar (41) su "repulsa del carácter abstracto del poder", amparando su posición en que no puede concebirse el poder como "una rueda loca, cuando puede funcionar en conexión con el motor que le pone en movimiento". Esto es cierto, qué duda cabe, cuando la representación se otorga a la vista de un mandato o de una locación de servicios, y teniéndose en mente la actuación del poder para un acto determinado. Sin em-

(38) En contra, de modo insistente GORDILLO, Antonio: "La representación aparente", pág. 68 y ss. quien al reconocer que la cuestión que examina es una de las más polémicas, puntualiza: "La representación otorgada no puede tener existencia autónoma, tampoco su funcionamiento y vicisitudes pueden ser distintas a las de la relación fundamental o subyacente nacida del mandato".
(39) GULLON BALLESTEROS, Antonio: *op. cit.*, pág. 219.
(40) CASTRO Y BRAVO, Federico: "El negocio jurídico", págs. 293-296.
(41) CASTRO Y BRAVO, Federico: "La representación", págs. 122 y ss.

bargo, cuando el apoderamiento se extiende de modo amplio y general con el único propósito de ser representado y sin que entre el *dominus* y el gestor exista otra intención que la de ser representado o la de colaborar representando, o incluso cuando el *dominus* ratifica la actuación representativa (lo que revela falta absoluta de causa al momento de atribuirse una representación inexistente o insuficiente), no podrá negarse el carácter abstracto del poder, si por abstracción entendemos que la causa no está aparente en el negocio (42).

Sobre la base de los criterios expuestos, podemos definir el negocio de apoderamiento como aquella declaración de voluntad unilateral (43) y recepticia (44) por la cual una persona autoriza a otra (u otras) para que actúe en su nombre de tal modo que los efectos de esta actuación recaigan en el poderdante como si él mismo hubiese actuado (45). Se trata, pues, de un negocio de investidura de una cualidad jurídica para el representante y que se enfoca hacia los terceros con quienes éste ha de tratar. Son los terceros los destinatarios finales del apoderamiento (46), a diferencia del mandato, cuyo destinatario es el mandatario.

---

(42) MOSCO, Luigi: *op. cit.*, pág. 162 y ss, habla de una abstracción que se traduce en independencia de origen, contenido y vicisitudes.

(43) HUPKA, Josef: "Sólo la categoría de acto unilateral se ajusta a la naturaleza jurídica del apoderamiento (. . .). El poder no toca en lo más mínimo la esfera del apoderado como tal: no deriva éste de aquel ni obligaciones ni derechos, sino solamente la aptitud jurídica (. . .) Falta, por tanto, una razón intrínseca para hacer depender el nacimiento del poder de representación de un acto de aceptación del apoderado". *op. cit.*, pág. 20.

(44) En contra, GORDILLO, Antonio: "La representación aparente". Universidad de Sevilla. 1978. En página 31: "En nuestra opinión, sin embargo, el apoderamiento constituye un caso de declaración no recepticia. Para apreciar justamente el significado de esta opinión será necesario fijar previamente el concepto de declaración recepticia y, para ello, seguir a Giampiccolo en el triple escalonamiento siguiente:

a) Toda declaración ha de ser dirigida a ser conocida por los terceros, pero no por ello toda declaración ha de ser dirigida (indirizzata) hacia otros.

b) La declaración de este último tipo es una declaración dirigida, pero no toda declaración dirigida, es también declaración recepticia.

c) Es recepticia la declaración que, a más de ser dirigida, debe llegar a conocimiento de los terceros interesados para que produzca sus propios efectos, pudiendo tener, según los casos, destinatarios determinados o indeterminados.

Así planteada la cuestión se hace necesario distinguir entre los efectos de la declaración de apoderamiento y los efectos del negocio que, en su condición de representante, realiza el apoderado. Insistiremos más adelante en que tanto el representante como el tercero necesitan del apoderamiento al concluir el negocio representativo. Ahora bien, cosa completamente distinta de ésta es el pretender que la declaración se apoderamiento necesite ser efectivamente conocida para que desarrolle su peculiar efectividad; aquella que va a permitir poner la base principal para la especificación de la actividad gestoria como actuación directamente representativa. Esta eficacia depende en su ser, exclusivamente, de la voluntad del 'dominus' , y en esta misma eficacia se agota la función del apoderamiento. Lo demás dependerá del negocio representativo. Esta es, en efecto, la opinión de Giampiccolo: el representante no deja de estar autorizado para actuar en nombre del *dominus* (y, por tanto, la procura ha producido ya su propio efecto) por el hecho de no entrar en relación con algún tercero, dejando así de ejercitar el poder que se le otorgó.

(45) CASTAN TOBEÑAS, José: *op. cit.*, Tomo I, Vol II, pág. 753. Limita la actividad representativa a la autorización para concluir uno o varios negocios jurídicos, dentro todavía de la teoría restringida de actuación en el marco negocial y no en toda la actividad jurídica.

(46) Aunque se discute si debe también el representante ser el destinatario, o si deben representante y terceros al mismo tiempo. El tercero, desde luego, no tiene que ser determinado.

Lo que no obsta, por cierto, para que con frecuencia, y hasta diríamos que normalmente, coincidan el mandato con la representación. Porque, como decíamos, el apoderamiento tiene de ordinario su origen en el mandato o en otro tipo de relación jurídica entre el 'dominus' y el procurador de sus intereses. De cualquier modo, sin embargo, este negocio de investidura y eventualmente de ratificación de poder, inicia una singular relación jurídica cuyas notas características coinciden con las del mandato. Relación jurídica que ha de nacer porque, como observa Soto Nieto (47), "no basta con vincular a una persona en la relación jurídica asumida por otra, el hecho de que esta última proclame su gestión como conectada a los intereses del principal, en cuyo nombre y por cuya cuenta se actúa. Ello no sólo es indiciario de que la in[illegible]ón del que concluye el negocio va encaminada a la regulación de ajenos intereses. Sólo surgirá el negocio representativo con fuerza arrolladora para el representado, cuando medie su autorización al respecto, confiriendo al celebrante el oportuno poder de representación, lo que le legitimará para emitir declaraciones de voluntad que valgan como formuladas por el *dominus*. Así será posible que la actividad del sustituto vaya más lejos de una voluntariosa colaboración y pueda desplegar efectos en interés exclusivo del tercero autorizante".

84. LA CAPACIDAD EN LA REPRESENTACION

Cuando la representación no fuera legal, sino conferida por el propio interesado, para la validez del acto jurídico que celebre el representante con tercero, basta que el representante tenga capacidad de entender y de querer, tenida en cuenta la naturaleza y el contenido del acto, siempre que el representado sea legalmente capaz. En todo caso, para la validez del acto jurídico celebrado por el representante, es necesario que ese acto no le esté prohibido al representado.

El principio anterior (que estaba incorporado en el artículo 14 del Proyecto de la Reformadora) establece con relación al representante una regla general —que, por lo tanto, admite excepciones— según la cual basta que el representante tenga capacidad de entender y de querer. Este requisito de entendimiento y de voluntad es suficiente para la validez de los actos concluidos en representación voluntaria. Sin embargo, no es bastante si la representación fuera legal, esto es, si no fuera otorgada por la voluntad del apoderante representado. En la representación legal es forzoso que el representante tenga plena capacidad de obrar. Veamos por separado los requisitos que han de tener los sujetos o polos de la relación jurídica que nace por la aceptación de la representación.

a) El representado.— Aquí ha de distinguirse según se trate de personas físicas o jurídicas, pues ya dijimos que estas últimas además de representantes orgánicamente necesarios para expresar la voluntad de y para la sociedad, pueden tener también representantes voluntarios, si bien generalmente con facultades o atribuciones más restringidas que las correspondientes a los representantes legalmente necesarios. En principio, la ley exige que el representado por su propia voluntad sea legalmente capaz, pero obviamente ha de entenderse que se alude a capacidad legal de obrar y no sólo capacidad jurídica. Debe ser así, pues quien no tiene ca-

---

(47) SOTO NIETO, Francisco: *op. cit.*, pág. 117.

pacidad de obrar y, por lo tanto, autonomía privada jurídicamente reconocida para comprometerse por sí, tampoco puede comprometerse previamente a lo que otro haga en su nombre.

Ahora bien, con lo dicho no ha de significarse que el acto celebrado por quien representa o dice representar a quien resulta ser incapaz de obrar, se tiene como inexistente. En este punto deben recordarse las ideas expresadas en torno a las incapacidades absoluta y relativa y tomar en consideración las reglas generales de la nulidad y anulabilidad. Según ello podemos anotar que el acto celebrado por el representante puede surtir efectos y tener validez plena en caso de ser confirmado el negocio en los casos que resulte posible. Y aun sin que sea necesaria convalidación de algún tipo, pues entendemos con Albaladejo (48) que aunque no se tenga plena capacidad se puede otorgar poder para actos permitidos.

Desde luego, con relación a las personas físicas, también ha de atenderse a la situación de los privados del derecho de administrar sus bienes por motivos de quiebra o de insolvencia. Está claro que si no pueden proceder por sí mismos, tampoco pueden hacerlo por representante, pero que una vez suprimida la interdicción, si los actos del representante no han sido impugnados por los acreedores, pueden ser convalidados expresa o tácitamente por el *dominus*.

En lo que atañe a la representación voluntaria de las personas jurídicas, la cuestión no radica tanto en la capacidad de obrar del poderdante, sino en su legitimación como tal. Así es, la representación voluntaria que se otorgue por quien no ostente capacidad legal suficiente de representación de la entidad moral, o no haya sido investido con representación voluntaria susceptible de delegación o sustitución, no es válida, porque el otorgante no está legitimado legal o convencionalmente para instituir un representante. En este sentido, aunque la persona jurídica sea capaz, no lo ha evidenciado, porque no ha expresado su voluntad por los canales adecuados.

Con relación a la persona del *dominus* o representado, no puede perderse de vista que el acto de apoderamiento y, en su caso, la ratificación, emanan de una declaración de voluntad que queda sujeta a todas las reglas y disposiciones respectivas. Como de este acto de autonomía privada que se traduce en una declaración surge una relación jurídica, todas las vicisitudes de la misma —en su origen, desarrollo y extinción— siguen las normas sustanciales de los negocios jurídicos.

(48) ALBALADEJO, Manuel: "El negocio . . . ", pág. 357, señala que: "La tesis de que se precisa la capacidad necesaria para el negocio representativo, se apoya en que al darse el poder, se hace posible la celebración de aquél, y en que exigir la capacidad general resulta excesivo, cuando el poderdante puede celebrar, con menos capacidad, el negocio para el que apodera a otro, y resulta insuficiente, si para este negocio hace falta una capacidad superior a la general. Y la tesis de que sea precisa la capacidad general, se apoya: en que un negocio jurídico ha de regirse por sus reglas especiales, y, en su defecto, por las generales a su capacidad requerida para el negocio representativo; y en que una cosa es éste y otra el apoderamiento, y si bien cuando se realice aquél, deberá ser capaz de realizarlo por sí el representado, cuando otorgue el poder no precisa una capacidad que la ley sólo exige para el acto futuro".

b) El representante.— Ni la ley lo prohíbe, ni se opone a la dogmática de la representación, que para ser gestor o procurador de los asuntos de otro por virtud de concesión voluntaria de poder, sea suficiente en principio tener capacidad de entender y querer. Creemos, pues, que para ser representante basta (generalmente) poseer sensatez suficiente y adecuada formación para poder optar: no hace falta la mayoría de edad. Se trata, pues, de dos conceptos diferentes: el entendimiento apunta a la capacidad de comprensión y raciocinio en relación a información procedente del exterior del sujeto, en la asimilación ordenada de circunstancias o impulsos ajenos; la capacidad de querer viene a ser la coherencia interna de lo asimilado para llegar a una conclusión o determinación fijando prioridades y descartando alternativas, de modo que la opción que se exterioriza es primero una certidumbre de la decisión interna y luego un querer, tener voluntad, deseo o intención de que la opción final es la que se estima conveniente o correcta. (IX).

Por lo demás, si algunas disposiciones (artículos 455, 457, 1358) autorizan al menor a realizar ciertos actos o negocios para sí, con mayor razón cabe que los haga para terceros, bajo responsabilidad de ellos.

Pero decíamos más arriba que estas cualidades de entendimiento y decisión bastan sólo en principio, pues no siempre son suficientes, ya que la capacidad debe juzgarse teniendo siempre en cuenta la naturaleza y el contenido del acto.

Ello obedece, como fácilmente se comprenderá, a la necesidad de que ante los terceros el representante tenga un mínimo de condiciones naturales que le permitan tratar en un plano de equivalencia. Pero, además, Betti (49) señala que el interés del representado puede justificar esta reducción de las exigencias legales, pues se amplía su marco de elección de posibles gestores. La realidad demuestra también que la edad no es indicio de entendimiento ni de luces y, a veces, la confianza indispensable que el *dominus* debe depositar en el representante aconseja prescindir de criterios objetivos. Otra cosa es que la representación vaya unida a un mandato, en cuyo caso, para celebrarlo —pues se trata de un contrato—, se requerirá la capacidad en el mandatario que se exige para todo contrato (50).

Y tan se prescinde de objetividad de la capacidad natural del representante, que la misma se debe juzgar en función del negocio o acto jurídico por el que ejerce su cualidad de intermediario, teoría que encuentra respaldo en la que justifica el artículo 1358. Ahora bien, ¿quién y cuándo decide que por la naturaleza y contenido de una cierta conducta del representante el acto que celebre carece de validez?. La cuestión no es clara, porque además el fenómeno representativo excede el ámbito de los actos jurídicos negociales a los que exclusivamente se refiere el artículo (51). Pero esto último, o sea, la naturaleza y contenido de los actos no negociales y la participación en ellos del representante no es tema de este estudio

(49) BETTI, Emilio: "El negocio . . . ", pág. 445.
(50) MINERVINI, Gustavo: *op. cit.*, págs. 54-55.
(51) Basado en el artículo 1389 del Código Civil italiano, que alude a la gestión representativa en los contratos.

Decíamos: ¿quién y cuándo decide que el acto no es válido y por ende puede impugnarlo?. Creemos que no podrá ser el representado, si su gestor ha actuado dentro de los límites de las facultades recibidas. No puede ser de otro modo, pues si el *dominus* otorga poder a quien no tiene capacidad legal, pero sí natural para obrar, debe asumir las consecuencias de haber confiado en su apoderado (salvo que éste le hubiera engañado haciéndole creer a aquel que contaba con capacidad legal. Pero ello dará lugar a las acciones de responsabilidad entre poderdante y apoderado, sin repercutir en los terceros).

Tampoco creemos que el tercero pueda invocar incapacidad de entender y de querer del representante en un caso determinado, si el tal tercero ha aceptado negociar, tratar y comprometerse con el gestor sabiendo que era incapaz, aunque las consecuencias jurídicas del negocio recaigan en el haber del representado. Y aunque ignorara la falta de entendimiento y voluntad —lo que en un negocio de importancia no deja de ser negligencia—, tampoco el tercero podrá impugnar la operación si el propio representado, que es el titular final de derechos y obligaciones, consiente en vincularse y sentirse comprometido por la voluntad de su procurador.

De otro lado, hay que recordar que la disciplina de la representación voluntaria recoge multitud de conductas que abarcan y comprenden desde el linde de la actuación emisaria o receptora hasta el más amplio derecho para implicar activa o pasivamente al *dominus*. Porque, desde luego, es diferente el supuesto de quién recibe representación para celebrar un negocio concreto dentro de cierto márgenes, de aquel que cuenta con legitimación completa para comprometer todo el patrimonio del poderdante. De lo que inferimos que no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza y contenido del acto, sino las atribuciones del representante que pueden ser conocidas. En esto, pues, juega la buena o mala fe del tercero.

Obviamente no hay razón desde un punto de vista jurídico, para impedir la intervención en el negocio de quien no siendo legalmente capaz, sí sabe y puede entender. Particularmente en el caso de la representación llamada pasiva. Dice García Valdecasas (52):"En la representación pasiva se requiere que el representante esté en situación de conocer que la declaración a él dirigida está destinada al representado. La declaración produce sus efectos directamente para el representado cuando llega a conocimiento del representante, aunque éste no se la comunique al representado o se la transmita incorrectamente.

Puesto que el representante pasivo no emite ninguna declaración de voluntad, no se requiere que tenga capacidad negocial, pero sí la suficiente capacidad natural para entender la declaración que recibe. Del representante pasivo hay que distinguir el llamado mensajero de recepción, es decir, la persona de que otro se sirve para facilitar la llegada a su poder de las declaraciones que se le dirigen. Es el caso de aquellos auxiliares, como criados, dependientes, porteros, encargados

(52) GARCIA VALDECASAS, Guillermo: "Derecho Civil español. Parte General", pág. 411.

de recibir las declaraciones, particularmente las escritas, dirigidas a su patrón".

Por último, ¿puede el propio incapaz invocar su insuficiente capacidad? Parece difícil una vez celebrado el negocio, pues si él no es parte del mismo no tiene directo interés en la declaración de invalidez. Y en todo caso, la acción no podría prosperar si actuó de acuerdo a las facultades con que contaba y el tercero procedió de buena fe. Desde luego, la acción también le está vedada a los representantes legales del incapaz legal, pero capaz de entender y querer.

Tampoco creemos que una autoridad judicial pueda, de oficio, declarar la invalidez si la nulidad no es manifiesta. Pero si hubiera tal nulidad, habrá de invocarse la causal pertinente que no podrá ser la incapacidad de entendimiento y de querer, sino otra de las legalmente contempladas en el artículo 219 del Código.

En conclusión, salvo la mala fe del tercero, no vemos modo de declarar la invalidez por este motivo. Otro problema distinto es el del enriquecimiento del menor incapaz de entender y querer, pero eso tiene reglas diferentes que se tratan en otro lugar. En sede de *lege ferenda* en lugar de haberse suprimido el artículo 14 del Proyecto, hubiera sido preferible una solución consistente en autorizar la representación a los mayores de 16 años y prohibirla a los menores de dicha edad. De este modo, también se hubiera asegurado a los terceros, que con sólo exigir al representante la acreditación de su edad, decidirían si lo aceptan o no como representante. Ante el vacío innecesariamente creado por la eliminación del precepto proyectado, larga tarea queda a los tribunales.

Para la validez del acto jurídico celebrado por el representante es necesario que ese acto no le esté prohibido al representado. No creemos que este párrafo requiera mayores explicaciones, pues su justificación salta a la vista. Es obvio que el negocio jurídico que le está vedado al representado, no puede celebrarlo por otra persona de suerte que produzca efectos válidos directamente para él. Admitir lo contrario es posibilitar el fraude a la ley.

> "ARTICULO 146.– Se permite la representación entre cónyuges".

No reviste este precepto complejidad alguna.

> "ARTICULO 147.– Cuando son varios los representantes, se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes".

85. PLURALIDAD DE REPRESENTANTES

El artículo considera el caso de que haya pluralidad de representantes designados.

La regla es la siguiente: si el poderdante ha nombrado a varias personas sin precisar que deben actuar conjuntamente, o sucesivamente, o que sean apoderados para asuntos distintos, se presume que lo que haga uno cualquiera de ellos actuando individualmente obliga al representado. (X).

El contenido del artículo alude a distintas situaciones con distinto tratamiento:

a) La representación conjunta debe ser instituída expresamente. Para obligar al *dominus* se requiere la intervención ineludible de los dos o más designados, que son solidarios ante el representado. No basta que uno intervenga autorizado por los demás, ni que se haga lo que la mayoría decida (cfr. artículo 780). La representación es conjunta. En cualquier caso, el vicio de voluntad de uno sólo de los representantes puede ser causal de anulación (ver comentario al artículo 163).

b) Representación sucesiva. En la hipótesis de representación conjunta acabada de ver, el poder es uno solo. En la representación sucesiva, hay dos (o más) poderes, uno a cada persona, aunque deriven de un mismo documento. Las relaciones jurídicas entre el representado y cada representante son independientes, si bien para una misma labor general o específica.

   La norma alude a actuación sucesiva Se entiende que la mención ha de ser expresa o, por lo menos, que quede descartado que se desea actuación conjunta o indistinta.

   Actuación sucesiva significa que uno de los representantes deberá actuar después de otro. Sin embargo, ¿cuándo termina la representatividad de uno y empieza la de otro?. Como la ley silencia el punto, se deberá estar a lo que determine el representado. En defecto de manifestación hay que aplicar el criterio de conservación de la voluntad, o sea posibilitar la actuación representativa desde el momento en que el primer designado no puede o no quiere representar. Por tanto, la mera ausencia del primero produce la sucesión, sin que sea menester esperar a que se produzca una causal de fin de representación. En suma, salvo que del otorgamiento deba entenderse cosa opuesta, la finalidad querida por el representado debe respetarse permitiendo que el segundo nombrado actúe en defecto del primero (por ausencia, supongamos).

   Por último, no parece que deba acogerse sin reservas la tesis según la cual la actuación del sustituto equivale a revocación implícita del poder al primero. No sería de aplicación irrestricta el artículo 151, salvo que otros elementos de juicio derivados del poder o de las circunstancias permitan suponer tal revocación.

c) Representación para actos diferentes. En este caso no debe haber problema de ninguna índole. Aunque conferidas en un sólo documento, la representación obedece a actos de voluntad independientes entre sí, porque se enfocan a distintos propósitos. Obviamente, no cabe que los representantes colisionen entre sí.

d) Representación indistinta. Aquí la cuestión es más compleja: el representado confiere iguales facultades a dos personas distintas para que puedan representarle. Tenemos dos relaciones jurídicas autónomas, pero coexistentes.

El problema se puede plantear cuando realizan actos contradictorios entre sí, o cuando han sido encomendados para el mismo acto jurídico y lo realizan por duplicado, sin saberlo. Habrá que examinar cada caso por separado.

> "ARTICULO 148.– Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común".

86. SOLIDARIDAD

Lo primero que hay que preguntarse con relación a esta disposición es a cuáles representantes respecta, pues acabamos de ver en la norma precedente que pueden ser de actuación conjunta, o indistinta, o sucesiva, o para actos distintos. La hermenéutica es delicada y, sin embargo, de graves consecuencias por la solidaridad que se impone. Pues bien, por mucho que se examine el mandamiento, no parece haber vuelta de hoja: todo induce a considerar que los engloba a todos cuando se designen "por acto único y para un objeto de interés común".

Lo segundo que hay que observar es que la solidaridad que establece debe enfocarse no solamente en favor del representado, sino eventualmente también en beneficio del tercero con quien los representantes contraten. El precepto sólo disciplina el interior de la relación representativa, cuya parte pasiva es múltiple, pero ha omitido referirse a la eficacia externa de la representación. Por tanto, en cada caso concreto, dependiendo del acto que se celebre con terceros, deberá indagarse si es posible aplicar dicha solidaridad en caso de responsabilidades. (XI).

Como es natural, el representado puede dispensar la solidaridad. El artículo contiene un mandamiento supletorio.

Lo concerniente a que el poder "se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común" es materia poco diáfana y en definitiva habrá que esperar a conocer lo que oficialmente digan las actas de la Comisión Revisora, puesto que esta norma no figuraba en el Proyecto de la Reformadora.

La primera observación que suscita se vincula a lo de acto único y trae a la mente lo previsto en el numeral 225: el acto jurídico no debe confundirse con el documento que lo contiene. Dicho esto, ha de afirmarse que las credenciales de representación pueden ser varias, porque pueden ser varios los representados, y sin embargo derivar de un solo acto jurídico. Por lo visto, lo que el legislador presumiblemente quiere es que los apoderamientos se encuentren imbricados y condicionados entre sí.

Lo del objeto de interés común es lo que parece justificar tanto la solidaridad como la imbricación que venimos de señalar. El interés común ha de entenderse razonablemente como común de los representantes. De otra

manera la solidaridad no se explica, ya que si un representante lo ha sido para comprar un bien inmueble y otro para administrar el patrimonio mobiliario, nada hay que sustente la solidaridad. Por lo demás, interés del representado siempre lo hay, aunque no sea exclusivo, como hemos visto; si no estuviera interesado ¿a qué otorgar poder?

El objeto debe aquí conceptuarse como propósito. Como intención de resultado que es pretendido en conjunto y con efectos para los representantes. A ellos les conviene y (lato sentido) les beneficia el poder y su ejercicio para lograr el propósito común apetecido, que puede consistir bien un solo acto o negocio jurídico, bien en una operación compleja.

A nuestro entender, el interés común de los representantes —o de ellos y el representado— ha de ser manifestado y objetivado. Tiene que evidenciarse de alguna manera, sea de modo expreso o tácito, pero indubitable. La mera coincidencia de intereses no es suficiente. Esta coincidencia debe ser de entidad suficiente y resultar de ella que justificó la imbricación de los poderes a los dos representantes y el otorgamiento de los mismos. En otras palabras, el beneficio de solidaridad que la ley concede al representado supone que éste soporta el deber de hacer visible a los representados (o resultar notorio por la naturaleza del negocio) la solidaridad que sobre ellos pesa.

La obligación solidaria, dicho todo lo anterior, puede ofrecer una doble vertiente en la literalidad del artículo. Por un lado obligatoriedad de cumplir aquello para lo cual se otorgó poder conjunto o indistinto, o sucesivo o para actos distintos cuando el propósito querido —operación compleja o conjunto de actos— así lo justifique. Por otro lado, solidaridad para responder ante el otorgante por el mal uso del poder.

Salvo mejor opinión, no creo que el artículo bajo análisis pueda ser entendido de otro modo.

> "ARTICULO 156.– Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad".

87. EMISION DE DECLARACION

Como derivada de un negocio jurídico y precisamente de un acto de voluntad, la representación puede conferirse de ordinario por declaración de voluntad expresa o tácita. Nada obsta tampoco para que se confiera verbalmente o por escrito, o se infiera de modo inequívoco de actitudes o circunstancias de comportamiento del *dominus* que permitan a los terceros, y aún al propio representante, considerar que se ha otorgado poder y el contenido del mismo. Sólo excepcionalmente se exige la facultad indubitable. Problema diferente es el del apoderamiento presunto del que se hablará al comentar el artículo 165.

Doctrinariamente se admite sin reservas la representación tacita, en el sentido de actos positivos o negativos del representado que evidencien de manera inequívoca su intención de hacerse representar (53).

---

(53) Refiriéndose al otorgamiento de mandato tácito, una sentencia del Tribunal Supremo español (2/6/81) exige que los actos del mandante sean unívocos, o sea que no se presten a ser interpretados diversamente y sean de tal forma concluyentes que den a entender la existencia de una determinada declaración de voluntad y sean incompatibles con toda otra. Es decir, es forzoso que los actos de los que se derive el mandato tácito impliquen de modo evidente y palmario la intención de instituir mandatario.

(54) DIEZ PICAZO, Luis: "La representación", pág. 161.

Así, por ejemplo, autorización representativa tácita —derivada de actos concluyentes— positiva, la vemos en todos aquellos casos en los que el *dominus* ejerce los derechos y obligaciones que para él hubiera adquirido una persona que actúa como representante. Son también frecuentísimos los supuestos de poderes a plazo determinado que, una vez vencidos, los interesados los mantienen en tácita vigencia. Apoderamiento tácito por hechos omisivos o negativos aparecerá cuando el *dominus* tolere (artículo 306) de modo permanente la función representativa del otro. También es el caso de quien reiteradamente consiente que su representante exceda los límites del poder. Naturalmente, como todas las declaraciones no expresas o directas, el apoderamiento tácito habrá que juzgarlo en cada ocasión con arreglo a los elementos probatorios de que se disponga, la propia conducta de representado y representante, la actuación de buena fe del tercero, y teniendo presentes las reglas que para dilucidar el problema propone Diez Picazo (54):

Un apoderamiento tacito manifestado por actos concluyentes del *dominus* realizados exclusivamente frente al representante. El representante queda apoderado o investido del poder en la medida que tales actos revelan una voluntad de apoderamiento. El tercero no tiene necesariamente que conocer de manera directa tales actos para que surja frente a él el efecto representativo, pero la producción de este último pende de la existencia razonablemente inducida de aquella voluntad.

Un apoderamiento tácito por virtud de un comportamiento del *dominus* ante el tercero. En tal caso, más que decir que el agente ha quedado apoderado, una contemplación realista del fenómeno lleva a pensar que el *dominus* ha quedado, como consecuencia de sus actos, privado de posibilidad de impugnar la gestión representativa por la inexistencia del poder. La situación es entonces valorada objetivamente y con independencia de la voluntad que pueda haberla guiado

Todo lo acabado de exponer tiene sus excepciones: son las que vienen previstas en los artículos 156 y 167, que no ameritan singulares comentarios Para los actos mentados, no se admite una declaración de voluntad tácita; se puntualiza que el poderdante tiene que conceder "autorización expresa". Obviamente, es de aplicación el segundo párrafo del artículo 141: no cabe inferir la voluntad de quien otorga el poder por actitudes o circunstancias de comportamiento que pudieran parecer favorables a otorgar poder para celebrar estos actos.

Con esta política legislativa se pretende obviamente proteger al tercero, que es el destinatario y ante quien se ejercita la representación. Se desea que el tercero no se vea obligado a indagar la intención del poderdante a través de su conducta o por medios indirectos. La ley ha querido para estos casos concretos claridad de contenido expresivo, lo que es igual a mención concreta de las atribuciones conferidas.

88. LA FORMALIDAD

Para celebrar la mayoría de los negocios jurídicos, impera absoluta libertad de formalidades (artículo 143). El apoderamiento es un negocio jurídico y, por tanto, se alínea en el mismo sentido: para la validez del acto que instituye un poder no requiere la ley la observancia de formalidad especial. (existen excepciones, como las del artículo 87 *in fine*).

Si lo acabado de decir sobre libertad formal es el principio admitido, el artículo 156 viene a sembrar la duda, pues no deja claro si la sanción afecta al apoderamiento o al acto de disposición o gravamen. La norma viene heredada de la contenida en el numeral 1633 del Código antiguo y la jurisprudencia ha sido vacilante (Revista del Foro 1917, pág. 64; Rev. de los Tribunales 1937, pág. 447; Rev. de Jurisprudencia 1952, pág. 1855).

El codificador desgraciadamente ha vuelto a incurrir en el problema que originó la antigua legislación, al vincular la formalidad del apoderamiento con la naturaleza, origen y razón de la atribución patrimonial o constitución de derechos sobre bienes.

¿Se ha querido proteger al representado?. Tampoco es razón sólida. La representación reposa en la confianza y allá se las entienda el otorgante del poder si su elegido es infiel o abusivo. Podrá exigirle las responsabilidades del caso. No es necesario imponerle el otorgamiento de instrumento público, pues para ello bastaba exigir legalmente que la autorización fuese expresa o indubitable.

Por lo demás, al fulminar con nulidad se cierra el camino a la ratificación y a la confirmación, pues la nulidad obliga a celebrar el negocio nuevamente. Podría bastar la ineficacia o, a lo sumo, la anulabilidad.

En esta cuestión de formalidad, el codificador tenía dos opciones igualmente válidas: la que recoge el artículo 196 del B.G.B., según el cual la declaración de apoderamiento no necesita cumplir la formalidad requerida para el negocio al que el poder se refiere, porque son actos jurídicos diferentes, con voluntades diferentes; o la que recogía el artículo 17 del Proyecto, inspirado en el 1392 italiano, que dispone la ineficacia (que admite saneamiento) del poder si no cumple la forma prescrita para el acto que el representante debe celebrar. Nuestro codificador ha desestimado ambas opciones y conservado un mandamiento híbrido, demasiado impreciso y además draconiano al imponer una nulidad que obliga a repetir el acto inválido.

Todo conduce a pensar que por razones de prudencia siempre deberá otorgarse poder por documento público, porque según el artículo 156, el tercero siempre tendrá justa razón para desconfiar de la validez del negocio que celebra. Pues hasta para permutar un bien por otro, aunque el representado salga favorecido, hará falta cumplir la exigencia del precepto. Habrá que confiar que la jurisprudencia venga a precisar lo que entiende por acto dispositivo.

Pero los problemas del artículo no acaban aquí: el precepto dice también que el encargo debe constar de manera indubitable. Esto podría traducirse por cometido de algo concreto y específico. Hay que repudiar esta interpretación, demasiado estrecha y menuda que el texto propicia. Sería absurdo y entorpecedor y desnaturaliza la representación imponer que cada acto dispositivo debe encargarse de modo indiscutible y con exclusión de todo otro. En el contexto del artículo lo razonable es entender que hace falta autorización o permiso indubitable; que no ofrezca dudar que se han conferido tales facultades, pero sin que (normalmente) sea menester la mención del acto concreto.

Al legislar hay que hacerlo para solucionar problemas, no para crearlos o mantenerlos. Y decimos que el artículo 156 es problemático, como su antecesor, por las sutilísimas diferencias entre actos dispositivos y los de conservación y administración, con frecuencia imposibles de apreciar en la práctica.

Mas por si lo dicho fuera poco, el codificador ha impuesto para la concesión de ciertas facultades representativas unas obligaciones formales más severas que las que se demandan para el acto en que el poder deberá usarse. Ni la compra-venta o permuta, como actos dispositivos, ni la prenda como gravatoria de bienes requieren instrumentos públicos.

La tesis del artículo se presta a las más anchas y graves interpretaciones y aplicaciones. Se exige instrumento público que contenga el poder para celebrar el negocio dispositivo (o sea de enajenación o renuncia) más nimio, pero no para transigir sobre mejor derecho a poseer, ni para arrendar, o dar en comodato, o contraer obligaciones para el representado que aunque gravosas para él, no sean traslativas de propiedad, o para reconocer deudas, o para celebrar elevados contratos de obra, ni para otorgar fianzas (con excepciones: artículo 1870), etc. En todo caso, una demasiada generosa aplicación del precepto, permitiría impedir al representante que pagara deudas de su representado, porque para ello tiene que disponer de sus bienes, o incluso que las garantizara.

Para aplicar bien una norma legal, hay que entenderla, lo que significa conocer su razón de ser. Pues bien, este artículo tiene su razón, pero no es buena razón. Veamos: al imponer bajo nulidad el instrumento público, ¿se ha querido dar mayor garantía a los actos en los que se dispone o se grava la propiedad del representado?. Indudablemente eso no es suficiente, pues la gran mayoría de tales actos no requiere formalidad aunque los celebre directamente el propio interesado.

¿Se ha querido proteger al tercero? El argumento no se tiene en pie, porque al objeto de tutelar a los terceros ya existen los artículos 161, 164 y 165. El que contrate con el representante tiene una carga de responsabilidad y cuidado de atender a sus intereses y si no obstante apreciar que el representante no tiene las atribuciones que alega se aviene a reconocerlo como si los tuviera, asume responsabilidad consiguiente. Es un problema de prueba, y el tercero es libre de exigir las que quiera, sin que la ley deba inmiscuirse.

"ARTICULO 167.– Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:

1. Disponer de ellos o gravarlos.
2. Celebrar transacciones

3. Celebrar compromiso arbitral.
4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial".

No posee este artículo ninguna complejidad. La autorización a los representantes legales debe darla el Juez o el Consejo de Familia, según el caso.

"ARTICULO 164.– 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".

89. OBLIGACIONES EN LA REPRESENTACION

El artículo transcrito alberga dos mandamientos conceptualmente autónomos y cuya inobservancia tiene consecuencias diversas. Por tanto, también merecen diverso tratamiento. La primera parte de la norma alude a una de las obligaciones del representante; aprovecharemos para mencionar otras y para explicar también las del representado. La segunda parte concierne a la credencial del poder y de las facultades otorgadas, lo que enlaza, de algún modo, con la forma y prueba del negocio de apoderamiento.

90. OBLIGACIONES DEL REPRESENTADO PARA CON EL REPRESENTANTE.

Como es lógico, partiendo del representado la voluntad de instituir facultad de representación en otra persona, parece apropiado que nos ocupemos de él en primer término para reseñar sus obligaciones.

Por principio, aunque no por dogma, siendo el *dominus* el interesado en ser representado, ha de tener en mente las implicancias de su postura. Una postura jurídica que parte de un acto de autonomía privada por el cual no se desprende de ninguno de sus atributos jurídicos, sino que amplía su capacidad de ser vinculado.

Ahora bien, aun siendo el negocio de apoderamiento una declaración unilateral y recepticia, no es suficiente para dar origen a una relación jurídica. La institución de apoderado no basta para hacer nacer una relación jurídica entre éste y el representado. Esta relación, que crea un vínculo entre el *dominus* y el gestor, se perfecciona con la aceptación (expresa o tácita) de este último para quedar vinculado y asumir derechos y obligaciones que responden a un compromiso contractual de mandato, o de servicios, o de sociedad, o puramente gracioso, de colaboración desprendida de otro interés. Pero cualquiera que sea la razón originante de la relación representativa, esta relación encuentra su sustento en un principio de confianza que explica la elección de la persona y las obligaciones de ambos polos de la relación representativa voluntaria. Confianza, que, de paso hay que decirlo, se juzga subjetivamente en la representación voluntaria y objetivamente en la representación legal (véanse, por ejemplo, los artículos sobre la tutela).

Sobre la base de este principio de confianza se vertebran las conductas del *dominus* y del representante. Conducta que,en el caso del *dominus*, debe sujetarse en lo básico a las pautas siguientes:

a) **Proporcionar al apoderado todos los medios necesarios para que desempeñe adecuadamente su labor.** Si no lo hiciera, no podrá exigir responsabilidades al representante. La idea es amplia, pues se trata de que el representante debe tener las mismas facilidades de que disfruta el poderdante, no sólo de carácter económico, sino de comunicación e información y, en general, de conocimiento. No se concibe un buen representante que no conozca los intereses que representa o el objeto del negocio sobre el que ejercerá su cualidad representativa.

Esta regla debe concordarse con la contenida en el artículo 1796.1.

b) **Liberar al representante de responsabilidad.** Se entiende que se trata de responsabilidad tanto patrimonial como moral, y en el supuesto que la representación se haya ejercido en uso de las facultades encomendadas y no extralimitándose de las mismas, o negligentemente. Como complemento de lo dicho debe anotarse que el principal está obligado, lo que es esencial en la representación voluntaria, a asumir las consecuencias jurídicas derivadas de la conducta idónea del apoderado (55). Esto puede parecer verdad esencial, pero debe recalcarse cuando se recuerda que no necesariamente el negocio de apoderamiento requiere documentarse y que se admite la validez y eficacia del poder verbal. De lo que se deduce que el apoderado investido verbalmente que actúa en nombre del poderdante tiene derecho a exigirle, luego es obligación de éste, que haga conocer al tercero el hecho y los alcances del apoderamiento para impedir que este tercero no pretenda atribuir los gastos al representante. Pero de esto último se hablará al tratar la segunda parte del artículo que comentamos.

c) **Retribuir al representante, cuando así corresponda a la naturaleza de la relación jurídica previa que da lugar al otorgamiento de poder.** Así, el mandato, o los servicios, o si ha sido convenido, o si el representante tiene esta función habitualmente.

A este respecto debe hacerse notar, y León Barandiarán pone en ello especial énfasis (56) que, en principio, la retribución es debida prescindiéndose del éxtio o resultado fructuoso de la gestión realizada y citando a Manresa indica que "si la gestión realizada lo fue con la diligencia de un buen padre de familia y el mandatario cumplió perfectamente, (. . .) sería enorme injusticia gravar al mandatario (. . .) porque el negocio no haya tenido un resultado satisfactorio". Pero este principio tiene sus excepciones ya que la retribución puede haber sido condicionada al resultado del encargo, por la naturaleza del mismo o por convenio. Por ejemplo, piénsese brevemente en la representación que va enlazada al contrato llamado de corretaje. Sobre el tema, Garrigues (57) ha sido explícito el señalar que la retribución sólo tiene lugar en caso de llegar a buen resultado la gestión encomendada. Aunque debe aclararse –y en este sentido es lamentable la supresión del artículo 1647 del Código de 1936– que si el negocio no tuvo buen fin por dolo o culpa imputable al representante, el *dominus* puede eximirse de reconocer

---

(55) Artículo 402 del Código Federal Suizo de las Obligaciones.
(56) LEON BARANDIARAN, José: "Contratos . . . ", Tomo II, págs. 148-149.
(57) GARRIGUES, J.: "Curso de Derecho Mercantil", Tomo II, págs. 122 y ss.

la retribución. Con igual razón, la retribución será debida si la inejecución del encargo es imputable al representado (58) a pesar de haber puesto el representante los máximos esfuerzos.

91. OBLIGACIONES BASICAS DE REPRESENTANTE

Bajo el supuesto de que el representado se sirve del representante por la confianza que le merece en la tutela y gestión de sus asuntos (59), todos sus deberes quedan vinculados y giran sobre esta idea matriz. Por ello, la primera obligación del representante es la de fidelidad y lealtad a su principal (60).

Sólo en segundo grado está obligado, y de modo consecuente queda comprometido, a lo siguiente: a) seguir las indicaciones del representado y, a falta de ellas, a realizar cuantas diligencias sean razonables y de costumbre o uso para cumplir la gestión encomendada. Puede resumirse en un *deber de conducta*; b) rendición de cuentas, que no son sólo de carácter económico, sino de su actividad en general. Se reduce, en lo fundamental, a un *deber de información*. Estas dos nociones involucran, a su vez, otras obligaciones de carácter subsidiario o vinculado, por lo que conviene presentar en detalle todo el ámbito obligacional del representante. De todos modos, se advierte que de otras disposiciones de este mismo Título pueden extraerse obligaciones a cargo del representante.

a) Deberes de conducta.

El representante, sustancialmente, debe dar cumplimiento diligente al encargo para el que se le confiere el poder. Ahora bien, nótese que este encargo en modo alguno debe ser identificado con la tarea específica: la tarea forma parte del encargo que es, precisamente, representar. Aquí se advierten las notas coincidentes con el mandato, contrato según el cual basta con realizar una labor. En la representación la función es más sustanciosa, pues no se trata solamente de realizar la labor encomendada, sino de ejecutarla bajo el signo de la representación en nombre del poderdante. Así se explica la redacción del artículo, que impone al gestor premunido de investidura de representación voluntaria directa la obligación de declarar "que procede a nombre de su representado". Declaración que, como se ha dejado apuntado, no es menester hacer en la representación indirecta u oculta, pues en ella el representante actúa en nombre propio, aunque cumpla un mandato.

Ahora bien, los deberes de conducta no se agotan con la actuación en nombre ajeno. En esta actuación *alieno nomine* el representante debe comportarse según las indicaciones más o menos amplias impartidas por su poderdante. Indicaciones que se presentan de varios modos: externas, de modo expreso en el poder documentado o verbal comunicado al tercero, de suerte que éste ya conoce los límites de la conducta representativa; indicaciones internas, no reflejadas en un poder más amplio, por ejemplo, que no trascienden de la relación representativa y por lo tanto, que no podrán ser opuestas a terceros, quedando, sin embargo, el representante obligado a responder ante el representado por la sujeción a las indicaciones recibidas; indicaciones de amplitud o extensión de la representación; instrucciones de procedimiento, etc. De cualquier manera, parece claro que el deber de conducta incluye la realización de todos los actos que, aun no estando precisados, sean conexos o consecuencia de los encomendados (61).

(58) LEON BARANDIARAN, José: Ibídem.
(59) COVIELLO, Nicolás: *op. cit.*, pág. 436
(60) DIEZ PICAZO, Luis: "La representación . . . ", págs. 101 y 106.

Con relación al éxito de la gestión encomendada ya habíamos apuntado que en principio no es materia de la representación, pues ésta se reduce al desempeño de una actividad humana auxiliada de medios que el representado debe anticipar o reembolsar, en su caso. Lo sustantivo es el esfuerzo diligente y normal del representante, de modo que su negligencia o dolo —por acción u omisión— que cause perjuicio al principal, da lugar al derecho de indemnización a favor de éste. Obviamente el representante queda eximido de toda responsabilidad si la labor a su cargo no es lícita o excede del comportamiento usual y por dichos motivos no la lleva a cabo. Pero, aun en esta hipótesis, debe informar al representado. Si no le resulta factible dar esta información sobre la imposibilidad de cumplir el encargo, debe tomar las medidas indispensables e idóneas para proteger los intereses encomendados.

Con relación a la licitud del encargo conferido, es recomendable tener en mente la regulación contenida en el artículo 1912 del Código Civil argentino, el cual señala que "si por ser ilícito el mandato resultaren ganancias ilícitas, no podrá el mandante exigir que el mandatario se las entregue; pero si siendo lícito el mandato, resultasen ganancias ilícitas por abuso del mandatario, podrá el mandante exigir que se las entregue".

La diligencia de un buen representante no se limita tampoco a la escueta observancia de los lineamientos fijados por el principal. En este sentido, no se consideran traspasados los límites del encargo si se ha cumplido de un modo más beneficioso que el indicado (62). Corolario de ello, y en estrecha relación con el deber de fidelidad, es la obligación de actuar en beneficio (no necesariamente resultado exitoso) del representado, de modo tal que las ventajas no previstas —descuentos, por ejemplo— serán en beneficio del representado (63).

El deber de conducta lleva también aparejada la actuación personal (artículo 157), explicable por la confianza. Sólo de un modo excepcional y, en cualquier caso, derivado también de la confianza, puede el representante delegar o sustituir todas o parte de sus facultades. De ello se hablará en su oportunidad.

b) Deberes de información.

Aparte de que el representante debe informar a su principal de cualquier posible conflicto de intereses, debe también comunicarle el estado y el resultado de sus gestiones y, eventualmente, consultarle (véase artículo 248 Código de Comercio) y de no serle posible, proceder según los usos de comercio, si fuera el caso, o los usos y costumbres del lugar.

(61) MINERVINI, Gustavo: "El mandato", págs. 92-96, con todo detalle.
(62) Artículo 1634 del Código Civil de 1936.
(63) CASTRO Y BRAVO, Federico: "La representación", pág. 111.

Dentro de los deberes de información, deben citarse dos hipótesis que, aunque de dudosa aplicación en el ámbito de la representación mercantil, no deben soslayarse en lo civil.

— El representante está obligado a informar al principal acerca de aquellas circunstancias que puedan determinar la modificación o revocación del poder (64).

— El representante podrá separarse de las instrucciones recibidas y llevar a cabo el negocio cuando, siendo imposible comunicar al *dominus* nuevas circunstancias para él desconocidas, se pueda suponer razonablemente que habría dado su aprobación al cambio (65).

c) Rendición de cuentas.

También conexa a esta información es la obligación de rendición de cuentas, lo que implica justificar el gasto efectuado y su necesidad, tanto de los bienes, como de las sumas anticipadas por el poderdante, o suplidas por el representante y que deben ser reembolsadas.

Se ha discutido sobre la validez del pacto eximente de la rendición de cuentas. Creemos que no hay nada que lo impida. En primer lugar porque la ley no lo prohibe, como sí lo hace expresamente en el caso de la representación legal, concretamente la tutela (66).

De otro lado, pensamos que se trata de un pacto que no infringe norma alguna de orden público y, en cualquier caso, el propio interesado puede regular sus intereses como le plazca. Lo cual no ha de significar, claro está, que a la luz de circunstancias específicas no pueda invocarse la nulidad de acuerdo, o que por esta declaración de dispensa pueda actuar impunemente el apoderado. Porque la rendición de cuentas, como decíamos al empezar, no sólo involucra dineros anticipados o suplidos por el representado al representante, sino también recibidos de terceros y otro tipo de bienes. En modo alguno, pues, la dispensa de rendición de cuentas podrá justificar nada más —salvo indicación expresa— que la exención de explicación de las cantidades pagadas por cuenta del poderdante, pero no liberación de justificación y entrega de bienes o dineros recibidos en ejecución del encargo. Como toda cláusula liberatoria de obligación, deberá interpretarse restrictivamente.

Con relación a las cantidades o bienes recibidos por el gestor en ejercicio de su función representativa y que no se debieran al principal, queda el representante igualmente obligado a entregárselos. La representación no justifica el enriquecimiento del apoderado sin autorización del poderdante. Por lo mismo, los intereses, rentas y frutos en general de bienes susceptibles de producirlos y que lleguen a estar en poder del apoderado, son del poderdante.

Prescindiendo ya de la rendición de cuentas, parece evidente que el representante tiene también, derivada de la confianza depositada, la responsabilidad de cautelar los bienes que se le encomiendan para realizar el encargo o que reciba de terceros. En estos supuestos el representante es también depositario de bienes ajenos y deudor de los mismos mientras no los haya puesto a disposición del principal, que viene a ser acreedor, salvo que pruebe que la pérdida o el menoscabo han tenido lugar por circunstancias fuera de su control.

(64) Artículo 1710 del Código Civil Italiano.
(65) Artículo 1711 del Código Civil Italiano.
(66) Artículos 540 y 548 del Código.

d) Otros deberes del representante.

Aparte de los enumerados, figuran anunciadas a cargo de los representantes otras obligaciones en los artículos 147, 148, 153, 154, 155, 158, 161 y 166 que por separado se estudian.

En su caso también deberán tenerse presentes las obligaciones que surgen del contrato de mandato.

92. ACREDITACION DE FACULTADES

Dentro también de las obligaciones del representante, reza el artículo que debe acreditar las facultades de que está investido cuando fuera requerido a tal fin. Acreditar ante terceros, se entiende, y en la medida que le sea requerido en el desempeño de sus funciones. Pues no ha de olvidarse que aunque los terceros sean los verdaderos destinatarios de la representación, la validez del negocio de conferimiento del poder no queda supeditada a que les sea comunicado en el momento de su otorgamiento (67).

El dispositivo no puntualiza cómo deben acreditarse las facultades, por lo que es factible admitir cualquier medio que resulte razonable y objetivamente suficiente para la persona ante quien se debe ejercer la representación. A este tercero es a quien compete requerir al representante la confirmación y justificación de sus facultades y a observarlas por limitación en su extensión, o por insuficiencia de pruebas. Desde luego, no podrá desconocer la representación cuando venga suficientemente acreditada de modo directo ante el tercero o éste haya tenido medios suficientes (Registros Públicos, por ejemplo) para tomar cabal conocimiento del poder y su extensión, o deba inferirse de las circunstancias, como precisa el artículo 32.2 del Código suizo de las Obligaciones.

Tampoco debería el tercero, una vez concluído el negocio con el representante, pretender sustraerse a su cumplimiento alegando desconocimiento del poder o de las facultades, si fuera claro que las había aceptado sin reservas, o si fuera indiferente para él contratar con el representante o con el representado. Esto sería lógico. Pero desafortunadamente, a juzgar del artículo 156, aunque el tercero haya sido ostensiblemente despreocupado y no haya requerido la acreditación del poder, parecería estar legitimado para invocar la nulidad si argumenta que tal poder no consta por instrumento público, aunque haya disculpado el requisito.

De todos modos, hay que coincidir con Betti (68) en que el deber de hacer recognocible la representación variará con mayor o menor rigor según

(67) SANTORO, Francisco: *op. cit.*, pág. 349.
(68) BETTI, Emilio: "El negocio . . . ", pág. 432.

las mayores o menores formalidades del negocio y su naturaleza y trascendencia social o económica.

SECCION TERCERA

OBJETO, ALCANCES Y EFECTOS DE LA REPRESENTACION

> "ARTICULO 160.– 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".

93. LOS EFECTOS DEL NEGOCIO CELEBRADO EN REPRESENTACION.

Hemos visto hasta el momento, además de las notas generales de la representación, sus distintas clases y la diferencia entre representación y mandato, el negocio de apoderamiento, la emisión de la declaración de apoderar las formalidades y los sujetos que intervienen en la relación jurídica representativa. El artículo 160 y los que a continuación se analizarán conciernen fundamentalmente al objeto y a los efectos de la representación: a la ejecución de la autorización conferida para actuar por cuenta de otro.

El artículo 160 alude explícitamente a la representación directa; aquella por cuya virtud el representante es un nexo puente, de modo tal que sobre él no recaen las consecuencias jurídicas del negocio: se atribuyen al representado sin que entre éste y su representante sea menester un ulterior negocio de cesión. Esto nos obliga a hablar del objeto de la representación voluntaria directa, entendiéndolo como la autorización a otro para que incida y regule los intereses del otorgante. Autorización que nace de un acto unilateral de autonomía de la voluntad, que desde entonces tiene eficacia jurídica, pero que se perfecciona por su ejecución pues de nada valdría el poder conferido que no se comunica. Por eso decíamos, aunque hay quien opina en contra, que se trata de una declaración de voluntad unilateral y recepticia.

Debe hacerse notar que si bien la norma se refiere a efectos producidos "directamente", ello no es siempre rigurosamente exacto (69), si por directo se entiende que no hay intermediarios. Así es, piénsese en el supuesto de un negocio concluido por el representante y según el cual el tercero contratante se obliga a que otra tercera persona realice una prestación para el representado. Obviamente aquí los efectos no se producen de un modo directo entre las partes contratantes. Por directo, en consecuencia, sólo debe entenderse que los efectos jurídicos del negocio no recaen en el representante. Quizá por ello sea más propio decir que los efectos del negocio celebrado con poder se producen inmediatamente y de modo retroactivo para el representado (70), y sin producir efectos para el representante.

(69) Así lo reconoce, implícitamente, el art. 258 del C.c. portugués.
(70) PUIG PEÑA, Federico: "Compendio. . .", Tomo I, pág. 758. También MESSINEO, Francesco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 408.

Ahora bien, la autorización a una persona para que afecte al representado por la actividad que despliega, asume varias facetas y sólo una de ellas es la de actuar en actos jurídicos negociales. También, como hemos visto, se puede actuar negocialmente en interés, beneficio o asuntos del representado aunque no se actúe en su nombre. Pero el artículo en cuestión sólo alude a la actuación *alieno nómine*. Señalemos, pues, los requisitos para que los efectos se trasladen al haber del representado de modo directo.

En primer término hay que puntualizar respecto de este dispositivo 160, que ha omitido apuntar que los efectos recaen nominalmente en el representado *siempre y cuando* el representante haya actuado en su nombre. De lo contrario, el precepto no se entendería. Es menester, pues,que el apoderado indique el carácter de representación que ostenta. Pero ello no basta, debe indicarse también el nombre del representado y declarar que se actúa para él y por su cuenta. Por eso Trabuchi (71) puntualiza que el representante actúa en nombre ajeno y esto al mismo tiempo será signo de que se actúa por cuenta ajena.

Pero los efectos del acto realizado repercuten en el haber del representado sólo en la medida que el representante haya procedido dentro de las facultades que se le hayan conferido

Dentro de las facultades conferidas en el poder de representación, destinado a ser conocido por los terceros, se producen los efectos para el representado. Fuera de este marco del poder (o cuando no sea posible acreditar las facultades por tratarse de representación verbal o tácita), queda a la decisión del tercero admitir la intervención representativa. En su caso, será facultad del *dominus* aceptar el resultado de la actividad realizada para él pero sin su consentimiento. Esta aceptación tiene lugar mediante el mecanismo saneatorio de la ratificación.

94. IDENTICA ACTUACION DEL REPRESENTADO Y DEL REPRESENTANTE

Un supuesto en el cual el negocio puede no surtir efecto para el representado, aunque hayan obrado correctamente el representante y el tercero, ocurre cuando el propio *dominus* lleva a cabo primero el negocio encomendado, el representante lo ignora y después lo lleva a cabo él con otra persona. Por ejemplo, vender un inmueble. Ruggiero se pregunta (72): "¿Cuál de ambos prevalecerá?, ¿cuáles serán los efectos y las responsabilidades del representado y del representante entre sí o de entrambos con relación a terceros?'. Y agrega: "El problema es complejo y no puede resolverse con una fórmula sencilla. Se deben aplicar los principios siguientes:la representación no despoja al representado de la facultad de realizar por sí el negocio que debe realizar el representante; las voluntades del representado y del representante deben ser consideradas como una sola, o sea como voluntad del primero; por

(71) TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.*, Tomo I, pág. 154.
(72) RUGGIERO, Roberto de: *op. cit.*, pág. 279.

regla general, el negocio primeramente perfeccionado es el que tendrá eficacia: el otro no puede tenerla porque se ha agotado ya el objeto; el vínculo contraído con el tercero por uno o por otro, contrastando con la situación creada por el primer negocio, originará responsabilidad normalmente del representado, eventualmente del representante, si hubo culpa o error inexcusable; en general, deberá recurrirse a los principios del error" (véase comentario al artículo 151).

"ARTICULO 155.- El poder general sólo comprende los actos de administración.
El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido".

95. ALCANCE DE LA REPRESENTACION

Este artículo está inspirado en el 1632 del Código de 1936 y apunta que el poder formulado en términos generales sólo autoriza para actos de mera administración. Se hace, pues, distinción entre poderes generales y especiales. Precisando el concepto, hay que concordarlo con el artículo 156, que señala que para disponer de la propiedad del representado o gravarla, la facultad debe constar de modo indubitable y formalizarse por documento público.

Las facultades que se otorguen y la manera de mencionarlas nos permite hablar de:

a) Poderes especiales: serán aquellos que se extiendan para un acto o negocio determinado o para un tipo de actos o negocios. Así, por ejemplo, será especial el poder para pleitos, aun cuando comprenda diversos actos jurídicos procesales o negociales (transacción en juicio). O el poder para administrar un edificio, que puede comprender hacer contratos de obra, de servicios, realizar cobros y pagos, deslindes, etc.

   En la filosofía de este artículo, el vocablo 'acto' equivale tanto a acto jurídico como a actividad.

b) Poderes generales. Actos de administración: comprenden solamente los actos de administración normal. Siguiendo la tónica iniciada por el Código de 1936, no incluyen la disposición o gravamen de la propiedad del mandante u otros actos trascendentales (reconocimiento de paternidad, emancipación, adopción , matrimonio, transacción y ciertos actos procesales).

   En líneas generales, actos de administación son aquellos que no implican desprendimiento de bienes (o derechos) o que no significan abdicación del derecho para incorporarlos a un acervo patrimonial. Acorde con esto, no suponen, por regla general, enajenación o renuncia con provecho para otro, aunque no ocasione detrimento cuantitativo del patrimonio del enajenante.

A veces, sin embargo, es difícil dilucidar en la práctica si un acto excede o no la administración ordinaria y se convierte en dispositivo, de suerte que ante cada supuesto concreto tendrá que investigarse. De todas formas, pueden sugerirse los siguientes criterios generales.

- La modificación del patrimonio por reducción o sustitución del mismo es acto dispositivo.

- La utilización de los frutos o rentas del patrimonio puede ser acto de administración. Así, por ejemplo, el representante que introduce obras en un inmueble del representado. Siendo generales estos criterios, como se acaba de decir, siempre debe tenerse en cuenta al representado y la naturaleza de su patrimonio. (Véanse, entre otros, los artículos 51 y ss., sobre bienes del ausente; 104, incisos 5º y 7º, sobre fundaciones; 125, 128 y 131, sobre utilización de bienes y rentas de asociaciones, fundaciones y comités no inscritos; 292, sobre administación ordinaria del hogar; 313 y ss. sobre bienes de la comunidad de gananciales; etc. Del examen de estas normas puede apreciarse que ciertos actos normalmente de administración son asimilados en su control a otros dispositivos).

c) Poderes expresos: son aquellos en los que se menciona expresamente la facultad para realizar ciertos negocios. El poder expreso puede, a la vez ser general o especial.

"ARTICULO 165.- Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene el poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos".

96. PODERES DEL DEPENDIENTE

Para el adecuado estudio de este artículo, es imprescindible concordarlo con los artículos 278, 279, 280 y 284 a 289 del Código de Comercio (73) y explicar someramente sus alcances. En efecto, por dependientes ha de entenderse, en nuestra opinión, no sólo los así llamados por el Código de Comercio, sino también aquellas personas al servicio del empresario o principal, tales como factores y mancebos y todos aquellos que, por su cargo, labor o función, ostentan aparente y presumiblemente representación del titular de un establecimiento abierto al público, aunque su principal no ejerza actividad tendiente al lucro (74).

---

(73) También es interesante tener en cuenta los artículos 204, 222.4 y 248 del Proyecto y artículos 17, 32, 33, 179 y 278 de la Ley General de Sociedades.

(74) Piénsese en las cooperativas o instituciones de beneficiencias o religiosas.

En resumen, el texto del artículo debe ser leído y entendido con amplitud de miras, de suerte que pueda abarcar todos los supuestos de autorización representativa concedida por quien, en razón de su actividad más o menos permanente y estable, ha de tener tratos y comprometerse con terceros y no puede hacerlo de modo personal. No obstante este principio, sólo analizaremos los casos de mayor relevancia, pero dejándose constancia que el supuesto de la norma no debe restringirse a los establecimientos mercantiles que vendan bienes o presten servicios retribuidos. En tal virtud lo que pueda decirse de los dependientes de estos lugares deberá aplicarse, en su caso y cuando corresponda, a todo tipo de dependientes de establecimientos abiertos al público.

97. CASOS DE MAYOR RELEVANCIA

a) Factores.— El factor es un apoderado general colocado al frente de un establecimiento para realizar en nombre y por cuenta del empresario el tráfico o giro propio de aquel, de modo que administra, dirige y contrata sobre las cosas concernientes al establecimiento, sea fabril o comercial (75).

En principio, los factores negociarán y contratarán en nombre de sus principales y deben indicar en todos los documentos que suscriban en ejercicio de su cargo, que actúan por poder, cuenta, encargo o nombre de quien representen (cfr. art. 278 Código de Comercio). Los poderes a los factores deben inscribirse en el Registro Mercantil (artículo 21.6 del Código de Comercio). Sin embargo, aunque el poder no se encuentre inscrito en el Registro o el factor omita precisar que procede en nombre de otro, se entenderán sus actos hechos por cuenta del principal cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad, siempre que los contratos recaigan sobre objetos —o servicios, agregaremos nosotros— comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, o resultase que el factor siguió instrucciones de su principal, o éste aprobó su gestión. Pero, además, debe tenerse en cuenta lo prescrito en el artículo 29 del Código de Comercio, en cuanto preceptúa que los poderes no registrados no podrán utilizarse en perjuicio de terceros, aunque éstos podrán fundarse en ellos en cuanto les fueran favorables, sin que el principal pueda oponerse alegando falta de inscripción.

El artículo 277 del Código mercantil, habla de la actuación del factor "con más o menos facultades". Entendemos que a falta de inscripción del poder, si resulta ostensible que el factor actuaba como tal y sus actos no aparecen impugnados por el principal, sus poderes se suponen con las máximas facultades dentro del giro ordinario del negocio, por no constar de modo público o notorio sus limitaciones o restricciones.

En lo que atañe a la duración de la representación, se estimará subsistente mientras no sea revocado o se produzca el fallecimiento del poderdante o principal. Ante terceros, se presumirá que subsiste el poder mientras no se inscriba la revocación en el Registro Mercantil. Tal es el texto de la norma, pero creemos que tampoco los terceros podrán alegar falta de conocimiento de la revocación si se hubiera difundido de modo notorio.

(75) URIA, Rodrigo: "Derecho Mercantil", Madrid, 1973, pág. 47.

b) Dependientes.— Las atribuciones de los dependientes son más restringidas que las de los factores: se limitan a desempeñar una o varias gestiones o cometidos por cuenta del principal; no todos, como es usual en los factores. El Código de Comercio especifica que el nombramiento de estas personas debe comunicarse —en caso de empresarios individuales— por avisos públicos; si se trata de compañías debe indicarse en sus reglamentos (artículo 286). El mandamiento no ha devenido inútil, pero sí ha sido superado por la realidad. Ni los estatutos de sociedades o asociaciones designan a sus dependientes, ni los empresarios individuales acostumbrar a hacer público el nombramiento de sus subordinados y sus atribuciones.

Por esta razón, sea bienvenida y aceptada la norma del artículo 165, al establecer una presunción que llena un vacío y soluciona la inveterada falta de cumplimiento por parte de los empleadores de lo prescrito en el artículo 286 ya citado.

c) Mancebos.— Según los artículos 288 y 289 del Código de Comercio, los mancebos encargados de vender al por menor en un almacén público se reputarán autorizados para cobrar el importe de las ventas que hicieren y sus recibos serán válidos, expidiéndolos a nombre de sus principales. Cuando un comerciante encargare a su mancebo la recepción de mercaderías y éste las recibiere sin reparo sobre su cantidad o calidad, surtirá su recepción los mismos efectos que si la hubiere hecho el principal.

98. ¿QUIENES SON DEPENDIENTES?

Así señalados los distintos tipos de colaboradores, puede surgir la pregunta: ¿cuáles son los dependientes de que habla el artículo 165? La respuesta debe ser aquella que ya brevemente habíamos anticipado: todos aquellos que prestan su trabajo intelectual o material bajo dependencia (inclusive ocasional), organización y dirección de otra persona, sea empresario o no; que se encuentren, en suma, sujetos a subordinación y órdenes del principal, aunque trabajen y actúen como dependientes en estos locales por razones familiares, o de amistad o de benevolencia. Al tercero que acuda al establecimiento no le interesará, en todo caso, la naturaleza de la relación entre el dependiente y el principal; sólo puede interesarle al tercero la actuación objetiva del dependiente ante él.

De aquí que el artículo que comentamos abre un amplio abanico de posibles actuaciones representativas que, en caso de duda, deberán apreciarse a la luz de circunstancias que estarán dadas por la antigüedad del dependiente en el establecimiento, el alcance usual de sus atribuciones, el tipo establecimiento o si es de negocio mercantil, la presencia o ausencia del principal, la buena fe del tercero, etc. Así, pues, el tercero no podrá invocar la validez del pago efectuado a un dependiente del precio de una compra, cuando en el establecimiento exista un cajero visible. Pero a falta de signos objetivos que le permitan hacer deducciones válidas, el tercero puede presumir lícitamente la representatividad del dependiente y el principal quedará vinculado ante el tercero, sin perjuicio de las reclamaciones que tenga contra su subordinado.

99. LA PRESUNCION

Es difícil saber si la presunción que establece el artículo es *juris tantum* o *juris et de jure*. En favor de lo primero abona el texto de la norma, pues deberá probarse tanto la posibilidad de duda razonable como el conjunto de circunstancias. Es materia de prueba si el acto realizado por el dependiente era o no ordinario en el establecimiento en cuestión. Frente a esta tesis puede argüirse que la presunción es *juris et de jure*, pues es carga del principal hacer conocer adecuadamente a los terceros las limitaciones de sus subordinados. Según este principio, acreditado que sea que el acto no es inusual en el establecimiento, la presunción opera de modo inmediato atribuyendo representación al dependiente para tales actos. Además, admitir la presunción *juris tantum* sería franquear la impugnación de cuantos actos no sean realizados de modo directo por el titular, lo que repugna a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a las operaciones realizadas en los establecimientos que el artículo señala.

SECCION CUARTA

VICISITUDES DE LA REPRESENTACION

"ARTICULO 161.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y terceros

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye".

100. SUPUESTOS COMPRENDIDOS

El artículo bajo examen contiene varias hipótesis claramente diferenciables: a) la responsabilidad del representante ante el representado por excederse en sus atribuciones; b) o por violación de las mismas; c) también responsabilidad ante el representado por falta de poder; d) responsabilidad ante el tercero por excederse en sus poderes; e) o por violación de ellas; y, f) responsabilidad ante el tercero por falta de poder.

Debe cuidarse de no confundir los supuestos de defectos o de uso excesivo de facultades con los de abuso del poder. En realidad, el abuso es la actuación representativa aplicando la letra del poder, pero fuera de su espíritu y en contra de los intereses del *dominus*. Intentaremos examinar con cuidado cada uno de los temas, empezando por razones de sistemática por la responsabilidad ante terceros.

101. RESPONSABILIDAD ANTE TERCEROS

a) Falta de poder.- Debe puntualizarse, como cuestión previa, que la expresión "poderes" que frecuentemente se utiliza (y que empleaba el artículo 12 del Proyecto) es inapropiada, pues en realidad poder de representación sólo hay uno; es la autorización del *dominus* para que otro obre en su nombre. No se tienen poderes de representación, como no sea que deriven de distintas declaraciones de voluntad del *dominus*, o sean poderes para actos distintos. Pero, en principio, facultad representativa y, por lo tanto, poder, sólo hay uno. Así lo hicimos notar al comentar el proyecto del Código. La Comisión Revisora, correctamente, ha modificado la antigua versión de este artículo, que hablaba de "poderes" y ha empleado sabiamente la palabra "facultades".

En conexión con lo expuesto, la locución 'sin tener poderes' tampoco debe equipararse a la ausencia de la credencial de poder, que es materia del artículo 164. Se puede tener poder de representación y ser imposible acreditarlo. También para terminar de aclarar la expresión 'poderes', y coincidiendo con Messineo (76), conviene diferenciar el acto de conferimiento del poder, que es denominado procura (acto de procura), del poder de representación que de él deriva y que, también él, suele denominarse procura. Poder de representación implica que el representante, actuando de conformidad y dentro de los límites de ese poder, determina el efecto propio de la representación antes indicado, o sea, la incidencia de su actividad sobre el patrimonio o asuntos del representado.

Se llama —en un sentido ulterior— procura, también al documento del que resultan los poderes del representante cuando éstos hayan sido conferidos por acto escrito (escritura privada o acto público); por consiguiente, una cosa es el acto, o negocio, de procura, y otra el documento en que consta aquel acto.

El primer supuesto que debemos mencionar al estudiar el artículo 161 es el de aquella persona que, sin autorización de ninguna especie, utiliza el nombre de otro y actúa de manera ficticia como si fuera representante suyo. En puridad no hay en este caso invasión de la esfera jurídica ajena como se cree comúnmente, pues los efectos del acto no repercuten en el haber o debe del que figura como representado. Para poder afectar el patrimonio de éste es menester o la previa autorización o la ulterior ratificación. Pero mientras tanto, no pasa de ser un negocio que, en principio, puede tener sin cuidado al presunto representado que, obviamente, puede impugnar todo lo hecho en su nombre.

El tercero, ante la ausencia de poder, podrá tener el acto como no celebrado y, como es natural, reclamar indemnización al representante falso.

b) Exceso en las facultades.- En este rubro deben comprenderse todos aquellos casos en los que el representante sobrepasa de las atribuciones recibidas. La actuación del representante puede dar lugar a dos situaciones distintas: en beneficio o en perjuicio del *dominus;* pero esto es tema a tra-

---

(76) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 420.

tar más adelante. Lo cierto es que, al haber vulnerado el contenido del poder, el representante ha celebrado un negocio para el cual —o para algunas de sus estipulaciones— no se le había otorgado autorización.

El rebasamiento de facultades ha de ser juzgado con suma cautela o prudencia, pues habrá que atender a si se trata de poder expreso o general o especial, y a la naturaleza del acto. Cuando el poder detalle un sinnúmero de facultades, la exclusión no expresa de otras permitirá suponer que se permite la actuación representativa para situaciones análogas a las previstas. Así, por ejemplo, parece lógico suponer que quien puede avalar puede otorgar fianzas y quien puede firmar un cierto contrato, puede ejecutar los actos conexos e indispensables para su perfección, etc. Ello no obstante, por razonas prácticas, siempre es conveniente que las facultades aparezcan detalladamente especificadas.

c) Violación de facultades.— Según habíamos apuntado, otra hipótesis que el artículo señala es el uso anormal de atribuciones. Violación que, decíamos, consistía en la desviación impropia del poder o uso abusivo de las facultades concedidas. Es decir, con la aplicación a la letra del poder, se vulnera su espíritu. Esto plantea el delicado problema de la interpretación de la voluntad del otorgante de las atribuciones. ¿Quiso el representado esto o lo otro, lo quiso así o de otra manera?

En el apartado siguiente examinamos cómo afecta al tercero esta cuestión del abuso o ejercicio impropio del poder.

d) Situación del tercero.—

d.1) Cuando el tercero haya actuado con cuidado y diligencia y confiado sin su culpa en la representación alegada, tendrá derecho a ser resarcido por el falso o excesivo representante del daño que le cause por este motivo. El derecho a la indemnización procede por la realización por el "representante" de un acto ilícito, doloso o negligente, pues carecía del todo de poder, o éste no era suficiente o adecuado.

La reparación, consideramos, comprende no sólo el daño emergente o disminución del patrimonio del tercero por los desembolsos que hubiese realizado, sino también el lucro cesante o beneficio dejado de percibir. No vemos razón para excluir la ganancia no obtenida por culpa del "representante" de la responsabilidad que le corresponde. Mejor hubiera quedado el artículo, por ello, si aludiera a daños y perjuicios en general. Obviamente, el resarcimiento de los daños es improcedente si el negocio resulta ratificado. (XII).

d.2.) En lo que atañe al abuso, es coherente pensar que el tercero no tiene por qué verse afectado. A él no le compete examinar el poder con pruritos de inquisidor. Debe conocerlo sí, pero interpretarlo tal como lo haría una persona normal, sin que sea su deber buscar doble sentido o suponer un desleal comportamiento del representante. En estos supuestos el negocio celebrado con el representante, surte plenos efectos entre el tercero y el representado. Indudablemente, si la violación o abuso es tosco, burdo y salta a la vista de cualquier ciudadano diligente, o si el tercero es cómplice del representante, justo es que el representado pueda invocar la ineficacia.

102. RESPONSABILIDAD ANTE EL *DOMINUS*

a) Falta de poder.— En este caso, aunque haya habido actuación con ánimo representativo, el acto no surte efectos para el "representado" mientras no sea ratificado expresa o tácitamente por él (mediante, por ejemplo, aprovechamiento del resultado) (77).

b) Exceso en atribuciones.— Este enunciado plantea dos situaciones diversas, a saber: b.1) que el representante, actuando dentro de los límites del poder, o sea, válidamente ante terceros, se haya excedido de las instrucciones recibidas coetánea o posteriormente. En este caso el negocio es perfecto y las reclamaciones se producirán entre las dos partes de la relación representativa y tendrán lugar sin afectar la recepción de los efectos jurídicos en el patrimonio del representado; b.2) que el representado se haya excedido del explícito contenido del poder. En realidad, para el acto así celebrado, es como si no tuviera poder de representación.

Se infiere del texto legal que el rebasamiento de facultades cuyo resultado sea ventajoso para el representado, no faculta a éste para reclamar contra el representante, si ratifica el negocio.

c) Uso abusivo.— No parece correcta la solución del artículo, según la cual la violación ocasiona ineficacia del acto para el representado. Lo propio es que el *dominus* pueda reclamar a su representante indemnización de los perjuicios que sufra, pero no es razonable que pueda invocar la ineficacia si el abuso no fue conocido por el tercero, ni podía, ni debía ser conocido por él. Es claro que no puede quedar al arbitrio del otorgante del poder interpretarlo a su gana y en posible daño de terceros, quienes están fuera de la relación representativa y mal pueden saber las eventuales instrucciones del *dominus* a su representante.

103. SITUACION JURIDICA DEL ACTO

Es interesante dilucidar la situación jurídica del negocio celebrado sin poder o extralimitándose de las facultades recibidas. El artículo parte de la premisa explícita de que el acto no produce efectos (con las limitaciones ya vistas) para el representado. Ahora bien, ¿es nulo?, ¿anulable?

Obviamente no estará aquejado de nulidad absoluta, pues admite ser ratificado y, además, no está incurso en ninguna de las causales apuntadas en el artículo 219.

Tampoco podremos hablar de nulidad relativa porque ésta presupone un vicio o defecto en la voluntad. No es tal el caso que analizamos, porque aquí falta la voluntad (uso excesivo del poder) de quien aparece como una de las partes del negocio, ya que la voluntad que figuraba no tiene legitimación ni poder para vincular al tercero con el *dominus*. Además, dicho sea de paso, la confirmación es distinta de la ratificación: la primera alude a una ulterior declaración de voluntad de persona distinta de quien celebró el acto. Pero sobre estas diferencias ya incidiremos al hablar de la ratificación. Por

(77) Véase el artículo 1952 sobre la gestión de negocios.

último, el negocio anulable surte efectos y es válido para las partes mientras no sea impugnado; no ocurre así con el negocio concluido con un falso representante.

El negocio, pues, es lisa y llanamente ineficaz para el representado mientras no lo ratifique, lo que equivale a decir que es como si, para él, no se hubiera celebrado. Para el tercero, aunque el artículo no lo diga, el negocio también es ineficaz si el poder o las facultades alegadas eran falsas; es decir, cuando faltaba poder o el representante se extralimitó de las mismas. La ineficacia no puede invocarla la parte negligente, que puede ser el representado, si con sus conductas permitió que el tercero confiase al representante, o puede ser el tercero, que negligentemente no adoptó las precauciones de verificar las facultades del interviniente con ficta representación.

Parece fuera de duda que el artículo no permite que, si se declarara la ineficacia, subsista el negocio entre el representante y el tercero. El negocio debe decaer por entero.

> "ARTICULO 163.– El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiera sido viciada. Pero cuando el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, el acto es anulable solamente si la voluntad de éste fuere viciada de dicho contenido".

Soluciones diferentes se imponen en caso de uso abusivo o violación de atribuciones. Si tal actitud impropia del representante no pudo ser conocida por el tercero, ni debía serlo, es evidente que el representado no puede unilateralmente invocar la ineficacia del acto, puesto que el tercero ha actuado correctamente y de buena fe y por tanto tiene derecho a que el negocio subsista incólume. Obviamente podrá el representado reclamar daños y perjuicios a su procurador, pero nada más. Si el acto no se ve afectado, el tercero tampoco podrá reclamar responsabilidad alguna.

104. VOLUNTAD VICIADA

Como es lógico, si es el representante quien, en el negocio que celebra en representación, declara su voluntad con efectos para el *dominus*, los vicios que afecten a esta voluntad —error, dolo o engaño, violencia (no compulsiva, que causa falta de declaración) o intimidación– hacen que el negocio sea anulable a instancias tanto del representante (que tiene legítimo interés en que no resulte afectado el *dominus*), como del representado.

Según este criterio, aunque la voluntad del titular representado estuviera viciada, el negocio es válido, ya que no ha intervenido en su concertación o celebración. Con una excepción que la propia norma apunta: que haya intervenido su voluntad, es decir, cuando el contenido del negocio haya sido prefijado por el representado al representante, en cuyo caso será anulable si ha mediado vicio sobre tal contenido y éste es de entidad suficiente para solicitar la anulación total, o parcial, según el caso y no instar sólo la rectificación.

Para la determinación completa de los alcances de este artículo ha de recurrirse, en consecuencia, a las normas que regulan los vicios de la voluntad y la anulabilidad. Según ello, en los casos de violencia habrá que atender a cuál fue la voluntad malformada o presionada: si la del representante o la del representado, pero sin olvidar que aunque la violencia se ejerza de modo directo sobre el *dominus* si el apoderado lo conoce y celebra el negocio para evitar un mal a su representado, también el negocio será anulable. En caso de dolo también habrá que investigar quién fue el engañado. Tratándose de error debe verificarse de qué tipo se trata.

Por el momento, pues, sólo conviene adelantar lo dicho y complementarlo con las siguientes ideas. En primer lugar, que el dispositivo puede ser de aplicación analógica para la representación legal. Así, por ejemplo, el menor con suficiente discernimiento que, aun no instruyendo al representante sobre el contenido del negocio que ha de celebrar para él, le compele indirectamente de algún modo a celebrarlo por estar el menor forzado por la intimidación de un tercero y este hecho no es conocido por el representante (78).

El contenido del acto de que habla este precepto no debe entenderse solamente como las diversas estipulaciones en que se concreta la voluntad o indicaciones precisas, sino también la propia voluntad, es decir, la decisión de conclusión del negocio. En este sentido, la norma comprende igualmente el supuesto del *dominus* que tuviera otorgados poderes para vender pero que en su relación interna con el representante se le hubiera indicado que no lo hiciera hasta recibir autorización ulterior. Enterado engañosamente el *dominus* por un tercero que la cotización en bolsa bajará dentro de unos días, indica al apoderado que venda, sin prefijar condiciones. Este lo hace y, sin embargo, los valores suben inmediatamente después. Es evidente que, en este caso, el contenido —como cosa, precio, forma y plazo de pago, garantías, etc.— no estaba determinado de modo previo por el representado, pero también es evidente que ha dispuesto la venta por un vicio de voluntad. No vemos razón para que el negocio no sea anulable si la finalidad del artículo es proteger los intereses del representado.

Por último, hay que reparar en que el artículo 163 alude a determinación total o parcial del contenido por el representado. Se aplica, por tanto, la regla de la nulidad parcial.

105. BUENA FE. CONOCIMIENTO

Decía el artículo 16 del Proyecto de la Reformadora que en los casos en que tuviera importancia la buena o mala fe, o el conocimiento o ignorancia de determinadas circunstancias por el representante, se consideraría la persona de dicho representante para establecer la existencia de tales estados, salvo que se tratase de elementos determinados previamente por el represen-

---

(78) LARENZ, Karl: *op. cit.*, Parte General, pág. 791. En contra, MESSINEO, Francisco: "Manual...", Tomo II, pág. 410.

tado, en cuyo caso se tendría en cuenta la persona de éste. Agregaba que en ningún caso el representado de mala fe debería aprovecharse frente al tercero de la ignorancia o buena fe del representante.

La doctrina así establecida es correcta. Es decir, que los terceros deben apreciar en el representante su buena o mala fe, o el conocimiento o ignorancia de circunstancias —hechos, derechos o situaciones— concurrentes en el negocio, salvo que los elementos —debe entenderse: condiciones, disposiciones, bien materia del negocio, etc.— vengan determinados por el representado.

Nótese que la idea no es establecer sanción alguna para el negocio pues eso es materia de nulidades. No se juzga el vicio de la voluntad objetivamente considerado, sino el origen del mismo y la persona afectada: se pretende establecer a quién debe protegerse.

En este sentido, si el representado ha actuado de mala fe o ignoraba lo que estaba obligado a conocer, obviamente debe asumir las consecuencias del negocio si instruyó al representante para celebrarlo. De manera análoga en el representante: su conocimiento o falta de él, su buena o mala fe podrán eventualmente determinar responsabilidades a su cargo o que el negocio no vincule al representado.

Estos principios son de particular aplicación y deben tenerse en cuenta en todos los casos que se presuma simulación o fraude de acreedores.

Interesan unas precisiones adicionales. La primera de ellas señalada por Díez Picazo (79): en la duda, se presume que el representado actúa de buena fe. Y prosigue diciendo que "para llegar a una más precisa formulación del problema, se hace preciso averiguar si la buena fe es contemplada como índice de honestidad y de proceder leal en la celebración del negocio —negocio celebrado de buena fe—, o si es, en cambio, contemplada como índice de honestidad en la situación creada por el negocio. En el primer caso, la referencia debe hacerse a la persona a cuya iniciativa haya correspondido la celebración del negocio —el representante o el representado—. En el segundo caso, en cambio, la referencia debe ser hecha al destinatario de los efectos, al sujeto de la situación y, en definitiva, al beneficiario de la protección".

Por otra parte, la declaración no tendrá eficacia si el representante hubiera simulado absolutamente el negocio en connivencia con un tercero, aunque el representado no lo creyera así.

Tratándose de representantes que deben actuar de consuno (artículo 147) y sin que valga la declaración de uno solo de ellos, habrá que analizar los estados subjetivos de ambos. Así, por ejemplo, si uno de ellos sabía o debía saber que el negocio se celebraba en fraude de acreedores no podrá alegarse, para salvar el negocio de ineficacia, la ignorancia o buena fe de uno de ellos.

Para concluir, cabe recalcar que el representado que se comporte de mala fe no podrá aprovecharse frente al tercero de la ignorancia o buena fe

(79) DIEZ PICAZO, Luis: "La representación. . .", pág. 255.

del representante. Se trata, en suma, de permitir la impugnabilidad del negocio cuando un *dominus* de mala fe o conocedor de ciertos hechos induce a su representante a celebrarlo sin advertirle de los factores concurrentes, para así aprovecharse de un tercero. O de no tolerar la interesada impugnación del negocio por el representado si éste, por ejemplo, conocedor de posibles vicios en un bien pero pensando que podría serle de utilidad, decide adquirirlo por medio de un representante con la idea de poder luego rescindir la operación alegando buena fe de su representante si el producto no le satisface.

Como hemos dicho, aunque no incorporadas en el Código, las reglas que acabamos de señalar sobre la buena fe subsisten en el complejo de la representación.

SECCION QUINTA

EL NEGOCIO CONSIGO MISMO

"ARTICULO 166.- 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 hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.
El ejercicio de la acción le corresponde al representado".

106. EL 'AUTOCONTRATO'

Es problemática la redacción de este artículo, inspirado en el 1395 del Código Civil italiano (80), que se refiere al contrato: es decir, a una especie del negocio jurídico que tiene por objeto regular relaciones patrimoniales.

La aparente ampliación del ámbito de aplicación en la norma peruana, que no alude sólo a los contratos sino a todos los actos jurídicos que el representante concluya consigo mismo, obliga a despejar algunas dudas. La

(80) "Es anulable el contrato que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra parte, a menos que el representado lo hubiese autorizado específicamente o que el contenido del contrato hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de conflicto de intereses. La impugnación podrá ser propuesta solamente por el representado".

primera duda se establece formulando la siguiente pregunta: ¿hay negocios no patrimoniales, que para su perfección requieran, en principio, dos declaraciones de voluntad (expresa o tácita)? Debemos contestar afirmativamente: la adopción en algunos casos (81), la transacción de un pleito puede no tener carácter patrimonial, eventualmente el convenio de constitución de una asociación, constitución bilateral de servidumbres no onerosas, etc.

Segunda duda: ¿es acto celebrado consigo mismo y, por ende, anulable aquel proveniente de una declaración o comportamiento unilateral por cuya virtualidad el representante actuando de modo activo la dirige a sí o a nombre de otro representado suyo y recibe pasivamente la declaración? Ejemplos: A', como representante de A, se condona los intereses de una deuda suya a favor de A; A', representante de A, envía a su nombre actuando como representante de B, el documento único por el cual B reconocía deber a A. A esta nueva pregunta debemos responder negativamente: no es negocio consigo mismo en el sentido estricto (82).

Hay obligaciones o derechos o renuncias que nacen y se extinguen por voluntad unilateral. Sin ir más lejos, véase la constitución unilateral de usufructo (artículo 1000.2), que el representado podría otorgarse para sí mismo, aunque no lo haga "consigo mismo". En este sentido, el vocablo 'consigo' que utiliza el artículo que estudiamos y su carga semántica, es estrecho según opinión mayoritaria (83): por eso hay tratadistas que hablan de declaraciones a sí mismo (84) o con eficacia para sí mismo (85). Ahora bien: ¿podemos excluir la aplicación del contenido del artículo 166 a los supuestos presentados? Creemos que no, precisamente por el espíritu que inspira la norma.

Intentemos, pues, desvelar la finalidad del artículo 166. Para hacerlo, nada mejor que aludir a sus fuentes y comentar el fenómeno del mal llamado autocontrato. La figura, como muchas otras del mundo jurídico, tuvo su origen en el tráfico mercantil: al parecer, al ser encomendados los banqueros por sus clientes para realizar ciertas transacciones, las concluían actuando en nombre de ambas partes. Esta circunstancia provocó, como es lógico, el natural interés en los estudiosos de precisar la naturaleza jurídica de la operación, como paso previo para aplicar las normas legales que regularían el acto. Pero otros hechos encontraron mayor resistencia para su reconocimiento y clasificación jurídicos en cuanto revelaban que una persona, actuando en representación de otra, celebraba un negocio con eficacia para sí y para su representado.

(81) Artículo 378.4 *contrario sensu.*

(82) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo IV, pág. 439 señala que: "Verdaderas figuras de contrato consigo mismo se tienen:
a) en los casos de doble representación, esto es, cuando, en una sola persona, se reunen dos cualidades de representante, incompatibles entre sí.
b) o bien, en los casos en que un representante u órgano, por una parte opere como tal (en nombre del representado) y, por otra parte, opere en nombre propio".

(83) Entre otros: DIEZ PICAZO, Luis: "La representación. . .", pág. 200; LEHMANN, Heinrich, *op. cit.*, Vol I, pág. 450; CASTRO y BRAVO, Federico, "La representación. . .", pág. 114 y ss.

(84) VON THUR, II, 2, 360, citado por LEHMANN, Heinrich: *op. cit.*, Vol. I, pág. 430.

(85) OERTMANN, Paul: *op. cit.*, pág. 321.

Lo cual explica perfectamente que Bonet (86) diga que: "en el campo jurídico, el llamado contrato consigo mismo o autocontrato aparece como algo extraño, extraordinario, como una subversión de las reglas; por eso los civilistas, si no lo han desdeñado como figura anómala, han sostenido las más vivas y enconadas controversias sobre su naturaleza jurídica".

Estas controversias se han centrado, básicamente, en cuatro corrientes que se agrupan de la siguiente manera: 1º) las que niegan la posibilidad de la figura contractual; 2º) las que admiten la licitud de que una sola persona puede otorgar un contrato mediante la manifestación de un doble consentimiento; 3º) las que, reconociendo que en el negocio jurídico de referencia existe solamente una declaración de voluntad, le conceden efectos jurídicos contractuales; y 4º) las que colocan el acto completamente fuera de la categoría de los bilaterales, para atribuirle efectos específicos.

107. POSICION LEGAL

Nuestro legislador ha optado, a estar por la redacción del artículo que comentamos, por la tercera de las teorías anunciadas. De las actas de la Comisión Reformadora nada se desprende. Sin embargo, parecería ser mayoritaria la opinión sustentada por el doctor De la Puente y Lavalle (87), que aboga por esta posición y que por lo tanto vale la pena resumir. Puntualiza el doctor De la Puente —citando abundantes tratadistas que prohijan esta tesis— que quienes se oponen a la admisión de la autocontratación en la disciplina contractual, se apoyan en su inconveniencia por el posible conflicto de intereses, en la imposibilidad de que un solo sujeto pueda emitir dos declaraciones de voluntad y conciliarlas adecuadamente y en la necesaria pluralidad de sujetos. Otro sector de la doctrina opina, en cambio, que en la medida que existan dos prestaciones, que se vinculen dos patrimonios independientes y todo ello se exteriorice de modo que se pueda inferir la celebración de un contrato excluyendo conflicto de intereses, nada obsta para reconocer validez técnica a la figura, aunque sea impropio el vocablo de 'autocontrato' (88).

Y prosigue De la Puente: "no se trata de un contrato en el sentido técnico, porque el autocontrato sería en realidad una declaración única (no conjunta) de una voluntad (no común). No puedo admitir (. . .) que el llamado contrato consigo mismo pueda ser considerado como un contrato. Habría que forzar tan desmesuradamente bien sea el concepto del autocontrato para encajarlo en el concepto de contrato, o bien el concepto de contrato para que pudiera quedar comprendido en él el verdadero concepto de autocontrato que, en uno u otro caso, alguno de ellos resultaría completamente desnaturalizado".

Concluye señalando: "Resulta, por lo tanto, que el llamado acto jurídico unilateral en virtud del cual, utilizando el poder de disposición de los patrimonios, se establece una relación jurídica patrimonial, lo está, en realidad, haciendo por la *vía del contrato*, esto es por la obligación contractual que se dice ha asumido el representado en virtud de la declaración de

(86) BONET RAMON, Francisco: *op. cit.*, Tomo I, pág. 706.

(87) DE LA PUENTE, Manuel: *op. cit.*, Tomo II, pág. 190 y ss.

(88) WEILL et TERRE: "Les obligations", pág. 90.

voluntad del representante, porque ésta es la única vía por la que *voluntariamente* pueden crearse obligaciones *obligatorias* (perdóneseme la redundancia que está únicamente orientada a destacar que la obligación que nace de un contrato sólo deja de vincular mediante otro contrato, salvo los casos normales de extinción de obligaciones). Las consideraciones que acabo de exponer no deben entenderse como una oposición conceptual al planteamiento sostenido por la tesis de la representación de patrimonios, sino únicamente a su real efectividad. Por el contrario, creo que ese planteamiento abre nuevos horizontes para encontrar una solución que permita conciliar la naturaleza jurídica del acto con los efectos prácticos que se desean obtener. Pienso que es conveniente que legislativamente se establezca que en ejercicio de la representación puede el representante, por declaración unilateral de su propia voluntad, establecer entre su patrimonio y el del su representado, en el caso de la representación simple, o entre los patrimonios de sus representados, en el caso de la doble representación, *efectos iguales* a los que se obtienen mediante la celebración del contrato, esto es, que es posible crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Creo que esta solución es menos forzada que la de declarar que es válido el contrato consigo mismo".

Con arreglo, pues, a lo señalado por De la Puente, el problema ya no consiste en la admisibilidad de la declaración a sí mismo dentro de la disciplina contractual, lo que no es materia de nuestro estudio, sino más bien en fijar las condiciones bajo las cuales el Derecho Privado puede admitir como válida y vinculante una cierta conducta del representante, que no se ajusta a los esquemas y cánones puros ni de la representación ni de la contratación. Y esto, creemos, es lo que ha quedado reflejado en nuestro ordenamiento: técnicamente se rechaza como contractual el denominado 'contrato consigo mismo'. Pero aunque en esto no se esté de acuerdo por todos, sí se coincide por la totalidad de la doctrina que se trata de un negocio jurídico, en la medida que regula y norma derechos subjetivos: un negocio jurídico que deriva de una sola declaración de voluntad y que surte efectos en dos esferas jurídicas distintas y conceptualmente independientes, pero que actúan a través de esta única declaración que, cuando tiene carácter patrimonial, la relación jurídica que crea (o modifica o extingue) es, en lo atinente a sus consecuencias, como la que nace de un contrato.

108. EL 'AUTOCONTRATO' Y LA REPRESENTACION

Ahora bien, si el fenómeno estudiado no es *sensu stricto* un contrato, pero sí negocio, es necesario reconducir nuestra exposición y volver a plantearnos las cuestiones inicialmente formuladas; esta vez a la luz de lo aprendido líneas más arriba y de las nociones que norman la doctrina del negocio y de la representación. Se ha dicho del negocio que es un instrumento puesto a disposición de la autonomía de la voluntad para que por él puedan establecerse reglas objetivas de conducta para sí (normalmente) o para terceros (como en el testamento). Respecto de la representación directa voluntaria hemos dejado sentado que constituye una situación jurídica, por la cual una persona inviste a otra con facultad para que gestione sus asuntos en relación con terceras personas, ante las cuales deberá actuar declarando que lo hace en nombre del primero. Y habíamos agregado que, de ordinario, es función del representante realizar tales actos en interés del representado y en su beneficio, por lo cual tiene para con él un deber de lealtad. Lealtad que, como se ha anunciado, no sólo obliga a guardar secreto y a otros deberes subsidiarios, sino principalmente a no competir ni obtener beneficios (retribución aparte) a costa del principal y sin su conocimiento.

A partir de estas ideas matrices debe vertebrarse toda la doctrina de la representación en cuanto roce el problema de la autodeclaración. Si estos principios negociales y de la representación no son vulnerados, entonces la asimilación de la conducta a la normativa contractual o a la disciplina de otras especies negociales, ya resulta secundario, porque en este supuesto serán los propios interesados, esto es, los representados, los que consientan y regulen —en la medida que sea lícito y adecuado a la conducta expresada— el régimen al que pretenden sujetarse. Dicho de otro modo: no interesa tanto encasillar más o menos forzadamente el fenómeno de la declaración a sí mismo y, a partir de este momento, adscribir ciertos efectos. Se trata, precisamente, de lo contrario: habrá primero que juzgar la validez de este comportamiento y la naturaleza de la declaración (contractual o no) y sólo después vendrá aparejada la consecuencia jurídica que corresponda y se aplicarán o no las normas de la contratación. Porque prescindiendo de si la declaración a sí mismo es un contrato, lo cierto es que se trata de un hecho jurídico equivalente (89).

108. bis. EL NEGOCIO EN FAVOR DE SI MISMO

Afín a la autocontratación, declaración a sí mismo o como prefiera llamársele, es la declaración formulada en nombre de otro y a favor de un tercero, pero en beneficio del representante. Así, por ejemplo, si éste declara avalar o afianzar en nombre del *dominus* para garantizar una deuda contraída por el representante ante terceros. En esta hipótesis no hay declaración ni a sí ni hacia sí mismo, pero en su beneficio.

En casos como el indicado, no habiendo violación de facultades, justo sería que se sometan a la misma disciplina que el artículo 166 contempla.

109. EL 'AUTOCONTRATO'. REQUISITOS DE VALIDEZ

Para juzgar la validez de la declaración y negocio que el representante celebre, la norma apunta dos criterios aparte de los casos en que la ley lo permita (90): a) que el representado lo hubiese consentido específicamente; y, b) que el contenido del acto hubiera sido determinado de modo que excluya el conflicto de intereses. Veamos por separado cada punto.

a) El representado puede consentir que su representante celebre un negocio con efectos para él, y que lo haga también paralelamente en representación de un tercero. En este supuesto, es claro que resulta imprescindible la aceptación de ambos representados. Por ello, no podría invocarse la validez plena del negocio bastando la autorización de uno de los principales: se requiere la de ambos.

---

(89) HUPKA, José: citado por SOTO NIETO, Francisco en: "Jurisprudencia comentada", Madrid, 1971, pág. 332.

(90) Véase, por ejemplo, el artículo 96, inc. 4o. del Código de Comercio sobre los agentes mediadores de comercio dejado sin efecto por el artículo 1366, inc. 9º del Código Civil. Sobre el tema puede consultarse: "La autocontrata de los Agentes de Cambio y Bolsa" de OTERO LASTRES, José Manuel. En: "Estudios de Derecho Mercantil en honor del Prof. Antonio Polo", págs. 783-810. Edersa, Madrid,. 1981.

El artículo habla de autorización específica, pero no expresa. Y es que la diferencia es importante: la ley desea que el representado autorice al representante de modo claro e indubitable, pero no puntualiza como requisito que lo haga por palabra oral o escrita o por cualquier otro modo directo de manifestar la voluntad. Por lo tanto, mientras la autorización sea específica —es decir, que se individualice esta autorización de otras— puede derivar de una manifestación tácita de voluntad, infiriéndose de la propia conducta del representado, si ésta resulta clara al respecto.

Con relación al momento de la aceptación, no vemos inconveniente para que tenga lugar con posterioridad a la conclusión del negocio. En orden a ello y para precisar: sea por declaración expresa o tácita, antes o después de la celebración del negocio, puede el *dominus* consentir en el negocio celebrado por su representante en posible conflicto de intereses. Creemos, incluso, que su silencio, al que en este caso la ley atribuye voluntad presunta, tiene virtualidad de aceptación. Así, por ejemplo, el supuesto que contempla el artículo 254 del Código de Comercio (*), si el comisionista le informa al comitente haber concluido la operación con eficacia para él, o para un tercero de quien ostenta representación y no responde el principal.

Lo que ocurre es que en tal caso de autorización posterior, estamos cerca de la figura de la convalidación de un acto anulable.

b) Puntualiza también el texto que el "contenido del acto que hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses", no permite instar la anulación.

Antes de entrar al análisis de este párrafo, conviene engarzarlo dentro del conjunto de la norma, pues nótese que queda vinculado al resto de la misma con la conjunción disyuntiva 'o', lo que denota independencia de ideas. Dicho de otro modo, y con este enlazamos con el párrafo anterior, podemos preguntarnos: ¿basta que el representado acepte la actuación del representante consigo, o es menester que, además, la aceptación deba ser específica también en el sentido de excluir el conflicto de intereses? El problema no se plantea cuando se ratifica o se confirma el negocio, que implica aceptación de celebración y de contenido; pero sí cuando se faculte de antemano al representante para que concluya actos jurídicos consigo mismo en nombre propio o como representante de otro. En otras palabras: ¿esta declaración del principal es sólo una autorización de celebración de negocios, pero en el entendido de que sólo quedará vinculado si no hay conflicto de intereses, o es necesarió que también puntualice esta circunstancia? La diferencia de matiz no es adjetiva. Si se aceptara que basta la autorización específica para concluir negocios consigo mismo, sin decir más, para quedar vinculado, el acto no sería impugnable aunque exista conflicto de intereses; o sea, el principal debería asumir los riesgos y consecuencias de su incompleta declaración y de su confianza en el representado. Según la otra hipótesis, el representado debe determinar la autorización de modo que fije el contenido del negocio excluyendo el riesgo o los conflictos de intereses. Nosotros consideramos que esto último no es necesario. Por tanto, para la plena validez del negocio no es imprescindible que en la investidura del poder

(*) 254º.– Se presume que el comitente aprueba los actos del comisionista, aunque se hubiera excedido en los términos del mandato, si no responde dentro de cuarenta y ocho horas o por segundo correo, a la carta aviso en que el comisionista le informe del resultado de la comisión.

manifieste el representado cuáles son los lineamientos del contenido según los cuales puede el apoderado actuar. Estimamos que esta debe ser la conclusión porque: de un lado, está la propia redacción del artículo —uso de la conjunción -alternativa 'o'— y no debemos imponer un requisito donde la ley no lo impone; segundo, por la propia libertad de autoregulación de intereses; tercero, porque no siempre resulta posible para el *dominus* determinar el contenido del negocio.

Llegando a esta conclusión, hay que advertir que las consecuencias serán diferentes según que el representante facultado para 'autocontratar' concluya un negocio consigo mismo actuando en nombre propio o actuando *alieno nomine*. En el primer caso, existiendo intereses contrapuestos según el artículo el convenio puede ser anulado. En el segundo supuesto creemos que no, si el tercero ha actuado de buena fe y el representante está facultado por él para actuar con doble representación sin restricción de ninguna clase. Esta es la conclusión que se deriva del artículo, el que no exige concurrencia de ambos requisitos —aceptación de celebración por el representado y contenido excluyente de conflictos de intereses— sino sólo uno de ellos.

Es obvio, según se desprende de las líneas precedentes, que el principal puede hacer la determinación del contenido del negocio de modo tal que excluya el conflicto de intereses y ya sabemos también la situación legal del negocio en caso de haber facultado al representante para que se declare a sí mismo y no hubiera fijado el principal las condiciones en que puede hacerlo. Pero existe otra posibilidad: que las condiciones, términos y contenido del negocio pueden también excluir el conflicto sin que las haya estructurado el principal. Así, verbigracia, cuando el representante someta a un tercero perito la decisión sobre el precio del bien que proyecta adquirir para sí u otro representado; o cuando el representante armonice equilibradamente los intereses de sus representados; o si el bien en que consiste la prestación tiene un valor en el mercado que comúnmente es admitido como válido, etc.

Por último, ha de llamarse la atención sobre lo del conflicto de intereses. No hace falta ser muy perspicaz para notar que en la naturaleza de todo contrato se encuentra algo de conflicto, o sea, oposición de intereses y pretensiones que, de alguna manera, se concilian y ensamblan. El texto de este artículo 166 no debe, pues, aplicarse al frío pie de la letra. Lo que en el fondo quiere el precepto es que, en uso de la representación, no abuse el representante de sus facultades para inclinar en su propio beneficio los intereses de su representado. Tan es cierto lo acabado de apuntar que objetivamente el conflicto se presenta incluso cuando el representado hubiese permitido específicamente la 'autocontratación' sin prefijar el contenido. De lo que se trata, pues, es de examinar no tanto si hay conflicto de intereses (que de ordinario siempre lo hay), cuanto de indagar si los intereses se han armonizado adecuadamente.

En atención a lo expuesto, si el contenido no fuera determinado por el representado, habrá que examinar cada caso en concreto y, según la situación, tipo de negocio y circunstancias concurrentes, precisar la eventual colisión de intereses.

110. IMPUGNACION

La impugnación sólo puede ser propuesta por el representado y, eviden-

temente, en caso de haberse actuado con doble representación, por cualesquiera de ellos. Para instar la anulación no es preciso que se haya producido ya el efecto jurídico o empírico a que podría dar lugar el conflicto de intereses. Basta con demostrar el hecho de la conclusión del negocio con conflicto. La propia ley da por supuesto que ello puede causar consecuencias negativas de orden moral o patrimonial.

SECCION SEXTA

RATIFICACION

"ARTICULO 162.– En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.

La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.

El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación sin perjuicio de la indemnización que corresponda. La facultad de ratificar se transmite a los herederos".

111. IDEAS GENERALES

Comentando el artículo 161, sobre la actuación representativa sin poder, bien por no haberlo tenido nunca, bien por haber caducado y no sido renovado, o con poder pero excediéndose de sus marcos (no cuando abusando del espíritu de las facultades), apuntábamos que el negocio así celebrado podía en ciertos casos ser tenido como ineficaz y por lo tanto no vinculante para el representado. En otras palabras, la declaración de voluntad del representante habría creado o modificado o extinguido una relación jurídica, pero sólo de un modo aparente o irregular, por faltar el elemento legitimador de representación: la propia voluntad del representado que consienta en vincularse. El negocio, en buenas palabras, es inoponible al principal, y para él inexistente, aunque objetivamente posea todos los elementos estructurales para su validez. O, como dice Díez Picazo (91): el acto del representante sin poder puede ser considerado como un negocio incompleto o inacabado en una *species facti* negocial compleja de formación sucesiva, todavía abierta y a la espera de recibir el elemento del supuesto de hecho —precisamente la voluntad del *dominus*— que la completará.

Si la expresada es la situación jurídica del negocio celebrado sin poder o con poder insuficiente, o indebidamente aplicado, la ratificación del representado viene a sanear esta situación.

Por esta razón, decimos que la ratificación es un negocio jurídico a su vez (92), que deriva de una declaración de voluntad por la cual alguien consiente en asumir la posición jurídica y los derechos u obligaciones que a dicha posición correspondan y que un tercero hubiera creado para él declarando ante otra persona que actuaba en su nombre y representación. De aquí que, con frecuencia, se diga que la ratificación es un acto de apoderamiento posterior al negocio y legitimante del mismo. Pero consideramos con Gordillo (93) que quienes entienden que el negocio sólo adolece de defecto de legitimación, describen el fenómeno, pero no su naturaleza ni su justificación. Y agrega el mismo autor que "sólo puede entenderse la ratificación como aquella declaración personal del *dominus* por la que éste da vida a un negocio antes inexistente (para el *dominus*, no para el Derecho, aclaremos nosotros), refiriéndose para ello al *quid facti* que supone la anterior declaración del *falsus procurator* para quedar, él mismo, constituido como parte frente al tercero, eliminando de este modo toda posible consecuencia de la actuación pseudo-representativa. La ratificación presenta, así concebida, una estructura muy similar a la del llamado negocio *per relationem* y, dada la inmediación en ella de la declaración del *dominus* frente al tercero, hace innecesario todo recurso al mecanismo representativo. Estamos, pues, lejos del apoderamiento *ex post* y de la mera asunción del negocio, o de sus efectos, del *falsus procurator*. La ratificación no es sino el medio que, realísticamente, el ordenamiento pone a disposición del *dominus* para que aproveche, si quiere, la actuación -con relevancia hasta entonces de mero hecho del pseudo-representante; institución que encuentra su paralelo en la libertad reconocida al tercero para revocar su consentimiento antes de que la ratificación se produzca".

(91) DIEZ PICAZO, Luis: "La representación. . .", pág. 223.

(92) De segundo grado, como le llama BETTI, Emilio: "El Negocio. . ."

112. RATIFICACION Y CONFIRMACION

Hechas estas previsiones iniciales, interesa puntualizar las diferencias entre ratificación y confirmación, puestas de relieve por casi todos los autores que han estudiado el tema con alguna amplitud (94) y que pueden resumirse de la siguiente manera:

a) En primer lugar, la ratificación es una figura jurídica de exclusiva aplicación en el ámbito de negocios celebrados sin representación o con representación insuficiente. Por eso, el negocio no tiene eficacia respecto del representado. En la confirmación, por el contrario, nos encontramos ante un modo de convalidar un negocio que realmente vincula a una de las partes intervinientes.

b) Corolario de lo anterior, es que la confirmación versa sobre negocios válidos y eficaces, aunque susceptible de ser anulados. La ratificación, en cambio, produce efectos prácticos y jurídicos por vez primera para el representado.

c) La confirmación es, generalmente, producto de la misma voluntad que intervino, padeciendo vicio o incapacidad, en el negocio irregular; la ratificación es acto de una persona que en absoluto intervino en la celebración del negocio (95). No tenía, por tanto, relación jurídica con la otra parte.

(93) GORDILLO, Antonio: "La representación aparente", págs. 335-339.

(94) Véase, muy especialmente, NUÑEZ LAGOS, Rafael: "La ratificación" en Revista de Derecho Notarial, Madrid, Marzo 1958.

(95) CLAVERIA, Luis: "La confirmación del contrato anulable", Bolonia, 1977, pág. 51.

d) En la hipótesis del acto celebrado por falso representante, el tercero con el que aquél entre en relación puede extinguir plenamente dicha relación, tras descubrir la irregularidad, antes de que se produzca la ratificación. Por el contrario, en caso de anulabilidad la parte no legitimada para solicitar la anulación no puede provocar directamente la ineficacia definitiva del negocio (96).

e) En la ratificación, el interesado en realizarla hace suyo el acto realizado por otra persona en su nombre sin poderes o excediéndose de los poderes que tenía. Por el contrario, en la confirmación hay un negocio jurídico en el cual la parte legitimada para hacer valer la nulidad, realiza un acto positivo que implica su voluntad de que el acto viciado siga valiendo como válido y eficaz, de tal modo que no puede el confirmante volver luego contra su propio acto e intentar hacer valer la nulidad o el vicio del acto que ha confirmado (97).

113. FORMALIDADES

El artículo 162 que comentamos establece que la ratificación debe realizarse guardando las mismas formalidades prescritas para la celebración del negocio objeto de ratificación. La norma en verdad es discutible, pues hay actos jurídicos cuya formalidad no puede ser de aplicación para la ratificación. Piénsese simplemente en las formalidades para el matrimonio. O en una donación cuyo donatario interviene aceptando la donación. No vemos razón para que este donatario tenga que intervenir en la ratificación. Por ello, la norma ha de entenderse en el sentido que la ratificación debe cumplir con los requisitos formales del poder que se hubiera requerido para el negocio celebrado que se desea ratificar.

En cualquier caso, vale para el negocio ratificatorio lo dicho al hablar de las formalidades en general y de las formalidades del poder.

En aquellos supuestos en los que la formalidad no viene exigida *ad substantiam*, es válida la ratificación tácita, esto es, la derivada de hechos concluyentes e inequívocos (98) del representado. Así, por ejemplo, si el representante arrienda un inmueble para el representado sin tener facultades para ello, o excediéndose de la renta que se le había autorizado como máximo a pactar, pero el representado toma posesión de la finca y abona la merced arrendaticia directamente a la otra parte propietaria.

La versión del Proyecto contenía un párrafo que desafortunadamente no ha sido recogido. Concretamente, dicho párrafo disponía que el tercero puede pedir al interesado falsamente representado que se pronuncie sobre si ratifica o no, señalando a tal fin un plazo adecuado, vencido el cual, ante el silencio del representado, se entenderá negada su ratificación.

En la práctica, es conveniente tenerlo en cuenta.

---

(96) Ibídem.
(97) SERRANO, Eduardo: "La confirmación de los Negocios Jurídicos". Editorial Tecnos, Madrid, 1976, pág. 34.
(98) CASTAN TOBEÑAS, José: *op. cit.*, Tomo I, Vol. II, pág. 745.

114. EFECTOS RETROACTIVOS

El precepto del artículo es diáfano y no justifica especiales comentarios. El representado, por mérito de la ratificación, asume la posición jurídica que para él fue establecida. Por tanto, se integra en el negocio como si efectivamente siempre hubiera sido parte de él.

La salvedad que se hace respecto de los derechos de terceros es lógica. El mandamiento pretende evitar que la ratificación se convierta en un mecanismo ilícito.

115. RESOLUCION E INDEMNIZACION

En lo que a resolución respecta, el tercer párrafo de la norma puede parecer hamletiano por la inclusión de la palabra "podrán". ¿O es que, acaso, puede no resolverse y pretenderse su eficacia por la sola decisión del tercero y del falso o excesivo representante?

¿O, por ventura, sugiere el artículo que el negocio surtirá eficacia para quienes en él intervinieron y no para el atribuido representado?

El tema es francamente complejo, porque a la vez no puede mantenerse un estado de pendencia indefinido. Por otro lado, no se ve la razón por la cual el "representante" pueda intervenir en la resolución ya que él no era parte en la relación jurídica que el negocio creó. O sea, que además de no tener título para intervenir ante el tercero en nombre de otro, puede no tener título para dejar sin efecto un contrato que a lo mejor el representado sí quiere ratificar.

En suma, aunque sobre esto habría que extenderse a placer, creemos que lo correcto ha de ser lo siguiente:

- En defecto de ratificación, el negocio no surte efecto para el "representado".
- El "representante", por su propia decisión, no puede unilateralmente poner fin al estado de eficacia — ineficacia pendiente.
- La resolución de que el precepto habla no puede hacerse ni por el tercero ni por éste de acuerdo con el "representante" sin previa consulta al "representado" concediéndole un plazo al efecto.

La indemnización es debida por el pseudo-representante al tercero si existieran daños y la ratificación no se produce.

Hay que advertir, por último, que la resolución de que habla este artículo 162 no tiene nada que ver con la acepción que le atribuye el numeral 1371.

SECCION SEPTIMA

CUESTIONES ADICIONALES

116. MODIFICACION DEL PODER

En la representación general, la modificación tiene tres ámbitos de aplicación: por la reducción o ampliación de los poderes, o por la variación de las instrucciones internas del *dominus* al representante, o por la forma de actuar de éste (directa o indirecta). Aquí sólo hablaremos de lo primero: lo último es materia de la teoría general de la representación y a ello nos hemos referido más arriba; lo segundo es intrascendiente para los terceros si no aparece reflejado en el poder. Como cuestión complementaria dedicaremos un apartado a la sustitución, que aunque no es modificación debida a la voluntad del principal, tampoco es extinción que tenga su origen en éste, sino en la decisión del representante.

En cualquier caso, y con referencia a las modificaciones que se tratan a continuación en los parágrafos A) y B), habrá que atender a si el tercero conoce la variación del poder, o sólo de las instrucciones internas del *dominus* al representado que no se han plasmado en el documento que contiene la credencial del poder. Aquí hay que recordar lo que expone Mosco (99): "la distinción entre las modificaciones del apoderamiento y las instrucciones, conceptualmente simple, no es tan fácil en su aplicación, ya que en cada caso concreto no siempre es sencillo distinguir si se trata de unas u otras (. . .). En cuanto al contenido hay que afirmar que de ordinario tienen carácter de modificaciones del apoderamiento las declaraciones que se refieren directamente al contenido del negocio de gestión representativa, o sea, aquéllas declaraciones que precisen algunos de los elementos propios de tal negocio (. . .). En cambio pueden considerarse como simples instrucciones las declaraciones que no se refieren al contenido del negocio representativo, o que tienen solamente una relación indirecta con dicho contenido en el sentido de que tienden a esclarecer mejor el interés del principal, y también aquéllas que tienen por objeto regular el poder interior de administración".

A) La *ampliación* de la representación que tenga su origen en un poder, puede deberse bien al aumento de las facultades inicialmente conferidas, bien a la posibilidad de actuar de modo autónomo cuando anteriormente debía hacerse conjunta o mancomunadamente. En estos supuestos, respecto del ensanchamiento del poder, el tercero cuidará de verificar su exactitud, pero el riesgo es el mismo que cuando toma conocimiento del poder por vez primera.

B) Los casos de *reducción o restricción* de facultades son, sin embargo, más severamente regulados y pueden asimilarse a una revocación parcial. De ahí que deban ser puestos en conocimiento de terceros por medios idóneos. Idoneidad que siempre deberá juzgarse, en caso de conflicto, a la luz de las circunstancias concurrentes y de la buena fe del tercero. De ello hablaremos con amplitud al tratar de la revocación.

(99) MOSCO, Luigi: *op. cit.*, pág. 289.

"ARTICULO 157.– El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución".

"ARTICULO 158.– El representante queda exento de toda responsabilidad, cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la elección. El representante responde de las instrucciones que imparte al sustituto.
El representado puede accionar directamente contra el sustituto".

"ARTICULO 159.– La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto".

117. LA SUSTITUCION DEL PODER

El caso de *sustitución* puede ser impropiamente considerado como una hipótesis de modificación del poder, aunque incide primero en la relación representativa (100), dando lugar a un nuevo representante con las mismas o menores facultades que el sustituyente.

Tradicionalmente se había discutido la validez de la cesión de poderes. Como dice Mosco (101), si el poder es conferido en consideración a las cualidades morales o intelectuales que el principal encuentra en el representante, es decir, se apoya en la confianza, el apoderado no debe vulnerarla cediéndole a otro su posición. Pero una doctrina generalizada opina actualmente que es precisamente en base a esta confianza en el buen juicio del representante que el *dominus* puede permitir la sustitución. En otras palabras: el representante puede sustituir o delegar su poder. De aquí que esta teoría haya sido admitida en muchos ordenamientos civiles (102) aunque con distintas modalidades: o el representante puede designar sustituto si el principal no se lo ha prohibido, o puede hacerlo si ha sido facultado para ello sin designación de nombres.

Hasta aquí hemos venido hablando de sustitución. Empero, aunque es el único del que el Código habla, este término es ancho para encuadrar las distintas hipótesis de cesión del apoderamiento: la sustitución y la *delegación*.

Sustitución auténtica es aquella por la cual el representante confiere la totalidad o parte de sus facultades a un tercero, quien se subroga en los

(100) En contra PORPETA CLERIGO, Francisco: "Sustitución del poder". Citado por SOTO NIETO Francisco: *op. cit.*, pág. 209.
(101) MOSCO, Luigi: *op. cit.*, pág. 458 y ss.
(102) Así, por ejemplo, artículos 1994, del Código Civil francés; 398 y 399 del Código Federal suizo de las obligaciones; 1717 del Código Civil italiano; 664 del B.G.B; artículos 1721 y ss del Código español; 1924 y ss del Código argentino, etc.

deberes de representación anejos a tales facultades que recibe. En este supuesto, si hay sustitución o transmisión total, el representante queda desvinculado de la relación representativa y su lugar es asumido por el cesionario; si hubiera sustitución parcial, se retira el representante de la relación en lo que atañe a las atribuciones cedidas. Se trata, como se ve, de renuncia —prevista o no— a la totalidad o parte de las facultades de representación y, en tal virtud, respecto de los actos futuros, la responsabilidad es del nuevo representante, sin perjuicio de que, si el representante original no estaba autorizado para sustituir en persona determinada, tenga responsabilidad ante el *dominus* por posible negligencia en la designación del sustituto. Conceptuada la sustitución de esta manera, nos atreveríamos a decir que, más que traspaso de poderes, aparece una nueva investidura de relación representativa, que es plenamente independiente de la anterior.

El artículo 159 podría suscitar una duda, pues no puntualiza a quién corresponde disponer que la sustitución no puede ser revocada. En principio no admite discusión que el representado podrá hacerlo, porque es dueño y señor de su voluntad y derechos. Con relación al representante, también puede establecer él que no puede revocar la sustitución y reasumir el poder, porque en el fondo ello implica una renuncia a su ejercicio, y desde luego la ley no puede obligarle. De todas maneras, en lo que atañe a otros casos de sustitución deberá estudiarse si se trata de un poder irrevocable y tener en consideración lo previsto en el artículo 154 sobre renuncia de poder.

La *delegación*, por el contrario, tiene un carácter completamente distinto que reviste diversos matices unidos por una sola idea: el representante permanece vinculado al representado y responsable ante él. Delega sus facultades —todas o parte—, pero el delegado responde ante el delegante y éste ante el *dominus:* no hay relación jurídica directa entre principal y delegado, como sí la hay en la sustitución entre el principal y el sustituto (artículo 158, *in fine*). La figura de la delegación se explica por el mismo principio que inspira el apoderamiento: una colaboración que, en este caso, es el delegado hacia el delegante. Colaboración que, como hemos dicho, puede revestir matices o modalidades que López Vivas (103) clasifica así, aunque refiriéndose exclusivamente al mandato:

a) El mandatario puede limitarse a traspasar su confianza a otra persona sin llegar a concertar con ella ningún nuevo contrato.

b) Cabe, en segundo lugar, que el mandatario acuerde con un tercero la realización total o parcial del mandato, pero a través de otro tipo de contrato que no sea un verdadero mandato: por ejemplo, mediante un arrendamiento de servicios.

c) Y, en fin, puede ocurrir que el mandatario, buscando esa colaboración con un tercero en la ejecución del encargo recibido, concierte un nuevo contrato de mandato que, teniendo su causa y origen en el mandato previo y principal, resulte ser un auténtico y verdadero submandato.

Obviamente, todos los casos de la delegación quedan sometidos a las mismas reglas que gobiernan la extinción del poder de que derivan, ya que

(103) LOPEZ VIVAS, Ramón: "El subcontrato", págs. 153-154.

permanecen en plenitud de vigencia los poderes originales de los que derivan los delegados. Si el representante, sin dejar de serlo, es a la vez poderdante a otro de facultades para obligar a su representado, si se rompe el lazo de unión, queda sin efecto también la facultad de obligar al representado principal de que indirectamente disfruta el delegatario.

De cualquier manera, el Código dispensa a la delegación y a la sustitución un idéntico tratamiento, subsumiendo la primera en la segunda.

Los principios en que se concreta todo lo anterior se resumen así:

— El representante no podrá sustituir en todo o en parte sus poderes sin la previa autorización expresa de su representado. Cuando el apoderado no contara con facultades de sustitución, los negocios y actos celebrados por el sustituto nombrado no obligan al representado. Expresa autorización equivale a explícita; no puede inferirse de actos que implícitamente parezcan conceder permiso de sustitución.

— Si el apoderado tuviera facultad de sustitución, pero sin designación de persona o personas, responderá ante el representante si podía o debía saber que el sustituto no era la persona adecuada, o sería, o si el resultó incapaz o insolvente, pero los actos y negocios celebrados por éste serán válidos.

— El representante podrá delegar sus poderes total o parcialmente, aunque no hubiera sido facultado para ello por el representado, pero responderá ante éste si no se le dió facultad para designar delegado o, si contando con esta facultad, no se indicaran persona y el nombramiento recayera en persona notoriamente inidónea, incompetente, incapaz o insolvente moralmente (104).

En todo caso, los actos celebrados por el delegado no podrán ser impugnados por falta de legitimación, si el representado no tenía prohibida la delegación. De estar prohibida, los actos y negocios celebrados, serán ineficaces para el representado.

— El representante es responsable ante el representado por las instrucciones que hubiera impartido al sustituto o delegado.

— Producida la sustitución, puede el representante antiguo revocarla y reasumir la representación, salvo que el representado se lo hubiera prohibido o él, al sustituir, hubiera renunciado a la reasunción.

> "ARTICULO 149.— El poder puede ser revocado en cualquier momento".
>
> "ARTICULO 150.— La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos".

(104) En todo caso de sustitución o delegación, la responsabilidad del sustituyente o deegante comprende todo supuesto, sea cual sea la causa determinante, incluso el caso fortuito (a menos que se pruebe que, aún sin la sustitución, el cumplimiento corecto habría sido imposible): MINERVINI, Gustavo: *op. cit.*, pág. 127.

"ARTICULO 151.– La designación de nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de éste por parte del representado, importa la revocación del poder anterior. Esta produce efecto desde que se le comunica al primer representante".

"ARTICULO 152.– La revocación debe comunicarse tambien a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico. La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, salvo que ésta haya sido inscrita. Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante".

118. REVOCACION

Si la representación voluntaria directa, como se ha venido diciendo, es la figura por la cual se inviste a un tercero para que obre y actúe en nombre y con efectos para el *dominus*, parece claro que (de ordinario) éste cuenta en todo momento con la posibilidad de reasumir su propia actuación —de la que en realidad nunca se había desprendido, sino ampliado—. Según ello, y concluida la confianza en el representante, o por querer actuar directamente el representado, o por haber acabado el negocio encomendado al representante, puede el principal —con la excepción de pacto de irrevocabilidad que más adelante se verá— dejar sin efecto la investidura de representación. Como dice Francisco Soto Nieto (105), "las facultades de gestión de los propios intereses no pueden quedar constrictivamente en manos ajenas, contrariando la voluntad recuperadora del *dominus*. Sólo éste debe decidir, a la luz de su razón y sus conveniencias, sobre la subsistencia o acabamiento de la comisión empeñada, denunciando, en su caso, el vínculo contraido".

La revocación de poder, al igual que su concesión, es un acto jurídico unilateral y recepticio. En orden a esto, su eficacia queda supeditada a que la decisión y ejecución de la revocación del poder sean puestas en conocimiento no sólo del apoderado, sino de los terceros que pudieran tener noticia de la existencia de representación. Pero como este asunto del conocimiento, sobre todo del tercero, está vinculado a las formas y formalidades del poder y de su revocatoria, conviene aludir brevemente a ellas.

En principio, como hemos dicho en otro lugar, tanto el poder como la revocación no requieren formalidad alguna. Pueden hacerse de cualquier manera, ya que el ordenamiento no impone forma especial, como no sea para apuntar que el otorgamiento debe cumplir las mismas formalidades requeridas para el negocio en el cual se actuará representativamente. Sin embargo, debemos coincidir con Diez Picazo (106) en que "la revocación debe llenar la misma forma que recibiera la concesión del poder. Si la concesión del poder fue verbal, la revocación puede ser también verbal. El problema será de prueba de la emisión de la declaración de voluntad y de su comunicación a

(105) *op. cit.*, pág. 161.
(106) DIEZ PICAZO, Luis: *op. cit.*, pág. 302.

quienes fueran necesarios destinatarios de ella. Si la concesión del poder se hizo documentalmente, la revocación precisa también una constancia documental. Los poderes otorgados en escritura pública deben revocarse mediante una nueva escritura pública, y procurar que en la escritura primitiva se anote (*). La forma parece aquí, si no requisito de existencia, sí al menos condición de la eficacia de la revocación. Sin embargo, una revocación formalmente defectuosa no puede aprovechar al tercero y vale frente a él, si se demuestra que el tercero la conoció".

Dicho esto sobre la forma y las formalidades, viene la cuestión del conocimiento que el tercero pueda tener de la revocación. El problema no reviste mayor gravedad si el documento en que consta el otorgamiento del poder fue inscrito en el registro pertinente: en este supuesto la revocación también debe inscribirse, pues no hay medio más idóneo para la notificación de la revocación que la toma de razón por el mismo funcionario público que anotó su concesión y en el mismo lugar. Esto es válido en circunstancias normales. Pero, ¿y si cuando el poder se revoca cuando el representante ya está negociando con un tercero que confía en su poder?, ¿o cuando se trata de poderes no registrados? Aquí, indudablemente, habrá que atender a las circunstancias del caso y juzgar y resolver según lo que resulte y de la buena fe del tercero, o sea, su justificable ignorancia (artículo 152). En otras legislaciones tienen el problema parcialmente solucionado cuando se trata de poderes otorgados de modo escrito. De esta manera, si el representado requiere al apoderado para que le devuelva el documento en el que consta el poder, le retira el instrumento que acredite su investidura y sus facultades y si no lo hace luego de requerido, todo lo que haga en adelante no obligará al representado.

En cualquier caso, no debe olvidarse que aunque la revocación se haga por escrito, puede ser no expresa sino implícita. Así, por ejemplo, si la representación fue otorgada en función a un arrendamiento de servicios entre poderdante y apoderado. Extinguida la relación, como el poder era consustancial a la prestación de servicios, debe considerarse revocado.

119. SUPUESTO DE VARIOS REPRESENTADOS

El numeral 150 condena a la ineficacia la revocación del poder por uno de los otorgantes, si había sido conferido "para un objeto de interés común". Por objeto debe entenderse propósito o finalidad práctica.

Leído autónomamente, el dispositivo parece bueno en su intención, pero es criticable por su pobreza excesiva.

Lo primera que se impone advertir es que la norma admite pacto en contrario.

Lo segundo ya es más complejo, pues el precepto establece implícitamente una irrevocabilidad legal, y además impuesta con draconiana redacción para amplísima casuística. Un botón de muestra: en literal y ciega aplicación del 150, el representado que tiene intereses encontrados con su representante, no podrá revocarle el poder y quedaría atado por lo que hiciera.

(*) Hay que tener en cuenta que en España no hay Registro de Mandatos.

Tan rígida postura es a todas luces absurda e injusta, por decir lo menos. Se impone, pues, que el artículo 150 se aplique en la práctica con tiento y mesura.

Sin perjuicio de lo dicho, el precepto debe ser estudiado desde una triple óptica: a) que exista interés común entre todos los representados; b) que el interés común sea con el representante; o que sea c) con un tercero ajeno a la relación representaticia. En cada caso deberá examinarse el interés en juego. Un ejemplo: en nada dañaría al interés común la revocación del poder de uno de los otorgantes si de inmediato se confiere poder a otra persona para el mismo propósito.

En todo caso, siempre tienen que tenerse presentes los principios que inspiran la irrevocabilidad y su derogación.

Desde luego, mucho mejor hubiera estado el artículo si en lugar de sancionar la ineficacia y restringir en exceso la voluntad del poderdante, hubiera permitido la revocación, pero imponiendo la reparación de los daños y perjuicios que eventualmente se causen, si la revocación no obedeciera a justo motivo. No hay que olvidar que la teoría de irrevocabilidad descansa en la de contratación. Si la injusta ruptura del contrato obliga a indemnizar, no se entiende que la revocación injusta no quede sujeta a igual regla.

Otra cuestión que suscita dudas es la de la anunciada ineficacia. ¿Ineficacia ante quién? La pregunta no es ociosa. Si el legislador hubiese querido que la revocación no surtiera efectos ante nadie, de seguro que lo hubiera dicho. En consecuencia, se tratará en cada caso de indagar quiénes son los interesados y determinado ello tendrá que resolverse si tal interés debe prevalecer sobre el que justificó la revocación.

"ARTICULO 153 .– El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.
El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año".

120. EL PODER IRREVOCABLE

Habíamos hablado más arriba que aunque la actividad de gestión y representación del representante normalmente se hace en interés y provecho del representado, excepcionalmente coexiste un interés de asuntos del representante, o de un tercero, de modo que ya la representación pierde de algún modo la característica de abstracción que suele distinguirla. Cuando existe un poder en interés manifiesto del representante es que existe una conexión causal con un negocio u obligación precedente, de cuya validez dependerá también la validez del acto de apoderamiento. Esta relación jurídica anterior o coetánea será indispensable para juzgar el pacto de irrevocabilidad, ya que cuando el interés del representante o del tercero sea legítimo, debe estar protegido por el Derecho. Si bien normalmente el poder irrevocable es fruto de un acuerdo, puede estabiecerlo unilateralmente el poderdante (107).

Empero, esta cuestión de la irrevocabilidad, como excepcional que es, ha de estar sujeta a muy claros criterios orientadores:

a) La necesidad de un legítimo interés exclusivo del representante o conjuntamente con un tercero, que sea digno de protección jurídica.

b) Posibilidad de revocar el poder, mediando una razón legítima del poderdante (108).

c) Que el pacto de irrevocabilidad, o en su caso, aunque no haya pacto, la propia naturaleza del negocio o acto específico para el que se otorga el poder, tenga una duración limitada.

El artículo señala que el plazo máximo es de un año. El mandamiento es justificable cuando la irrevocabilidad obedece sin más al interés común que el precepto considera. Pero cuando expresamente está vinculada a un acto especial que por su naturaleza debe tener duración superior, nada obsta, en esencia, para que el plazo sea mayor de doce meses y persista mientras el acto para el que se otorga el poder así lo requiera, siempre que efectivamente sea limitado.

"ARTICULO 154.– El representante puede renunciar a la representación comunicándolo al representado. El representante está obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo, salvo impedimento grave o justa causa.
El representante puede apartarse de la representación si notificado el representado de su renuncia, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazado".

121. LA RENUNCIA

Se ha discutido si es posible extinguir la representación por dimisión del apoderado (109). Concretamente, Albaladejo (110) apunta que la renuncia del representante no es medio para extinguir el poder. Lo es para poner fin al mandato, que surge de la unión de voluntades de mandante y mandatario, porque por su sola voluntad se puede desligar un sujeto de un vínculo contractual, como el mandato, cuando la ley se lo permite; pero por su renuncia no puede impedir el representante hallarse autorizado para obrar

---

(107) GARCIA VALDECASAS, Guillermo: "Derecho Civil Parte General", pág. 421.
(108) Artículo 265.3 del Código civil portugués.
(109) Véanse especialmente: HUPKA, José: *op. cit.*, 370; MOSCO, Luigi: *op. cit.*, pág. 76.
(110) ALBALADEJO, José: "El negocio. . .", pág. 372.

en nombre y por cuenta de otro, cuando tal autorización procede —acto unilateral— de la sola voluntad del otro.

La discusión, hasta cierto punto, no deja de ser bizantina, ya que, notificado el principal por su representante de que ya no desempeñará la actividad representativa, carecerá de sentido que le siga manteniendo como apoderado. En verdad, prescindiendo del interés del *dominus*, la renuncia del representante no puede ser la investidura del poder de representación, sino al ejercicio del mismo. De aquí que el artículo 154 acabado de transcribir se vuelque más al examen del ejercicio del poder del representante.

El segundo párrafo del precepto, al estatuir obligatoriedad, confunde la representación con el mandato. Cuando la representación no responde a una relación contractual —simple amistad, por ejemplo— la obligatoriedad que se impone no tiene sentido. En tal caso de mera amistad el representante puede renunciar cuando le plazca, sin expresar razón alguna. Lo que pasa es que no debe hacerlo si con ello causa perjuicio al representado; y si renunciara de mala fe, responde por daños y perjuicios.

La norma tiende a proteger al representado, obligando al representante a continuar en ejercicio —salvo excepción justificada. La dimisión no surte efecto hasta que transcurra el plazo mínimo que el precepto apunta, a menos que la renuncia deba tener eficacia inmediata por consideraciones justificadas o graves. Tales consideraciones deberán exponerse; no se presumen.

Cap. IX

LA INTERPRETACION

122. CONSIDERACIONES GENERALES

Con indudable acierto (1) se había previsto incorporar a nuestra legislación civil un conjunto de normas sobre interpretación de los negocios jurídicos, cuya necesidad se venía sintiendo desde muchos anos atrás tanto por magistrados como por abogados (2). Se pretendía asi llenar un importante vacio que hubiera permitido contribuir en gran medida a justificar con un mayor rigor jurídico el examen de negocios jurídicos en los laudos arbitrales de derecho o en las sentencias que pronuncien quienes tienen en sus manos impartir justicia en nombre de la nación.

Lamentablemente, la Comisión Revisora ha suprimido bastantes de los artículos contenidos en el Proyecto de la Reformadora dejando completamente desvirtuado este Título IV. Se trataba, en todo caso, de normas excelentes, con la salvedad de la proyectada en el artículo 26, sobre la interpretación analógica, que sí ha sido retirada con razón. Puestos a legislar no sólo hay que hacerlo bien, sino de una manera completa, tratando de llevar al Derecho positivo criterios doctrinales y jurisprudenciales de utilidad reconocida, así como prácticas privadas que convenga generalizar y legislaciones de otros países que hayan acreditado su conveniencia. Pues bien, tal ocurría con varias de las reglas de interpretación que figuraban en el Proyecto y que el texto final del Código ha desestimado, no recogiéndolas. Eran, como está dicho, normas excelentes y sin las cuales las contenidas en los artículos 168 a 170 se muestran a todas luces insuficientes. Amparados, pues, en estas circunstancias, como complemento del estudio de las reglas positivas que

---

(*) La interpretación de las declaraciones no recepticias y en particular de los testamentos, no es tratada en este capítulo. Al respecto pueden verse, además de obras generales: JORDANO, Juan; "Interpretación del testamento", Barcelona, 1958; GARCIA AMIGO, Manuel: "Interpretación de testamentos" R.D.P. 1969, págs. 931-971; CICU, Antonio: "El testamento", trad. Madrid, 1959; VALLET de GOYTISOLO, Juan: "Estudios de Derecho Sucesorio". Vol. II, Madrid, 1981.

(1) Hay quien discute la conveniencia: véase CASTAN TOBEÑAS, José: *op. cit.*, Tomo III, pág. 452-453.

(2) Así se desprende de una encuesta incluida en la tesis de bachillerato presentada por Jorge MUÑIZ: "La interpretación de los contratos civiles", Tesis, Lima, 1976.

permanecen, ofreceremos en este capítulo los otros criterios de interpretación que, a nuestro entender, habrán de tenerse en consideración a la hora de estudiar el sentido de las declaraciones negociales.

123. NATURALEZA DE LAS NORMAS DE INTEPRETACION. SU OBLIGATORIEDAD.

Harto ha discutido la doctrina civilista sobre la naturaleza jurídica de las reglas de interpretación; esto es, si tienen carácter obligatorio o son puramente facultativas. Un sector de los tratadistas se inclina a pensar que las reglas de interpretación "son directrices o criterios que, aun a falta de una textual formulación, deben orientar la actividad hermenéutica" (3). Es consecuencia de esta teoría, que quienes deban interpretar los negocios no se encuentran necesariamente obligados a seguir las normas de interpretación legalmente previstas y pueden recurrir a reglas o argumentos de interpretación distintos. Se tratarían, por lo tanto, de simples consejos de los que el intérprete puede valerse o prescindir de ellos (4).

Contra esta tesis se alzan quienes consideran que si las normas de interpretación no tienen carácter obligatorio sino meramente facultativo, su utilidad se vería sensiblemente reducida, pues de todos modos quedaría a la decisión libre del intérprete la utilización de cualesquiera otros criterios o métodos de indagación de la voluntad. De este modo, quienes se someteran a la opinión final del intérprete, quedarían tan desamparados como si de veras no existieran normas coherentes y obligatorias de interpretación, pues el intérprete sería libre de escudriñar la voluntad negocial de la manera que mejor le parezca. Paralelamente a ello, quienes sostienen la tesis de la obligatoriedad alegan que se trata de criterios de interpretación recogidos uniformemente por la doctrina y por la práctica jurisprudencial y que si se incorporan en un ordenamiento positivo, no hay razón para que el intérprete no las utilice. O, dicho de otro modo, el reconocimiento legislativo de un cierto número de cánones de interpretación, es para que se observen en defecto de otros expresamente aplicables a la declaración negocial objeto de interpretación.

Se trata, por lo tanto, de auténticos mandatos jurídicos que recogen reglas de lógica y de experiencia e incluso de un modo de conceptuar el negocio jurídico.

Con razón afirma Danz (5) que no puede admitirse que se afirme que su aplicación (de las normas de interpretación) dependen del libre arbitrio del Juez; estima que es tanto como decir que la ley crea las normas y al propio tiempo las deroga retirándoles su fuerza coactiva. No obstante ello, puntualiza el mismo Danz que las reglas de interpretación son normas subsidiarias, es decir, que no se aplican sino solamente de una manera supletoria en defecto de un sentido claro de las declaraciones de voluntad, o cuando los interesados no estén de acuerdo en atribuir un cierto sentido a la declaración. Del mismo parecer es Messineo (6), quien opina tajantemente que se trata de normas cuya observancia es obligatoria para el intérprete.

(3) CARBONNIER, Jean: *op. cit.* Tomo II, volumen II, pág. 518.
(4) Tal es la opinión de la doctrina y jurisprudencia francesas. FLOUR et AUBERT: "Droit Civil, Les Obligations". Vol. I, pág. 306.
(5) DANZ, Erich: "La interpretación de los negocios jurídicos". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 135.

Por nuestro lado, consideramos que esta última teoría que reputa las reglas de interpretación como obligatorias, es la recogida por el Código. Ha de llegarse a esta conclusión no sólo por la redacción imperativa del artículado sino también porque el Dr. Felipe Osterling, Presidente de la Comisión Reformadora, aludió "a reglas sobre la interpretación con carácter imperativo de los actos jurídicos" (7). Con lo cual podemos decir, en conclusión, que el intérprete habrá de atender obligatoriamente a las reglas de interpretación que el Código le proporcione. (XIII).

Indudablemente, lo dicho sobre la obligatoriedad ha de entenderse respecto de los preceptos que esta sección del Código recoge. El resto de las directrices que nosotros además tratamos —aunque deriven de la doctrina y en buena medida de una práctica generalmente aceptada— no tienen rango legal y, por ello, carecen del respaldo consiguiente y de la obligatoriedad que merecerían haber tenido.

Desde luego el hecho de que las reglas de interpretación sean de carácter imperativo, es decir, de obligado cumplimiento cuando le es sometida al intérprete la indagación del sentido de la declaración de voluntad, no significa que el propio negociante no pueda fijar el alcance de su propia declaración, señalando el significado que atribuye al vocabulario con que se expresa, aunque sea contrario al usual.

124. DESTINATARIO DE LAS NORMAS DE INTERPRETACION.

Por principio, las disposiciones sobre la interpretación de las declaraciones negociales de voluntad van dirigidas a los Jueces, a los árbitros de derecho y a los propios agentes. Todos ellos, llegado el caso, serán los interesados en precisar el sentido y el significado de una determinada declaración de voluntad, con la finalidad de atribuirle los efectos jurídicos que la ley asigna al contenido que resulte interpretado de tal declaración.

Albaladejo (8) sostiene, sin embargo, que los destinatarios de las reglas de interpretación son todos los ciudadanos, precisamente por el carácter de imperatividad. Hemos de ser sinceros al reconocer que, sin negar explícitamente la afirmación de Albaladejo, no conocemos ningún autor que extienda a todos los súbditos de un estado la obligatoriedad de observar las normas de interpretación. Su planteamiento en consecuencia, ha de ser entendido de un modo restrictivo: las reglas de interpretación se aplican a todos los ciudadanos sólo en cuanto hayan menester recurrir a interpretar las reglas de comportamiento y las relaciones jurídicas que se derivan de los preceptos de voluntad negocial.

(6) MESSINEO, Francisco: "Manual...". Tomo II, pág. 484.
(7) "Necesidad de la actualización del Código Civil". Introducción a la publicación de los proyectos y anteproyectos de reforma del Código Civil. Universidad Católica de Lima. Septiembre de 1980. Para amplios argumentos defendiendo esta tesis y refutando las contrarias, MESSINEO, Fco.: "Doctrina...". Tomo II, pág. 95 y ss.
(8) ALBALADEJO, Manuel: "Derecho Civil", Tomo I, volumen II, pág. 250. Vid. el mismo autor: "El negocio...", págs. 332 y 333.

No hay que olvidar, por último, a los terceros, que aun no teniendo relación con el declarante, pueden estar interesados en conocer el alcance y sentido de sus compromisos, o ser solicitada su opinión.

125. DEFINICION DE INTERPRETACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS.

Se entiende por interpretación, en líneas generales, el procedimiento y método de investigación del significado de una declaración de voluntad y como consecuencia del cual se explica jurídicamente el contenido de la misma y el precepto querido por el declarante dentro de un contexto social determinado. En este orden de ideas, la intepretación de los negocios jurídicos no sólo consiste en un procedimiento para analizar y descifrar la existencia de una determinada declaración, sino que también cumple el cometido final de atribuir a tal declaración un determinado significado de carácter jurídico. Se trata, en suma, de extraer de una cierta conducta (manifestación) humana un precepto de voluntad y de atribuirle a su contenido una significancia cierta, una acepción unívoca.

Problema afín al de la interpretación en sentido estricto y que, por lo tanto, no es materia de este capítulo, es el de la llamada *falsa demonstratio*. En ésta, la declaración es errónea y da a entender una voluntad diferente, pero en su contenido, aunque no sea coincidente con la voluntad real, no hay duda, por ser claro y no admitir distintas posibilidades. Es el caso en que la declaración, aunque errónea, es entendida correctamente por el destinatario.

Ahora bien, como quiera que la interpretación jurídica se efectúa sobre los comportamientos, conductas, o actitudes —de los que ya nos hemos ocupado al hablar de las declaraciones de voluntad (incluyendo las manifestaciones y el silencio)—, es evidente que para el interpretador la materia de investigación no es propiamente la voluntad misma de los agentes, sino más exactamente la que se revela con la declaración, con la exteriorización de la voluntad (9). Dicho de otro modo, las reglas jurídicas de interpretación de los negocios no tienen como finalidad indagar, descubrir o atribuir sentido a una voluntad subjetiva cualquiera, sino a una voluntad en su forma (10) exterior en tanto que fenómeno físico que, de alguna manera, ya es ajeno al individuo y se encuentra fuera de su control volitivo. Es decir, a la voluntad objetivada (11). El propósito de la investigación, en tal virtud, es atribuir sentido a una conducta y sólo de un modo consecuente a la voluntad que se ha patentizado a través de la misma. Ya se había dicho con anterioridad que aunque no todos los negocios jurídicos se encuentran sujetos al cumplimiento de ciertas formalidades, revisten una forma externa (un modo de comportarse, de actuar) que no es otra cosa sino el resultado del proceso volitivo. Sobre esta forma, sobre esta entidad objetiva en que consiste la expresión de voluntad, es sobre la que recae la tarea de la interpretación, no sobre la voluntad en sí misma como conclusión de un devenir psicológico. Ni al Derecho en líneas generales, ni menos a la dogmática del negocio jurídico le interesa el querer interno y no evidenciado. (Recuérdese también que los actos jurídicos no negociales ni declarativos no pueden ser interpretados, pues su significancia y efectos vienes atribuídos por el ordenamiento positivo).

(9) Como dice GULLON BALLESTEROS, Antonio: *op. cit.*, pág. 145: si el negocio se concibe como una declaración de voluntad que crea entre las partes un precepto para la regulación de sus intereses, la interpretación tenderá a buscar el sentido de esa declaración en la que queda evidenciada la voluntad interna.

(10) Con esto, empero, no queremos significar la preeminencia de la forma. Agudamente señala DANZ, *op. cit.*, pág. 224, que "la forma no tiene la virtud de fecundar declaraciones de voluntad estériles, incapaces de engendrar efectos jurídicos: la forma no es más que la estructura de la declaración que es la que ha de ser eficaz jurídicamente".

(11) FERRI, Luigi: "Lezioni sul contratto", pág. 136: "L'interpretazione del negozio giuridico è intesa invece dalla dottrina tradizionale, fedele al dogma della volonta, come ricerca della volontá interna o soggettiva delle parti. Questa tesi non si può, a nostro avviso, condividere, perché un negozio, un contratto può sussitere, e validamente sussitere, anche in assenza di una volontà interna (si faccia l'potesi della riserva mentale o dell'errore ostativo non riconoscibile)".

De lo dicho se colige que el intérprete juzga hechos externos, llámense manifestaciones tácitas o expresas de voluntad o hechos negativos como el silencio, en cuanto tales hechos traducen un precepto que puede ser considerado jurídicamente relevante y vinculante. Además, no puede ser de otro modo, porque la voluntad interna no cumple una función negocial sino sólo en la medida que se dirige a un resultado práctico de carácter familiar o patrimonial, que por su propia naturaleza pretende que sea conocido por medios sensibles. La voluntad que se declara exterioriza un querer, para el cual pretende validez y vigencia en función de la materia que se propone ordenar (12). De lo cual se deriva, precisamente, que son estos medios sensibles, una palabra, un gesto, una actitud en suma, los que son objeto de interpretación para de ellos extraer un precepto de voluntad que sólo tiene virtualidad en cuanto pueda ser conocido en un medio social. Por eso se dice (13) que el objeto de la interpretación es una declaración o un comportamiento, no abstractos, sino en el marco de circunstancisas que les confieren significado y valor objetivos, y su función, entre otras, es reconstruir el precepto de voluntad más allá de la expresión inadecuada (14).

En consecuencia, pecan por defecto o por exceso quienes consideran que las reglas de interpretación van destinadas a interpretar la voluntad o el negocio jurídico. Ni una cosa ni otra: las reglas de interpretación pretenden investigar el contenido preceptivo de la declaración de voluntad (en su más ancho significado) como único elemento objetivo cierto que puede servir de punto de partida para entender la voluntad y su relación con todos los factores que sobre ella han incidido (15).

126. UTILIDAD Y FUNCION DE LA INTERPRETACION.

Según los principios arriba expuestos, la necesidad y utilidad de las normas de interpretación se hacen obvias. Al contar el intérprete con elementos y cánones hermenéuticos invariables para casos similares, se uniformizan los criterios y, por lo tanto, los resultados de la interpretación, atribuyendo un mismo sentido y unos mismos efectos a preceptos de voluntad que no necesariamente se expresan de la misma manera aunque sí dentro de iguales contextos básicos. Dentro de este espíritu, y en el marco de un mundo en el que los hombres viven inmersos en relaciones jurídicas de las que no todos son

(12) CARIOTTA FERRRA, Luigi: "El negocio...", pág. 513.

(13) BETTI, Emilio: "El negocio...", pág. 238 y ss.

(14) MESSINEO, Fco.: "Doctrina...". Tomo II, pág. 89. En contra de la reconstrucción: FERRI, Luigi: "La autonomía privada".

(15) LEHMANN, Heinrich: *op. cit.*, Vol. I, pág. 305.

conscientes y que con frecuencia les vienen impuestas por las inevitables necesidades de la vida cotidiana, la recta utilización de las normas de interpretación viene también a restaurar el equilibrio entre las partes contractuales.

Adicionalmente, y aunque se debe enfatizarlo no es necesario explicarlo por su evidencia, es función o, mejor dicho, consecuencia de la intepretación, determinar un cierto y unívoco contenido (a veces distinto al creído o querido por las partes) del precepto negocial, mediante su clarificación y aplicación, de suerte que a la postre es siempre cometido de la interpretación atribuir los efectos jurídicos (16).

En la obligación, pues, de servir a estas finalidades social y jurídica, la labor de interpretación —en sentido genérico— cumple diversos cometidos, que Castro y Bravo (17) denomina funciones.

a) La función o cometido *declarativo*, señala, es el que corresponde a la interpretación en su cabal significado y tiene por objeto descubrir y explicar lo realmente querido con la declaración y obtener una adecuada certeza al respecto. Esta labor consiste en el análisis de la conducta expresiva en busca de una realidad jurídica. Es el claro supuesto que estaba contenido en el último párrafo del artículo 23 del Proyecto de la Reformadora, que acertadamente afincaba en el comportamiento (objetivo) del agente la determinación de su verdadera intención.

b) La función *complementaria*, por el contrario, "supone salir del ámbito estricto de la interpretación y pasar al de la conjetura". En estos casos, cuando el intérprete no puede indagar ni de la declaración de voluntad ni de los comportamientos anejos a una voluntad un sentido determinado, recurre a voluntades típicas o hipotéticas, considerando que, en circunstancias normales, tal hubiera sido la voluntad del agente (18). A este propósito, si a pesar del análisis de los comportamientos y de la aplicación de las reglas anteriores no puede extraerse de la declaración de voluntad un precepto con un determinado significado, deberá éste (el precepto negocial) ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si el negocio fuese a título gratuito, y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de los agentes, si fuese a título oneroso.

c) La última de las funciones a que alude Castro y Bravo es la función *reconstructiva*, aunque ha de aceptarse con reservas dentro de la teoría de la interpretación, pues implica alterar al precepto de la declaración, que cuando por sí mismo no podría ser válido, al ser interpretado de manera distinta a la normalmente querida, podría surtir efectos. Esta actividad, por lo tanto, se dirige a determinar si es posible inferir una voluntad favorable al cambio de la voluntad negocial, en aras de la conservación de los efectos prácticos y jurídicos negociales. Es el típico caso de la conversión por virtud de la cual un negocio nulo puede producir los efectos propios de un negocio diferente, cuando a través de él pueda lograrse el resultado querido por los agentes y pueda suponerse válidamente que así lo habrían deseado si hubiesen conocido la nulidad.

(16) DANZ, Erich: *op. cit.*, pág. 70 y 183 y ss.
(17) CASTRO Y BRAVO, Federico: "El negocio . . .". *op. cit.*, pág. 77 y ss.
(18) Véase, con amplia doctrina sobre este tema: DELGADO, LOPEZ y MORENO: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" Tomo XVII, Vol 2º, pág. 7 y ss.

127. LA ACTITUD DEL INTERPRETE. FASES DE LA INTERPRETACION.

Bajo este nombre genérico de fases de la interpretación se conoce aquel conjunto de etapas que forman parte del procedimiento o técnica de interpretación y que, aunque tienen por finalidad desentrañar el sentido de la declaración de voluntad, no son propiamente las consistentes en la atribución de un significado determinado.

Las etapas del procedimiento o arte interpretativo han de concordar muy estrechamente, sin embargo, con la actitud perceptiva del intérprete. Las normas de interpretación, en tanto que procedimiento analítico, y las normas interpretativas, consideradas como atributivas de un sentido con valor jurídico (19) a las declaraciones, a pesar de ser reglas doctrinales que el intérprete no puede desconocer, no son tampoco principios de positivismo legal que deban ser aplicados de modo ciego y automático como ciertas reglas procesales. Las normas interpretativas no sólo son metodológicas sino, sobre todo, sustantivas y materiales, en cuanto contribuyen, merced a la aplicación que de ellas haga el intérprete, a la atribución de un sentido a la voluntad declarada hasta obtener una honesta certeza sobre su significado. En este orden de ideas, el intérprete, a lo largo del proceso interpretativo, no sólo se limita a recibir una situación, identificar una duda y corresponderle una regla interpretativa que con frialdad matemática resuelva el conflicto, sino que asume el deber de imbuirse de todo el complejo de circunstancias que confluyen en la declaración, asumiendo las razones justificantes de la voluntad cuya expresión ha de ser aclarada. Y para ello cuenta con el auxilio de las reglas que pone a su alcance el codificador. Con esto queremos decir que para el intérprete la operación de interpretación no consiste en diagnosticar solamente dudas objetivas y en aparejarles de inmediato una solución. No, entre la duda y la aplicación de la regla que la solvente, no hay una relación de causa a efecto que pasa directamente por la aplicación de la norma, sino primero por una actitud de adecuación mental por parte del intérprete. Es precisamente esta adecuación mental la que, auxiliada con todos los hechos que concurren a la duda, comprende y asimila, de alguna manera recorre hacia atrás el proceso volitivo del agente a partir del hecho jurídico significante (declaración) y anuda la adecuada regla interpretativa, que dota de un unívoco sentido (significado) a la expresión de voluntad que parecía carecer de él o que admitía diversas posibilidades. Aunque, desde luego, siempre teniendo presentes las circunstancias del caso y, especialmente, en consideración a la capacidad de comprensión del destinatario de la declaración o manifestación de voluntad (20).

Sentada esta premisa puede decirse que la primera fase de la interpretación se reduce, para el intérprete, a una labor de *comprensión y entendimiento* del problema y quizá en ello estriba la determinación del correcto enfoque de la duda y señalamiento de la dirección por la cual ha de investigarse. El intérprete de los negocios jurídicos, por harta ciencia y experiencia que posea, ha de entender primero objetivamente el problema, saber en qué consiste, concretar sus alcances y sus consecuencias y, acto seguido, comprenderlo de un modo subjetivo, de algún modo intuitivo y no científico,

(19) ENNECCERUS: *op. cit.*, Parte General, Tomo I, Vol II. 2a. parte, pág. 798. MESSINEO, Fco. "Doctrina. . .". Tomo II, pág. 88.
(20) LARENZ, Karl: *op. cit.*, Parte General, pág. 458, y ss.

pues las circunstancias económicas y sociales inciden sobre las voluntades reflejadas en declaraciones, de un modo no susceptible de cuantificarse, cualificarse ni menos codificarse, pues las normas de interpretación son sólo típicas (en cuanto reflejo legal de realidades sociales uniformes y ciertos casos límite).

Tras esta fase de entendimiento y comprensión, en la que todavía no hay un análisis razonado y coherente de las declaraciones sometidas al intérprete, éste debe *fijar los hechos* que habrán de influir de modo determinante en el resultado de la actividad interpretativa propiamente dicha. Según esto, los interesados habrán de poner al alcance del intérprete toda aquella información conducente a resolver la cuestión planteada: ¿cómo se expresó la declaración de voluntad?; ¿fue declaración expresa, tácita o hubo silencio de alguna de las partes?; ¿si fuera el caso, qué palabras se utilizaron?; ¿qué circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores a la expresión de la voluntad han tenido lugar?; ¿cuál es el medio social en el que se desenvuelve el declarante?; ¿qué intereses, necesidades o deseos se pretendía regular?. Y así, sucesivamente, hasta proporcionar al intérprete todos los indicios y los elementos de hecho que puedan revelarle razonablemente el sentido que el agente negocial quiso atribuir a su declaración de voluntad. Es decir, su contenido, en función de un resultado práctico que se quiso obtener. Con frecuencia, el error en la determinación del significado de la declaración, proviene de insuficiencia de información suministrada al intérprete (21).

Precisados los hechos y determinada la existencia de la voluntad, se indagan *el sentido y su significado*, esto es, los alcances del precepto contenido en la declaración en relación con el resultado práctico que pudiera aparecer en la declaración y en su contexto como pretendido. En esto consiste la interpretación propiamente dicha.

No obstante, cuando esta actividad de intepretación en sentido estricto fuera insuficiente para fijar adecuadamente los términos del precepto de voluntad, se ejerce la función complementaria a la que se ya se ha aludido más arriba y que consiste, en realidad, en la integración de la declaración de voluntad a la "voluntad tipo" (es decir, como hubiera regulado normalmente el interesado esta laguna si se hubiera percatado de ella) conexa a la voluntad principal que ya ha quedado definida.

Fijados los alcances de la declaración negocial, sea por virtud de la interpretación o de la integración, el negocio es calificado. Se juzgan en este caso no sólo la voluntad declarada sino el conjunto de todos los elementos negociales, en función de los criterios valorativos del ordenamiento positivo. Por el mérito de esta calificación, en consecuencia, y precisamente por derivación de la actividad interpretativa que asigna un cierto significado a la declaración de voluntad, se adscribe el conjunto del negocio en una determinada especie negocial y a ello se le atribuyen los efectos jurídicos que le son propios, o se le considera como atípico, pero sujeto a ciertas regulaciones básicas.

(21) BETTI, Emilio: "El negocio. . .", pág. 241: "Una cierta constatación de la conclusión del negocio y de las circunstancias concomitantes, puede determinar, a su vez, una interpretación distinta de la que hubiera correspondido, toda vez que la interpretación se halla en función de la comprobación de hecho que le precede. Pero debe hacerse notar, sin embargo, que precisamente por tener que sujetarse la integración al marco de la voluntad principal ya descubierta, sólo podrá extender o restringir lo declarado a la voluntad tipo en la medida que ello no signifique salir del marco indicado y pueda suponerse razonablemente por las circunstancias que rodean el caso que el receptor de la declaración también tenía que considerarlo restringido o ampliado".

Sin embargo, en la hipótesis de que tras esta calificación hubiera de llegarse a la conclusión de que el negocio es inválido, la actividad de reconstrucción a la que ya nos hemos referido, intenta orientar la voluntad por otros canales negociales a través de los cuales se puedan logar, si acaso no todos, sí al menos los principales efectos prácticos y jurídicos que se hubieran obtenido con el negocio inicialmente querido.

128. CLASES Y METODOS DE INTERPRETACION

La actividad interpretativa es diferente según el intérprete, según su resultado y según su método utilizado.

Por lo que respecta al intérprete, la actividad interpretativa puede ser: a) auténtica (también llamada convencional) realizada por el declarante mediante un negocio posterior (22); b) judicial, incluyendo en ésta la arbitral; c) de terceros interesados en conocer el sentido de una declaración o de un comportamiento.

En lo que respecta a la interpretación *auténtica*, hay quien discute su validez, sosteniendo que no es interpretación en la correcta acepción de la palabra, sino más bien una nueva declaración de voluntad (un negocio de fijación), por considerarse que la verdadera actividad de interpretación implica un re-conocimiento por otra mente que pretenda corresponderse —primero subjetivamente y luego objetivamente— con la del declarante. Por lo demás, es indudable que por el propio principio de la autonomía privada, la interpretación auténtica no queda ligada por los mismos cánones de interpretación obligatorios para intérpretes ajenos a la declaración. Los intérpretes auténticos son libres de establecer los criterios de interpretación que se acomoden a sus propios intereses, prescindiendo de los que vengan legalmente estatuídos y atribuir a su declaración de voluntad sentidos dispares de aquellos que hubieran correspondido según tales normas (23) pero dejando a salvo derechos de terceros. No obstante la inexcusable validez de estas observaciones, tampoco ha de negarse competencia al propio autor de la declaración de voluntad para aclarar, restringir, precisar o ampliar el significado de su emisión volitiva ambigua o incompleta.

La interpretación *judicial o arbitral* (de derecho, no de equidad) por el contrario, queda sujeta a la observancia de los métodos hermenéuticos legalmente estatuídos y a aplicar las normas interpretativas correspondientes, o las predeterminadas por los agentes, esto es, aquellas que atribuyan a la voluntad hecha patente un cierto significado.

En cuanto al resultado, las diversas clases de interpretación coinciden con las funciones o cometidos que le corresponden. Con arreglo a ello, se habla de interpretación declarativa en cuanto a su finalidad. Y su finalidad es hacer coincidir el resultado de interpretación a través de la declaración de voluntad con el presuntamente verdadero, único y definitivo propósito del agente negocial. Lo que no siempre es posible, pues habrá de prevalecer la

(22) TRABUCHI, Alberto: *op. cit.*, Tomo II, pág. 193.
(23) BETTI, Emilio: "La interpretación. . .", pág. 206.

voluntad realmente declarada sobre la intención que no resulte evidente. (24). La impugnación ya es otro tema.

A veces, sin embargo, por la propia ambigüedad u oscuridad del comportamiento o de los términos de la expresión de voluntad, no resulta posible que, por la propia aplicación de las normas interpretativas, se llegue a un resultado estrictamente declarativo. Cuando esto ocurre, se habla de interpretación restrictiva o extensiva e incluso integradora. Lo que habrá de ocurrir cuando, como consecuencia de la labor de interpretación y de aplicación de las normas interpretativas, se presuma que la voluntad típica o hipótetica es de menores alcances que la ambiguamente declarada, o sus márgenes son más amplios. O, por último, se integrará la declaración con un contenido legalmente establecido, en defecto de no poder llegar a conclusiones razonablemente valederas y ciertas sobre la voluntad que se declaró. Es decir, "llenando las lagunas de la expresión de la voluntad dentro de límites adecuados para que lo descubierto por vía de integración pueda ser considerado como formando parte de lo declarado" (25).

Para lograr estos resultados, o sea, para que el intérprete apareje a la declaración-significante un determinado significado, se recurren a ciertos cánones generalmente admitidos que conducen a la determinación del significado. En nuestro caso, el Proyecto de la Reformadora admitía como valederas: la interpretación gramatical (artículo 23, primer párrafo), la interpretación por la conducta (artículo 23, tercer párrafo); la interpretación sistemática (artículo 24); la interpretación finalista o por el propósito de la voluntad (artículo 29); interpretación lógica (artículos 25, 26 y 28), el criterio consuetudinario, que remitía a los usos admitidos, aunque con ciertas excepciones (artículo 27); el criterio de tipicidad objetiva, esto es, en función de la naturaleza del negocio (artículo 29); y el criterio del disfavor (artículo 30). Creo que todos estos cánones son válidos, si bien sólo algunos han quedado legalmente recogidos y por tanto obligatorios.

De cualquier manera, todo ello puede resumirse en los dos tipos básicos de interpretación: a) subjetivos, en la medida que tratan de descubrir la voluntad real querida por el declarante; b) objetivos, que propugnan atribuir un sentido lógico y razonable a la declaración de acuerdo a ciertos criterios. Primero deberán aplicarse los criterios subjetivos. Si por ellos no se llega a una certeza sobre el contenido de la declaración, se harán valer las otras reglas objetivas. Reglas objetivas en aplicación de las cuales no necesariamente se llegará a la conclusión de que la voluntad declarada y, por ende, vinculante, coincide con la real, que no ha sido posible precisar con certeza.

En concordancia con lo que se lleva expuesto, pueden determinarse fácilmente los principios de interpretación que inspiran nuestro ordenamiento positivo.

129. PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACION

a) El principio de la buena fe.— Sobre este pilar descansan, indudablemente, todos los elementos y criterios que el intérprete ha de tener en consideración en su labor (26).

Se parte, por lo tanto, de la preocupación de un querer sano, positivo y razonable y se inspira en voluntades queridas con justicia, seriedad, equidad y certeza. Es un presupuesto sobre el cual se vertebra toda la temática negocial (27); se parte de la premisa que el agente, en legítimo uso de la autonomía de la voluntad, establece un precepto de conducta responsable, sincero y no engañoso y que el destinatario de la declaración la recibe con confianza en esta conducta del declarante. Por parte del agente debe confiarse a su vez en la buena fe del receptor de la declaración y que la entiende adecuadamente y sin retorcer su sentido. (XIV).

b) Principio de la conservación.— Desde antiguo, la regla *magis valeat quam pereat* anuncia que se prefiere la conservación del negocio, siquiera con efectos restringidos e incluso derivados de voluntad probable, que la nulidad o la ineficacia. Así, el Derecho asume y da por sentado que el agente negocial ha querido declarar su voluntad en el ánimo y con la idea de lograr un efecto práctico que, desde luego, lleva parejos determinados efectos jurídicos. Según este principio, y como también es lógico que nadie se obliga porque sí, sin razón, sin querer nada, el interprete debe juzgar los términos de la declaración de modo tal que revelen una intención y un sentido que puedan revestir utilidad y efecto social o económico para el declarante, o para el destinatario de la declaración, o eventualmente un tercero.

Este principio de conservación, no obstante, no puede llevarse a extremos absurdos y hasta el grado de hacer decir al agente lo que razonablemente no quiso decir, aunque así se entienda de la declaración. En estos casos, si se llega a demostrar que el efecto que resultaría no es querido, salvando los derechos de la otra parte y de terceros debe impugnarse la declaración (28).

En el marco de estos principios primordiales (29), se desenvuelven y desarrollan todos los criterios y métodos de interpretación en función de los casos que le sean sometidos al intérprete y de la distinta naturaleza de los negocios jurídicos; pues los criterios para interpretar un contrato, es decir, un negocio con prestaciones recíprocas, son diferentes de los que habrán de servir para interpretar un negocio bilateral, o de los aplicables a la representación, que por naturaleza no exige compromisos de las partes interdependientes entre sí (30).

(24) FERRI, Luigi: "La autonomía privada", pág. 122: "El negocio tiene un significado normativo u objetivo que no coincide necesariamente con la voluntad subjetiva real o psicológica de las partes; y también en el negocio el intérprete debe descubrir el primero y no reconstruir la segunda.

(25) CASTAN TOBEÑAS José: *op. cit.*, Tomo I, Vol. II, pág. 762.

(26) Véase, especialmente: WIEACKER, Franz: "El principio general de la buena fe". Cuadernos Civitas, Madrid, 1977.

(27) Excepción hecha de los negocios testamentarios, en los que no hay buena fe de terceros que proteger o que deba prevalecer sobre la declaración del testador.

(28) ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.*, Tomo I, Vol II, pág. 237.

(29) BOFFI, Luis: "Obligaciones. . .", Tomo I, pág. 433 y ss. indica que, además deben considerarse también, entre otras: a) la pauta del sentido profano de las palabras, salvo que las partes le asignaran un sentido técnico; b) la pauta de los fines perseguidos.

(30) Sobre los criterios de interpretación de los contratos mercantiles, véase URIA, Rodrigo: "Derecho Mercantil", parágrafos 502 y ss.

"ARTICULO 168.– El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

El artículo transcrito contiene dos mandatos autónomos que deben estudiarse por separado. Alude primero a la materia de interpretación. En segundo lugar establece la manera de hacerlo.

130. EL PRECEPTO NEGOCIAL COMO MATERIA DE INTERPRETACION.

A tenor de la literalidad de la norma, el acto jurídico debe interpretarse "de acuerdo con lo que se haya expreado en él".

Este enunciado es de significado polivalente. Desde luego debe aceptarse con reservas que el legislador haya querido decir literalmente que todo lo expresado debe interpretarse. Hay que creerlo así tanto porque a veces la oscuridad es parcial —un elemento del negocio: precio, por ejemplo; o una modalidad: condición, plazo o cargo, o una disposición aislada—, como porque la regla de interpretación integral está prevista en el artículo siguiente.

Lo que el precepto enseña es que es materia de interpretación lo que ha sido declarado. En efecto, según la redacción de este artículo es materia de interpretación la intención hecha objetiva por el agente, adoptando como punto de partida lo expresado en el acto jurídico. Esta regla de interpretación tiene preferencia sobre todas las demás (31) por lo que el intérprete debe agotar todos los medios que le ofrece.

Por lo 'expresado', sin embargo, no deben entenderse única y exclusivamente las palabras utilizadas. Aunque sea una obligación para el declarante utilizar palabras o expresiones adecuadas, no es labor del intérprete —según el espíritu del artículo— fijar el significado gramatical de éstas, sino lo que con ellas realmente se quiso significar. De otro lado, hay que recordar que el acto jurídico no tiene palabras, ni literalidad, ni cláusulas; la literalidad y las cláusulas son propias del escrito que documenta o reproduce la declaración de voluntad que constituye uno de los supuestos de hecho del negocio; por añadidura, las palabras no sólo pertenecen al ámbito del escrito sino también de lo verbal. No deben confundirse, en consecuencia, las disposiciones que se extraen de la exteriorización de voluntad como actuación física de un querer interno, con el medio sensorial que hace, de algún modo, que resulte perdurable la expresión volitiva. Por otro lado, por cláusulas tampoco debe entenderse el orden externo y aparente de la manifestación volitiva, sino el conjunto de estipulaciones más o menos implicadas entre sí que atribuyen sentido al conjunto.

(31) DELGADO, LOPEZ Y MORENO; *op. cit.*, pág. 17.

El artículo es de aplicación no solamente a los negocios que consten por escrito, sino también a todos aquellos que aparezcan consumados al haberse expresado la voluntad por cualesquiera de los medios legalmente admitidos, esto es, manifestación expresa o tácita, ejecución de un hecho material, o silencio (32).

Para precisar la intención del agente por lo manifestado o expresado, se deberá apreciar su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del acto. Comportamiento total, qué duda cabe, no es únicamente el anterior y el posterior a la expresión de la voluntad, sino igualmente la conducta coetánea a través de la cual se materializa y evidencia —se expresa, dice el artículo— la voluntad con mayor o menor fidelidad. Por añadidura, de admitir que el artículo sólo es de aplicación para la interpretación de la expresión volitiva manifestada con palabras, llegaríamos a la conclusión de tener que excluir del ámbito interpretativo de los negocios de Derecho Privado un cuantioso número de negocios concluidos por otros medio de exteriorización de preceptos de autonomía y de autoregulación de intereses. Quedarían, en suma, vedadas y fuera del ámbito de la interpretación civil las conductas de los herederos que disponen de la herencia sin aceptación escrita, el comportamiento de los huéspedes de un establecimiento hotelero que, sin previo convenio expreso sobre el número de días que habrán de alojarse continúan haciendo uso de las habitaciones; no habría medio de interpretar la conducta del acreedor prendario que renuncia a la garantía con la devolución de la cosa, etc.

Con relación, pues, a la manera de interpretar los términos del negocio "en cuanto se haya expresado en él" recurrimos sin duda a la bondad de la redacción del artículo 57 del Código de Comercio, que bien puede valer para negocios civiles: "Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con intepretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones"(33).

(32) SANTORO, Francisco: *op. cit.*, pág. 276.

(33) Síntesis normativa excelente del modo de interpretar los contratos mercantiles, lo constituye el artículo 218 del Código de Comercio de Argentina, que establece las bases siguientes:
"1o. Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos;
2o. Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponde por el contexto general;
3o. Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero.
Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de la equidad;
4o. Los hechos de los contrayentes subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar en contrato;
5o. Los actos de los comerciantes nunca sé presumen gratuitos;
6o. El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato, prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras;
7o. En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación.

131. LO EXPRESADO SE INTEPRETARA PARA CONOCER LA INTENCION DEL DECLARANTE

Sentadas estas breves premisas sobre los alcances previos del artículo bajo análisis, interesa preguntarnos qué debemos entender por intención del agente. Desde luego, ha de descartarse por intención el simple ánimo, idea, pensamiento o designio interno y no manifestado, pues está dicho que no es cometido de la interpretación el indagar el régimen de raciocinio del agente cuando no aparezca manifestado. Puede indagarse, desde luego, pero exclusivamente a partir de lo declarado y las circunstancias concurrentes. Más aún, ya hemos comentado más arriba que son irrelevantes tanto las reservas mentales como las intenciones no declaradas.

Por intención debemos comprender la voluntad que el agente quería hacer valer (34) con relación a un propósito práctico que se propuso lograr con el negocio al que ha dado vida por el mérito de su declaración. La norma 168 se refiere, pues, a intención de resultado, trasmitida y recognoscible de algún modo. Las intenciones puras son irrelevantes, carecen de realidad fáctica y pértenecen al fuero interno del individuo (35). En un negocio suelen ser, además, muchas las intenciones y los deseos previos a la determinación del propósito finalmente apetecido, que es el que realmente se traduce en el precepto de voluntad.

Ratificando lo dicho en el párrafo anterior, conviene advertir que en los negocios bilaterales, especialmente contratos, la intención no puede consistir obviamente en la pretendida singularmente por cada parte. Aquí se trata de saber la común intención y ello sólo puede sacarse a la luz en el punto de encuentro no de las voluntades internas, que son desconocidas, sino de las voluntades declaradas. Se interpreta, pues, el acuerdo o negocio, por la intención en él manifiesta y objetivada (36). De aquí que el artículo 1361 puntualice que se presume que la intención querida coincide con lo declarado. Y este principio es de aplicación en general para todos los negocios.

La intención del agente negocial es, por cierto, atendible para examinar el cumplimiento del negocio, pero esa intención personal es insuficiente en materia de cumplimiento si la voluntad del agente estaba imbricada con la de otro. Así, pues, al analizar si el cumplimiento ha sido correcto, debe atenderse a si la intención era la común querida y armonizadora de intereses supra personales. Con no poca frecuencia los negocios deben ejecutarse no según la intención del declarante, sino según la del beneficiario del cumplimiento o prestación que puede no haber sido parte del negocio.

Del texto del artículo 168 no debe llegarse a la conclusion que si las expresiones son claras el negocio no debe ser interpretado. Se aplicaría

(34) ENNECCRUS: *op. cit.*, pág. 799.

(35) BONET RAMON, Francisco: *op. cit.*, Tomo I, pág. 718, señala que: "La interpretación no aspira como frecuentemente se dice en homenaje al dogma de la voluntad, a acertar, de hecho, qué haya pensado, creído y querido ésta o aquella parte en su interior en el momento de emitir o recibir la declaración: las suposiciones, las creencias y las intenciones puramente interiores que las partes puedan haber concebido y alimentado en el acto del negocio, no tienen trascendencia jurídica para determinar el sentido y la interpretación de aquél: sólo pueden ser operantes al tratarse de la prueba de un vicio de la voluntad en orden a una impugnación de los efectos del negocio".

(36) FERRI, Luigi: "Lezioni. . .", pág. 146.

así el brocardo *in claris non fit interpretatio*, apoyado en un texto del Digesto (D. 32.25.1), según el cual si no hay ambigüedad en las palabras, *non debet admitti voluntatis quaestio*. No creemos, sin embargo, que esta sea la correcta solución. Por el contrario, porque pueden ser expresiones muy claras por sí, pero manifiestamente contrarias a la intención, las palabras si pueden ser objeto de interpretación, especialmente cuando haya indicios de que la intención pudiera parecer diversa a la luz de las circunstancias concurrentes (37).

Es de advertir, además, que con inusitada y desgraciada frecuencia la intención de resultado que se quiere manifestar no va de la mano ni se lleva bien con el propósito práctico que traslucen los términos o signos con que se expresa la declaración de voluntad, de suerte que el intérprete, además de tener en consideración el comportamiento del agente o agentes, habrá de asumir en todos los casos la condición, conocimientos y experiencia del declarante y, particularmente, del receptor de la declaración. Pues no hay que olvidar que si las declaraciones recepticias sólo se consuman al ser recibidas por la otra parte, a ésta afecta también el conjunto de circunstancias que rodean la declaración (y que pueden o deben ser conocidas por el receptor o por terceros) y que tal vez hagan que se interprete la voluntad declarada de una u otra manera (38). De este modo, nos parece que haría mal el intérprete que, por ejemplo, eximiera de responsabilidad solidaria a aquel fiador que, conocedor por sus ocupaciones habituales que el aval es una institución de solidaridad cambiaria, declarara "avalar sin restricción al deudor" en un documento no cambiario y pretendiera posteriormente eximirse de responsabilidades o intentara hacer uso del beneficio de excusión, arguyendo que la fianza y la solidaridad no se presumen sino que han de ser dispuestas expresamente, o que el aval pierde el carácter de solidario cuando no se estampa en un título valor.

Ha de observarse, decimos, el propósito práctico perseguido por el agente, que puede ser más o menos entrevisto a través de la declaración, e inferido por la otra parte o los destinatarios, que no pueden serlo las intenciones, que suelen quedarse sólo en eso, simples intenciones o ilusiones sin ánimo vinculante o preceptivo. A esta observancia obligan por añadidura, los principios de responsabilidad del declarante y natural confianza del receptor de la declaración, quien no debe verse defraudado por la negligencia expresiva del declarante, cuando no su ánimo doloso. La más elemental necesidad de seguridad jurídica impone al intérprete, pues, la obligacion de analizar las declaraciones no sólo por las intenciones o los motivos que las inspiraron, sino en conjunción con el propósito práctico que con ellas se pretendía obtener y que se deduce de una cierta declaración y su contexto.

Con arreglo a este espíritu, cuando las palabras o signos utilizados para la expresión (o incluso la declaración tácita) parecieran contrarios, no a la intención sino al propósito evidente del agente, prevalecerá una interpretación vinculada a este propósito antes que sobre las palabras o sig-

(37) BOFFI BOGGERO, Luis: *op. cit.*, Tomo I, pág. 427: "La interpretación (. . .) es necesaria siempre, por claras que fueran las expresiones (. . .). Es evidente que la dificultad interpretativa se vincula con la complejidad de las cláusulas (. . .) pero aún las más claras y nítidas necesitan siempre de esa operación. En contra PUIG PEÑA, Federico: "Compendio. . .", Tomo I, pág. 795.

(38) LEHMANN, Heinrich: *op. cit.*, Vol. I, pág. 306.

nos utilizados, porque los efectos jurídicos se vinculan no a las intenciones sino al resultado que con ellas se quiso obtener. Pues no ha de olvidarse que el negocio jurídico, por propia definición, es un medio para regular intereses sociales, familiares y patrimoniales, incidiendo por su resultado, no por las íntimas intenciones, sobre la realidad social y jurídica preexistente. La intención, en tal virtud, ha de ser vista bajo esta óptica: intención de un resultado, que no es otra cosa que hacer conocer, sacar de sí, y dar vida independiente a un propósito que frecuentemente es equivalente a compromiso.

Aparte de lo expresado, la determinación de la intención se apreciará teniendo en cuenta el comportamiento de los agentes y el de terceros que han influido en su facultad de decisión. También deben considerarse los acontecimientos que pueden determinar celebrar o no un negocio, o celebrarlo en condiciones distintas de las inicialmente previstas. Al atender a esta realidad la jurisprudencia española ha venido señalando reiteradamente que para la interpretación de la intención a través de lo declarado, no debe excluirse el conjunto de las circunstancias de los agentes o ajenas a ellos, cuando puedan contribuir a la correcta determinación de su voluntad. De modo especial, una sentencia del Tribunal Supremo español (39) apunta que hay que considerar la conducta e interés de los contratantes tanto como las relaciones sociales (económicas o de otra índole) que repercuten en la voluntad.

132. LA BUENA FE COMO CRITERIO DE INTERPRETACION

Ya habíamos anunciado el principio de buena fe como criterio sobre el cual se vertebra toda declaración negocial y, desde luego, contractual, así como la ejecución y cumplimiento de los preceptos de autonomía privada. Se trata de un criterio que impregna, o debe impregnar, toda conducta negocial. Esta buena fe, sin embargo, no es exactamente aquella a la que alude la norma de interpretación que ahora comentamos, que tiene más enjundia de lo que parece.

En primer lugar, ha de advertirse la necesidad de descartar las opiniones que pretendan leer y entender el artículo en el sentido que el intérprete debe actuar con buena fe en su actividad. En otras palabras, que la actividad de intepretación debe hacerse de buena fe. Eso se da por sentado. No es a esa buena fe a la que alude el texto, que debe leerse de otro modo: para la interpretación del acto jurídico debe tenerse en cuenta la buena fe de los agentes declarantes y de los destinatarios de la declaración. Pero con ello se incurre en una indebida generalización. A intentar precisar los alcances del concepto van dirigidas las líneas siguientes.

Se recordará que más arriba habíamos hablado de diversas categorías de normas de interpretacion: a) Aquellas llamadas subjetivas, que apuntan a descubrir el significado de una declaración de voluntad indagando el espíritu que la motivó y la intención pretendida; para iluminar el alcance de la declaración se atiende fundamentalmente al agente emisor y a las circunstancias que sobre él han incidido: b) Las reglas objetivas están destinadas, por el contrario, a buscar con criterios objetivos el posible sentido de la declaración de voluntad, cuando ésta y otras circunstancias no pueden proveer indicios adecuados o completos.

(39) Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia de 1976, Tomo I, pág. 1992.

Habíamos hablado también que la actividad de interpretacion *sensu strictu*, se limita a intentar descubrir la intención querida a través de lo declarado (artículo 1361). Pero agregamos que con frecuencia esto es insuficiente para esclarecer la voluntad y que por ello, además de la función declarativa, es a veces labor del intérprete complementar o integrar la norma de voluntad privada. Y precisamente porque en tales casos la interpretación pretende suplir los vacíos de lo declarado, no puede recurrir a la propia declaración para indagar la voluntad, sino a otras fuentes. Fuentes que son el propio ordenamiento positivo, que con sus normas supletorias integra la declaración, o la buena fe, o los usos admitidos.

Así planteada la cuestión, se observa cuán acertada es la observación de Messineo cuando señala (40) que el concepto de la buena fe se expresa en dos vertientes claramente distinguibles. Por un lado, en la medida que la regla se dirige al Juez u otro intérprete, significa que el negocio debe ser interpretado como manda la buena fe objetiva, entendida como el comportamiento leal típico que observarían personas correctas. De otro lado, en cuanto la buena fe se dirija a los agentes, carece de contenido específico, es subjetiva, pues no exige otro deber de comportamiento que el que venga precisamente determinado por el contenido del negocio, aunque éste, si fuera el caso, tenga prestaciones desequilibradas.

Presentado el caso de este modo, habiendo agotado el intérprete las posibilidades de esclarecimiento tendrá que recurrir no a la voluntad hipotética del agente, sino a un elemento objetivo como es la buena fe en un lugar y tiempo determinados. Así, pues la buena fe objetiva, primero como criterio de interpretación de la declaración determina el contenido negocial; solamente cuando es insuficiente, en un segundo término, se integra en la voluntad concreta para completarla o aclararla (41) y, llegado el supuesto, corregirla con el sentido convencional de conducta leal que el intérprete debe conocer o averiguar.

Hay que aceptar, pues, que la buena fe no es sólo elemento de interpretación de la declaración negocial, sino también —y ello es importante—, elemento de integración del contenido del negocio. Y la prueba de ello nos la ofrece el artículo 1362 cuando apunta que los contratos han de ejecutarse de buena fe. Este enunciado legal debe ser entendido, a nuestro parecer, de doble manera: por un lado impone el deber de cooperación franca y sin dobleces por las partes, no subjetivamente considerada, sino dentro de una concreta relación jurídica, de modo que tiene un carácter normativo que limita el comportamiento de las partes dentro de un contenido negocial determinado; de otro lado, en un segundo momento, la buena fe objetiva obliga, con un criterio integrador, a ejecutar y cumplir el negocio de acuerdo a la naturaleza del mismo —artículo 1148 (42).

Ahora bien, una vez dilucidado este aspecto, tampoco conviene dejarlo señalado sin algunas precisiones de carácter básicamente práctico.

(40) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 484.
(41) DE LOS MOZOS, José Luis: "El principio de la buena fe", pág. 180 y ss.
(42) Véase, LASARTE, Carlos: "Sobre la integración del contrato". R.D.P., Enero, 1980.

En primer lugar debe hacerse sentir la importancia de la buena objetiva bilateral, si el negocio lo es. De aquí que, con referencia a los contratos, Stolffi (43) diga que cada contratante ha de ser precavido al obligarse, pues si la buena fe presupone la ausencia de culpa, tampoco puede admitirse que alguno pretendiese echar sobre la contraparte las consecuencias de un equívoco debido a su propia distracción. En cada caso, pues, la buena fe que se tenga en consideración requerirá pensar que, en interés del declarante, el destinatario no debe tomar literalmente y al pie de la letra sino que, en todo el contexto de una declaracion, debe atenderse a la intención —aquí se aplica la buena fe objetiva— con que se hubiera dictado y entendido por personas correctas.

Es precisamente al amparo de la confianza, seriedad y seguridad que, según los principios objetivos de buena fe, la declaración no puede ser entendida en el sentido que le atribuya el autor, si no la explica, y tal sentido no es aquel en que razonablemente puede y debe entenderse, según su tenor y los usos del medio, por el destinatario o por terceros (44).

"ARTICULO 169.— Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretarán las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

133. INTERPRETACION SISTEMATICA

Ha de aclararse respecto de esta regla que más que cláusulas de los negocios jurídicos, debe referirse con propiedad a las distintas disposiciones o estipulaciones que informan el conjunto del contenido del precepto de la voluntad.

Con el principio de interpretación sistemática del que ya se ha hablado, el intérprete ha de juzgar como una unidad todo el contenido del precepto, en el entendido que razonablemente todo lo declarado debe de tener alguna utilidad, mayor o menor (45). Lo cual no significa que hay que interpretar todo lo declarado, sino que, cual un rompecabezas, cada pieza es necesaria para la visión del conjunto.

Ha de recordarse en este lugar que si bien las declaraciones de voluntad forman un todo conceptual en el cual el declarante anuda sus distintas partes, esta unidad conceptual no necesariamente se integra en una unidad temporal o instrumental.

Así, por ejemplo, cuando el intérprete se enfrente a la tarea de interpretar el contenido de las disposiciones testamentarias de un individuo, bien

(43) STOLFFI, Luigi: *op. cit.*, pág. 291.
(44) SANTORO PASARELLI, Fco.: *op. cit.*, pág. 298.
(45) STOLFI, Giuseppe: *op. cit.*, pág. 289 y 290: "De todos modos es preferible imponer a las partes el cumplimiento de todas las cláusulas en que hayan consentido antes que otorgar al juez la facultad de descuidar alguna imaginándola de estilo, ya que es preferible obligarles a tener confianza en los compromisos asumidos y por tanto a respetar la voluntad manifestada y la Ley, que reconocer a un extraño el poder de sustituir aquella voluntad según el arbitrio de su autoridad permitiéndole rehacer el contrato a su modo aunque sólo sea en parte".

puede ocurrir que estas disposiciones, como un todo, consistan primero en un testamento en el que el causante instituye a sus hijos como únicos herederos; testamento modificado posteriormente, sin hacer alusión al anterior, instituyendo legados con cargo al tercio de libre disposición, a lo que acaso haya de agregarse una última disposición por la cual el testador, dentro de los límites que la ley le permite, mejora algunos descendientes respecto de otros. El intérprete, claro está, se encuentra ante tres negocios jurídicos diferentes, tres declaraciones de voluntad aparentemente autónomas pero que forzosamente ha de analizar en conjunto, como un todo, para determinar el propósito final y realmente querido por el de cujus.

Lo mismo puede decirse cuando para intepretar un contrato se estudian otros convenios a los que el primero aparezca vinculado.

Las disposiciones de las declaraciones de voluntad, por lo demás, han de juzgarse según su importancia e influencia respecto del conjunto. Si bien es cierto que estas disposiciones deben entenderse las unas por medio de las otras y las claras y explícitas contribuirán a aclarar el sentido de las dudosas, el intérprete debe prescindir y no puede apoyarse para la labor interpretativa en aquellas disposiciones que, debidamente analizadas, queda claro que son secundarias o intrascendentes para el conjunto, y no contribuyen a tipificar o esclarecer dentro de un esquema negocial, o en el ámbito de lo usual para el declarante, el propósito de la declaración emitida a la luz de una función social de lo preceptuado (46). Siendo así, resulta irrelevante que dentro de su contexto resulte explícito que el enajenante se haya obligado al saneamiento, cuando no puede asegurarse si quiso vender, donar o permutar.

Por todo ello, la interpretación sistemática no solamente ha de apoyarse en el conjunto de las estipulaciones o disposiciones negociales principales y accesorias, sino también a la luz del propósito querido por el agente, y en concordancia con ello, con la naturaleza y objeto de su declaración. Esto es así porque los negocios suelen ser un todo o conjunto armónico, de suerte que las estipulaciones que lo integran deben interpretarse de modo independiente y complementario, sin que parezca correcta su absoluta individualización, debido a que es el conjunto negocial el que pretende unos propósitos globales, con perjuicio de las particulares previsiones que a dichos fines o propósitos coadyuvan.

Por último, ha de advertirse con Schleirmacher (47) que existe "un círculo de reciprocidad hermenéutica que corre entre la unidad del todo y los singulares elementos de una obra, reciprocidad tal que permite articular la interpretación, ya asumiendo el entender la unidad del todo por medio de las partes singulares, ya asumiendo el entender el valor de las partes singulares en virtud de la unidad del todo. Ciertamente, de la premisa de que el todo del discurso como toda manifestación del pensamiento, es generado por un único espíritu y a un único espíritu y sentido tiende a volver y a reducirse, se trae una ilación fundada sobre la destacada correspondencia entre iter genético e iter hermenéutico, el criterio, por así decir, de recabar de los elementos singulares el sentido del todo y de entender el elemento singular en función del todo del que es parte integrante. Lo mismo que el significado, la intensidad o el matiz de una palabra no puede ser entendido si no es en el contexto en el que fue dicha, o se encuentra de ese modo también el signifi-

(46) DELGADO, LOPEZ Y MORENO: *op. cit.*, pág. 41.
(47) Citado por BETTI, Emilio: "La interpretación...", pág. 34.

cado y valor de una proposición en relación con aquella a la que está ligada, o no puede comprenderse el nexo recíproco en el complejo orgánico del discurso al que pertenecen. Así puede decirse que desde el comienzo del proceso interpretativo tiene lugar un gradual progreso hacia la comprensión de los elementos singulares en relación con los núcleos en los cuales se organizan y hasta el todo que en ellos se articula. La comprensión, en primer término provisoria, se va perfeccionando, corrigiendo e integrando con el creciente extenderse del discurso del que el intérprete toma posesión, de modo que únicamente al final los elementos singulares, totalmente abarcados en su conjunto, resultan casi de golpe colocados en plena luz y representados en precisos y claros contornos".

134. CONTRADICCION ENTRE ESTIPULACIONES

La interpretación integral de las disposiciones del negocio tampoco puede ser un criterio absoluto cuando existan contradicciones en las propias disposiciones de la declaración. Cuando esto ocurra la prudencia aconseja una interpretación restrictiva, que posibilite que el negocio surta los resultados indispensables queridos, (que siempre podrán ser completados posteriormente por los interesados), y no otros efectos mayores que los apetecidos, lo que puede ocasionar irreparables consecuencias.

> "ARTICULO 170.– Las expresiones que tengan varios sentidos, deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto".

135. INTERPRETACION FINALISTA

El objeto a que alude el artículo no es la cosa material sino el objetivo que el agente se propuso regular con su precepto a través de un cierto negocio. Es más, precisamente la materia final sobre la cual el agente declara su voluntad. El artículo, con el vocablo ' objeto" quiere aludir, en consecuencia, a los temas o asuntos —en cuanto finalidad objetiva— sobre los que recae el precepto negocial, sean cosas (en cuanto bienes materiales), o derechos o conductas. En este orden de ideas, si el negocio cuya declaración de voluntad se ha interpretar alude a la traslación de dominio de dos fincas, lo que ha de ser materia de investigación no es sólo la precisión de si es una o ambas fincas, lo que tuvieron en mente los contratantes, sino si la enajenación es por venta, permuta, donación u otra figura jurídica.

En cualquier caso, esta regla ha de ser estrechamente concordada y utilizada con las contenidas en el artículo 168 y en el artículo 1361, desde que su propósito es, primeramente, determinar el alcance y el significado de las expresiones o el comportamiento por medio de los que se exterioriza la declaración de voluntad.

La importancia de interpretación objetiva que anuncia este artículo habrá de resultar significativa, muy especialmente, en los negocios jurídicos de renuncia o limitación de derechos, dada la usual frecuencia con que los acreedores expresan no tener nada que reclamar del deudor, al declarar percibido su crédito. El intérprete, ante este tipo de conflictos, habrá de indagar el origen del negocio y a cuál derecho del acredor se alude, para determinar los alcances de su voluntad y sobre qué crédito se propuso declarar. Este artículo también se aplica a los negocios de transacción. (XV).

En lo que atañe a la "naturaleza del acto" entendemos que se refiere a la especie negocial a la que se puede adscribir. De este modo, ciertas disposiciones (da, entrega, etc.) tendrán distinto significado según pueda colegirse del conjunto de la declaración o del comportamiento, que se trata de vender, alquilar, donar, etc.

> "ARTICULO 1401.– Las estipulaciones insertas en cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes se interpretarán, en caso de duda, a favor de la otra"

136. CLAUSULAS GENERALES Y CONDICIONES PREESTIPULADAS

Se trae a colación este artículo a este lugar pues responde a un principio que informa no sólo los contratos sino todos los negocios bilaterales: la interpretación de declaraciones recepticias oscuras no debe favorecer a la parte que hubiera motivado la oscuridad.

Se inspira esta norma en el principio *in dubio contra stipulatorem* que, a su vez, deriva del principio de la buena fe, entendida como de franca leal conducta. Según esto, la interpretación de las disposiciones oscuras no puede favorecer a quien hubiese causado la oscuridad, sino precisamente a favor de la otra parte, que al contratar sobre la base de condiciones generales o formularios dispuestos por anticipado para casos genéricos y abstractos, y entenderlos según las explicaciones acaso antojadizas que se le hubieran proporcionado, ve mermada su libertad de contratación.

Aunque no es éste, por cierto, el lugar propicio para referirnos a las condiciones generales de la contratación, interesan unas breves reflexiones al respecto, a los efectos de definir sus principales características, pues precisamente tras saber cuándo sí o cuándo no se trata de condiciones generales de contratación, el intérprete podrá aplicar o prescindir de este artículo 1401 del Código.

Dentro del marco de la autonomía de la voluntad y, como corolario de la libertad de contratación, habíamos anunciado que el agente negocial no sólo determina en una primera fase si quiere o no negociar y quién es el destinatario de su declaración de voluntad, sino que a continuación también libremente puede hacer recaer su voluntad sobre un determinado contenido que responde al interés de obtener un resultado práctico que el Derecho recoge y ampara anudándole los consiguientes efectos jurídicos. En circunstancias normales (dejamos por el momento de lado los negocios atípicos y los indirectos) los agentes negociales recurren al (llamémosle así) catálogo o índice de especies negociales que están a su alcance para la obtención de resultado apetecido, y del subíndice de cada tipo negocial optan entre las variedades de disposiciones que la ley les ofrece (48). En otras palabras, nadie obliga a declarar, y tomada la decisión de hacerlo, no se obliga a declarar un

---

(48) CARBONIER, Jean: "Derecho Flexible", Editorial Tecnos, Madrid, 1974, pág. 116.

determinado contenido salvo el típico y esencial correspondiente a la especie negocial elegida.

Sin embargo, la propia vida de relación social, circunstancias económicas y la imposibilidad de soslayar la atención y satisfacción de ciertas necesidades, imponen con frecuencia —dejamos ahora de lado las restricciones morales de licitud y legalidad— ciertas limitaciones a la plena autonomía (como capacidad de iniciativa negociadora) de la voluntad. En este sentido Castro y Bravo (49) define a las condiciones generales como: "conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Mediante tales condiciones se eliminan a priori los tratos previos entre las partes, una de éstas (el empresario) se ha atribuído el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación, se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes".Son limitaciones propias de la contratación masificada, como consecuencia de lo cual una de las partes dictamina el contenido del negocio y la otra parte, en líneas generales, o no contrata o contrata en los términos que le son planteados. Así presentado el problema, apunta con certeza Jaime Santos Briz (50) que "las condiciones generales no tienen la justificación de la autonomía privada, pues las condiciones generales las propone una parte que usualmente es la más fuerte desde el punto de vista económico y la otra parte se somete o no a ellas: en el primer caso, se verifica la aceptación de la oferta que las condiciones representan; en otro caso, el contrato no se perfecciona".

Llamado o requerido el intérprete a la actividad interpretativa, no es objeto de su labor valorar la bondad intrínseca, validez o procedencia de las condiciones generales o de las disposiciones formularias: es decir, no está en su ámbito determinar si ha existido o no recorte en la libertad de contratación o si existe o no indebida renuncia de derechos, tampoco le compete al intérprete determinar si las condiciones generales infringen las leyes, la moral, el orden público o las buenas costumbres, porque no se somete a su decisión la rescisión del convenio, su nulidad total o parcial o la corrección de su contenido. Eso será cuestión de otra controversia. A lo que apunta, el artículo que ahora comentamos es a un supuesto distinto, pues admite, en principio, la validez y la procedencia de la cláusula de adhesión y sólo cuando después de concluída la actividad interpretativa pueda en efecto aceptarse razonablemente que aún interpretada en favor de la parte débil conlleva un pacto leonino, podrá demandarse su invalidez. Dicho de otro modo, no le está permitido al intérprete la supresión de oficio de las cláusulas o disposiciones generales injustas o de las que desprenda un beneficio indebido o desmesurado para una de las partes en perjuicio de la otra.

(49) CASTRO Y BRAVO, Federico: "Las condiciones generales del contrato y la eficacia de las leyes", Madrid, 1975, Editorial Cívitas, pág. 12. Véase también: GARCIA AMIGO, M: "Condiciones generales de los contratos", Edersa, Madrid, 1969, pág. 132.

(50) SANTOS BRIZ, Jaime: "La contratación privada", Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 62.

En la actividad interpretativa de condiciones generales oscuras, resulta irrelevante la circunstancia de que de un modo inveterado o constitudinario se haya venido admitiendo la aplicación de tal disposición en términos poco inteligibles, pues no ha de atenderse tanto a que no se haya cuestionado la oscuridad con anterioridad, y a si haya venido siendo aceptada de forma constante, sino al eventual sentido que uniformemente se le haya atribuido. E inclusive así,este enunciado debe tomarse con precaución, pues la no invocación de oscuridad en otros casos, no ha de servir de precedente para que no pueda ser objeto de interpretación por vez primera.

Ha de advertirse, también, que no debe tomarse literalmente el texto del artículo en cuanto alude a cláusulas insertas en las condiciones generales del acto jurídico y concluir que alude exclusivamente a las condiciones generales que consten en el documento que recoja o reproduzca los términos del convenio. Indudablemente, también habrán de ser objeto de interpretación sistemática las cláusulas de condiciones generales que, aunque no detalladas en el contrato, se establezca la referencia a ellas por las partes intervinientes. Precisamente por la extensión, prolijidad y, a veces, malicia en la redacción de estas condiciones generales, no se incluyen literalmente en el convenio principal, sino de un modo referencial. Así, por ejemplo, en los contratos de prestación de distintos servicios, o de transporte, caso en este último en el que el billete, aun mencionando la existencia de condiciones generales, no las reproduce en su totalidad, limitándose a señalar la obligatoriedad de las mismas para las partes.

Ha de hacerse la salvedad, por último, que la regla contenida en el primer párrafo de este artículo no puede generalizarse: sólo vale cuando los contratantes particulares son los que formulan las condiciones de contratación; pero no cuando se trate de condiciones generales establecidas por medio de disposiciones reglamentarias impuestas a las dos partes (51). En este supuesto deben interpretarse tales disposiciones igual que las leyes: averiguar su sentido propio sin prejuzgar el favor o perjuicio para ninguno de los contratantes (52).

Para concluir, conviene hacer notar que este artículo, inspirado en el 1370 del Código italiano, contenía otro párrafo en su versión inicial sometida a la Comisión Reformadora por el ponente. Este párrafo señalaba que cuando a un contrato impreso se le añadiera un texto manuscrito, éste prevalecerá sobre el impreso. A propósito de este vacío, conviene también señalar aquí otras reglas de interpretación que cita García Amigó (53): "a) la de que las cláusulas particulares prevalecen sobre las generales, o la de que las condiciones manuscritas privan sobre las que están impresas —simples criterios de orden técnico, dirigidos a determinar la voluntad real de las partes—: en tal sentido (. . .) cuando en el mismo contrato, predispuesto en forma impresa por uno de los contratantes, coexisten cláusulas manuscritas en contradicción evidente con el contenido de las claúsulas impresas, se debe, salvo prueba contraria, presumir que las partes hayan querido regular sus relaciones no en base a las cláusulas impresas, predispuestas como condiciones

(51) Véase artículos 1393 y siguientes.

(52) SANTOS BRIZ, Jaime: *op. cit.*, pág. 209.

(53) GARCIA AMIGO, Manuel: *op. cit.*, pág. 191.

generales de venta para la clientela en general, sino de acuerdo con las cláusulas manuscritas añadidas particularmente para aquel contrato, cláusulas que, por tanto, deben considerarse prevalentes y derogatorias respecto de las primeras; b) la de que se ha de mantener una interpretación restrictiva de las condiciones favorables al predisponente, cuando haya dudas respecto de las mismas: esta interpretación restrictiva se ha mantenido fundamentalmente con motivo de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual del predisponente, declarando a este respecto (. . .) que las cláusulas 'merce come vista o merce come vista e accettata nello stato in cui si trova', no pueden ser interpretadas jamás como renuncia incondicionada a hacer valer cualquier acción o excepción sobre la cualidad y los vicios de la cosa vendida, ya examinada por el comprador y declarada de su satisfacción, sino que sirve para excluir de la garantía solamente los defectos que puedan ser descubiertos con el uso de una diligencia normal en el momento de la conclusión del contrato".

Prescindiendo ya de las condiciones generales o de los contratos-formulario, el principio contenido en el artículo 1401, también puede ser extendido a todos los negocios jurídicos bilaterales en los que se prueben que la ambigüedad de las condiciones estipuladas es imputable a una sola de las partes. Probado este extremo, es decir, demostrado el hecho de que, por ejemplo, las cláusulas reflejadas en el documento controvertido han sido redactadas exclusivamente por uno de los interesados, su oscuridad o ambigüedad no puede favorecerla. Es decir, cuando la ambivalencia significativa sea imputable a un declarante por malicia o por negligencia, la otra parte no puede ser justificada si habiendo actuado con responsabilidad, la otra parte actúa dolosa o culposamente.

137. CUESTIONES COMPLEMENTARIAS. OTROS CRITERIOS DE INTERPRETACION

A) Interpretación lógica.

Cuando en un acto jurídico se hubiera expresado un caso con el fin de explicar un pacto, no se presumirán excluidos los casos no expresados a los que, de acuerdo con la razón, pueda extenderse dicho pacto.

Este principio viene inspirado en la legislación italiana y concretamente en el artículo 1365 de su Código Civil. Y recomienda que ante simples ejemplos expuestos para ilustrar una determinación de voluntad, no deben excluirse del contenido de la determinación volitiva otros casos similares al ejemplificado.

La labor del intérprete asume aquí una doble vertiente. Ya no se trata solamente de precisar el significado de la declaración, que puede ser evidente o no, sino también de estudiar si los supuestos ocurridos y que dan lugar al conflicto que se somete a la decisión del intérprete, son o no similares al caso propuesto en el negocio sólo como ejemplo. Esta asimilación, debe hacerse de acuerdo con la razón para poder hacer extensivo el paradigma o patrón a casos análogos. La razón, sin embargo, no ha de circunscribirse a presupuestos lógicos, sino atender también a circunstancias de caracter económico y social que, aun no siendo necesariamente lógicas ni coherentes con el ejemplo propuesto en la declaración de voluntad, sí pueden serlo cuando se presenta la duda y se somete a la interpretación.

Prescindiendo, pues, el intérprete de la razón, en cuanto lógica formal, puede recurrir para explicar el precepto con relación al ejemplo propuesto, al argumento a contrario, al argumento *a fortiori* (quien puede lo más, puede lo menos, si está prohibido lo menos, está prohibido lo más), al argumento *a coherentia*, según el cual no se podrían admitir dos ejemplos igualmente formulados pero con resultados prácticos o jurídicos distintos, y al argumento apagógico o de reducción al absurdo.

B) La analogía no puede ser norma interpretativa para los negocios jurídicos.

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define la analogía como la relación de semejanza entre cosas distintas. A los efectos jurídicos, pero refiriéndose a la interpretación de normas legales, Perelman (54) enseña que es el razonamiento por el cual "dadà una proposición jurídica que afirma una obligación jurídica relativa a un sujeto o a una clase de sujetos, esta misma obligación existe respecto de cualquier otro sujeto o clase de sujetos que tenga con el primer sujeto o clase de sujetos una analogía bastante para que la razón que determinó la regla relativa al primer sujeto o clase de sujetos sea válida respecto del segundo sujeto o clase de sujetos. Así , el hecho de haber prohibido a un viajero que suba al tren acompañado de un perro, no contradice la regla de que hay que prohibir igualmente a un viajero que vaya acompañado de cualquier otro animal que sea igualmente incómodo".

Para ser más claros: es un medio de búsqueda extrayendo la razón que justificó la solución de un caso, para aplicarla a otro (55).

Respecto de la analogía, que está válidamente admitida como método interpretativo de las leyes o normas positivas, se discute si puede aplicarse a los preceptos de autonomía privada, porque la analogía es motivo de presunción, pero no de certeza. Por añadidura, como la analogía consiste en extraer de un supuesto un principio mayor que pueda aplicarse a otro supuesto, nada impide que aun en situaciones normales las partes quisieran excluirlo. Stolffi es enfático cuando señala que la analogía es inadmisible en cuanto al negocio jurídico, pues éste sólo obliga en cuanto sea querido. Donde,dice, surja una laguna (bien entendido que no haya que suplir *ex lege* o con los usos), no se dará necesidad alguna de cubrirla, pues así como la condición natural del hombre es ser libre de obligarse, debe entenderse que las partes no quisieron vincularse y que no se vincularon y, por consiguiente, que no existe acreedor que pueda exigir ni deudor obligado a realizar algo. De no ser así, continúa Stolffi, se llegaría al absurdo de que el silencio de los interesados aunque suscite dudas, podría ser suplido por el Juez, es decir, por persona a quien compete interpretar el acto tal como es y no complementarlo a su arbitrio en daño de otros (56).

Afortunadamente el artículo que fue proyectado sobre la analogía como método de interpretación de las declaraciones negociales, no ha sido admitido en el Código.

Efectivamente, dado el supuesto de que el agente negocial, por virtud de una declaración confusa o incompleta no hubiera podido expresar o regu-

---

(54) PERELMAN, Chaim: *op. cit*, pág. 79.
(55) VILLAR PALASI, José Luis: "La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos". Editorial Tecnos, Madrid, 1975, pág. 175.
(56) STOLFFI, Giuseppe: *op. cit*., pág. 285 y ss.

lar todos los intereses que pretendía, a veces resulta punto menos que imposible independizar, en la voluntad interna del agente, cuál fue la intención que tuvo en mente y que adrede no quiso reflejar en el negocio, de aquella otra intención que por descuido, incompetencia, ignorancia o cualquier otra razón omitió involuntariamente incorporar en su declaración. Resulta muy difícil juzgar cuál es, en la mente de un sujeto, una situación de excepción por razones económicas o emotivas o simplemente por consideración o simpatía hacia la otra parte, y cuándo no hay una situación de excepción.

La característica de excepción, en cambio, es fácil de descubrir en el ordenamiento positivo, porque puede notarse del dictado de la norma el ámbito de su aplicación, las hipótesis que pretende regular, la amplitud de sus alcances, la razón política, económica o social que justifica su creación; es posible advertir que su aplicación extensiva y analógica puede trastocar el orden jurídico.

Por ende, y dejando de lado la aplicación de normas supletorias, ha de recordarse que la interpretación analógica de un caso requiere, por principio, la existencia de otro caso similar con cuyos principios informadores pueda confrontarse. Caso este otro, indudablemente, que no puede estar constituído ni por precedentes en el mismo agente negocial ni, mucho menos, por precedentes de las conductas o declaraciones de otros individuos por respeto a la autonomía privada, que implica la regulación de los propios asuntos de acuerdo a las propias necesidades e intereses fluctuantes (57).

C) Los usos y las costumbres

Por costumbre se conoce la permanente observancia en un lugar de ciertas maneras de actuar con relevancia y contenido jurídicos, sin que el grupo que así obra sea compelido para hacerlo. De este modo, la constante repetición de la conducta acaba por convertirse en norma no escrita, pero observada por el común denominador.

Llámase uso, en cambio, a la misma conducta establecida digámoslo así por voluntad popular y de modo irreflexivo. Su contenido, en cambio, no es de carácter jurídico, sino ético, social, comercial o de otro orden. Tampoco tiene notas de coercibilidad como no sea de rechazo a la conducta desigual.

Dicho esto, se aprecia que la costumbre es fuente de derecho como la ley, la doctrina y la jurisprudencia. Los usos, antes bien, entran al mundo jurídico sólo en la medida en que la ley les reconozca cierta virtualidad.

Teniendo en cuenta lo señalado en los artículos 1695 y 1814 del Proyecto (ahora 1600 y 1759, respectivamente) al comentar el artículo 27 del mismo dijimos que las costumbres sí habían de tenerse en cuenta a la hora de interpretar las declaraciones de voluntad, pero que su función sería distinta a la de los usos. Agregábamos que la costumbre, como norma jurídica no escrita, debía ser un criterio hermenéutico para conocer el sentido de la declaración de voluntad dentro de un contexto determinado para saber entendimiento que sobre un determinado aspecto jurídico y obligatorio tenía

(57) De aquí que FERRI, Luigi: "Lezioni sul contratto", pág. 140, sostenga que, a lo sumo, la interpretación analógica sólo puede admitirse entre las distintas normas de un mismo negocio.

el declarante. Así, pues, opinábamos que forma parte de un modo subjetivo de la voluntad del agente, pero que se refiere a la práctica de una conducta general, no circunscrita normalmente a un ramo determinado de la actividad humana. Pero aparte de estas consideraciones, dijimos que el artículo 27 era una norma de carácter eminentemente objetivo (aunque con una matización final) de suerte que su cometido dentro del conjunto de la interpretación era fundamentalmente integrador, como habíamos apuntado al hablar de la buena fe. En orden a ello, agregábamos que el Juez o intérprete habría de atender primero a la costumbre y luego, llegado el caso y por insuficiencia de certeza, a otros criterios, entre ellos el de los usos. Nuestro parecer, influído por los artículos citados del Proyecto, era erróneo y ante tales afirmaciones el Dr. León Barandiarán discrepó con nosotros. Su punto de vista, que a continuación reproducimos, es correcto y apoyados en su autoridad rectificamos la opinión antes sustentada. Decía así nuestro gran jurista:

"Este asunto fué tratado en el seno de la Comisión y la razón por la cual no se incluye la costumbre (como método de interpretación de los negocios), estuvo en que ésta no es un medio hermenéutico sobre cuestiones que pertenezcan directamente a un determinado negocio, sino que sobre todo cuando es una *consuetudo praeter legem*, viene a ser una fuente, aunque supletoria, de derecho. Claro está que cuando se hace una interpretación de un negocio jurídico, funciona una doble interpretación: la interpretación de la voluntad del agente y la interpretación de la norma aplicable. Pero ellas no se confunden. Por esta razón, como el artículo 27 del Proyecto apunta a la interpretación negocial, se consideró que no era pertinente referirse a la costumbre, la cual, a diferencia de los usos, importa un determinado elemento normatizante, como es también la ley, en su caso. Hay pues, dos interpretaciones vinculadas, pero que se distinguen. En la interpretación negocial se busca las *voluntas veras* de los declarantes y en la interpretación normativa la *ratio legis* pertinente".

Con referencia a los usos Geny, citado por García Maynez (58), dice que: se trata de las prácticas, generales unas, locales o profesionales otras, que concurren de un modo tácito en la formación de los actos jurídicos, especialmente los contratos y que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se sobrentienden en todos esos actos, inclusive, con algunas reservas, en los de carácter solemne, para interpretar o completar la voluntad de las partes. Son los usos, por lo tanto, las maneras de realizar un acto jurídico, maneras de actuar en círculos especiales o en sectores económicos. Vistos así, los usos admitidos no son propiamente elementos para desentrañar el sentido de la declaración, sino para integrarse a ésta cuando con otros criterios no se ha podido suplir. Lo que ocurre es que parece inútil hablar de admitidos, por resultar una petición de principios. Sería mejor precisar y decir entonces admitidos como válidos, porque hay usos admitidos que contrarían la letra y el espíritu de la ley.

Los usos, pues, no se pueden soslayar en cuanto contribuyan a determinar por vía integradora el contenido en conjunto del precepto negocial y no sólo sus ambigüedades. Más acertada nos parece la redacción del artículo 1287 del Código Civil español cuando preceptúa la debida atención a los usos, para suplir en los negocios la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse.

(58) *op. cit.*, pág. 61.

Evidentemente, la integración de la declaración o su interpretación con los usos no puede ser ciega, si puede colegirse del conjunto de la declaracion o de circunstancias concurrentes que no se quiso la aplicación de los usos o prácticas de estilo para este tipo de declaraciones o, queriéndolos, se los creía con un significado —función, utilidad, aplicación— diferente (59). Particularmente debe ponerse cuidado a los casos en que se haya fijado un modo especial de declaración y su correlativo significado, o cuando el declarante ha unido a su declaración un sentido o significado especial (60).

Queda un último punto por estudiar: es la cuestión relativa al uso que debe aplicarse. El Código calla al respecto y no proporciona indicio alguno, de suerte que hace imprescindible que la jurisprudencia supla el vacío señalando criterios objetivos de aplicación cuando los propios interesados no hayan establecido qué usos habrán de aplicarse. Vayan por delante, mientras tanto, las siguientes sugerencias:

a) Tratándose de negocios mercantiles, se observarán los usos de la plaza donde se concluya el negocio.

b) Si el negocio afectara derechos reales, se tendrán en cuenta los usos del lugar de ubicación de los bienes.

c) Tratándose de bienes incorporales o derechos o bienes registrados, el lugar de su inscripción.

d) Si no fueran dignos de aplicación los criterios expuestos, deben considerarse los usos en vigor en el lugar de residencia habitual del agente o agentes. Si tuvieran distinto domicilio, el lugar de celebración del negocio.

Con relación a las circunstancias que han de tenerse presentes en todo caso de interpretación o integración, hay que puntualizar que no podrán ser a su vez y por sí mismas objeto de interpretación. Sólo son cuestiones de hecho materia de prueba que auxilian al intérprete (61). Por lo demás, deben ser circunstancias notorias en cuanto se le alegue que deben o pueden ser conocidas. Si se trata de circunstancias ocultas o que razonable y diligentemente no han podido ser conocidas, mal pueden ser invocadas.

D) Principios de utilidad y conservación

El negocio jurídico o cada una de sus estipulaciones deben interpretarse en el sentido en que puedan tener algún efecto y no en aquel según el cual no tendrían ninguno.

No amerita esta regla mayor explicación, pues no es otra cosa que la expresión legal del principio de conservación a que ya se ha hecho alusión con algún detenimiento mas arriba.

(59) Véase especialmente sobre la triple función de los usos: interpretativa, integradora y comercial, ALPA, Guido: "L'interpretazione del contrato", Ed. Giuffre, Milano, 1983, págs. 244 y ss.

(60) LEHMANN, Heinrich: *op. cit.*, Vol. I, pág. 398.

(61) LARENZ, Karl: *op. cit.*, Parte General, pág. 461.

Sin embargo, como apunta Díez Picazo (62) con relación al principio de conservación, "hay que distinguir dos supuestos distintos: la opción en vía hermenéutica entre un significado útil y otro inútil, que hay que decidir en el sentido de *magis valeat quam pereat*; la opción entre dos significados útiles, uno máximo y otro mínimo (celui qui s'obligue ne veut que le moins) que no puede ser resuelta con arreglo a ideas sobre el principio de conservación, sino poniendo en juego los demás principios y medios interpretativos. Se ha observado que el principio de conservación en sede interpretativa se refiere, literalmente, sólo a las cláusulas y no al entero contrato, pero agudamente ha puesto de relieve Messina que para extender la norma al contrato entero basta pensar que si al Derecho le interesa el mantenimiento de un pacto, con mayor razón debe interesarle el mantenimiento del entero negocio. La afirmación es exacta y además fecunda en consecuencias, porque la exigencia del mantenimiento del contrato puede llevar a la exigencia de la privación de valor útil de alguna de sus cláusulas."

Surge evidente que, en función de esta regla,la actividad interpretadora se dirige a descubrir el resultado práctico querido por el agente y sus consecuencias colaterales derivadas, en la idea de atribuir significado a la declaración y a cada una de sus cláusulas (disposiciones) a la vista precisamente de estos resultados principales y accesorios y todo lo que a lograrlos coadyuve y de la utilidad que las disposiciones puedan tener en el conjunto del contenido preceptivo.

Ha de tenerse presente, no obstante, que esto sólo es posible en la medida que se entienda la interpretación como labor que se realiza a partir de la declaración como realidad objetiva y trate de anudar un sentido y una intención típica a la misma, por lo que la norma en modo absoluto será de utilidad para quienes crean que la interpretación consiste en descubrir la voluntad hipotética que a lo mejor nunca se quiso.

E) Dudas extremas

e' Si, no obstante la aplicación de todas las reglas, las dudas continúan insolubles y el acto jurídico oscuro, porque tales dudas recaen sobre el objeto principal (en cuanto regulación de intereses), de suerte que no puede determinar cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

e'' Cuando las dudas recaen sobre circunstancias accidentales o claúsulas no determinantes del negocio, si el negocio fuere gratuito las dudas se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses, esto es, en el sentido menos gravoso para el obligado. Si el contrato tuviera carácter oneroso, las dudas se resolverán en favor de la mayor reciprocidad de intereses, es decir, armonización equitativa (63).

e''' Por último, si la disposición parcial objeto de interpretación no puede ser esclarecida y de ella no se infiere el carácter oneroso o gratuito del negocio, será nula. Y si la nulidad, por ser importante, afecta a todo el negocio, éste debe considerarse nulo.

(62) DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos...", Tomo I, pág. 251.

(63) Adviértase que esta solución es algo diferente de la prevista en el artículo 59 del Código de Comercio, el cual establece que ante dudas que no puedan resolverse según reglas mercantiles o de derecho común, "se decidirá la cuestión en favor del deudor".

Cap. X

MODALIDADES DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS

138. CONSIDERACIONES GENERALES

No es infrecuente que dentro del complejo preceptivo regulador de sus intereses, los agentes negociales dispongan en ciertos negocios algunos límites a su eficacia —condición y término—, o a la liberalidad creando un especial gravamen —el modo o cargo. Tradicionalmente un importante sector de la doctrina ha venido cobijando a estas tres figuras bajo el nombre de elementos accidentales de los negocios jurídicos, como modalidades de lo mismos. La denominación es impropia sin embargo, porque de ordinario una vez integrados al negocio dejan de ser accidentales (1) y forman parte de la voluntad; ni son tampoco los únicos elementos que incidentalmente determinan la eficacia del negocio, o la afectan. En puridad, las tres figuras que estudiaremos son disposiciones no sustanciales para la tipificación de los negocios jurídicos (salvo excepciones: el plazo en el negocio cambiario, por ejemplo) de suerte que éstos pueden cumplir su función económica y social de manera autónoma y sin precisar el concurso de una de estas figuras. Son, pues, disposiciones tan accesorias como la cláusula penal, o las arras o el pacto unilateral de desistimiento (2), etc. Mientras no ingresen en la esfera de la voluntad normativa de los interesados, los negocios pueden perfectamente consumarse sin necesidad de tales disposiciones accesorias, que dejan de serlo una vez que la voluntad se declara con tales disposiciones. Forman, entonces, una unidad con el conjunto del dispositivo negocial (3).

A reserva, en consecuencia, del *nomen juris* (4) interesa hacer notar que las tres modalidades tampoco cumplen igual cometido. Mientras el término o la condición normalmente pueden ser de aplicación en casi todas las especies de negocios, y determinan el nacimiento o finalización de todos o parte de los efectos del negocio, el modo es una noción que sólo se presenta en los negocios gratuitos en general según unos y sólo en los actos de liberali-

---

(1) OERTMANN: "Introducción al Derecho Civil", pág. 291.

(2) DORAL, José y DEL ARCO, Miguel en "El Negocio Jurídico". Trivium, Madrid, 1982, pág. 363, agregan también la formalidad.

(3) Sobre modalidades de especies singulares de contrato, véase MESSINEO, Francisco: "Doctrina. . ." Tomo I, pág. 194.

(4) Como bien dice CARIOTTA FERRARA, Liugi: "El Negocio. . .", pág. 545: "es delicado establecer los confines y las recíprocas posiciones entre requisitos voluntarios de eficacia, elementos accidentales, autolimitaciones y determinaciones accesorias. Se trata, en todos, de elementos del negocio que tienen su causa en la voluntad de las partes".

dad, según otros, pero técnicamente no actúa (aunque podría hacerlo) como determinante de la eficacia del negocio. Son, pues, categorías de modalidades sustancialmente diversas: la condición y el término por una parte, que miran a la producción o extinción y oportunidad de los efectos (5); el modo, en cambio, impone una prestación. De aquí que, considerando las afinidades y diferencias, algunos hayan sugerido que el término es una especie de condición (6) y otros propongan no tratar el modo dentro de la teoría general del negocio, por ser de interés sólo en algunos tipos negociales.

La condición y el plazo, como decimos en el párrafo anterior, tampoco pueden formar parte del precepto en todos los negocios. Con respecto a la primera, no procede cuando sea contraria a normas imperativas. Aludiendo al plazo, se habla de impedimentos que tengan su origen en la ley o en la naturaleza del acto. Sobre el punto de la admisibilidad de estas dos figuras, volveremos al momento de examinar los artículos pertinentes.

139 DIFERENCIAS ENTRE CONDICION Y PLAZO

Tal como hemos dicho, la condición y el plazo (en alguna de sus formas), tienen como nota común la de repercutir en la eficacia del negocio. De esta manera, ambas modalidades pueden ser suspensivas o resolutorias de los efectos. Por esta razón, antes de entrar al estudio separado de cada figura, es conveniente apuntar, siquiera sea brevemente, las principales señas que las distinguen.

a) **Incertidumbre.** La condición —como evento, no como disposición de voluntad— es un acontecimiento incierto y por tanto contingente (7). (Ya veremos que, en nuestra opinión, el Código no diferencia si la incertidumbre debe ser objetiva o subjetiva).

   El plazo, en cambio, es cierto porque necesariamente llegará, aunque no se conozca la fecha exacta.

b) **Retroactividad.** A pesar de las polémicas en la doctrina, según nuestro ordenamiento la condición puede funcionar retroactivamente, cuando así se hubiese convenido. Es decir, una vez cumplido el evento condicionante, los efectos del negocio pueden retrotraerse a la fecha de su celebración o a otra que los interesados designen.

   Con respecto al plazo, hay consenso en el sentido que excluye toda retroactividad.

c) **Influencia en la relación jurídica.** La condición consiste en una previsión de voluntad formulada hipotéticamente y según la cual surgen o caducan los efectos principales del negocio. El acreedor suspensivamente condicional no será acreedor seguro; mientras no se cumpla la condición sólo tiene una expectativa para que su derecho se consolide o no.

(5) No de la existencia del negocio o de las obligaciones, como equivocadamente apunta PALACIO PIMENTEL, Gustavo: "Obligaciones. . ." pág. 257.
(6) CARNELUTTI, Fco: "Teoría General del Derecho". Edersa, Madrid, 1941, págs. 320 y ss.
(7) LLAMBIAS, J. J.: "Tratado. . ., Vol. II, pág. 363.

El plazo, por el contrario, en líneas generales consiste en una determinación de la voluntad que no afecta al derecho, sino la oportunidad de su ejercicio o exigencia (8).

SECCION PRIMERA

LA CONDICION

140. IDEAS GENERALES

El vocablo *condición* se utiliza en el lenguaje jurídico con muy variados sentidos, como demuestra Larenz (9). A veces se habla de condiciones como el conjunto de disposiciones de un negocio; en otras ocasiones llámanse condiciones a ciertos requisitos; hay también quien usa la palabra *condición* como sinónimo de una situación ante algo o derecho que se ostenta (tiene, se dice, condición de accionista), etc. El Código, sin embargo, no define lo que entiende por condición, aunque de las normas que la regulan sin duda se desprende que no se trata de ninguna de las acepciones enumeradas.

Tradicionalmente se ha enseñado como condición la determinación accesoria de voluntad que hace supeditar el nacimiento o extinción de los efectos de un negocio a un cierto acontecimiento futuro e incierto. Tal definición, empero, no puede sernos del todo satisfactoria según las normas legales que gobiernan la figura. En lo que atañe a la accesoridad, ya hemos puntualizado que no es riguramente acertado admitirla como única característica, pues como dice Enneccerus (10) "la declaración de voluntad condicionada es un todo inseparable que no puede descomponerse en una determinación principal y una determinación accesoria". De todos modos, distinguir si efectivamente las condiciones son autolimitaciones de voluntad o determinaciones no esenciales es, como apunta De Barros, una sutileza doctrinaria sin alcances prácticos (11).

Pasando a la producción de los efectos, si se trata de condición suspensiva, interesa precisar que se contrae a los típicos del negocio en cuestión. Quien asevere que el negocio condicionado suspensivamente no produce absolutamente ningún efecto, o que el negocio en sí mismo es condicional, peca en exceso (y confunde negocio condicionado con negocio imperfecto o en formación), si se atiende a lo dispuesto en el artículo 173, sobre actos conservatorios (12). En todo caso, no está de más precisar que no es exactamente la voluntad de declarar la que queda condicionada,sino el

(8) En este sentido: BELTRAN de HEREDIA, José: "El cumplimiento de las obligaciones", pags. 254 y 255.
(9) LARENZ, Karl: *op. cit*, Parte General, pág. 673.
(10) ENNECCERUS: *op. cit*, Parte General. Tomo I, Vol. II, 2a. parte, pág. 657. En el mismo sentido, muy explícito: RUGGIERO, Roberto de: *op. cit*, Tomo I, pág. 289.
(11) De BARROS, Washington: "Curso de Derecho Civil". Parte Gral. Tomo I, pág. 246.
(12) Posiciones claramente encontradas y extremadas sobre esta cuestión son las de CARBONNIER, Jean, en *op. cit*, Tomo II, Vol. II, pág. 468 y las de RUIZ MARTINEZ, Francisco: "La condición y sus aledaños", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Madrid 1950 y 1951. El primero afirma que suspende o resuelve obligaciones y, por lo tanto, los contratos mismos. El segundo que "la condición no puede hacer nacer lo que ya ha nacido o dar existencia y producir lo que está en pleno desarrollo; ni tampoco extinguir una relación jurídica que no fue totalmente creada, ni cesar o detener, ni mucho menos subsistir, porque estos verbos no indican con claridad los efectos de la condición".

contenido de la voluntad declarada en vista del resultado que se pretende cuando se declara. Dicho esto, se aprecia que puede ser materia de subordinación a condición una determinada estipulación del negocio y no todo él, en cuyo caso habrá que probar la voluntad de las partes y acaso interpretar la declaración para precisar cómo afecta la condición al resto del contenido del negocio.

De otro lado, la antedicha definición tradicional ilustra sólo un campo de la condición:la llamada incertidumbre objetiva, pero para nada alude a la posibilidad de supeditar la producción o extinción de efectos a un evento subjetivamente incierto, ya ocurrido o en proceso de realización y desconocido para los agentes.

Por último, hay que hacer notar que la definición glosada intenta describir la naturaleza de la figura jurídica (el nexo de subordinación) (13), pero no el evento que hace insegura la eficacia o la resolución del negocio. Porque también se designa por condición la circunstancia que imprime vigencia o fin a los efectos. Así, por ejemplo, cuando en la venta de un solar se hacen depender los efectos a la obtención de la licencia de construcción se dirá que los efectos de la operación están sujetos a una condición, lo que denota una voluntad de adquirir que depende de tal circunstancia. Una vez obtenida la licencia, se dirá que se ha cumplido la condición, esto es, el hecho o circunstancia, como elemento entonces ajeno a la voluntad, que hace que el negocio tenga plena eficacia. En el primer caso estamos ante un precepto de la voluntad, que quiere adquirir así y no de cualquier otro modo (14); en el segundo, la circunstancia, estamos ante un hecho jurídico —o jurígeno, con mas propiedad— que, aunque previsto por las partes, no integra en sí mismo el contenido negocial (15). En cambio, una vez ocurrido, la hipótesis estatuida por los agentes tiene lugar y el hecho se integra en el supuesto que hace nacer o extinguir los efectos del negocio. Por virtud del reconocimiento del sistema legal al poder normativo de la autonomía privada traducida en declaraciones de voluntad válidas, un hecho determinado tiene relevancia jurídica.

141. 'CONDITIO FACTI' Y 'CONDITIO JURIS'

Mas lo acabado de decir no nos autoriza a presentar la condición como derivada del ordenamiento legal. Aquí se hace necesario distinguir entre las llamadas *condittio facti* y las *conditio iuris*. Las primeras, que son las consideradas en el artículado bajo análisis, vienen impuestas por la voluntad de los agentes. Nada les obliga a hacerlo, ya que la especie negocial no quedaría desvirtuada ni modificada por su silencio sobre una condición (ya se hablará de las condiciones tácitas).

Las *conditio iuris*, en cambio, no establecen la pendencia de los efectos o la extinción del negocio por voluntad de los agentes: vienen impuestas por la ley, como es el caso previsto para la venta a prueba, o la caducidad del legado o de la institución de heredero en ciertos supuestos, que podría asimilarse a condición resolutoria; las donaciones por razón de matrimonio se entienden hechas *sub conditione* de celebrarse éste —artículo 1646—; el artículo 295 del Código deja implícito que el convenio de régimen económico del matrimonio está sujeto a la condición suspensiva de celebrarse el casamiento; la existencia de la persona jurídica —artículo 77— etc. Las *conditio iuris* pertenecen, pues, a la esencia misma del negocio y son inseparables de su conformación unitaria (16). De lo cual se desprende que las *conditio iuris* no han de ser materia de prueba, ya que forman parte del negocio, no de la declaración de voluntad como es el caso de las condiciones propias. Estas últimas no se presumen; sí las *conditio iuris* (17).

(13) BARASSI, Ludovico: "Instituciones. . ." Tomo I, pág. 187.
(14) Según BONET RAMON, Francisco: "Compendio. . .", Tomo I, pág. 289, la condición forma parte del mismo acto volitivo, porque se funde en la voluntad misma, la cual es un todo unitario: voluntad condicionada.
(15) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . ." Tomo I, pág. 221.4.

142. FUNCION DE LA CONDICION

Función de la condición auténtica es suspender o resolver todos o algunos de los efectos del negocio. Consecuencia de esto y con particular relevancia para la condición suspensiva, es que el derecho existe desde la celebración del negocio, aunque con incerteza (18) sobre su exigibilidad. El acreedor de la prestación es verdaderamente tal desde el principio y seguirá siéndolo mientras no se verifique la condición. Dice De Diego: aunque los trazos y contextura del negocio estén tirados y acusados, tiene una existencia que llamamos provisional (19).Si la condición se realiza, la acreencia se purifica y consolida; no es que la otra parte resulta deudora como consecuencia de haber ocurrido el evento condicionante, sino que lo fué desde el inicio, aunque sólo viene obligada a cumplir una vez producida la condición prevista. En sede de condición, hay que diferenciar, por tanto , la relevancia jurídica del negocio y la relevancia de los efectos jurídicos (arg. art. 175).

143. EL HECHO JURIDICO COMO CONDICION

Antes de estudiar las diferentes clases de condiciones y la situación del negocio (pendencia de efectos típicos o voluntarios, o de resolución) mientras no se cumpla la condición, conviene enunciar las características o requisitos que debe reunir la circunstancia, evento o acontecimiento a cuya realización— o no realización, según que el precepto sea positivo o negativo— se supedita la vigencia o extinción de los efectos típicos de una especie negocial, o de otros queridos adicionalmente por el agente. Pero digamos previamente que el hecho jurídico convertido en condición, no necesariamente ha de ser un hecho natural, tal como un nacimiento, el deceso de un ser animado, un fenómeno atmosférico, un temblor de tierra, etc. También pueden supeditarse los efectos negociales al hecho de un tercero (te presto cien si X te garantiza), o a un acto oficial o de la autoridad, o a un evento social. Desde luego,

(16) CARBONNIER, Jean: op. cit. Tomo II, Vol. II, pág. 498.
(17) Respecto de las *conditio iuris* hay que anotar que el concepto alude a requisitos totalmente diversos y heterogéneos, de suerte que no le pueden ser aplicados, ni siquiera de manera analógica, los preceptos que reglan la genuina condición.
(18) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . ." Tomo I, pág. 221, scañla que "La declaración de voluntad, en efecto, no ha dejado de surgir. El compromiso vinculatorio existe, no está subordinado a una ulterior decisión de voluntad. Lo único que se halla en incerteza es si se hará efectiva o no (condición suspensiva) o si cesará o no de ser efectiva (condición resolutoria) la verificación de lo que es objeto de la declaración."
(19) De DIEGO, Clemente: "Dictámenes Jurídicos": Ed. Bosch. Barcelona, 1958, Tomo III, pág. 13.

la condición también puede estar constituida por un hecho complejo, o de varias condiciones que han de ser satisfechas. Así, por ejemplo, te daré cien si te gradúas de abogado con nota sobresaliente y además obtienes trabajo en el despacho profesional de Pedro; te alquilaré una vivienda si te casas y tienes descendencia antes de un año. En estas hipótesis, el negocio condicional surtirá efectos cumplidos que sean los dos supuestos.

143. bis. HECHO POSITIVO O NEGATIVO

El hecho jurídico en cuestión puede ser de naturaleza positiva o negativa, o tener esta consideración por la manera de haber sido establecido, dando importancia al significado de la frase (20). Veamos los tres casos: a) condición positiva será cuando Juan se compromete a vender si Antonio otorga fianza por el pago de precio aplazado a cargo de Luis; b) condición negativa la tendremos si la obligación se sujeta a la no realización del hecho: te doy cien si mi caballo no llega en el último lugar; c) ejemplo de redacción que altera la interpretación será el siguiente: te obsequio un reloj si c') apruebas el examen, o c") no lo desapruebas. Nótese que no tiene relevancia para alterar el carácter positivo o negativo del suceso la manera de fijar la condición. Y aunque pudiera parecer negativa no lo será la siguiente: no te presto si no obtienes fiador. Es condición positiva desde que deberé prestar si se realiza el hecho —obtención de fianza— al que se supedita el préstamo. Aquí hay que tener presente lo que gráficamente señala Ruggiero (21): la condición será positiva cuando se ha verificado el hecho a cuya realización se sujeta el cumplimiento de la prestación; será negativa si el suceso previsto como condición no se ha verificado.

Es nota característica de la condición precisamente el que venga establecida arbitrariamente por la voluntad del agente, esto es, que pudiendo no haber sido incluida, forme parte integral del precepto de voluntad y que sea establecida con conocimiento de su función condicionante (22). Si el suceso en cuestión viene determinado por la naturaleza del negocio (el legado, por ejemplo, condicionado al fallecimiento) no hay condición en el sentido que la entendemos.

144. CONDICION IMPROPIA. INCERTIDUMBRE SUBJETIVA

El hecho jurídico, según la clásica definición, debe también ser incierto. Mas aquí surge la pregunta que ya antes nos habíamos formulado: ¿se trata de incertidumbre objetiva o puede ser subjetiva? Dicho de otra manera, el evento ¿debe ser de realización insegura para todos, o sólo para los otorgantes?. En conexión con lo cual cabe también preguntarse sobre la admisibilidad de la condición pasada o presente, pero cuya realización es desconocida para los agentes. Con relación a lo primero algo hablaremos también al ocuparnos de las condiciones potestativas. Veamos primeramente lo referente a la condición consistente en un hecho jurídico que presumiblemente haya podido realizarse en el pasado o está ocurriendo al momento de celebrarse el negocio. El punto es conflictivo, porque la incertidumbre es falta de conocimiento seguro; la ausencia de certeza no necesariamente se proyecta hacia el futuro. Puede no tenerse convencimiento y evidencia de un hecho ya ocurrido. La resolución del tema de la certidumbre nos llevará también a decidir sobre la otra nota con que suele definirse la condición: acontecimiento futuro.

(20) TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.*, Tomo I, pág. 189.
(21) RUGGIERO, Roberto de: *op. cit.*, Tomo I, pág. 291.
(22) ALBALADEJO, Manuel: "El negocio...", pág. 233.

El Código silencia el punto y no proporciona ningún indicio del que válidamente se pueda colegir que la condición ha de consistir en un evento futuro además de incierto. La incertidumbre equivale a ausencia de conocimiento que, en el plano jurídico de la condición, debe ser evidente y demostrado. Puede tenerse certeza por dogmas o por fe, pero eso no interesa a los fines de la realización segura del hecho condicional. Desde este punto de vista, no encontramos objección para que se admita como condición un hecho pasado o presente, cuya realización u ocurrencia debe demostrarse para la entrada en vigor o extinción de los efectos del negocio (23).

La doctrina parece inclinarse mayoritariamente por la exigencia de incertidumbre objetiva al hablar de la genuina condición. Pero a nosotros, más que cuestionar esta posición (con la que, por cierto, estamos de acuerdo), nos preocupa saber si las normas de los artículos que reglamentan esta figura admiten o no su aplicación al hecho subjetivamente incierto puesto como condición. Si la conclusión fuera negativa, tendríamos que buscar otras reglas bajo las cuales imponer a los agentes un determinado comportamiento antes de que adquieran conocimiento firme. Si del resultado del estudio encontramos afinidades en abundancia, habría que dilucidar si todas o sólo algunas de las normas de tales artículos pueden tenerse en consideración. Se puede argumentar, desde luego, que hablando de cumplimiento o de pendencia de la condición el artículo 173 y alguno más, forzosamente habría de entenderse que la normativa alude a un hecho por venir. Pero esto no nos parece convincente. Especialmente, porque habiéndose inspirado gran parte de este título sobre modalidades en las normas equivalentes del Código italiano —al extremo de haber traducciones exactas—, el ordenamiento no ha incorporado una regla similar a la del numeral 1353 del citado Código, que expresamente califica a la condición de acontecimiento futuro e incierto (24). Nuestro cuerpo legal calla al respecto: no impone este requisito. Por lo tanto, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Nuestro Código ha incurrido en un vacío que se hubiera podido remediar. Coincidimos plenamente con Barbero (25) cuando dice que: "Es claro que el nexo entre este hecho y la voluntad, y por medio de ésta, el efecto es igualmente intenso, como lo es si la incertidumbre es de crácter objetivo, porque el evento es futuro. Tan no quiero donarte lo que pongo bajo condición de que consigas tú el doctorado, si no lo consigues, como no quiero donarte lo que pongo bajo el presupuesto de lo que hayas conseguido, si esto no es verdadero. En esta palabra 'presupuesto', me ha venido a la pluma el término acaso más apropiado para expresar una circunstancia que no es condición, porque no es de futuro, *pero reviste una análoga eficacia subordinante*" (subrayado nuestro).

Por otro lado, analizando el fundamento de las condiciones como disposiciones de voluntad para incidir sobre la vigencia inicial o final de los efectos negociales dado un supuesto determinado, nada impediría que este acontecimiento influya en el negocio luego del seguro conocimiento de un hecho pa-

(23) ENNECCERUS: *op. cit.*, Tomo I, Vol. II, 2a. parte, Nota 6 a pág. 657.
(24) Pese a lo cual, FALZEA, Angelo: "La condizione e gli elementi dell'atto giuridico". Giuffré, Milano, 1941, pág. 169, reconoce la posibilidad de incerteza subjetiva.
(25) BARBERO, Doménico: "Sistema..." Tomo I, pág. 569.

sado o conocimiento de la conclusión de uno de ejecución continuada, empezado a ocurrir antes de la celebración del negocio. En cualquier caso, el conocimiento es también imprescindible en las condiciones auténticas: piénsese en una circunstancia futura que efectivamente tiene lugar, pero que llega tardíamente a conocimiento de los interesados.

Aún más, si presentamos la condición impropia de otra manera, podremos concluir que puede no consistir tanto en la realización del hecho pasado o presente e ignorado, sino en el conocimiento de la realización. Es decir, la condición ya no será el hecho propio de la realización, sino un verdadero evento futuro e incierto: la adquisición de un conocimiento (26). Pero la consecuencia final será la misma: la pendencia de la eficacia o ineficacia se ha producido, sólo que en caso de condición auténtica por el hecho en sí y en la condición impropia o reserva por no conocer la ocurrencia del hecho.

Por añadidura, no siempre es posible definir a ciencia cierta cuándo un hecho es futuro y cuándo presente o pasado, tomando como referencia el momento de celebración del negocio. Especialmente si la condición consiste en un hecho de naturaleza más o menos duradera. No parece haber seguridad en todos los casos para optar con certeza si se tratara del inicio o de la conclusión del hecho, salvo que algo se desprenda del negocio.

Desde luego, estos casos de condiciones impropias estarán en un todo sujetos a las reglas de las condiciones, aunque sin posibilidad de atribuirles la naturaleza de suspensivas o resolutorias, a menos que las partes hayan cifrado la condición no en el hecho mismo, presente o pasado, que actualmente ignoran, sino en el conocimiento que ulteriormente adquieran de ese hecho, porque entonces se tratará propiamente de un suceso futuro e incierto susceptible de combinarse con las ideas de suspensión o resolución. Constituye un problema de interpretación el determinar en cada caso concreto si la intención de las partes fue en uno o en otro sentido (27).

La condición impropia puede influir, pues, en la eficacia del negocio. Tiene rasgos que la diferencian con la genuina condición, particularmente en orden a la retroactividad, de lo que se hablará en su lugar, y en materia probatoria y procesal (28). De ello, no nos cabe la menor duda. Pero a menos que regulemos su tratamiento en esta sede de modalidades, sería forzado hacerlo en aplicación de las doctrinas sobre la finalidad, motivo esencial, base

(26) CASTAN TOBEÑAS, José: *op. cit.*, Tomo III, pág. 146.

(27) PEREZ, Blas y ALGUER, José: en ENNECCERUS: *op. cit*, Tomo I, Parte General, Vol. II, pag. 665.

(28) BETTI, Emilio: "El Negocio. . . ", pág. 388, hablando de ello dice que: "su tratamiento probatorio y procesal es totalmente distinto al del negocio condicionado. Cuando se trata de condición, aun si ésta alcanza un grado de probabilidad extrema, próxima a la certeza, el Juez no tiene facultad de declarar existente la relación antes de que el evento se haya producido. Cuando, en cambio, se trata de simple reserva, el Juez, apoyándose en los hechos sometidos a su examen y utilizando a tal fin la carga de prueba como criterio subsidiario, debe comprobar si la relación existe o no; una incerteza que valga ante el Juez cuando sentencie en vía definitiva (no cautelar) no existe sino respecto a hechos futuros. Por lo demás, en las relaciones entre las partes, corresponde también aquí al interesado, en virtud de la incerteza subjetiva, la facultad de realizar actos conservativos".

del negocio o tal vez del error. Aunque hay quien sugiere que el problema se resuelve solamente interpretando la voluntad (29).

En cualquier caso tampoco puede llamar la atención y parecer insólito que, a falta de disposición, podamos aplicar las reglas de los artículos 171 y ss. en cuanto resulten pertinentes, a la reserva o condición impropia. El Derecho comparado ofrece ejemplos que expresamente lo aceptan. Así, entre otros, los códigos francés y español.

Llegados a esta conclusión podemos afirmar que a efectos de la nueva legislación, las condiciones que regula son tanto aquellas auténticas consistentes en sucesos futuros e inciertos, como las consistentes en hechos pasados o presentes que los agentes ignoren, también conocidas como impropias.

145. PRUEBA

Ya habíamos adelantado con relación al hecho jurídico condicional, que debe ser materia de prueba. Lo cual es distinto que probar la condición. Porque recuérdese que una cosa es la condición como integrante de la voluntad declarada, y otra muy distinta la condición como evento que ha de producirse y que, por lo tanto, no forma parte del negocio.

Para demostrar que ha ocurrido el hecho jurídico, se podrá recurrir a los elementos probatorios normales.

Con relación a la prueba de la voluntad con condición, se han ofrecido dos tesis opuestas que se han dado en llamar de la negación y de la objeción, respectivamente. Según la primera, la carga de la prueba corresponde a quien sostenga que el negocio no está subordinado a condiciones, vale decir, que es puro. Conforme a la segunda, de la objeción, siendo la condición un elemento restrictivo y limitante, quien sostenga su existencia debe demostrarlo, si la otra parte lo negare. En opinión de Betti (30), no es dudoso que la carga corresponde a quien niega el carácter incondicionado, pero hace la salvedad que esta negación no es pura sino indirecta, formulada mediante la aserción de un hecho incompatible con el pretendido hecho constitutivo. Von Thur (31) es bastante más explícito y abogando por la doctrina de la negación, que estima es la más difundida, dice que en su favor está la consideración de que el demandado, si reconoce la existencia de la condición no mencionada por el actor, no debe estar en peor situación probatoria que si negara todo lo dicho por el demandante y que, por lo tanto, es el demandante quien debe probar la condición.

En nuestra cultura jurídica y tradición procesal legalmente reconocida por el código adjetivo, las partes deben probar los hechos que alegan. Con arreglo a este principio, más cercano a la teoría de la objeción, corresponde la prueba de las obligaciones a quien exija su cumplimiento y la extinción de

(29) OSPINA, Guillermo: "Régimen General de las obligaciones". Editorial Temis. Bogotá. 1976. pág. 299. Para demostrar que ha ocurrido el hecho jurídico, se podrá recurrir a los elementos probatorios normales.

(30) BETTI, Emilio: "El Negocio. . .", pág. 394 y ss.

(31) VON THUR, Andreas: "Teoría General de las obligaciones", págs. 320 y ss.

las mismas a quien se oponga. Ha de concluirse, pues, que así la condición suspensiva como la resolutiva deben ser probadas por quien las invoque a su favor (32).

Ahora bien, para acreditar la existencia de una voluntad negocial condicionada, deberá en primer término interpretarse la declaración de voluntad según reglas que el propio ordenamiento determina, y a las cuales ya no hemos referido en su lugar. La solución de la duda que pueda plantearse tiene singular importancia, en tanto que podrá concluirse si estamos ante una disposición condicional que quiso limitar la eficacia del negocio o no y, en caso de respuesta afirmativa, si se quiso que la condición fuera suspensiva o resolutoria. Sólo para recalcar la trascendencia de la cuestión, piénsese en una condición convenida con carácter retroactivo, pero cuya redacción —extraída del resto de las disposiciones negociales y otras circunstancias— sugiera dudas sobre su carácter de suspensiva o resolutoria y las consecuencias que ello puede ocasionar en cuanto al riesgo de las cosas, los frutos, etc. Por añadidura, si el hecho jurídico puesto como condición fuera ilícito, o física o jurídicamente imposible, la definición de la naturaleza del precepto es significativa, pues si se tratase de suspensiva, el negocio sería inválido; si resolutoria, la condición se tiene por no puesta.

En cualquier caso, en sede de interpretación de las declaraciones con voluntad condicional, se sugiere considerar la situación de los intereses y de los resultados. Ahora bien, en la medida que la condición puede no estar claramente establecida , si no resulta implícita del conjunto de disposiciones del negocio o como consecuencia de la finalidad querida (33), debe investigarse si el agente realmente ha tenido una voluntad condicionante. En los casos de extrema duda, salvo solución legal expresa (34), la condición debe suponerse suspensiva, ya que la condición resolutoria sólo se admite en caso de intención clara en tal sentido (35).

146. EL TIEMPO EN LA CONDICION

En lo que atañe a la realización del evento condicional, es frecuente disponer no sólo que ocurra, sino que, además, ocurra en un tiempo determinado y fijado como tal. Es decir, que la incertidumbre tenga un fin. Sin embargo, aquí hay que actuar con tino y distinguir claramente las hipótesis,

(32) En igual sentido, más ampliamente: CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio...", pág. 562: "La carga de la prueba debe ser considerada de forma distinta según se tenga en cuenta la existencia de la condición o la realización o falta de ésta. En cuanto a la primera, es decir, a la existencia de la declaración de voluntad condicionada, en tesis de principio, habida cuenta de la unidad de la declaración, es preciso que quien la invoca la pruebe tal como es, es decir, condicionada; pero si éste facilita la prueba de la declaración de voluntad como si fuese pura y simple —y puede facilitar tal prueba en cuanto no se está obligado a probar que el negocio no es ineficaz—, la otra parte queda obligada a probar que, si existió la declaración, existió condicionada. Conseguida tal prueba por uno de los sujetos, si la condición es suspensiva, corresponde a quien quiere aprovecharse de los efectos del negocio probar que se ha realizado la condición; y si es resolutoria, corresponde a quien se opone a tales efectos (invocados por la otra) probar que se realizó la condición, y ciertamente no corresponde a quien quiere beneficiarse de los efectos probar que la condición resolutoria no se verificó".

(33) MESSINEO, Francisco: "Manual...", Tomo II, pág. 461.

(34) Por ejemplo, artículo 1572.

(35) ENNECCERUS: *op. cit.*, Parte General, Vol.II, Segunda Parte, pág. 661. Véase también DANZ, Erich: *op. cit.*, pág. 205.

porque puede suceder que el cumplimiento de la condición esté sujeto a un término (si llueve antes de abril) o el término sujeto a condición (te daré luego de un mes de tu boda). Ya desde Roma quedó establecido que serán condiciones:

a) Dies incertus an incertus quando.

b) Dies incertus an certus quando (36).

Y serán supuestos de término los siguientes:

a) Dies certus an incertus quando.

b) Dies certus an certus quando (37).

147 DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS

Llegados ya a este punto, antes de hacer alusión a los negocios en los que no se admiten preceptos condicionales, interesa decir que, además de ser distintas de las condiciones legales, las auténticas tampoco tienen nada que ver con:

- La oferta, que es un acto (no negocio) jurídico que requiere de otro para la formación del contrato. No es que la eficacia de éste quede supeditada a la aceptación incierta y futura de una de las partes.

- El cargo o modo que, como veremos, no es una estipulación que incida en la eficacia o extinción de los efectos de un negocio. Además, mientras el cargo puede ser judicialmente exigido, la condición como hecho jurídico es incoercible (38).

- Las obligaciones alternativas o facultativas. En ellas hay certidumbre sobre la obligación en sí, aunque pende la decisión sobre la prestación.

  De todos modos, una de las obligaciones deberá cumplirse; tal no sucede con la condición (39).

- Con la opción o la promesa. Aunque hay quien considera que les son aplicables algunas reglas del régimen general de las condiciones (40).

- Con la ratificación. Según se ha visto en otro capítulo, mientras no haya ratificación, el negocio que con el tercero celebre el representante no vincula al representado. No hay relación jurídica entre el *dominus* y el tercero. Ello sin perjuicio de que las consecuencias sobre la retroactividad sean sustancialmente diversas (41).

(36) Aunque, según la interpretación de la declaración, puede valer como término. Véase COVIELLO, Nicolás: *op. cit.*, págs. 477 - 478.

(37) Véase: TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.*, Tomo I, pág. 188.

(38) LLAMBIAS, J.J.: "Tratado...". Vol.II, pág. 364.

(39) LAFAILLE, Héctor: "Derecho Civil". Tomo VII, Vol. II, pág. 32.

(40) CARBONNIER, Jean: *op. cit.*, Tomo II, Vol. II, págs. 496 y ss.

(41) LARENZ, Karl: *op. cit.*, Parte General, pág. 680.

148. CLASES DE CONDICIONES

Hasta ahora hemos hablado de las condiciones en general. Como los artículos que siguen desarrollan su aplicación, cerramos este enumerado simplemente las distintas clases de condiciones:

a) Por sus efectos: suspensivas o resolutorias.

b) Por la causa del evento: potestativas, causales o mixtas.

c) Por la naturaleza del evento: positivas o negativas, divisibles o indivisibles, conjuntas o alternativas.

d) Por la posibilidad de realización de evento: posibles o imposibles.

e) Por su legitimidad: no lo son las ilícitas.

f) Expresas o tácitas (sobreentendidas o implícitas), no debiendo estas últimas confundirse con las *conditio iuris*.

> "ARTICULO 171. La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto.
> La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible , se consideran no puestas".

149. CONDICION SUSPENSIVA

Se llama así a aquella disposición del precepto de voluntad por la cual todos o parte de los efectos del negocio quedan en suspenso hasta la realización o no realización de un evento. Evento que, como hemos dicho, podrá ser bien futuro e incierto, o bien consistente en el conocimiento que se tenga en el futuro de un hecho ocurrido antes o al momento de celebrarse el negocio.

150. CONDICION RESOLUTORIA

Se designa con este nombre a la determinación de voluntad consistente en el establecimiento de un evento que, en caso de suceder o de no suceder, tendrá como consecuencia que el negocio o una de las obligaciones que crea deje de surtir efectos y se resuelva.

151. JUSTIFICACION DE LA DISTINCION

La tradicional distinción entre condiciones suspensivas o resolutorias ha sido cuestionada por más de uno (42). Bien es cierto que las diferencias conceptuadas entre ambas condiciones no se conocían en Roma (43) tal como

(42) En especial: PELAYO HORE, S.: "Sobre la condición resolutoria", Revista de Derecho Privado. 1948.

(43) RUGGIERO, Roberto de: *op. cit.*, Tomo I, pág. 289, Nota 2: "Los romanos no cincibieron de este modo la condición resolutiva, pues no concebían que el negocio jurídico llevase en sí, como expresa Ferrini. el germen de la propia destrucción. Todas las condiciones eran para ellos

hoy se estudian. Pero las razones que hoy se esgrimen por quienes propugnan la inutilidad de la condición resolutoria son de otro orden. Si los romanos, como dice Ruggiero, estimaban que la resolución provenía de una condición suspensiva que dejaba en suspenso la resolución, hoy se dice (44) que "no hay condiciones resolutorias; las condiciones nunca se resuelven; la resolución es efecto que produce el incumplimiento de la condición, sea cual fuese su clase". Según otros autores, no es que haya dos condiciones sustancialmente diversas, pues lo que varía no es propiamente la condición sino más bien lo condicionado.

En todo caso, la doctrina se inclina mayoritariamente por mantener la distinción, aunque sólo sea por razones prácticas. Y como tal es el criterio que sigue el Código, a ello debemos atenernos.

152. LAS CONDICIONES Y LA CAPACIDAD DE LOS AGENTES

Un tema algo conflictivo que conviene despejar en este lugar y no cuando hablemos de la retroactividad, viene dado por la calificación objetiva y subjetiva de los agentes negociales. Es decir, la capacidad, la buena fe, el conocimiento o el error, la violencia, etc. y su relevancia en la condición. Con relación a estos estados, se considerará el momento de la declaración de voluntad constitutiva del negocio y no de cumplimiento de la condición.

153. CONDICIONES ILICITAS. SUS CONSECUENCIAS

La validez de la disposición condicional está estrechamente vinculada a su adecuación con los límites que señala el ordenamiento. No se permiten las condiciones ilícitas o las que no sean física o jurídicamente posibles.

Si no es difícil identificar los supuestos de imposibilidad física o jurídica, sí es necesario discernir lo que conviene a la licitud. Es un concepto tan amplio como difuso que obliga a dedicarle unas líneas y su precisión está dada en buena medida por el concepto que se tenga del Derecho.

Quienes prohijen el positivismo o el normativismo, concluirán prontamente que lo ilícito es sólo aquello que venga previsto como tal en sistema normativo, porque a la ciencia del Derecho le es ajeno todo juicio axiológico, que roza el Derecho en cuanto creación de la norma. Para quienes niegan este planteamiento, la solución no puede ser tal y estiman que la licitud va más allá, pues no todo lo que el ordenamiento calla es lícito; que es menester efectuar una valoración subjetiva de las conductas y adecuarlas a consideraciones ontológicas o de otro orden (45), incluso establecidas con posterioridad.

En cualquier caso, parece plausible aceptar que en nuestro Derecho lo lícito no es sólo lo permitido, ni ilícito sólo lo prohibido, sino que se reclama

suspensivas, y cuando la voluntad se dirigiera a revocar los efectos ya producidos, el negocio se consideraba puro, pero con un pacto contrario dirigido a revocarlo y sometido este mismo a condición de modo que éste suspendía la anulación prevista en el pacto (negotium purum quod sub. condizione resolvitur)".

(44) PELAYO HORE, S.: *op. cit.*, pág. 527.

(45) Artículo 1355: "La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".

la concurrencia de tres requisitos: a) en primer término, la existencia de una norma que proclame como contraria a derecho una determinada conducta de acción o de omisión; b) la existencia de tal conducta (culpa en los actos ilícitos; dolosa en lo penal; extraída del contenido de la declaración o de las circunstancias en los negocios); c) sanción del ordenamiento (pérdida de un derecho; obligación de indemnizar, supresión del precepto en las declaraciones de voluntad, etc.).

El Código no contiene en este Libro de Actos Jurídicos ninguna regla de carácter general que puntualice cuándo es ilícito un precepto de voluntad. Hay que hacerlo por vía indirecta.

La ilicitud viene dada por contrariarse normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres o cuando la disposición sirva de medio para eludir la aplicación de normas imperativas (fraude a la ley). En aras, pues, de la brevedad y concisión podemos decir que son condiciones ilícitas aquellas que se establezcan contrariando normas imperativas, contra las que no se admite pacto en contrario, entre las que se encuentra aquella que prohíbe pactar en contra de leyes de orden público o de las buenas costumbres.

Qué se entiende como ley de orden público o buenas costumbres ya es materia de otro examen que realizamos a continuación.

¿Qué es orden público? (46). Planiol y Ripert esbozan una definición dejando entrever que el orden público es el guardián de intereses superiores a los particulares, o un deber de la colectividad de obstaculizar todo aquello que pueda atentar contra la organización social. Sin embargo, los mismos autores reconocen que aún "no ha sido fácil dar con una fórmula satisfactoria" (47).

En cualquier caso, la concepción de orden público es relativa y mudable; el *deber ser* básico que una sociedad quiera fijarse experimenta variaciones y los principios que la inspiran no son permanentes. Por lo demás, está claro que las leyes que pueden ser de orden público en un país, quizá no lo son en otro.

Aunque ha sido y sigue siendo un problema peliagudo intentar un concepto de orden públiico —que, aunque afín, no es lo mismo que orden general—, en donde sí hay consenso unánime es en saber cuáles son las reglas del orden público. Estas pueden ser imperativas o prohibitivas. "Con la forma prohibitiva, el legislador veta el acto, impide que se realice con fuerza judicial eficiente; y el desobedecimiento a la ley, o sea, su violación, tiene como sanción la nulidad absoluta del acto ejecutado en contravención a ella. Con la forma imperativa, el legislador exige que un acto se ejecute en una forma especial y exige su realización, porque no estima conveniente dejar a los particulares en libertad de ejecutar o no el acto, o de ejecutarlo en otra forma que

(46) Sobre las relaciones entre autonomía de la voluntad y orden público, debe verse CASTRO, Federico: "Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", ya citado. Esta monografía enfoca muy de cerca el orden público económico y la protección del consumidor. También puede consultarse, en obra general, aunque tenemos serios reparos sobre algunas afirmaciones y conceptos: OSPINA, Gmo. y OSPINA Edo.: "Teoría general de los actos o negocios jurídicos". Bogotá, 1980, págs. 6 - 17.

(47) PLANIOL y RIPERT: *op. cit.*, Tomo VI, pág. 309. Véase también LEON BARANDIARAN José: "Curso Elemental de Derecho Civil Peruano". Parte General, Lima, 1970, pág. 44 y ss.

la que él ha considerado necesaria o conveniente" (48). En consecuencia, la violación de un dispositivo de orden público, sea imperativo o prohibitivo, entraña la nulidad del negocio, a menos que del mismo dispositivo se desprenda otra sanción (49).

Sería por demás difícil señalar cuáles son todas las normas legales de orden público. Permítasenos, pues, simplemente agruparlas de manera tal que, por su carácter, queden comprendidas si no todas, sí al menos gran parte de esas normas. En primer término se deben citar a todas aquellas que conciernen al estado civil y capacidad de las personas; a continuación a la organización de la familia; deberes y derechos de los cónyuges; deberes y derechos de la patria potestad; imposibilidad de constituir otras personas jurídicas distintas que las que señalan las leyes; leyes relativas al trabajo y trabajadores; organización general de los poderes del Estado; leyes relativas a la adquisición o pérdida de la nacionalidad; monetarias y fiscales; de salud pública y policía; de protección a los incapaces; sobre los principios sustantivos de la organización económica; las previstas como derechos y garantías sociales o individuales; leyes relativas a la sucesión.

Tan huidiza como el concepto de orden público, la noción de buenas costumbres no ha podido ser precisada con nitidez. Lutzesco (50) ofrece un acertado resumen de las teorías que se han vertido sobre el tema, dividiéndolas en tres grupos. El primero de ellos hace radicar las buenas costumbres en la observancia de la vida social. Esta sería la teoría que Lutzesco denomina sociológica y que según él sustentan Hémard y Demogue. Ripert defiende el punto de vista filosófico-religioso, por el cual las buenas costumbres serían el conjunto de reglas morales impuestas a todos en interés del organismo social. La tercera escuela, capitaneada por De La Morandière y de la que participa Lutzesco, entiende a las buenas costumbres como una noción puramente jurídica que se asienta en el orden legal en virtud de la comparación hecha por los tribunales entre el contenido moral de un precepto y la atmósfera que inspira a la sociedad.

Aunque las opiniones apuntadas enfocan a las buenas costumbres desde distintos ángulos, fundamentalmente el origen del concepto según sus diversas opiniones, no deja de atisbarse que las tres teorías comulgan en que, al menos en algo, el Derecho camina de la mano con la moral. Para decirlo en otras palabras coinciden en el amparo a valores con cierta vocación de permanencia en algunos casos y, en otros, la moral auxiliada al Derecho en lo que toca a la aplicación de los usos y valores en un momento y lugar determinados. Bien se expresa entonces León Barandiarán al decir que las buenas costumbres "ponen al Derecho en relación con la moral" (51). Y no podía ser menos en tanto la moral y la costumbre (mores) tiene una misma raíz.

Sentado este principio, bien se advierte la dificultad de señalar por anticipado cuáles conductas atentarán de modo general contra las buenas costumbres y cuáles no. Será cuestión de estudiar caso por caso y resolver en consecuencia, teniendo presentes los criterios que sugiere Puig Peña: las bue-

(48) CLARO SOLAR, Luis: citado por ALESSANDRI BESA, Arturo: *op. cit.*, pág. 128.

(49) ENNECCERUS: *op. cit.*, Parte General Tomo I, Vol. II, pág. 301.

(50) LUTZESCO, Georges: "Teoría y Práctica de las Nulidades". Ed. Porrúa, México 1945, pág. 49-53.

(51) LEON BARANDIARAN, José, "Curso. . .", pág. 46.

nas costumbres comprenden: a) los preceptos absolutos de la ley moral; b) el sentido moral común; y, c) el sentido común civil (52).

Otra razón de ilicitud, consiste en el fraude a la ley imperativa. En realidad, no entendemos qué motivos habrán tenido los redactores para no ubicar un mandamiento sobre esto en el Libro de los Actos Jurídicos o en el Título Preliminar, que hubiera sido lo acertado. Pudo haberse aprovechado la experiencia española, que tan cerca nos queda: el legislador de este país incorporó en 1974 a sus normas civiles de general aplicación, un precepto (Artículo (6:4) que literalmente señala que "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

Esta fórmula española nos parece adecuada, pues la sanción que impone no es la nulidad del negocio o parte del mismo —que sería la lógica consecuencia según nuestro Código— sino la efectiva aplicación de la norma que se ha tratado de burlar. Sólo si ésta estableciera una prohibición podría declararse la nulidad. A falta de norma expresa la sanción por fraude a la ley habría que encontrarla en los incisos 4o. ó 7o. del artículo 219.

Para concluir con esta cuestión de la ilicitud, apuntemos con León Barandiarán y los autores por él citados (53) que para determinar la licitud o ilicitud de la condición, no interesa el hecho mismo establecido como tal, sino la finalidad con la que se establece. En este sentido, pueden ser válidas, bajo ciertas circunstancias, condiciones consistentes en el hecho ilícito de un tercero e incluso de una de las partes.

Es claro, por lo demás, que la condición casual, por depender del azar, no puede ser nunca ilícita o inmoral (54).

154. IMPOSIBILIDAD FISICA

Evidentemente no pueden admitirse condiciones que no se pueden cumplir. La posibilidad, empero, no se circunscribe a un poder ser o existir, sino también a un poder hacer. Pero siempre habrá de tenerse presente, si se trata de condición suspensiva, lo previsto en el artículo 1404.

De modo inverso, si la imposibilidad es sobreviniente, parece razonable, en el caso de condición suspensiva, que se invalide el acto, y si es resolutiva, que se tenga por no puesta.

En cualquier caso, y puesto que la imposibilidad puede ser actual no futura, puede ser total o parcial, o sobrevenir o ser transitoria, o puede ser objetiva (general o absoluta) o simplemente subjetiva (particular o relativa), tendrá que verse cada caso concreto.

(52) PUIG PEÑA, Federico: "Tratado. . .", Tomo I, Vol II, pág. 564.
(53) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . ." Tomo I, págs. 229 - 230.
(54) WEILL et TERRE: "Droit Civil. Les obligations", pág. 978.

155. IMPOSIBILIDAD JURIDICA

Para determinar de qué imposibilidad jurídica se trata, hay que distinguir si se refiere a imposibilidad vinculada a la naturaleza del negocio, o al hecho condicional, aunque no hay unanimidad de pareceres (55).

En lo que atañe al hecho elevado a rango de condición, su imposibilidad quedará determinada si no es verificable por razones jurídicas. Así, por ejemplo, si la condición consiste en dar una cierta cosa si la mayoría de edad se obtiene a los quince años (56). En cualquier caso, la imposibilidad jurídica se debe valorar y juzgar teniendo presente la legislación vigente al momento de la celebración del negocio (57).

156. LA APLICACION DEL ARTICULO

Estando ya expuestas las restricciones a las condiciones, digamos cómo afectan, según sean suspensivas o resolutorias.

Respecto de las suspensivas, la norma establece que cuando son ilícitas, o imposibles física o jurídicamente, vician el acto. Veámoslo con calma, porque el tema lo merece. En primer lugar, advirtamos que no necesariamente hay tal invalidez que proclama el artículo cuando la condición no ha sido establecida respecto de todas las estipulaciones del negocio, sino sólo parte de ellas (58). Aquí debe atenderse al principio de nulidad parcial que anuncia el artículo 224. Con arreglo a esto, si aquella parte de la voluntad negocial que está suspensivamente condicionada puede separarse del resto, no hay razón para invalidar el acto en su conjunto. Así, por ejemplo, cuando en una compra-venta no ha quedado condicionada la traslación de propiedad, sino la forma de pago del precio. O, para hacerlo más claro aún, el caso en que el enajenante quedara obligado al saneamiento. Siendo este precepto de saneamiento susceptible de pacto en contrario, nada impide condicionarlo. Y la nulidad de la condición no invalidará la compra-venta. Resultará, pues, imprescindible discernir en cada caso la relevancia que el precepto condicional reviste dentro del conjunto del negocio (59).

En segundo término, debemos señalar que la regla de invalidez tiene excepciones. Merece especialmente citarse la prevista en el artículo 689 para los negocios *mortis causa*. El texto dispone que se tienen por no puestas las condiciones contrarias a normas imperativas, de lo cual se infiere que también aquellas que vayan contra el orden público o las buenas costumbres. Hay, sin embargo, en este numeral 689 un párrafo preocupante y que dice que las disposiciones testamentarias, en lo no previsto en el artículo, se regirán por las normas generales sobre modalidades de los negocios jurídicos, en cuanto fueran aplicables. Y como quiera que en esta sección de testamentos no se habla nada de condiciones imposibles, en aplicación de la normatividad general hemos de llegar a la conclusión que tales condiciones invalidan las disposiciones testamentarias. Esta sería la solución lógica al vacío del artículo 689, aunque

(55) PUIG PEÑA; Federico: "Tratado. . .", Tomo I, Vol. II, pág. 564.
(56) DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A: "Sistema. . .", Tomo I, págs. 644.
(57) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio. . .", pág. 551; BETTI, Emilio: "El Negocio. . .", pág. 400.
(58) En contra, BARASSI, Ludovico, citado por CASTAN TOBEÑAS, *op. cit.*, Tomo III, pág. 152.
(59) TRIMARCHI, Pietro: "Instituzioni. . .", pag. 247.

nos parece inapropiada. Francamente, no alcanzamos a entender la razón del distinto tratamiento que en los testamentos tienen las condiciones ilícitas o contrarias a normas imperativas respecto de las imposibles física o jurídicamente (60).

Queda una última cuestión importante por destacar respecto de las condiciones suspensivas que invalidan el acto. Nos referimos a las condiciones negativas imposibles. Para mejor explicar la idea, empecemos por las imposibles positivas. En estas positivas parece fuera de toda duda la correcta decisión de invalidar la disposición condicional, porque el que quiere que suceda algo que no puede suceder, realmente no quiere lo sujeto a condición (61). Pero la hipótesis es diferente en el caso de las negativas, que vienen enunciadas de esta manera: "te doy si no tocas el sol con la mano". Así presentado, es sensato concluir que conociéndose y siendo notoria la imposibilidad, efectivamente se quiso dar. En otras palabras, faltando la incertidumbre, no hay evento condicional (62): la obligación es pura y simple; no hay para qué invalidar la disposición de voluntad y basta con tener la condición como no puesta, como disponen otros ordenamientos (63). En el nuestro, tendríamos que extraer esta solución de una abierta interpretación del artículo 175 *in fine*. En concordancia con lo anterior, no es desacertada la opinión de Ruiz Martínez (64) cuando anota que es impropio hablar de condiciones imposibles, pues este adjetivo aplicado a la idea de condición implica una contradicción pues sólo hay certeza de que no se podrán cumplir.

Con respecto a la condición resolutoria, la posición del Código no es compartida por todos los tratadistas, pues hay quien estima que si son imposibles positivas, la disposición de voluntad se purifica y es exigible; si son imposibles negativas invalidan a la disposición; si son ilícitas por faltar con el orden público, las buenas costumbres o normas imperativas, es irrelevante que sean positivas o negativas y vician la disposición (65).

Para concluir con el examen de este artículo, digamos que las condiciones perplejas o contradictorias invalidan por completo la disposición condicionada, ya que no se puede saber lo que exactamente quiso establecer el agente declarante. No cabe llegar a otra conclusión, porque es preferible anular la declaración de violentar la autonomía privada y someter la voluntad a una condición de cuya función se duda. En cambio, en los negocios *mortis causa*, en los que es imposible que el declarante pueda expresar de nuevo su voluntad, se discute si debe invalidarse o se le debe reputar pura y simple, aunque la doctrina se inclina por lo primero.

156.bis. LAS CONDICIONES Y LA NOVACION

Al respecto operan las reglas de los artículos 1284 para las condiciones suspensivas y 1285 para las resolutorias.

(60) Sobre las condiciones ilícitas o imposibles en los testamentos y en las donaciones, véase BARBERO, Doménico: "Sistema..." Tomo I, págs. 580 - 581.
(61) ALBALADEJO, Manuel: "El Negocio...", pág. 249.
(62) CARBONNIER, Jean: *op. cit.*, Tomo II, Vol, II, pág. 486.
(63) Solución que adopta el artículo 1116 del Código Civil español. En el mismo sentido el artículo 532 del C.C. argentino.
(64) RUIZ MARTINEZ, Fco.: *op. cit.*, pág. 3.
(65) BORDA, Guillermo: "Obligaciones...", pág. 266 y ss.

"ARTICULO 172.– Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor".

157. CONDICION POTESTATIVA

Entramos aquí en el análisis de la llamada condición potestativa. Ya antes, habíamos indicado que el evento condicionante podría obedecer a diferentes causas y distinguimos a las potestativas de las condiciones casuales y de las mixtas.

La condición es *casual* cuando el evento previsto sucederá por fuerzas o leyes de la naturaleza, o dependa del azar o de la voluntad de un tercero ajeno a los agentes. Se habla, pues, de casual cuando está fuera del control y decisión de los implicados en la relación a que da lugar el negocio. A la condición casual debe asimilarse el hecho de un tercero (66).

Son condiciones *potestativas* aquellas que dependen arbitrariamente de la voluntad de uno de los polos de la relación que crea el negocio, o que no les cuesten sacrificio alguno (67).

Son *mixtas* las que dependen tanto de una circunstancia casual como de la voluntad de una de las partes.

En realidad, no hay condiciones potestativas puras, pues como señala Valverde (68), la voluntad humana puede verse influida en la práctica por una serie de elementos externos que la limitan. Ahora bien, siguiendo en el campo de las condiciones potestativas, la doctrina reconoce matices de intensidad (69) que el artículo 172 recoge velada, pero no por ello insuficientemente.

En efecto, de la lectura del artículo notamos que alude a condiciones suspensivas cuya realización dependa "de la exclusiva voluntad". Es decir, según el significado del Diccionario, solamente, simplemente, sin mezcla de otra cosa, de la voluntad del enajenante o deudor; que no quede al libre arbitrio y decisión exclusiva de su voluntad, pues eso sería lo mismo que condicionar los efectos del negocio a una nueva declaración de voluntad o en un hecho que le es indiferente realizar u omitir (70), o sea que no le cuesta sacrificio alguno. Puede ocurrir, no obstante, que la voluntad venga vinculada a otras circunstancias, no estrictamente casuales. Entre ambos supuestos de condiciones potestativas existe una infinidad de variantes y grados, de modo tal que serán las circunstancias de cada supuesto o caso las que hagan concluir al juzgador si el cumplimiento del evento está o no subordinado de modo absoluto y exclusivo de la voluntad del obligado (71).

El legislador ha concebido este artículo sólo teniendo en mente la condición suspensiva. Por lo tanto, debemos sujetarnos a la redacción impuesta,

(66) MESSINEO, Francisco: "Doctrina...". Tomo I, pág. 198.
(67) SANTORO, Francisco: *op. cit.*, pág. 236.
(68) VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: "Tratado...". Tomo I, pág. 460 y ss.
(69) CASTAN TOBEÑAS, José: *op. cit.*, Tomo III, pág. 150.
(70) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio...", pág. 552.
(71) COLMO, Alfredo: "Obligaciones...", pág. 160.

que no permite la condición potestativa cuando su realización o no realización tiene efectos resolutorios. Esta decisión legal no es compartida de modo unánime, y concretamente los artículos 1115 del Código Civil español y 1174 del francés, parecen comprender la condición potestativa resolutoria (72). Pero en este caso, creemos, ya no se trata propiamente de una condición, sino de un pacto de retiro o de resolución (v.g. la retroventa). Empero, si se hubiese fijado la estipulación como condición resolutoria, la consideramos plenamente válida, cuando no sea leonina.

Aparte de las reglas generales que impone este artículo, no debe olvidarse otro supuesto, que constituye una clara excepción. Es el previsto en la venta a satisfacción.

En lo que respecta a la solicitud de nulidad, sólo podrá declararse a instancias del acreedor o adquiriente, o del juez o fiscal, según corresponda. No sería razonable permitírselo al deudor o enajenante, a cuya decisión queda cumplir o no la condición. En cambio, está fuera de toda duda que puede solicitar la nulidad el adquiriente o acreedor, a quien puede no interesar un estado indefinido de pendencia y obtener, en su caso, la devolución de lo pagado o equivalente de la prestación que haya satisfecho (73).

> "ARTICULO 173.– Pendiente la condición suspensiva, el adquiriente puede realizar actos conservatorios.
> El adquiriente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios.
> El deudor puede repetir lo que hubiere pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria".

158. REGIMEN DE PENDENCIA DE LA CONDICION

Contenía el Proyecto de la Comisión Reformadora tres artículos que fijaban el régimen mientras pende la condición. El afán cercenador del codificador ha suprimido dos de los tres preceptos, dejando solamente el acabado de transcribir.

No eran, en verdad, preceptos abstrusos, conflictivos o de dudosa utilidad; antes bien, tipificaban la obligación de corrección en una relación condicionada (74). Los problemas que estas normas podían ocasionar eran adjetivos y no estribaban, como dice Colmo al comentar los equivalentes del Código argentino, en las normas en sí, derivadas de la naturaleza de las condiciones, sino en las dificultades de precisar su contenido (75) dependiendo de las circunstancias de los casos concretos.

Lo único especialmente digno de interés para estudiar en el artículo que ha quedado, es determinar qué debemos entender por actos conservatorios.

(72) ESPIN CANOVAS, Diego: "Manual. . .", Vol. I, pág. 438. También CARBONNIER, Jean: *op. cit.*, Tomo II, Vol. II, pág. 486.
(73) Véase sobre este asunto: BELTRAN de HEREDIA, José: "En torno a la condición potestativa", en Revista de Derecho Privado, Madrid, Marzo, de 1963.
(74) TRIMARCCHI, Pietro: "Instituzioni. . .", pág. 248.
(75) COLMO, Alfredo: "Obligaciones. . .", pág. 167.

Lo que sí está claro es que el artículo, al mencionar actos de conservación, ha querido excluir actos dirigidos a ejecutar o cumplir el negocio condicionado.

Con relación a la buena fe ya nos hemos extendido en otros lugares. Aquí sólo podemos agregar que la buena fe en materia de condiciones, comprende el deber de obrar activamente (artículo 1134) para la conservación del derecho de la otra parte (76). Las restantes cuestiones (ejercicio o disposición de derechos, repetición de lo pagado) no parecen ofrecer singulares dificultades.

La idea fundamental que inspiró el artículo 1180 del Código francés, de que derivan el nuestro, el 1121 del español, 1356 del italiano, 546 del argentino, y otros muchos, no es tanto la de posibilitar la defensa de un derecho firme, cuanto la de permitir mantener con utilidad las legítimas expectativas mientras no se cumpla la condición (77). Dentro de este espíritu, se hace difícil intentar una exhaustiva enumeración o análisis o clarificación de los actos conservatorios. Sólo a título ilustrativo, pueden citarse los siguientes:

a) Solicitar el reconocimiento, en contenido y firma, del documento por el que conste el derecho condicional y, en general y cuando sea posible, instar las diligencias preparatorias que la ley permita con la finalidad de garantizar la conservación del derecho.

b) Solicitar la inscripción registral del documento que constitya un derecho real subordinado a condición o el gravamen que garantiza el crédito condicionado.

c) Demandar judicialmente la declaración de un derecho condicional.

d) Interrumpir la prescripción o caducidad.

e) Solicitar inventario de bienes y realizar actos o reclamar que se adopten soluciones destinadas a impedir la destrucción, pérdida o deterioro de los bienes sujetos a entrega o devolución.

f) Ejercer, si fuera el caso, la acción pauliana. La subrogatoria no es exactamente acción conservatoria.

g) Participar en los procedimientos de insolvencia (concurso, suspensión de pagos o quiebra) del deudor.

159. REPETICION DE LO PAGADO

Con relación al derecho de repetir cuando se produce el pago anticipado, en buena lógica del principio de irretroactividad que sienta el artículo 177 quien pagara tiene derecho a los intereses legales o frutos de lo entregado, desde la fecha del pago hasta la realización del evento. Creemos que este último párrafo del artículo 173 admite pacto en contrario. Nada impide que las partes convengan que el pago se efectúe antes de la realización de la condición suspensiva.

(76) MESSINEO, Francisco: "Doctrina. . ." Tomo I, pág. 201.
(77) COLIN Y CAPITANT: *op. cit.*, Tomo III, pág. 370.

Como es natural, la repetición que el artículo autoriza supone su factibilidad. No puede reclamarse la devolución cuando existiendo condición resolutoria la naturaleza de las prestaciones impide la devolución. En sede de condición resolutoria (y admitida en principio la irretroactividad —artículo 177) lo probable es que el legislador haya pensado que puede repetirse el pago cuya prestación o justificación hubiera tenido lugar con posterioridad a la fecha de producida la resolución. Respecto de las prestaciones recibidas antes de la resolución el pago era debido, se devengó; no procede su repetición o negarse al abono.

"ARTICULO 174.– El cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible.
Cumplida en parte la condición, no es exigible la obligación, salvo pacto en contrario".

160. CONDICION INDIVISIBLE

Tampoco este dispositivo ofrece especial dificultad hermenéutica. Es claro que si la voluntad del agente fue que la condición se cumpliera por entero, aunque el hecho condicionante en sí pueda realizarse por partes, no se satisface si no se cumple la totalidad. Nos encontramos ante hipótesis en las cuales el hecho jurídico condicionante constituye un supuesto de hecho complejo.

De surgir un conflicto, tendrá que estudiarse en cada caso el sentido de la voluntad, la naturaleza del hecho condicionante, si se trata de obligación de dar, de hacer o de no hacer y si razonablemente se puede cumplir el resto de la condición o prestación. Puede surgir una imposibilidad sobreviniente, de manera que habrá que juzgar la intención de las partes interpretando su declaración. Interpretación que debe también definir si se trata de una prestación divisible o dos prestaciones conjuntas, o alternativas, o en general, si se ha cumplido del modo que fue la intención de las partes (78).

En cualquier caso, vale la pena reproducir aquí el comentario que el tema mereció a Cornejo al comentar el Código de 1936 (79): "al decir nuestro legislador, siguiendo la interpretación que Colmo da al art. 535 del Código argentino, que el cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible, se cambia totalmente el concepto. No se refiere a la manera como ha de realizarse la condición, sino a la forma en que debe ejecutarse la prestación de aquella dependiente. El Código argentino contrapone la indivisibilidad del cumplimiento de la condición a la divisibilidad del hecho que la constituye. Nuestro Código contrapone la indivisibilidad del cumplimiento de la condición a la divisibilidad de la prestación cuyo nacimiento o extinción depende de aquel. El primero supone un hecho o sea, la condición en sí misma, que ha de realizarse total e íntegramente para que se de por cumplida la condición, lo que quiere decir que la realización parcial no basta para que produzca el efecto jurídico que le es propio. El Código peruano no tiene en cuenta la cualidad del hecho condicionante, sino la cualidad de la prestación condicionada. El primero es algo extrínseco que está fuera de la relación jurídica; la segunda, se refiere al objeto mismo del acto, a la prestación que una de las partes debe a la otra cuando la condición se cumpla. Si yo presto 100 soles bajo condición de que suceda tal cosa, la prestación objeto de mi promesa es divisible; pero esta cualidad nada tiene que ver con la condición, que puede ser divisible o no serlo; lo que interesa es que la condición se cumpla por entero, para que la prestación sea exigible en su totalidad. Es impropio decir que la condición consiste o puede consistir en una prestación, entendida ésta en su sentido técnico. La condición puede aparecer como una prestación del estipulante si es meramente potestativa; pero siempre será impropio llamada prestación, pues no opera a favor del contratante, sino como mera modalidad exterior para que se produzca el efecto jurídico de la estipulación".

(78) WEILL et TERRE: "Droit Civil. Les obligations", pág. 979.
(79) CORNEJO, Angel Gustavo: *op cit.*, Tomo I, pág. 322.

Como adición a lo dicho, no está de más indicar en este lugar que el 'salvo pacto en contrario' que el artículo 174 estipula ha de entenderse anchamente: inequívocas declaraciones o conductas de las partes posteriores al negocio pueden señalar modificaciones al modo de cumplir las condiciones.

Por último, interesa hacer mención a un cumplimiento no exacto pero sí válido de la condición. Según De Diego (80), en la duda de si se debe o no admitirse el cumplimiento no en forma específica como se señaló y convino, sino de otro modo equivalente, la doctrina que cita está conforme en admitir que es válido el cumplimiento equivalente, aunque distinto, cuando la persona en cuyo favor se estableció la condición no tenía especial interés en que se cumpliera de una manera mejor que de otra.

"ARTICULO 175.– Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse".

161. TIEMPO DE LA CONDICION

Según habíamos expresado más arriba, la condición viene comúnmente ligada a un cierto período, dentro del cual debe realizarse o no realizarse el evento condicionante. Se pretende evitar de esta manera que el precepto negocial impuesto resulte indefinido, con lo cual quedaría en vigor el negocio a la espera del suceso puesto como condición resolutoria que le ponga fin, o como condición suspensiva para que se inicien los efectos del negocio.

El artículo está concebido con miras a las condiciones negativas. Ahora bien, aunque no contenga ninguna referencia a las positivas, creemos que a ella les debe ser de aplicación el mismo principio. De conformidad con esto, parafraseando el numeral, pero pensando en las condiciones positivas, podríamos señalar que si la condición consiste en que se verifique cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá no cumplida desde que pasó el plazo, o llegue a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse. Por lo tanto, si la condición positiva fuera suspensiva, el negocio no surtirá sus efectos típicos; si resolutoria, no habrá un cambio de la situación jurídica.

El Código no contiene ninguna regla para los casos en los que la condición no esté sujeta a plazo. Ya León Barandiarán echó de menos un precepto

(80) DE DIEGO, Clemente: "Dictámenes. . . " cit. Tomo III, pág. 16.

al respecto y en ausencia del mismo sugirió que, planteado el problema, se resolviese en principio aplicando la idea contenida en el artículo 541 del Código argentino: las condiciones deben cumplirse en el tiempo en que verosímilmente las partes entendieron que debían cumplirse. Sin embargo, este enunciado no despeja la incógnita como admitió el propio León Barandiarán y señalan otros autores (81). Desde luego, tampoco puede ser de aplicación supletoria el artículo 182, referido a la fijación judicial del plazo, máxime cuando la condición consiste en un evento casual o mixto.

Pero el vacío no nos dispensa de encontrar una salida que legalmente permita poner fin a situaciones de pendencia que pueden ser manifiestamente injustas, si bien por falta de regulación de los interesados debieran ser indefinidas sin importar cuán largas. No vemos inconveniente, en primer término para que los interesados recurran a la vía judicial: tienen para ello legítimo interés. El Juez no podrá negarse a admitir la demanda y darle trámite invocando la inexistencia de norma reguladora: debe dar curso a la acción e interpretar las declaraciones de voluntad, pues no hay que olvidar que las condiciones forman parte del contenido de la voluntad negocial. Voluntad negocial que el Juez debe interpretar en su conjunto, para determinar la naturaleza del negocio jurídico en cuestión y la naturaleza de la condición misma. Precisados estos aspectos y premunido el Juez por las partes de todos los elementos de hecho que rodean la declaración, estará ya en condiciones de saber si ha existido ánimo declarado de poner fin a la pendencia, o si hay un absoluto vacío al respecto. De ser esto último, lo que no será difícil es identificar al beneficiario de la pendencia indefinida y en consonancia con ello aplicar, si es posible, los usos válidamente admitidos.

"ARTICULO 176.– Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida.
Al contrario se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento".

162. CUMPLIMIENTO IRREGULAR O INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICION

Como enseña Betti (82), nos encontramos ante una norma dirigida a garantizar el desarrollo normal de la situación prevista, no obstante el comportamiento de la otra parte que impidiera o forzara el cumplimiento de la condición. La justificación de la regla la informan Weill et Terré (83): al impedirse la condición o forzar su ejecución se produce un incumplimiento contractual que de origen a reparación y la mejor manera de repararlo es darla, según los casos que el artículo señala, por cumplida o por no cumplida. Por lo tanto, no admite pacto en contrario.

(81) DIEZ PICAZO, Luis: "El tiempo es el cumplimiento de las condiciones". En "Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas". Pamplona, 1969, Tomo III, pág. 1833 y ss. Para la doctrina argentina, véase LAFAILLE, Héctor: "Derecho Civil" Tomo VII, Vol. II, pág. 48 y 50.
(82) BETTI, Emilio: "El Negocio. . .", pág. 406.
(83) WEILL et TERRE: *op. cit.*, pág. 980.

El impedimento de la condición o, en su caso, forzar su realización, puede inclusive tener lugar por la conducta omisiva. Pero se dice mal, en nuestra opinión, cuando se habla en estos casos de cumplimiento ficto. En verdad, más que verdadera ficción nos hallamos ante casos de auténtica sanción legal ante las consecuencias causadas por quien no ha procedido correctamente según el espíritu del negocio. Según esto, es claro que el numeral que estudiamos no se refiere a las hipótesis de realización o falta de la conclusión por motivos o voluntades ajenas a los interesados.

El principal problema que plantea la norma se encuentra, sin embargo, en su alusión a la mala fe. Problema que asume dos vertientes: la referencia misma y la carga de la prueba. En lo que atañe a lo primero, consideramos exagerado imponer el requisito de conducta dolosa. No vemos razón para excluir del supuesto de la norma a la conducta de buena fe, pero negligente. Aquí estamos ante auténticos casos de incumplimiento contractual y lo ilícito en este campo no puede circunscribirse a la mala fe. Es indudable que para la redacción de este artículo la Comisión tuvo que tener a la vista el numeral 162 del B.G.B., que habla de impedimentos contrarios a la buena fe (84). Sin embargo, no todo lo contrario a la *bona fide* ha de ser de mala fe. Por eso apunta Enneccerus que "basta la evitación o provocación culposa (intencionales o negligentes) de la condición en virtud de la conducta contraria a la buena fe " (85).

En lo que atañe a la prueba, será el acreedor a quien corresponda demostrar la mala fe o la conducta negligente. Quien hubiera impedido o forzado la realización de la condición tendrá a su cargo acreditar que el evento hubiera sucedido o no, a según corresponda, sin conducta perjudicial de su parte. Por otro lado, es necesario advertir que corolario de esto es que hay que demostrar la relación causal entre la conducta de acción u omisión del impediente o provocante de la condición y la realización o ausencia de ésta (86). No basta pues, el simple intento, sino la verdadera consumación.

"ARTICULO 177.– La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario".

163. RETROACTIVIDAD

En el estudio de las condiciones, la cuestión de la retroactividad ha sido sin duda una de las más debatidas, con posiciones doctrinarias y legislativas claramente encontradas. Abundan tan contundentes argumentaciones en defensa de ambas teorías, que parece difícil optar por una u otra corriente (87)

(84) "Artículo 162.– Si el cumplimiento de la condición es entorpecido, contrariamente a la fidelidad y a la buena fe, por la parte en cuya desventaja se produciría, la condición vale como cumplida.
Si el cumplimiento de la condición es procurado, contrariamente a la fidelidad y a la buena fe, por la parte en cuya ventaja se produce, el cumplimiento vale como no ocurrido".
(85) ENNECCERUS: *op. cit.*, Parte General, Tomo I, Vol. II, 2a. parte. También BARASSI, Ludovico: "Instituciones. . . " Tomo I, pág. 190.
(86) LEHMANN, Heinrich: *op. cit.*, Parte General, pág. 412.
(87) ENNECCERUS: *op. cit.*, Tomo I, Vol. II, 2a. parte, Nota 15 a pág. 659.
"La diversidad de las opiniones en el derecho común sobre el efecto de las condiciones se basaba en una buena parte en esta diversa configuración del concepto de la condición:

El legislador de 1936 tomó partido por la tesis de la irretroactividad como principio que admite excepción por disposición privada y así quedó consagrado en el artículo 1110. A juzgar por la Exposición de Motivos del Libro Quinto (88), adoptaron esta decisión a la vista de lo resuelto en las entonces modernas codificaciones civiles japonesas (artículo 127), alemana y suiza. Respecto de la primera de las citadas carecemos de información sobre su aplicación. Sobre la suiza (artículo 151), Santos Briz (89) discrepa del legislador de 1936, pues se inclina a creer que, aunque no claramente, admite la retroactividad. Y con relación a la alemana la irretroactividad no viene impuesta por norma expresa y hay que inferirla del artículo 159 del B.G.B. Sin embargo, como bien reconocen la gran mayoría de los tratadistas tanto germanos como extranjeros, la inferencia lógica de la redacción del numeral 159 queda en gran medida desvirtuada por el artículo 161 del mismo B.G.B. (90).

El artículo que ahora estudiamos no modifica el principio establecido por el codificador de 1936. Según opinión de algunos miembros de la Comisión Reformadora (91), la retroactividad de la condición "es una ficción superflua e innecesaria", porque hace remontar los efectos del negocio a una época anterior a la realización del hecho al que estaba ligada su suerte. Para nosotros, este fundamento es insuficiente. En primer lugar, porque los códigos y leyes abundan en ficciones y en todo caso el hecho de ser ficción, si fuera tal, no necesariamente priva de utilidad; en segundo término, no es ni superflua ni innecesaria (palabras sinónimas), cuando se reconoce a los interesados la posibilidad de establecerlos en función de sus intereses. Por último, no encontramos ficción jurídica alguna.

La encuentran quienes conciben el negocio condicional como voluntad más hecho jurídico; siendo así es lógico que estimen que sólo producido el hecho entra en vigor la voluntad. Para quienes pensamos que el vínculo jurídico se constituye de inicio con una voluntad de resultado que surge en el negocio como condicionada a un hecho jurídico ya previsto, no hay ficción alguna. Se trata de un mandato en el sentido de no dar validez jurídica a los actos realizados durante el periodo de pendencia. La ficción se explica como un "como si". Pero ese no es el caso de la condición: en ella se trata de un mandato por el mérito del cual se ordena que nada de lo que ocurra durante la pendencia perjudique la realidad jurídica que tendrá lugar una vez ocurrida la condición. La voluntad de hacer nacer o extinguir los efectos nace condicionada de un principio y, por consecuencia, salvo que la voluntad de las partes establezca lo contrario o la naturaleza del negocio lo impida, a este principio debe retrotraerse (eficacia *ex tunc*) el orden de los intereses querido por los agentes. A nuestro modesto entender, de ello se sigue que si la voluntad

a) La tesis de que, conforme a su esencia, la condición tiene efecto retroactivo (DERNBURG), parte de la condición pura (que sólo rara vez se presenta) que no contiene una determinación de tiempo.
b) La opinión que niega, por lo regular, efecto retroactivo a la condición piensa en realidad solamente en la condición que, como es corriente, contiene un termino.
c) En cambio, el punto de vista de las fuentes romanas sólo excluye el efecto retroactivo de la condición en tanto contiene una determinación de tiempo y está suspende el efecto jurídico (cf. ENNECCERUS, Rechtsgeschaft, especialmente p. 334 ss.). Ahora bien, rigen reglas especiales en cuanto a las disposiciones de última voluntad".

(88) Librería e Imprenta Gil, S.A., Lima, s/f, pág. 7-8.
(89) SANTOS BRIZ, Jaime: "Derecho Civil", pág. 111.
(90) Para la crítica de esta posición: LARENZ, Karl: *op. cit.*, Parte General, pág. 684.
(91) Los Dres. Susana Zusman y Manuel de la Puente.

no hubiera estado condicionada y el negocio fuera puro y simple, hubiera desplegado su eficacia de modo inmediato —si fuera suspensiva—. Tratándose de resolutoria se quiere el efecto en la medida que hay una razón fijada desde inicio que justifica tales efectos. Desaparecida esta razón no se quiere el negocio: pero no se quiso desde el inicio. Considerarlo de otro modo es asimilar la condición al plazo.

De manera, pues, que aunque se admita la ficción, hay que reconocer que vendría impuesta —salvo pacto en contrario— por el respeto a la voluntad de los contratantes (92).

En todo caso, también los que abogan por la irretroactividad tienen que recurrir a la ficción para imponer una conducta durante la pendencia (arts. 173 y 176) o declarar ineficaces los actos realizados durante la pendencia que impidan adquirir el derecho luego de cumplida la condición lo que en realidad no es sino admitir que la condición tiene efectos retroactivos (93).

De todos modos, necesario es decirlo, tanto los ordenamientos que optan por una u otra posición admiten excepciones, lo cual significa que no es esencial a la institución la cuestión de la retroacción (94).

En cualquier caso, la decisión ya está tomada: la regla del Código es la irretroactividad; la excepción, el pacto de los interesados en sentido contrario. A ello debemos atenernos. La Comisión Revisora debió efectuar una modificación que, a nuestro modesto juicio, se hacía necesaria no sólo en atención a una conveniente coherencia y concordancia de esta cuestión con otros preceptos del Código, sino también a la luz de la teoría de las condiciones, tal como está concebida en los restantes artículos de este Título.

Empecemos con lo primero, o sea la coherencia, señalando los casos que de inmediato nos han saltado a la vista:

a) El problema de las disposiciones testamentarias. Según la regla general, desde el fallecimiento del causante los bienes se transmiten a sus sucesores (95). Empero, el artículo 768 anota que el legado subordinado a condición o plazo suspensivos no se adquiere por el legatario mientras no se cumpla la condición o no venza el plazo. A su vez, el numeral 769 que cuando no hay condición ni plazo, los frutos se reciben desde el fallecimiento.

   Por otro lado, el artículo 689 preceptúa que las normas generales sobre modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias. Consecuentemente, el principio es la no retroactividad del derecho sobre los bienes legados. Por lo tanto, no tiene derecho el legatario sobre los frutos.

   Por ello, ¿qué ocurre cuando el testador, sin herederos designados ni legítimos llamados, distribuye todos sus bienes en legados de cosa o cantidad determinada, sujetos a condición o a plazo?; ¿de quién es la he-

(92) WEILL et TERRE: *op. cit.*, pág. 983.
(93) ALVAREZ VIGARAY, Rafael: "La retroactividad de la condición". En Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1964, pagina 829 y ss.
(94) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . . ". Tomo I, pág. 264.
(95) Artículo 660.

rencia y sus frutos mientras no se cumplan las condiciones? Porque nada impide que legalmente toda la masa se divida en legados (96).

La conclusión forzosa sería que en el interés la herencia y frutos pertenecerían al Estado o la Beneficencia (art. 830), pero eso es solución o remedio por lo demás ridículo si la condición llegara a cumplirse. Lo lógico tiene que ser que, operada la condición, actúe retroactivamente y de este modo es perfectamente comprensible el artículo 790, que adjudica a los albaceas la posesión de los bienes hasta que se paguen los legados y luego tendrá que distribuir los frutos de los bienes a prorrata.

b) En materia ya del tratamiento coherente de las condiciones se reconoce implícitamente la retroactividad a pesar de lo que dispone el artículo 177. Porque si no la reconociera, no podría autorizar las acciones conservatorias.

Por lo demás, la irretroactividad absoluta puede resultar injusta en ocasiones de ejercicio, no de disposición, del derecho condicionado. Basta con pensar en la venta sujeta a condición resolutoria, durante cuya pendencia el bien es gravado. Según la ciega teoría de la no retroacción, el vendedor a cuyo dominio vuelve el bien, no podría solicitar la ineficacia del negocio constitutivo del gravamen.

En el campo de las condiciones impropias, sí se admite la retroactividad. Así, por ejemplo, cuando se condiciona la eficacia inicial o final a un hecho pasadó los efectos se retrotraen. Obviamente tal no ocurre cuando la condición no consiste en la realización del hecho, sino en el conocimiento del mismo. Aquí la retroactividad se dará hasta la fecha que se demuestre que tuvo lugar el conocimiento. En las condiciones propias: el negocio surte efectos desde que ocurre el hecho elevado a condición, aunque los agentes se enteren después —artículo 1534. Por lo tanto, como apunta Messineo (97), no es necesaria ninguna declaración o ulterior actividad de las partes.

En la hipótesis de haberse previsto la retroacción que el Código admite, tampoco es necesaria actividad alguna. Ya la voluntad había nacido puntualizando que, producido el evento condicionante, los efectos se retrotraen. Consecuencia de ello, si de condición suspensiva se trata, es que el negocio tiene eficacia plena desde el principio; si fuera resolutoria el negocio se considera como ineficaz desde su celebración.

SECCION SEGUNDA

EL PLAZO

164. IDEAS GENERALES

Como los seres humanos, las relaciones jurídicas se desenvuelven en el tiempo. Toda relación jurídica, en cuanto tiene por objeto derechos o situaciones jurídicas, tiene un principio y un fin (98). Y los agentes de un negocio jurídico, así como pueden disponer que los efectos negociales empiezen o cesen si se produce una determinada hipótesis (condición) por ellos prevista, también pueden desear que la relación que surja del negocio tenga una cierta duración, o que la prestación que se tenga que ejecutar se efectúe antes de una fecha por ellos convenida.

El tiempo, pues, afecta las relaciones jurídicas de muy diversas maneras. Aquí sólo nos interesa presentar dos de ellas, según: a) influyan en la eficacia del negocio, esto es, en su inicio, extinción y especialmente en la duración de las obligaciones que nazcan del negocio o, b) influyan en la oportunidad de prestación o cumplimiento de la obligación. El tiempo, pues, desempeña dos funciones básicas, como pone de relieve Cariotta Ferrara (99): en un caso influye en el nacimiento o fin del negocio, luego mira a su eficacia; en otro caso regula el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones que proceden del negocio. Esto último hace decir a Santoro que el termino así considerado no es modalidad del negocio, sino de las obligaciones y su cumplimiento (100). Opinión exagerada, a nuestro entender, pues parece indicar que son dos fenómenos distintos, cuando en realidad es uno solo, con diferentes aplicaciones (101). Porque el cumplimiento de las obligaciones del negocio se presenta cuando previamente éste tiene eficacia; no tiene sentido separar la vida del negocio de los efectos que produce. Inclusive, en el negocio sujeto a término suspensivo hay la obligación de darle cumplimiento, luego la obligación preexiste. Por ende, ambas aplicaciones derivan de la autonomía de la voluntad. Dependerá de cada tipo de negocio saber ante qué concepto de término estamos y su influencia en la relación jurídica creada.

De lo expuesto se aprecia que según esté referido el tiempo en el negocio, su inicio o fin determina también el comienzo o la terminación de sus efectos y, por tanto, de la exigencia de su cumplimiento o, tal vez, no se refiera a eso, sino a la ejecución de una de las prestaciones en que la obligación consiste. Dicho de otro modo: en el primer caso, como que afecto a la eficacia del negocio, el término indica la oportunidad de inicio y/o el fin de las funciones típicas del negocio; en la segunda acepción se refiere al desenvolvimiento de las prestaciones, de manera que una circunstancia ajena al negocio —el tiempo— señala que una determinada conducta u otro hecho jurídico deben producirse en un momento cierto o en una sucesión de momentos, cuya amplitud está (normalmente) prefijada y que puede coincidir con el término inicial, o final. Veamos ambas hipótesis en un contrato de arrendamiento de un año de duración, cuya merced conductiva debe ser pagada el último día de cada mes. El tiempo durante el cual perdura la relación entre locador y conductor determina la eficacia del negocio; por su lado, el pago de la merced conductiva también tiene su tiempo, su momento, que es el último día de cada mes. Aquí el tiempo nada tiene que ver con la eficacia.

(96) Artículo 738.
(97) MESSINEO, Francisco: "Doctrina . . .". Tomo I, pág. 197.

(98) FERREIRA RUBIO, Delia: "Reflexiones acerca de la relación jurídica". Revista de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Julio 1982.
(99) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El negocio . . . ", págs. 562 - 563.
(100) SANTORO, Francisco: "Doctrinas . . .", pág. 244.
(101) BARBERO, Doménico: "Sistema . . .". Tomo I, págs. 590-591

Dice Montes: "Los intereses humanos son, así, colocados en el tiempo, desde el punto de vista jurídico, de varios modos. En general, puede decirse que la ligazón o conexión entre los hechos y el tiempo se produce respecto de cada hecho o respecto de dos o más hechos. La ligazón de cada hecho, singularmente determinado, y el tiempo, a su vez, se puede especificar en una relación entre el hecho y el momento dado del tiempo o bien entre el hecho y el tiempo (momento o periodo) anterior o sucesivo a otro momento asumido como límite. A las mismas puntualizaciones se prestan las relaciones entre dos o más hechos y el tiempo, pero con características específicas, dado que pueden tales hechos calificarse por su simultaneidad o contemporaneidad o por su no contemporaneidad, en cuyo caso pueden establecerse ciertas gradaciones temporales (inmediatividad, proximidad, etc.)" (102).

El Código nada dice de los negocios puros, esto es, aquellos que no tienen estipulación alguna sobre el tiempo de su cumplimiento o exigibilidad. En algunos casos, que veremos, la ley soluciona el problema de manera supletoria. Pero cuando no sea así, en principio el tal negocio y las obligaciones que en él se establezcan son exigibles de inmediato. Con todo, este aserto ha de tomarse con cautela, pues de ello no puede inferirse que si el deudor no cumple de inmediato, incurre en mora. Así es, con la salvedad que el artículo 1335 señala, solamente incurre en mora el obligado desde que el acreedor le intime judicialmente o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. Inclusive, a veces, aunque no haya plazo establecido ni expresa ni tácitamente, el deudor no incurre en mora por la propia naturaleza de la obligación. En el caso de la compra-venta, por ejemplo, es lo que hay que inferir de los artículos 1554 y 1555: no hay razón para que el vendedor sea culpable de la demora en la entrega inmediata del bien si éste debe ser trasladado de un lugar a otro. En resumen, a falta de plazo y cuando la obligación es pura, hay que coincidir con Manresa (103) cuando afirma la necesidad de distinguir la exigibilidad inmediata por parte del acreedor y el cumplimiento razonable por el deudor, concediéndole a éste, para tal cumplimiento, el tiempo necesario según la naturaleza y circunstancias de lo convenido. Corolario de lo cual es que, en ausencia de estipulación sobre plazo, el deudor puede cumplir de inmediato y el acreedor exigirlo también de inmediato, pero todo ello sin que el cumplimiento o su exigencia repugne a la naturaleza de lo convenido.

165. DIFERENCIA ENTRE PLAZO Y TERMINO

Dicho esto respecto de los negocios y obligaciones puros, pasemos ya a aquellos que contienen referencias temporales. Y decimos solamente referencias temporales porque interesa desde ahora señalar que la influencia del tiempo incide en la eficacia del negocio de dos maneras: en el plazo y con el término, según las aplicaciones de la voluntad. El *plazo* es un derecho, normalmente con una obligación correlativa. El *término* es un punto en el tiempo. Estos conceptos, pues, no pueden ni deben identificarse ya que cumplen distinta finalidad. Mientras el plazo constituye un transcurso de tiempo más o menos extenso durante el cual se puede o no ejercer un derecho o está suspendida su exigibilidad, el término es una cuestión objetiva, es un instante a partir del cual los efectos del negocio empiezan o concluyen. Por eso hay que

(102) MONTES, Vicente: Comentarios . . . "dirigidos por M. ALBALADEJO. Tomo XV, vol. 2o. pág. 7

(103) MANRESA, José: *op. cit.*, Tomo VIII, Vol. I, pág. 370.

diferenciar entre momento, como término, y período, como plazo (104). No tiene el término, por lo tanto, nada que ver —como no sea para marcar los confines— con todo el complejo de circunstancias jurídicas que ocurren durante el desarrollo del plazo. Como bien dice Simonnetto (105), el término siempre es de la misma naturaleza, aunque varíe la situación jurídica que con la llegada del término ha de modificarse. El plazo, en cambio, como intervalo entre términos, no es transición de una a otra situación jurídica, no es un hecho jurídico de realización instantánea que posea valor legal o convencional o judicial, sino una calificación jurídica, o reflejo temporal de un retraso a favor del deudor o del acreedor que se produce por convenio o por razones ajenas a la voluntad de uno de ellos o de ambos, lo cual explica perfectamente que haya plazos sin término (106).

Las diferencias señaladas no tienen nada de ociosas o teóricas. Antes bien, la dilación temporal en el cumplimiento o su exigibilidad explica cuestiones tan importantes como el pago de intereses.

En orden con lo explicado, se hace evidente la insuficiencia de la clásica definición que presenta el plazo como aquella estipulación de voluntad que subordina el inicio o fin de los efectos del negocio a un momento futuro. Insuficiencia que salta a la vista si se considera que alude a una parte del problema, es decir, a la declaración de voluntad que establece ciertas consecuencias para el negocio, pero no describe el fenómeno, ni lo que sucede durante su duración, ni su principio o su fin. Por lo demás, nos parece evidente que esta definición clásica no explica cómo después del término final continúa siendo exigible una obligación que debía cumplirse antes del vencimiento del negocio.

El legislador no ha sido especialmente innovador en esta cuestión del plazo, como sí lo ha sido en la condición. Con el mismo vocablo describe dos situaciones jurídicas diversas, aunque derivadas de un mismo fenómeno. Por nuestra parte, en las líneas siguientes procuraremos utilizar los vocablos que estimamos correctos. A tal fin preferimos conceptuarnos el plazo como un derecho y el término como aquella estipulación de voluntad (fijada eventualmente por el Juez), que indica, según el contenido de la declaración, el tiempo —instante o suma de momentos sucesivos— en que debe tener lugar la satisfacción de los distintos intereses materia del negocio (107).

(104) SARACINI, Eugenio: "Il termini e la sua funzioni". Giuffre. Milano, 1979.

(105) SIMONNETO, Ernesto: "Los contratos de crédito", Editorial Bosch, 1958.

(106) Como la doctrina y legislación italianas no tienen vocabulario para señalar la diferencia entre plazo y término, RUSSO, Ennio: "Il termini del Negozio Giuridico". Milán, 1973, pág. 13, apunta que "Le due accezioni di termine non hanno nulla in comune; nel primo caso, infatti, siamo nell campo delle modalita della programmazione negoziale; nel secondo, della generale categoria (il templo) nella qualle si svologno i fatti giuridici. Nella prima accezione la parola termine non può essere sostituita se non da una perifrasi (probabilmente complessa) che descriva la prospettazione di un momento del tempo posta dalla legge. Nella seconda accezione, invece, alla parola termine può essere sostituita quella di data, o tempo (Zeitpunkt), senza che per nulla cambi il significato del contesto."

(107) RUSSO, Ennio: "Il termini. . .", pág. 65.

166. CARACTERISTICAS

a) El término, en cuanto modalidad de los negocios jurídicos, tiene que ser accidental a la especie negocial o disposición de voluntad que subordina. En otras palabras, no ha de ser legalmente necesario para la validez del negocio. Si lo fuera, constituiría un requisito esencial y en este caso su falta privaría a la declaración de validez o del mérito vinculante correspondiente a un cierto esquema típico negocial.

Evidentemente, la accidentalidad o accesoriedad del término deja de ser tal una vez que la voluntad ha querido actuar en el mundo jurídico sólo durante un tiempo o a partir de un momento. Lo que era accidental deja de serlo para tornarse esencial en una especial y concreta declaración. De esto ya hemos hablado en otro lugar y, por lo tanto, no vale la pena insistir.

Convendría investigar, sin embargo, sobre la generalización de la regla de que el término final es accidental. El rol que el término final desempeña es sustancialmente diverso al inicial, porque presupone que el negocio o sus prestaciones ya han operado socialmente. Dicho esto, nos preguntamos ¿pueden los negocios obligatorios no tener fin? O formulada la pregunta de otra manera: ¿el plazo final es siempre accidental? A nuestro entender, no. Con la salvedad de ciertas especies (principalmente familiares), toda relación obligatoria tiene un término, porque no parece concebible asumir una obligación *ad aeternum*, sin que ninguna de las partes pueda liberarse. En este hilo de ideas, coincidimos con De Barros (108) cuando asegura que el término, como elemento accidental del negocio, no es sólo limitación de voluntad, sino que puede ser modificación de ciertas consecuencias naturales del negocio.

b) El término tiene que ser futuro respecto de la fecha de celebración del negocio y cierto. No se concibe subordinar la eficacia del derecho o su ejercicio a lo que ya ha ocurrido. Esta observación tiene significado no sólo en cuanto al término esté referido a la eficacia, es decir al principio o el fin de los efectos negociales, sino a la observancia oportuna de los efectos previstos.

Cosa distinta es que se ignore, tratándose de plazo indeterminado, la fecha exacta de llegada del término. Hay certidumbre porque se sabe que el plazo —término, con más propiedad— llegará con toda seguridad, aunque exista incertidumbre sobre su momento exacto.

c) Licitud. Un común error que interesa desterrar es la cuestión de la licitud. Ni el plazo ni el término pueden ser ilícitos. Es claro,que el simple devenir de los días o un suceso que forzosamente ha de llegar, aunque se ignore su exacto momento, no tienen connotación de licitud, atributo exclusivo de la conducta humana (109). Distinto por completo es que sean ilícitas las razones por las cuales se haya concedido un término, pero esta es una hipótesis que afecta al contenido del negocio; o que exista imposibilidad jurídica (art. 378.2), o que la ley prohiba plazos especiales (por ej. en régimen de alquileres).

(108) DE BARROS, Washington: "Curso. . .". Parte General, pág. 244.
(109) ALBALADEJO, Manuel: "El negocio. . .", pág. 271.

d) Posibilidad física. La llegada del término —inicial o final— forzosamente debe ser posible en el orden de las leyes físicas o premisas universalmente aceptadas. Así, es inválido el pacto que fija el término para el 30 de febrero.

e) Posibilidad jurídica. Era la contemplada por el artículo 41 del Proyecto de la Reformadora, ahora suprimido. Así, el matrimonio es un negocio que no admite sujección a plazo, ni la adopción (110) ni el reconocimiento de filiación (111), ni la aceptación o renuncia de herencia (112) ni la institución de herederos, ni el libramiento de cheques.

Llegado el caso, por lo tanto, que se desee incorporar una disposición de término a la estructura de un negocio, habrá que definir si la ley o la naturaleza del negocio admiten la oposición. Sobre la admisibilidad jurídica del plazo en los negocios traslativos de propiedad se hablará más adelante.

Apuntadas estas características, conviene hacer alusión también a otras notas importantes antes de ocuparnos del término inicial o final.

167. PLAZO EXPRESO Y PLAZO TACITO

Tanto el plazo como el término, en cuanto formen parte de un negocio jurídico, pueden surgir de una declaración de voluntad expresa o tácita.

Según las reglas generales ya vistas, la estipulación será tácita cuando se deduzca de una actitud o circunstancias de comportamiento que revelen indudablemente la existencia de la estipulación. Pero aquí, sin embargo, se impone una nueva distinción, porque puede haber plazo expreso, pero término tácito. Supuesto de plazo expreso y término tácito será el derivado de una declaración de venta en la que se pacte que "el precio se pagará en los próximos meses de este año con el interés mensual convenido". Si el convenio se celebrara en Octubre, no sería aventurado afirmar que el pago debe hacerse en dos cuotas, una en Noviembre y otra en Diciembre.

En estos casos como en el propuesto, se impone el análisis de las circunstancias o actitudes que rodearon la declaración e interpretar ésta dentro del conjunto de las estipulaciones negociales. Dice al respecto Montes (113) que cuando la determinación del término no se encuentre expresa, puede resultar de "los mismos elementos de la regulación de intereses dispuesta por el negocio como, por ejemplo, de la naturaleza de la prestación debida, o bien de la forma o lugar de ejecución". Obviamente, los usos y la buena fe pueden contribuir a señalar el término.

168. INTERPRETACION.

Además del plazo convencional, que surje de una declaración de voluntad, y a lo cual nos acabamos de referir, y del plazo judicial, del que más adelante nos ocuparemos, hay casos en los que la propia ley establece un pla-

(110) Art. 381 del Código.
(111) Art. 395 del Código.
(112) Art. 677 del Código.
(113) *op. cit.*, Tomo XV, Vol. 2o. págs. 46 y 47.

zo, o apunta modos para fijarlo. Así, por ejemplo, diversos artículos relativos al suministro; o el artículo 1656, que señala de treinta días el término para la devolución del mutuo, a falta de pacto; o el artículo 1688, que fija en diez años el plazo máximo en contratos de arrendamiento.

Y ya que hablamos de interpretación, debe insistirse en la conveniencia de precisar el alcance del precepto negocial cuando existen dudas si trata de término o condición. Nótese la importancia del asunto con el ejemplo que Trabucchi (114) propone: "si yo escribo, 'dejo el fundo Corneliano a Ticio con efectos desde su mayor edad', será término si entiendo que el fundo debería entrar en el patrimonio de Ticio o en el de sus herederos el día que corresponda al cumplimiento de sus veintiún años; será condición si entiendo que tal donación queda subordinada a la supervivencia de Ticio".

169. RETROACTIVIDAD.

Otro punto importante a estudiar es el concerniente a la retroactividad. En principio, la llegada del término no opera retroactivamente (115). Nada obsta, sin embargo, el pacto en contrario, como pone en relieve Manresa (116). Adviértase que nos estamos refiriendo al término, es decir, al momento cuya llegada produce un cambio en la realidad jurídica preexistente. Evidentemente, esta cuestión de la retroacción no puede ser planteada sobre el plazo, porque su naturaleza jurídica es la de ser un retardo o dilación durante el cual hay reales y efectivas prestaciones (de no hacer, por ejemplo). En cualquier caso, el principio de la no retroactividad, también ha quedado mediatizado de alguna manera. Concretamente, según el artículo 1404 los contratos sujetos a condición o plazo suspensivos serán válidos si la obligación que constituye su objeto, aunque inicialmente hubiera sido ilícita o imposible, se hiciera lícita o posible antes del vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición.

170. EL TERMINO ESENCIAL. IDEAS GENERALES.

Nos queda un último tema importante antes de concluir estas Ideas Generales. Es la cuestión del término esencial. Hasta ahora, fundamentalmente, hemos presentado el término como modalidad de los negocios, lo que equivale a decir que las partes pueden incluirlo en el precepto volitivo sin alterar la esencial tipicidad de ciertas especies negociales. Visto de esta manera, el término influye en la eficacia del negocio y en la duración de las obligaciones que crea. También le habíamos asignado otra función, que es la de señalar el tiempo de duración de la prestación o la de fijar la oportunidad para el cumplimiento de las mismas. Cuando de esto último se trata, esto es, cuando el tiempo no marca el inicio o fin de la relación obligatoria o producción de sus efectos naturales o contractuales, sino que se ha establecido para indicar la oportunidad de una determinada prestación, estamos ante lo que la doctrina denomina término esencial o de modo elíptico y globalizador, negocios a fecha fija.

(114) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones. . .". Tomo I, pág. 192.
(115) Muy interesantes al respecto, por comparación con la condición, son los argumentos de COVIELLO, Nicolás: "Doctrina. . .", pág. 481.
(116) MANRESA, José: *op. cit.*, Tomo VIII, Vol. I, pág. 370.

Según Díez Picazo (117), cuando el término está así convenido, no se limita a determinar el momento en que es exigible la prestación debida y, por consiguiente, en su caso, el instante desde el cual comienza la mora para el deudor, sino que produce unos efectos jurídicos más amplios, que se relacionan con la esencialidad que la observancia del tiempo produce respecto del interés del acreedor como fin del negocio. De lo cual se deriva una importante conclusión, cual es la de que si el término no tiene el carácter de esencial, que nunca se presume, la prestación (aunque tuviera retardo, solucionable con mora o cláusula penal) es la misma que sería sin la existencia del término. En cambio, si el término ha sido puesto como nota esencial, el cumplimiento fuera de la oportunidad señalada supone tanto como total incumplimiento, porque la satisfacción del interés del acreedor sólo está vinculado a que la prestación se realice precisa e inexcusablemente en el término fijado (118). La prestación inoportuna no cumple el propósito que el acreedor pretendía.

En estas hipótesis de término esencial, el negocio puede llegar a su fin de modo anticipado. Según Sacco (119) la esencialidad puede estar pactada por las partes o resultar de las circunstancias, siendo circunstancias decisivas "il fatto che la prestazione non possa aver luogo successivamente; o che, in epoca successiva, non abbia piu valore, o non soddisfi l'interesse del creditore (naturalmente, queste circonstanze propie della sfera del creditore rilevano solo se in qualche modo oggettivizzate nel contrato: parla di circostanze rilevanti se note ad entrambi i contraenti".

Desde luego, el término esencial es perfectamente compatible con el inicial o final (120). Por ello, un solo negocio jurídico puede contener estipulaciones sobre estas tres manera de influencia del tiempo en una relación jurídica.

> "ARTICULO 178.– Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surtirá efectos mientras se encuentre pendiente. Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento.
> Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho".

171. PLAZO SUSPENSIVO.

Se designa así a aquel que actúa retrasando la eficacia del negocio. En este sentido, vencido el plazo suspensivo, llega el término inicial (121), a partir del cual el negocio, o la disposición afecta a esta modalidad, surte sus plenos efectos.

(117) DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos. . .", pág. 522.
(118) BELTRAN DE HEREDIA, José: "El cumplimiento de las obligaciones". Edersa, Madrid, 1956, Pág. 265.
(119) SACCO, Rodolfo: "Il contrato", pág. 964.
(120) MESSINEO, Francisco: "Doctrina. . .". Tomo I, pág. 212.
(121) Hacemos desde ahora la salvedad de que, a veces, utilizamos indistintamente plazo suspensivo como equivalente de término inicial, y término final como sinónimo de plazo resolutorio, aun-

Es importante recalcar aquí la función del término inicial, pues es deformada e inexacta la opinión de quienes solamente ven en la llegada del término en el derecho obligacional el momento de aparición del derecho. Este planteamiento sólo enfoca un extremo de la cuestión (122). Así es, celebrado el negocio en condiciones normales, el conjunto preceptivo ya ha quedado establecido y el negocio es perfecto; no le falta elemento alguno para ser acogido en el mundo jurídico. Más aún, si se trata de un negocio bilateral, la relación jurídica ya ha sido creada, vinculando a las partes en el marco de lo dispuesto. Las partes ya están obligadas y sus prestaciones imbricadas entre sí, aunque el cumplimiento o exigibilidad recíprocos se retrase hasta la llegada del término. Sólo en este último sentido sería correcto apuntar que nacen los derechos obligacionales: derechos a la plena ejecución del negocio.

La situación en cambio es diversa en los derechos reales: la hipoteca sólo quedará constituida el día de la llegada del término.

Con arreglo a lo expuesto, más apropiado, según Messineo, es definir al término inicial (o plazo suspensivo, según el artículo 178) como aquel que, en función de la estipulación de voluntad en cada caso o tipo negocial, hará diferir la exigencia o el nacimiento de un derecho (123).

Hecha esta advertencia, se nota la insuficiencia de este párrafo del artículo bajo análisis. Si pretendía definir el término inicial, la definición se queda corta. Si sólo pretendía indicar la función suspensiva, incluye lo definido en la definición y apenas explica una de las funciones suspensivas. Por añadidura, aunque del artículo parezca lo contrario, es indudable que el acto sí tiene efectos aunque no haya vencido el plazo: no sólo porque el término puede no afectar la totalidad del acto, sino sólo alguno de los elementos sobre las que la voluntad dispone (digamos, por ejemplo, el plazo en el pago del precio de compra-venta); también porque el acto, en su conjunto, tiene el efecto bien de vincular (124) a las partes, bien, si es unilateral, de constituir una situación jurídica que altera la anterior, aunque sólo a partir de una fecha. Y nótese que tan es cierto esto, que si se desea que no se produzca esta alteración y el plazo no ha vencido, será necesaria una nueva declaración de voluntad. La existencia de efectos del acto, aunque no haya llegado el término inicial, es indudable: son efectos quizá no típicos, serán provisionales o prodómicos, pero efectos jurídicos y prácticos a fin de cuentas.

Todo lo que decimos, además, viene implícitamente reconocido por el último párrafo de este mismo artículo, que apunta a la conservación de derechos y ejercicio de acciones, aun antes del cumplimiento del plazo.

Consecuencia lógica que se deriva de lo dicho es que en los negocios a término la capacidad y la declaración de voluntad de los agentes se juzgarán al momento de celebración del negocio y no a la llegada del plazo.

---

que en rigor tal identificación no sea doctrinalmente correcta por las razones que ya se han apuntado.

(122) COLOMO, Alfredo: *op. cit.*, pág. 185.

(123) MESSINEO, Francisco: "Doctrina...", Tomo I, pág. 211.

(124) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios..." Tomo I, pág. 271.

Ahora bien, líneas más arriba hemos indicado que el negocio, aunque sujeto a plazo suspensivo, produce ciertos efectos, aunque no los típicos o naturales que se derivan de la especie negocial en cuestión. Son, de alguna manera, efectos negativos pues van dirigidos a impedir que el acreedor pretenda hacer efectivo su derecho —inclusive de modo indirecto por medio de la compensación—, o destinados a que se impida que se torne ilusorio un crédito. Pero de esta último hablaremos más adelante.

172. PLAZO RESOLUTORIO.

En puridad de ideas, y en concordancia con lo expuesto en las líneas preliminares del estudio de esta modalidad, es poco adecuado o al menos incompleto hablar de plazo resolutorio. Así es, si por tal entendemos aquel durante el cual pueden ejercerse los derechos y concluido que fuera llega el término final, el concepto es correcto. Pero no lo es tanto si a continuación se dice que llegado el fin del plazo, el derecho se extingue.

En este punto hay que hacer notar que el plazo no siempre se encuentra establecido con miras a la eficacia del negocio o exigibilidad de los derechos en él establecidos, sino que también puede fijarse como estipulación que apunta a la oportunidad temporal de ejecutar las prestaciones previstas en el negocio. La modalidad en este último caso ya no ha sido pactada como determinante de la eficacia del negocio, sino para establecer un espacio temporal de cumplimiento del mismo (125).

En orden con lo dicho, la redacción del artículo no puede tomarse al pie de la letra. El vencimiento del plazo que hace venir la resolución o, si se prefiere, la llegada del término final, no sólo hace cesar los efectos del acto. En algunas ocasiones extingue el derecho y en otras hace cesar ciertos efectos —no todos— del acto o indica la fecha en la cual, las estipulaciones, si no se han cumplido como fue pactado provoca el incumplimiento.

En cualquier caso, el término final o resolutorio no se concibe en las obligaciones de ejecución instantánea de tracto único; sólo es de aplicación en aquellos negocios que por su especial naturaleza pueden tener obligaciones o prestaciones duraderas, o diferidas.

Con singular frecuencia, sobre todo tratándose de negocios bilaterales, el término inicial que opera a favor de una de las partes, es término final para la otra. Y viceversa. En otro orden de cosas hay que apuntar que una misma disposición negocial puede estar sujeta a un primer término inicial y a un ulterior final, todo ello durante una vigencia más amplia del negocio jurídico (126).

Cuando el plazo se encuentra señalado como modalidad de eficacia, la llegada del término final no requiere declaración alguna. Como dice León Barandiarán, la resolución sobreviene *ipso jure*, pues ya está prevista al convenirse el negocio (127). Ahora bien, si el plazo no se ha fijado con miras a la resolución del negocio, sino que su final es indicativo de una fecha tope para

---

(125) SANTORO PASARELLI, Francisco: "Doctrinas...", pág. 244.

(126) ALBALADEJO, Manuel: "El Negocio...", pág. 267.

(127) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios..." Tomo I, pág. 273.

el cumplimiento y no se ha previsto la constitución automática de mora, es necesaria la interpelación.

173. PLAZO EN NEGOCIOS TRASLATIVOS DE PROPIEDAD

Sin perjuicio de lo dicho más arriba sobre especies negociales que no admiten oposición de término, o aquellas que forzosamente lo requieren, conviene apuntar aquí que, por regla general, la doctrina no acepta el término final cuando se establezca en negocios traslativos de propiedad. León Barandiarán opina (128) que la admisión implica una contradicción. Del mismo parecer es Cariotta Ferrara (129), quien estima que el término final en estos negocios equivale a admitir una propiedad temporal. En sentido contrario se pronuncia Coviello (130), invocando razones históricas que se encuentran en el derecho romano tardío y consideraciones sobre la propiedad temporal. El derecho de propiedad, dice este último autor, no es esencialmente perpetuo.

Lo cierto del caso es que en nuestro ordenamiento no hemos notado disposición alguna de la que pueda inferirse a ciencia cierta la invalidez de un pacto que fije término final a un negocio traslativo de propiedad.

De todos modos, si se concluyera en la inadmisibilidad del término en negocios traslativos de propiedad, deberá tenerse en cuenta la sugerencia de Barbero (131): "se trata de ver cuál ha de ser la relevancia del término puesto a un negocio traslativo, si con efecto real o meramente obligatorio. Y aunque aquí propendamos (salvo casos particulares) a la mera obligatoriedad, hay que hacer notar, sin embargo, que esta terminaría en el plano de la ejecutabilidad en forma específica, que puede conseguir en la práctica efectos afines a los de la realidad. Pero la diferencia subsiste siempre, ya que ésta comporta la reivindicación *erga omnes*, mientras que la mera obligatoriedad, aún corroborada por la posibilidad de la ejecución en forma específica, no hace nula la enajenación efectuada a terceros por el obligado, lo cual impide prácticamente la ejecución en forma específica y hace que surja la acción en orden al resarcimiento de los daños".

174. ACTOS CONSERVATORIOS

Según el segundo párrafo de este artículo 178, quien tenga derecho a recibir alguna prestación al tiempo del cumplimiento del plazo, antes del vencimiento puede ejercitar acciones conducentes a la cautela o conservación de su derecho.

Entre los actos conservatorios se considera la acción pauliana, pero no la subrogatoria u oblicua. Puede el acreedor, también, constatar la existencia de su derecho por vía judicial y efectuar actos preparatorios de cobro.

(128) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . ." Tomo I, pág. 271.
(129) CARIOTTA FERRARA, Luis: "El Negocio. . .", pág. 563.
(130) COVIELLO, Nicolás: *op. cit.*, pág. 480.
(131) BARBERO, Doménico: "Sistema. . ." Tomo I, pág. 590.

El precepto alude tanto al termino inicial como al resolutorio, pero tratándose del inicial hay quien dice que solamente es de aplicación cuando los derechos en cuestión sean obligacionales, no reales. Así, por ejemplo, si se trata de una hipoteca. Si la misma se constituyera "para cuando la deuda quede reducida a la mitad", es decir a un plazo suspensivo incierto, parece dudoso pensar que hasta entonces el acreedor realmente tenga un derecho hipotecario a su favor.

> "ARTICULO 179.- El plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias resultase haberse puesto a favor del acreedor, o de ambos".

175. EL BENEFICIO DEL PLAZO

Al igual que su antecedente, el artículo 1112 del Codigo de 1936, este artículo establece la presunción *juris tantum* de que el plazo se encuentra establecido a favor del deudor. Esto no significa que el deudor pueda pagar, es decir, cumplir su obligación cuando le plazca, sino que precisamente durante el transcurso el plazo puede pagar en cualquier momento. La hipótesis de pago cuando el deudor quiera o pueda está regulada en otro artículo. El precepto que ahora vemos parte del supuesto de que hay un plazo, esto es, un período de tiempo durante el cual al acreedor no le está permitido exigir que el deudor cumpla. La extensión de este plazo está marcada por un término fijado por las partes, por el Juez o por un tercero (132).

Según antigua y generalizada opinión, el beneficio del plazo debía operar en favor del deudor, por estimarse que es la parte débil de la relación obligatoria. Según palabras literales de Lafaille (133), conviene beneficiar a quien se obliga. Esta solución ha sido objeto de abundantes críticas, fundadas la mayoría, en nuestra opinión. En primer lugar, porque la cuestión de la debilidad es eminentemente subjetiva. En segundo lugar, si se trata de relaciones obligatorias patrimoniales, que son fundamentalmente a las que apunta el artículo, el deudor no es el único obligado. Normalmente el acreedor ya cumplió la prestación que le concierne, en cuyo caso no hay razón para beneficiar al otro, o el acreedor todavía no ha cumplido, por lo que todavía es a su vez deudor, de suerte que el plazo debe beneficiar a ambos.

Y si hablamos de plazo en las disposiciones testamentarias, resulta más inexplicable aún. ¿Cuál es la debilidad del heredero o del albacea que justifique dilatar la entrega del legado?. En los negocios *mortis causa* puede entenderse —y con ciertas reservas— que se quiera beneficiar al heredero permitiéndole un tiempo para el disfrute de la herencia antes de entregar parte de la misma a un legatario, pero la debilidad no explica nada.

(132) El Proyecto sólo hablaba de términos fijados convencional, legal o judicialmete. Con gran acierto, la Comisión Revisora ha reconocido la posibilidad (art. 182) de que un tercero fije el término, que es un elemento modal y accidental, cuando puede fijar, por ejemplo, la cuantía de un elemento esencial como es el precio en la compra-venta.
(133) LAFAILLE, Héctor: "Derecho Civil". Tomo VII, pág. 53.

Honestamente hemos de confesar que no vemos razón jurídica poderosa para explicar que el plazo beneficie al deudor. Es razonable suponer que el deudor quiere obligarse en las condiciones más ventajosas para él y por ende retrasar en lo posible su prestación. Pero de esto no puede extraerse un principio jurídico que lo que hace es favorecer al deudor en detrimento de un acreedor que desea obtener su crédito cuanto antes. Lo lógico hubiera sido establecer que el plazo beneficie a ambas partes, salvo que otra cosa se deduzca de las declaraciones de voluntad de los agentes o de las circunstancias del caso.

La presunción que el artículo 179 establece, como él mismo señala, admite prueba en contrario. Indudablemente, ya que el deudor es el favorecido, la carga de la prueba sobre quién es el titular del beneficio, recae sobre el acreedor (134). A éste compete demostrar que el plazo estaba pactado en su favor, o a favor de ambos, lo que equivale a decir, en el primer caso, que el acreedor puede exigir el cumplimiento en cualquier momento y el deudor no puede rehusar, o si éste quiere cumplir, el acreedor no está obligado a recibir el pago.

Con todo, ha de observarse que ciertas relaciones contractuales tienen régimen diferente. Tal es el caso apuntado en el artículo 1611 y ss. sobre el suministro. Otro caso especial es el del depósito: el depositante acreedor puede solicitar la devolución (en principio) cuando lo desee.

En cambio, si el objeto de discusión no radica en quién es el beneficiario del plazo, sino en determinar su existencia, la carga de la prueba corresponde al deudor, pues se comprende que la obligación es exigible de inmediato, salvo que demuestre la existencia del plazo (135).

"ARTICULO 180.– El deudor que pagó antes del cumplimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición".

176. REPETICION DEL PAGO

El artículo solamente es de aplicación, desde luego, cuando el término está establecido a favor del deudor, y respecto de derechos crediticios. No parece ser de utilidad cuando el término inicial se ha establecido para diferir la entrada en vigor de derechos reales.

Según León Barandiarán (136), citando a tal fin razonables atendibles, es discutible la solución contenida en el artículo 1113 del Código de 1936,

(134) BELTRAN DE HEREDIA, José: *op. cit.*, pág. 270.
(135) BELTRAN DE HEREDIA, José: *op. cit.*, pág. 270.
(136) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .", Tomo I, pág. 277.

que es antecedente del 180 acabado de transcribir, porque está equiparando el plazo a la condición, siendo así que en el primero el derecho ya está constituido (137). Diferente planteamiento sostenía Colmo (138), quien comentando la antigua norma argentina, similar a la actual peruana, decía que era justísima, porque "si el dedudor a plazo paga antes del vencimiento del plazo, paga lo que todavía no adeudaba, y hace así un pago indebido".

Sin embargo, la reforma del Código Civil argentino de 1968 privó de razón a Colmo y modificó el artículo 571, el que quedó redactado ordenando que el deudor de la obligación que pagara antes del vencimiento del plazo, no puede repetir lo pagado.

En el mismo sentido de la nueva legislación argentina se encontraba concebido el artículo 103 del Anteproyecto de Manuel de la Puente y Susana Zusman. En defensa de esta disposición, señalaron que: "el fundamento de la modificación radica en que el plazo suspensivo da lugar a que los efectos del acto jurídico tengan que producirse necesariamente al cumplimiento del plazo, desde que éste consiste en un momento futuro pero cierto. La obligación del deudor existe, ya que la prestación, aunque aplazada en el tiempo, es debida inexorablemente. La acción de repetición de lo indebido sólo se concede a quien ha pagado lo que no era debido, cosa que no ocurre en el caso que se examina, pues la obligación existe, por lo cual quien paga por error respecto a la existencia del plazo suspensivo, efectúa un pago perfectamente válido" (139).

Suscribimos íntegramente este último parecer, que otras legislaciones tienen complementado señalando que el deudor que pagara por anticipado, sí podrá exigir del acreedor aquello con lo que éste se hubiera enriquecido –intereses o frutos– como consecuencia del cobro anticipado de su crédito. Esto es perfectamente explicable, pues como apunta Coviello (140), si el cumplimiento de la obligación consiste en la entrega de una cosa fructífera, o en el pago de un capital productivo de intereses, es claro que el cumplimiento anticipado importa para el deudor la pérdida y para el acreedor la ganancia correspondiente, de los frutos o de los intereses percibidos en aquel tiempo que media entre el día del pago y el vencimiento del término. Ahora bien, tal ventaja no puede considerarse como debida, y por eso, no obstante el silencio de la ley, debe estimarse que el deudor que ha pagado anticipadamente, tiene derecho de repetir la *interusurium*.

177. LA IGNORANCIA

El artículo que comentamos, en contra de importante doctrina y legislación modernas, permite repetir el íntegro de lo pagado por ignorancia. A nuestro entender, el codificador ha querido ser restrictivo al imponer la ignorancia y no el error, como permiten otras legislaciones. La distinción es importante, porque se puede errar por desconocimiento, pero no es tan fácil

(137) ENNECCERUS, Ludwing: *op. cit.*, Tomo I, Vol. II, 2a. parte pág. 709.
(138) COLMO, Alfredo: *op. cit.*, pág. 198.
(139) Exposición de Motivos del Anteproyecto. Universidad Católica, Lima, 1980, Tomo II, pág. 126.
(140) COVIELLO, Nicolás: *op. cit.*, pág. 482.

ignorar por error (141). El error en este campo supone conocer la existencia de un término, pero no conocer su fecha, o lo que es igual, se tiene un conocimiento equivocado. La ignorancia es otra cosa distinta: es creer en la existencia de plazo y, por lo tanto, que la obligación es exigible, lo que equivale a falta absoluta de conocimiento.

Hecha esta aclaración, es indudable que la acción de repetición que el artículo concede debe ser restrictivamente entendida y sólo admitirse la acción si el deudor no tuvo posibilidad de conocer. Quien pudo y debió conocer el plazo no puede ampararse en su propia negligencia. Sería excesivo que el artículo, además de beneficiar a una segunda parte débil, favoreciera también la torpeza o negligencia. La ignorancia, pues, ha de ser absoluta y que no haya habido posibilidad de superarla. La carga de la prueba de todo ello recae en el deudor, que es quien reclama la devolución de lo pagado invocando su ignorancia.

En buena aplicación del artículo debe entenderse que, demostrada la ignorancia, la devolución debe incluir los intereses legales devengados desde la entrega anticipada.

"ARTICULO 181.– El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:
1o. Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación salvo que garantice la deuda;
2o. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido;
3o. Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieran por causa no imputable a éste, a menos que sean inmediatamente sustituídas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor".

178. PERDIDA DEL PLAZO

El artículo parte de la premisa que el plazo se ha establecido a favor del deudor. Por lo tanto, no le está permitido al acreedor solicitar el cumplimiento anticipado de la obligación hasta que no llegue la fecha convenida. Dicho de otro modo: no es solamente que el deudor tenga derecho a un plazo, sino además que el acreedor tiene una obligación, consistente en no pedir el cumplimiento hasta que expire tal plazo. Excepcionalmente, sin embargo, la ley releva al acreedor de su obligación de no pedir y le permite reclamar el pago anticipado cuando existen razones que hagan suponer válidamente que el patrimonio del deudor, que es el que respalda su crédito, sufre desmedro o el deudor no posee el respaldo patrimonial, propio o ajeno, con el cual el acreedor contaba. En suma, si es cierto, como asevera Barassi (142), que la existencia del término significa que al acreedor no le importa esperar porque tiene confianza en que el deudor cumplirá la prestación, es válido concluir con Diez Picazo que el deudor en el cual se ha perdido confianza otorgue al acreedor una vigorosa protección o, en su defecto, cumpla de inmediato su obligación (143). Es claro, sin embargo, que estamos ante un derecho del acreedor, de suerte que aunque haya concurrido uno de los supuestos del artículo, el deudor no incurre en falta si el acreedor no le intima al inmediato pago.

(141) Véase: HERNANDEZ GIL, Antonio: "Derecho de Obligaciones", Madrid, 1960, pág. 435.
(142) BRASSI, Ludovico: "Instituciones...", Tomo II, pág. 201.

Por tratarse de situaciones excepcionales, la ley ha querido limitar claramente los supuestos y ha establecido un *numerus clausus*. Aparte de ellos, y como no derive del convenio entre las partes o de otra autorización legal, no puede el acreedor dar vencimiento anticipado al plazo arguyendo otros motivos. De todos modos, además de lo que los interesados tengan por conveniente pactar, otro caso excepcional de vencimiento anticipado de obligación, aunque obedece a una distinta *ratio legis*, es el previsto en el artículo 1323, según el cual puede el acreedor exigir el pago del saldo debido cuando la obligación deba pagarse en cuotas sucesivas y el deudor hubiera incumplido con tres de ellas.

Ha de señalarse como cuestión que interesa al correcto entendimiento de toda la norma, que el vencimiento del plazo no es automático. El sentido es otro: el deudor no puede invocar el plazo que le resta desde que el acreedor hace uso de su derecho de vencimiento antelado. De esta manera, si el plazo expirara el 30 de junio pero el deudor devino insolvente en enero, es claro que no podrá argüir nada contra el acreedor si éste invocara en marzo el inciso que analizamos. Y sólo desde marzo, no desde enero, se entenderá vencido el crédito. La ley ha querido que el beneficio concedido al deudor consistente en un plazo, no sea utilizado cuando con ello se pueden causar perjuicios irreparables al acreedor. En esta hipótesis, el deudor ya no puede invocar beneficio alguno.

1o.– Pierde el deudor el derecho a utilizar el plazo, cuando deviene insolvente luego de contraida la obligación, salvo que garantice la deuda.

El inciso del que nos ocupamos habla de insolvencia (144). Insolvente es aquel que no tiene con qué pagar. Pero esto no nos basta, porque el Código trae aquí a colación un concepto no estrictamente jurídico, sino más bien económico. En términos puros, insolvente es quien carece de bienes con los cuales atender al cumplimiento de sus obligaciones.

Evidentemente, la insolvencia ha de ser sobrevenida. Si el acreedor de antemano conocía o debía conocer la insolvencia, mal puede reclamar; fue negligente y no hay razón para tutelar su pretensión. El problema, empero, se presenta cuando el deudor premeditadamente ocultó al acreedor una insolvencia preexistente. Parecería justo que en este caso pudiera el acreedor exigir de inmediato su crédito, sobre todo si el deudor ha actuado de mala fe. Sin embargo, no se admite aquí este supuesto, de suerte que en tal caso el acreedor tendría que invocar otras consideraciones –fraude, error, dolo, mo-

(143) DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos...", Tomo I, pág. 519.
(144) Sobre el tema en la doctrina nacional, además de LEON BARANDIARAN, José, véase a CORVETTO VARGAS, Aníbal: "Manual de Derecho Civil Peruano", Lima, 1956, pág. 515.

tivo esencial, etc.— para rescindir el contrato, pero no para solicitar su ejecución anticipada.

Hasta ahora, sin embargo, hemos hablado de insolvencia sin explicar qué se entiende por tal a los fines de este precepto. Conviene entonces distinguir la insolvencia definitiva de la provisional. La primera consiste en la situación por la cual el activo del deudor es inferior a su pasivo, o simplemente tiene pasivo y carece de activo; la insolvencia temporal o provisional se aprecia cuando se trata de un deudor cuyo activo es superior al pasivo, pero por no poder realizarlo de inmediato, no puede afrontar sus obligaciones (fundamentalmente pecuniarias) en una fecha cierta.

El inciso no distingue, de modo que hemos de suponer que alude a ambas variantes de insolvencia. Pero hay un dato más que contribuye a llegar a esta conclusión. Y es que el mismo apartado habla del otorgamiento de garantías y no prescribe que deban ser extendidas por terceros. De lo cual se infiere que pueden ser garantías sobre bienes del mismo deudor, bienes que se suponen total o parcialmente libres.

La insolvencia, en todo caso, es una situación objetiva y absoluta de no poder pagar en la fecha prevista y, normalmente, para ser considerada como tal debe afectar al conjunto de acreedores. La circunstancia transitoria y coyuntural de que el deudor no pague a ciertos acreedores, no necesariamente significa insolvencia si ha cumplido con otros. Por el mismo motivo, si el deudor deja de ser insolvente, el acreedor no podrá asegurarse de que lo fue en un cierto momento mientras discurría el plazo y no lo es cuando el acreedor le reclama el pago anticipado. En cambio, sí podría constituir presunción de insolvencia el que el deudor incumpla ante el acreedor en el caso de pagos previstos de modo parcial, que es lo regulado por el artículo 1323. Esta hipótesis sí es síntoma evidente y premonitorio de falta, en opinión de Simonetto (145).

El espíritu del principio parece ser el siguiente: se trata de cambios en la situación económica del deudor que permitan suponer razonablemente que al vencimiento previsto del plazo, carecerá de bienes realizables para pagar de inmediato al acreedor.

El estado de insolvencia debe ser materia de resolución judicial, a menos que haya expreso reconocimiento del deudor. Mientras no haya tal declaración, el acreedor, a lo sumo, podrá suponer la insolvencia, pero no tener certeza, por imposibilidad de conocer de manera completa y absoluta el patrimonio del deudor.

Desafortunadamente, de la redacción del artículo se infiere que el acreedor debe haber exigido previamente al deudor que constituya garantías —adecuadas, se sobreentiende—. Pero la norma no establece plazo alguno para que el deudor conteste, o proceda a conceder las garantías. De esta manera, la acción judicial que se requiere y que no tiene procedimiento sumario previsto, no sólo puede tornar inútil la pretensión del acreedor si el juicio se alarga, sino que deberá instarse con dos pretensiones: o la constitución de garantía o la caducidad del plazo. Desde luego, la resolución judicial es declaratoria, no constitutiva de la insolvencia: se limita a constatar una situación acaecida con anterioridad, fijando la fecha, pues a partir de ella, si fuera el caso, correrán los intereses moratorios. (XVI).

(145) SIMONETTO, Ernesto: *op. cit.*, pág. 150.

Caso especial de caducidad de plazo es el de insolvencia del fiado, regulado en el artículo 1897.2.

2o.— El siguiente inciso permite al acreedor exigir el pago de la obligación, aunque no hubiera vencido el plazo, si el deudor no cumple con otorgarle las garantías ofrecidas.

El texto no es conflictivo ni complejo, pero mejor hubiera estado si hubiese fijado un término para la obtención de las garantías. De esta manera, cuando habiéndose comprometido el deudor a otorgar garantías propias o ajenas no se fijó oportunidad, en lugar de tener que recurrir a la declaración judicial para el decaimiento del plazo, al acreedor le bastaría requerir notarialmente al deudor para que le otorgara las garantías en el plazo que la ley supletoriamente señalara, y si no lo hiciese, la obligación se haría exigible de inmediato.

Como el texto no distingue, ha de entenderse que comprende tanto el caso de que el deudor no quiera otorgar las garantías prometidas, como si no puede hacerlo (salvo que ello obedezca a razones imputables al acreedor).

3o.— Según este apartado, el decaimiento del plazo podrá solicitarlo el acreedor si ocurre una de estas dos hipótesis: a) o las garantías disminuyen por actos propios del deudor; o, b) desaparición de las garantías por acto no imputable a él. Veámoslo por separado.

a) *Actos del deudor.* La doctrina es unánime en reclamar la existencia de dos elementos: uno objetivo consistente en la reducción de garantías y otro subjetivo, que es la imputabilidad del deudor. Donde se discrepa es en si el acto del deudor ha de ser doloso, con ánimo de reducir la seguridad del acreedor, o si la sola negligencia es también causa del decaimiento del plazo. A estar por la redacción del artículo, no interesa la distinción. Basta que la disminución obedezca a actos propios del deudor para que sobrevenga la caducidad. No hay razón para eximir de la sanción al deudor negligente.

La disminución a que el precepto alude puede ser cuantitativa, esto es, que el deudor se ha desprendido de parte de sus bienes, o cualitativa, porque han disminuido de valor.

Por lo demás, el texto no diferencia entre garantías reales o personales, por lo que incluye a ambas.

En cualquier caso, creemos que los actos propios a que refiere el texto no son solamente los directamente motivados por el deudor. En esta línea de pensamiento, estimamos que quedan incluidos los actos por él propiciados y los causados por sus dependientes (146).

(146) Aunque PUIG PEÑA, Federico: "Tratado. . .", Tomo IV, Vol. I, pág. 141, excluye a los terceros en general. De este modo, los actos de los dependientes del deudor por los cuales las garantías desapareciesen,no justifican el decaimiento del plazo.

Por supuesto, si el ordenamiento legal no permite el abuso del derecho, tampoco procederá amparar la pretensión del acreedor que invoca el vencimiento anticipado por la disminución de las garantías, si todavía su crédito tiene respaldo adecuado y no hay indicios que permitan suponer que proseguirá tal disminución. Falta aquí el legítimo interés de que habla Colmo (147).

b) *Caso no imputable al deudor.* Obsérvese que aquí se trata de desaparición de garantías, no de disminución de las mismas.

La hipótesis prevista es que, sin culpa ni dolo del deudor, las garantías desaparecen. En la práctica, ello se traduce en que por razones fuera de su control, el respaldo deja de existir. Generalmente esto obedece a fuerza mayor o a un caso fortuito, o sea, a motivos que no pueden ser previstos (fortuitos) o evitados (fuerza mayor).

A fuerza de sinceros, hemos de confiar que no conocemos autor que establezca breve y claramente dónde radica la esencia que hace la distinción, si de veras la hay, entre ambos conceptos. Lo cierto del caso es que una corriente mayoritaria parece pensar que la fuerza mayor es ajena al individuo y el caso fortuito es aquel que no proviene de fuentes externas (un infarto, por ejemplo). Otros autores apuntan que la fuerza mayor es tal en la medida que afecta a poderes humanos y por lo tanto limita la conducta del individuo, en tanto que el caso fortuito afecta a las cosas. En lo que no parece haber mayor discusión es que tanto uno como otro son involuntarios o inevitables y sustancialmente producen el mismo efecto jurídico. Por lo demás, en otra parte del Código (artículo 1315) se presenta una sola definición tanto para el caso fortuito como para la fuerza mayor. Este artículo 1315 está tomado del Anteproyecto preparado por el Dr. Osterling quien al justificar su ponencia dijo que "los casos fortuitos o de fuerza mayor tienen iguales características. Como se ha expresado, ellos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles, irresistibles para el deudor y, desde luego, independientes de su voluntad. En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables" (148).

La clarísima exposición del Dr. Osterling exime de mayores comentarios. Lo que desde luego debe estar fuera de toda duda es que una coherente sistemática obliga a suponer que las mismas consideraciones que justifican el art. 1315 valen para el inciso 3o. del 181. Y si así no fuera, mientras la doctrina o la jurisprudencia no lleguen a precisar las reales diferencias entre ambos conceptos, es útil la redacción del artículo: causa no imputable al deudor y que él debe acreditar. Se impide de esta manera que un deudor avispado pretenda sostener en juicio que el plazo continúa en vigor por la causa que originó la pérdida de la garantía obedeció a fuerza mayor y no a caso fortuito.

(147) COLMO, Alfredo: "Obligaciones. . . ", pág. 202.
(148) OSTERLING PARODI, Felipe: "Exposiciones de Motivos del Anteproyecto sobre Derecho de obligaciones". En "Proyectos de Reforma del Código Civil". Universidad Católica, Lima 1980. Tomo II, pág. 316-318.

Nuevas garantías.— Concluye el inciso 3o. de este artículo señalando que el deudor recupera el beneficio del plazo, si sustituye de inmediato las garantías por otras equivalentes a satisfacción del acreedor.

Esto supone, claro está, que exista un requerimiento del acreedor al deudor para que otorgue nuevas garantías a la brevedad. La pena es que el precepto, con decir de inmediato, esto es, sin tardanza, pone al deudor en situaciones insalvables y al Juez en problemas para determinar cuándo, en función de cierto negocio, se exige mayor o menor brevedad. Este enunciado puede llevar a odiosas consecuencias, sobre todo si se lo compulsa con el del inciso 1o., que no establece urgencia alguna en caso de insolvencia del deudor.

La inmediatez parece justificable cuando las garantías han disminuido por acto del deudor, pero no cuando desaparecen sin culpa imputable a éste. Parecía, pues, aconsejable que la ley hubiera fijado un plazo para el ofrecimiento de nuevas garantías por el deudor y aceptación de las mismas por el acreedor, o que hubiera dejado a decisión de éste fijar los plazos en el requerimiento que hiciera. Desgraciadamente, la revisión del Proyecto dejó igual el texto original.

El inciso puntualiza que las nuevas garantías, que han de satisfacer al acreedor, deben ser equivalente a las anteriores. La puntualización es ociosa. Si las nuevas garantías son iguales a las anteriores en calidad o cuantía, el acreedor no puede oponerse y señalar que no le satisfacen. Esta satisfacción sólo es requerible cuando las nuevas garantías puedan darle seguridad inferior, pero no igual o mayor.

178. bis CUESTION ADICIONAL SOBRE EL PAGO ANTICIPADO

Un aspecto importante que habrá de suscitar la aplicación del artículo 181, viene dada por el cumplimiento del pago anticipado a requerimiento del acreedor.

Al comentar el artículo precedente habíamos apuntado que abogamos por aquella doctrina que defiende la tesis de la irrepetibilidad del pago antelado, concediendo solamente derecho a reclamar aquel enriquecimiento del deudor motivado por un imprevisto pago anticipado. Pues bien, la misma idea ha de contemplarse en este caso. No albergamos duda alguna de que el deudor que paga antes del término previsto, sea por propia voluntad o por requerimiento de su acreedor invocando uno de los incisos del artículo 181, tiene derecho a la devolución de las cantidades de interés proporcionales al plazo no corrido (149).

Por lo demás, en el caso de insolvencia debe ser de aplicación analógica el vencimiento anticipado que prevé el artículo 895 del Código de Comercio (150). Si se admite el descuento en caso de quiebra o insolvencia, con mayor razón debe permitirse por casos menos graves como son el no otorgamiento de garantías o desaparición o disminución de las mismas.

(149) Sobre el tema, BELTRAN DE HEREDIA, José: *op.cit*, págs. 279-282.

"ARTICULO 182.– Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujese que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.
También fijará el juez la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalasen.
El procedimiento es el de menor cuantía".

179. FIJACION JUDICIAL DEL PLAZO

La norma establece dos supuestos claramente diferenciados. El primer párrafo alude al caso del plazo tácito. No es que el juez, en defecto de las partes, instituya para ellas una disposición creadora de un plazo, sino que se parte del supuesto de que existe, pero hay que determinar su extensión.

El segundo párrafo pretende regular los casos en los que el acreedor ha permitido que el deudor cumpla su obligación cuando quiera o cuando pueda o se ha encomendado a un tercero la determinación del elemento, y no ha cumplido con hacerlo. Está claro que ante estas situaciones no pueden quedar indefinidamente pospuesto el plazo y resultar ilusorio el crédito. De aquí que el legislador haya permitido que el acreedor se interese en que el Juez señale el término, cuando éste es potestativo para el deudor o no lo ha fijado el tercero.

No obstante las oportunas observaciones realizadas en su día por el Dr. León Barandiarán (151), no se han incorporado normas sobre determinación judicial del plazo cuando está fijado a favor del acreedor, ni los criterios que el Juez debe tener en cuenta. Con tal finalidad, bien pudo tenerse en consideración el artículo 1183 del Código italiano, que a la letra dice que "Si no se ha determinado el tiempo en que la prestación se debe cumplir, el acreedor puede exigirla inmediatamente. Sin embargo, cuando en virtud de los usos o por la naturaleza de la prestación o bien por el modo o el lugar de la ejecución, sea necesario un plazo, éste, en defecto de acuerdo de las partes, se establece por el juez. Si el término para el cumplimiento se deja a la voluntad del deudor, corresponde igualmente al juez establecerlo según las circunstancias; si se deja a la voluntad del acreedor el término puede ser fijado a instancia del deudor que quiere liberarse".

Es encomiable la indicación del procedimiento judicial a seguir.

"ARTICULO 183.– El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:
1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.

(150) Código de Comercio. Artículo 895o. "En virtud de la declaración de quiebra, se tendrán por vencidas a la fecha de la misma, las deudas pendientes del quebrado. Si el pago se verificase antes del tiempo prefijado en la obligación, se hará con el descuento correspondiente".
(151) *op. cit.* Tomo II, pág. 283 y ss.

2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.
5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente".

"ARTICULO 184.– Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente".

No ofrecen estos dos artículos dificultad alguna. Omitimos, pues, cualquier comentario al respecto.

SECCION TERCERA

EL CARGO

180. IDEAS GENERALES

Las normas que regulan este elemento accidental, no definen qué es el modo (derivado del latín *modus* = medida) o cargo, pero proporcionan los indicios para saber lo que no es. Definiciones del modo o cargo hay casi tantas como autores se han ocupado del tema (152) y tampoco nos atreveríamos a intentar presentar las corrientes que las agrupan. Ello no interesa a los fines de este trabajo, cuyo propósito es tratar de indagar la finalidad de las normas que se analizan y su modo de aplicación desde el punto de vista del autor del trabajo para lo cual recurre a las fuentes y tratadistas que ha estimado útiles, citando las que estima necesarias. Según este método, la definición operativa del modo trataremos de apuntarla partiendo de su regulación legal.

Afortunadamente, la Comisión Revisora ha modificado el tratamiento del modo en el Proyecto de la Reformadora, que lo disciplinaba con directrices siguientes: a) el modo no actúa como condición resolutoria, pero puede operar como tal; b) el cargo es una obligación que debe cumplirse y por ende puede exigirse; c) si el modo fuera jurídicamente imposible o ilícito, vicia el acto a que el cargo fue impuesto. La situación varía si la imposibilidad, no la ilicitud, sobreviene; d) el ámbito de aplicación del modo o cargo se circunscribe a los negocios con ánimo de liberalidad. Al ir estudiando cada uno de los artículos se irán viendo y explicando estas que llamamos directrices. Por

(152) Véase la bibliografía citada por TORRALBA SORIANO, Vicente: "El Modo en el Derecho Civil". Editorial Montecorvo, Madrid, 1967.

el momento, el sólo enunciado de ellas nos da pie para apuntar que el modo, tal como estaba tratado, no podía ser considerado, en nuestra apinión, como modalidad accesoria ni, menos aún, como autónoma. El modo, según estaba concebido en el Proyecto, se confundía con la condición, o con una *sui generis* obligación con motivo determinante, y omitía regular aquellas imposiciones *sub modo* no consistentes en una obligación, sino que afectan al uso un bien. Sin temor de pecar de aventurados, nos parece que la institución modal tal como fue establecida en el derecho romano tardío, y es purificada por buena parte de la doctrina y otras legislaciones vigentes, nada tiene que ver con la institución que regulaban los artículos 48º a 54º del Proyecto. Sea bienvenida, pues, la normativa que, en sede de cargo, rectifica la proyectada.

Según De los Mozos, (153) el Derecho romano contempló el modo como el comportamiento o carga que se imponía a una persona favorecida con una atribución patrimonial a título lucrativo, con el objeto de que por este medio satisfaciera el fin previsto por el autor de la liberalidad. De esta forma y mediante su intervención, se "modalizaban" los efectos del acto a título lucrativo en que interviene.

En relación con esto, y con la función que desempeña, parece que se explica su nacimiento, ya que el modo trata de solucionar, en la esfera de los negocios a título gratuito, la producción de unos efectos que no podrían producirse como derivados, simplemente, del esquema típico negocial, por lo que aparece su admisión, como una muestra más del paulatino reconocimiento de las manifestaciones privadas de voluntad, en ese constante ensanchamiento del ordenamiento romano, al recibir la *lex privata*, como formando parte de la esfera del *ius civile*, componiendo el círculo escrito de aquella tipicidad. En esta línea, B. Biondi, expresa con toda convicción, que "el modus se presenta históricamente como medio valiosísimo, muy utilizado en la práctica, de ampliación del ordenamiento jurídico, apto para desbordar el sistema de la tipicidad".

Progresivamente, liberados de formalismos los actos de voluntad, y quedando inoperantes otras figuras jurídicas –la manumisión, por ejemplo, que con frecuencia se modalizaba–, el modo ha restringido su campo de actuación para imponer a los beneficiarios de liberalidad una conducta o una carga que no podría obtenerse de otra manera. Esta es hoy, según doctrina mayoritaria, la función del modo, aunque se discrepa en su notas relevantes. Podríamos decir que se coincide en la utilidad del modo, pero no en la justificación jurídica de la atribución y de la obligación del gravado ni en su entronque con la liberalidad o los otros elementos del negocio.

En cualquier caso, nuestra legislación civil nunca ha sido especialmente cuidadosa en el tratamiento del modo y ha omitido enfatizar sus aspectos más revelantes:

a) El modo no modifica los efectos típicos al negocio al cual se incardina, aunque le agrega otros que limitan económicamente los primeros (154), de suerte que tradicionalmente se ha dicho que es la más accesoria de las modalidades.

(153) DE LOS MOZOS, José Luis: "El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial". Revista de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1978, pág. 224.
(154) SANTORO, Francisco: "Doctrinas...", pág. 245.

Si bien hay limitación desde el punto de vista económico, jurídicamente hay una ampliación de efectos (155), ajenos de los típicos del negocio.

El término y la condición se incrustan en la voluntad declarada que da vida *ab initio* a un negocio condicionado o a término (156) de manera que los efectos típicos del negocio nacen afectados suspensiva o resolutoriamente. No ocurre tal con la figura del cargo. El negocio de liberalidad no experimenta variación alguna en sus efectos típicos, ni existe en él incertidumbre alguna. Según acertada opinión de Barandiarán, es un pacto accesorio y, por lo tanto, una estipulación accidental que se adhiere a otro acto, creando un acto complejo integrado por dos actos (157) . De este planteamiento se colige que si se pretende separar la condición o el término del conjunto de la declaración, la voluntad se ve mutilada, recortada, porque se encuentra privada por uno de los soporte su declaración; en cambio, el acto de liberalidad, en principio, no sufre en su naturaleza jurídica si se retira el modo. El modo es conceptual y prácticamente indiferente de la función y aplicación del negocio que modaliza.

b) Si bien son conceptualmente autónomos el modo y la liberalidad, el primero descansa en la segunda (158), de suerte que encuentran su fundamento jurídico en una atribución que enriquece al gravado y por cuyo mérito se le puede exigir el cargo. Cargo que consiste en un deber personal que es un deber de conducta o que limita no la liberalidad en sí misma, como acto de voluntad, sino el beneficio de la atribución (159), o el uso o disfrute del bien materia de liberalidad, ora directamente, ora de manera indirecta, pues la prestación tiene un valor y éste se resta del de la liberalidad.

c) Corolario de lo anterior es que el cumplimiento del modo solamente se puede demandar una vez hecha efectiva la liberalidad.

d) Como el modo va unido a la liberalidad, el autor de ésta puede disponer que el beneficiario de la prestación que se le exige al gravado sea el propio disponente o un tercero, quien adquiere un derecho a reclamar el cumplimiento del cargo.

(155) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: "El Negocio...", pág. 36
(156) "Constituyen un cuerpo único con la declaración de voluntad".
MESSINEO, Francisco: "Doctrina..." Tomo I, pág. 213.
No obstante lo cual, merece repetirse con TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones..." Tomo I, pág. 194 y 195 que "el *modus* se diferencia de la obligación principal de prestación que se contiene en los contratos onerosos, porque en éstos las prestaciones se realizan la una en relación de la otra, encontrándose ambas en el mismo plano; mientras que la obligación asumida como "modo" constituye una obligación per se, secundaria respecto de la liberalidad de la que constituye un límite. El derecho del beneficiario a la actuación de la liberalidad no dependerá ciertamente del cumplimiento del onere impuesto. El *modus*, en otras palabras, tiene causa en la liberalidad, pero no puede decirse lo contrario."
(157) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios..." Tomo I, pág. 293.
(158) No obstante lo cual, entre la atribución patrimonial y el cumplimiento del cargo no hay, en principio, subordinación imprescindible; se trata, mas bien, de coordinación. BETTI, Emilio: "El Negocio...", pág. 416.
(159) BARBERO, Doménico: "Sistema...". Tomo I, pág. 596.

Creemos que estas notas fundamentales han quedado, si no borradas, sí bastante difuminadas en la legislación. Por eso, es conveniente diferenciar el modo de otras figuras, especialmente de la condición.

El cargo no opera como condición resolutoria. Así es, el cargo en clásico concepto no viene impuesto para la adquisición de un derecho. Es precisamente lo contrario: el cargo sólo se puede cumplir después de haberse recibido la liberalidad y reduce el alcance del beneficio de la atribución efectuada con tal liberalidad (160). En consecuencia, sólo taxativamente cuando el gravamen incumplido ha venido impuesto para la adquisición del derecho, debe operar como condición resolutoria.

Es a todas luces evidente que el genuino cargo no puede operar como condición. Si no fuera así, el auténtico cargo deja de ser tal para ser condición, pues no puede una figura jurídica ser anfibia y funcionar como otra sin perder su naturaleza. Y recuérdase aquí que las condiciones operan como hipótesis ante sucesos inciertos (cuya realización puede beneficiar a tal parte), carácter éste que no es sustancial del modo cuya función es, limitando el enriquecimiento del gravado, imponerle una conducta en beneficio de otro (161). El modo no tiene por cometido, como se ha dicho en otro lugar, incidir sobre la eficacia del negocio. Esto explica que puede haber donaciones *sub cargo* o donaciones *sub condicione*. Tratando de sortear esta cuestión de asimilación entre modo y condición, podrá decirse que cuando se emplea en este artículo el vocablo cargo, no se alude a la disposición de voluntad, sino al deber o prestación que debe ser cumplido para que se adquiera el derecho. Mas esto en modo alguno constituye argumento suficiente para salvar el problema y consecuencias de que el tratamiento del modo no permite confundirlo con la condición.

La estipulación accesoria que modaliza un acto de liberalidad imponiendo un cargo, puede establecer que éste consista ora en un hecho, como obligación de hacer, sino también obligaciones de dar o de no hacer (162). Por lo mismo, esta obligación a cargo del recipiendario de la liberalidad puede consistir tanto en un deber de comportamiento puramente general, sino que también el comportamiento puede estar referido o vinculado a un bien o persona determinados o por determinar (163).

El último punto que nos interesa dilucidar es el del ámbito de aplicación del modo. El Código (art. 187), acertadamente, hace referencia a negocios de liberalidad y no negocios gratuitos. La distinción es importante, aunque son numerosos los autores, muchos de ellos con merecido prestigio, que no resaltan esta circunstancia. Negocios gratuitos son aquellos en los cuales

(160) DORAL Y DEL ARCO: "El Negocio...", pág. 394.
(161) Aunque se admite que sea en beneficio del propio gravado o del beneficio, por ejemplo, NETO, Abilio y MARTINS, Herlander: "Código Civil". Luinaria Petrony, Lisboa, 1982, pág. 1290.
(162) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: "El Negocio...", pág. 37.
(163) CARIOTTA FERRARA, Luis: "El Negocio...", pág. 565.

no existe contraprestación, al menos en la concepción clásica del instituto. Así, por ejemplo, el mandato y el depósito. En estos negocios, empero, no procede la oposición 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 (164).

Sentado este principio, las normas de regulación del modo pueden aplicarse a los testamentos, las donaciones y a ciertos supuestos de rentas vitalicias.

> "ARTICULO 185.– El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna".
>
> "ARTICULO 186.– Si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, éste debe cumplirse en el que el juez señale. El procedimiento es el menor cuantía".

181. ACEPTACION. LA OBLIGACION

De la lectura de los artículos transcritos y su concordancia con los siguientes, se aprecia que el cumplimiento de los cargos constituye una obligación para el beneficiario de la liberalidad. El problema consiste en determinar la naturaleza de dicha obligación y las consecuencias de su incumplimiento (165).

Según ya hemos dicho, la estipulación modal es aquella agregada a un acto de liberalidad y cuya función es, sin desvirtuar la función económico-social o la estructura del negocio principal, imponer al gravado un cumplimiento o limitación de conducta, de carácter patrimonial o no. Esta carga se impone, precisamente, en función de la liberalidad que se recibe, de suerte que sin liberalidad pierde el modo su sustento jurídico.

Ahora bien, precisamente porque el modo, aunque accesorio, impone una conducta o limita el uso del bien que se recibe y la liberalidad es, con frecuencia, el medio de cumplir con el cargo (166), es imprescindible que sea aceptado. La aceptación se puede producir expresa o tácitamente. Ello no afecta a la naturaleza de la institución. De aquí que cuando se acepta la

(164) BETTI, Emilio: "El Negocio..." pág. 415 y ss.
(165) Y todavía hoy podemos decir con CASTAN TOBEÑAS, José, que lo apuntó en 1919, que las legislaciones no regulan adecuadamente la obligatoriedad de las liberalidades con carga. "El modo en los actos jurídicos". Revista de Derecho Privado, Madrid, 1919.
(166) DE LOS MOZOS, José Luis: *op. cit.*, pág. 223.

liberalidad sin mención al cargo, éste también debe reputarse aceptado. En algunos casos, sin embargo, es menester que se observen ciertas formalidades, como ya hemos señalado más arriba. Lo cierto del caso es que una vez aceptada la liberalidad y el cargo, éste debe cumplirse. Surge una obligación que le es exigible al gravado.

Esta obligación en que el modo consiste, "tiene por objeto una prestación; pero así como un gran número de prestaciones aparecen relacionadas entre sí, de tal manera que cada una de ellas viene a ser contravalor, contrapartida de la otra; esto no sucede en la prestación objeto del "modus". pues ésta no tiene el carácter de contraprestación de la liberalidad que le sirve de base y de la cual es accesoria. El modo no tiene el carácter de contraprestación porque no está en relación de equivalencia con la prestación objeto de la liberalidad, y si bien está ligado a ella, es solamente en relación de coordinación o de subordinación, pero no de independencia que es el ligamen propio entre prestación y contraprestación." (167)

Y prosigue diciendo el mismo autor: "A primera vista se descubre que en los negocios modales no se da el antagonismo existente en los onerosos, pues así como en éstos el que realiza una prestación lo hace pensando en el beneficio que va a recibir con la contraprestación, en los primeros el disponente considera fundamentalmente la ventaja del favorecido con su disposición y secundariamente el beneficio que él pueda recibir de la ejeccución del modo, esto último en el supuesto de que lo establezca en su favor. Pero ni en este caso cabe identificar el negocio modal con el oneroso, pues aun cuando la obligación del gravado implique una atribución patrimonial y esté dependiendo de la liberalidad, no obstante, no existe entre liberalidad y modo una relación de interdependencia causal, una no es (y no se entiende cómo) contraprestación o equivalente de la otra, sino simple limitación de ésta.

El modo no tiene carácter conmutativo, compensatorio o de equilibrio patrimonial, ni siquiera en parte, sino meramente limitativo. Por esto, el modo no es posible en los negocios onerosos, pues se confundiría con la contraprestación, adquiriendo carácter conmutativo o compensatorio. Puede decirse que la posibilidad de imponer un modo existe sólo en los negocios gratuitos que impliquen liberalidad, pues ésta, al no existir entre su objeto y la carga una correlación causal, no pierde su naturaleza y no se transforma en negocio a título oneroso. El modo no hace más que reducir el objeto de la liberalidad y, aunque la absorba completamente, entre ellos no existe el nexo de interdependencia para poder considerar a uno compensación de la otra. En los negocios modales la atribución al beneficiario se hace siempre "ánimo libertatis" y el modo es siempre un elemento extraño a la causa del negocio jurídico. Este ser extraño a la causa del negocio jurídico constituye una de las diferencias más notables entre modo y contraprestación, ya que ésta no sólo no es extraña a la causa del negocio, sino que además la configura, forma parte de ella y hace que un determinado negocio sea aquél y no otro; por el contrario, el modo no configura la causa del negocio en que se

(167) TORRALBA SORIANO, Orencio: "El modo en el Derecho Civil". Editorial Montecorvo, Madrid, 1967. pág. 112.

inserta, no incide sobre ella y el negocio continúa teniendo la misma naturaleza que tendría en el supuesto de no existir el modo. Todo lo anterior no es más que una manifestación del carácter accesorio del "modus", carácter que no tiene la contraprestación." (168).

182. BENEFICIARIOS

Esta obligación que tan bien grafica Torralba puede establecerse a favor de distintas personas. En primer lugar, a favor del disponente de la liberalidad y, por lo tanto, según del tipo de prestación a cargo del gravado, puede ser cedida *inter vivos* o *mortis causa*.

En ciertas ocasiones, también dependiendo de la naturaleza de la prestación, se considera que es a favor del disponente, aunque no lo sea de manera directa. Así, por ejemplo, cuando se impone el cargo de que se ofrezcan ceremonias religiosas por el alma del disponente, o que se depositen flores en su tumba. Pero puede tratarse de una prestación que no beneficie directamente al imponente ni a un tercero, sino al propio gravado (169). Tal ocurre si se hace una donación para que el beneficiario de la misma estudie una carrera. En este caso no hay una atribución directa de beneficio al imponente o persona distinta del gravado. Pero se entiende que existe un interés peculiar, afectivo por ejemplo, que justifica la liberalidad y que el propio donante quiere que se cumpla. Esto implica un análisis de la voluntad declarada por el disponente, porque nada impide de que el modo consista en una prestación que no interese directamente a una persona en particular (170). Más adelante veremos las consecuencias del incumplimiento.

El designado como beneficiario del cargo también puede ser un tercero. El tercero puede estar determinado o ser determinable, o incluso ser un grupo variable o la comunidad en general. En este sentido, nada obsta que, por ejemplo, se done una obra de arte con el cargo de que el beneficiario permita su exhibición pública periódicamente. En estos casos o similares, sin embargo, varía la situación respecto del legitimado para exigir el cumplimiento de la prestación, pero no se altera la naturaleza de la institución. De cualquier manera, no cabe confundir esta hipótesis con las que justifican las fundaciones. En éstas, la titularidad del derecho se atribuye a una entidad creada para cumplir un propósito permanente que se pretende lograr con la atribución de los bienes y sus frutos; con el modo, en cambio, sucede distinto, pues el fin que se desea lograr no es de ordinario perpetuo o, si lo fuera, se obtiene por medio de un comportamiento del obligado o sus herederos.

(168) TORRALBA SORIANO, Orencio: "El modo...", pág. 115-116.
(169) BARBERO, Doménico: "Sistema...", Tomo I, pág. 597.
(170) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios..." Tomo I, pág. 297. Aunque no podemos coincidir con el mismo autor cuando anota que no es modo la cláusula que tuviera por fin el provecho exclusivo de la persona que debe cumplirlo, si por provecho entiende el patrimonial. Nos parece que el modo no deja de ser tal si limita el enriquecimiento del gravado o le impone una conducta que se le justifique un sacrificio o esfuerzo, patrimonial o no, que le puede ser exigido, y que puede revestir provecho moral o de otra índole al imponente o a terceros.

183. EL CUMPLIMIENTO

Normalmente, como ya hemos apuntado, la tipicidad de la figura modal reclama que la liberalidad se entregue antes de que el cargo se cumpla y que la ejecución de la prestación en que éste consiste no sea motivo determinante o condición para la adquisición del derecho. Mientras la liberalidad no se haga efectiva, tampoco puede reclamarse el cumplimiento del cargo.

Diversas tesis ha expuesto la doctrina sobre la posibilidad de exigir el cumplimiento y si por ser el cargo accesorio debe o no causar la resolución o revocación de la liberalidad. El Código omite un pronunciamiento explícito sobre el particular, omisión que con relación al Código de 1936 ya fue puesta de relieve por León Barandiarán (171), al ofrecer un bosquejo de las distintas opiniones doctrinarias y legislativas. Solamente trata del caso en un supuesto concreto, que es del cargo *intuito personae*, previsto en el artículo 188. Parecería así que la regla es de aplicación incluso a cargos distintos, pero es tal la correcta inteligencia de la institución y las normas que la disciplinan.

Contra un considerable grupo de corrientes doctrinarias, el Código no recoge la posibilidad de demandar judicialmente el cumplimiento de los cargos ni invocar, en caso de inejecución, el pago de daños y perjuicios que compensasen al imponente o herederos o cesionarios o beneficiario del cargo) por la falta de observancia de la obligación aceptada. Estas son las soluciones coherentes cuando el cargo se concibe como una verdadera obligación accesoria: como el deseo del disponente es realizar la liberalidad y sólo secundariamente que el cargo se realice, lo accesorio no afecta o vicia lo principal, pero en tanto que es una obligación válidamente asumida, su inobservancia no debe quedar impune: se resuelve en daños y perjuicios.

No puede argumentarse que del artículo 186 se colige la posibilidad de que el juez imponga la ejecución forzada de la prestación o la resolución del negocio. Este artículo lo que permite es que la autoridad judicial fije una fecha, pero nada más. El precepto está destinado a impedir que, por la fórmula de falta de plazo, no se cumpla la obligación. Pero no otra cosa.

En conclusión, sólo en la medida que se demuestre que el modo no fue razón determinante de la liberalidad o condición de la misma, el posible incumplimiento se traducirá en indemnización, pero no en revocación de la liberalidad. (XVII).

"ARTICULO 187.– El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad".

(171) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .", pág. 300.

184. LIMITE DE LA OBLIGACION. CARGO EXCESIVO.

Constituye este precepto una importante novedad en el tratamiento legislativo nacional de esta materia, aunque no es más que el reconocimiento legal de principios doctrinarios que nunca han sido discutidos en lo esencial.

Efectivamente, si la finalidad de quien realiza una liberalidad es enriquecer el beneficiario de la misma, sería incongruente admitir que el cargo pudiera ser de tal entidad que no sólo no hubiera enriquecimiento, sino que por añadidura el gravado se empobreciera. A este argumento debe agregarse, además, aquél según el cual la liberalidad misma ha de proporcionar los medios para cumplir las cargas. Aunque este último principio puede en ocasiones sufrir ciertas desviaciones, procede aceptarlo como norma general.

Sobre la base de estos principios, es correcto el enunciado de la norma: el modo debe ser inferior o, a lo sumo, igual a la liberalidad, y en lo que excede deja de ser obligatorio y se convierte en un simple ruego que el gravado podrá cumplir si quiere hacerlo (172). Esta solución puede ser más adecuada que aquella que aboga por la nulidad del contrato y que ha sido propugnado por algunos tratadistas italianos, según los cuales, al dejar de ser gratuito el negocio, se desvirtúa la causa del mismo.

El artículo plantea el problema del cargo de naturaleza no patrimonial. Así, por ejemplo, si se dona con cargo de que se permita la exhibición periódica de una obra de arte. En este supuesto es difícil establecer el valor del cargo y la respuesta es que la obligatoriedad subsiste, aunque habrá que examinar caso por caso.

Tratándose de cargos patrimonialmente valuables, se considerará el valor al tiempo de aceptarse la liberalidad y, por tanto, de obligarse al incumplimiento del cargo. Cuando se trate de un cargo consistente en ejecución de prestaciones continuas, la obligación de cumplimiento subsiste hasta que su valor alcance el de la liberalidad.

"ARTICULO 188.– La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho, pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, o como inherentes a su persona.
En este caso, si el gravado fallece sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos".

(172) TORRALBA, Orencio: "El modo. . .", pág. 129.
(173) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .", págs. 299-300.

185. CUMPLIMIENTO DEL CARGO POR HEREDEROS

El artículo 188 reproduce el precepto que ya venía contenido en el artículo 1118 del Código de 1936. Al respecto, León Barandiarán (173) ha opinado, y lo suscribimos en su totalidad, lo siguiente: "El enunciado de la primera parte del artículo 1118 es obvio, pues no es sino la aplicación de un principio general que el Código formula en su artículo 1232 la obligación cuando no es inherente a la persona del deudor, se transmite a sus herederos.

En cuanto a la regla a que se contrae la segunda parte del artículo ofrece lugar a ciertas dudas relativas a su alcance y propósito. Dicho artículo sigue literalmente al artículo 562 del Código argentino; y con referencia a éste los tratadistas consideran que aunque la disposición no lo diga, ella sólo tiene aplicación tratándose de cargos inherentes a la persona del obligado; lo que es de evidencia, tratándose del artículo 1118 de nuestro Código.

Pero la cuestión discutible estriba en si dicha disposición sólo puede concernir al caso de una condición resolutoria bajo la apariencia de cargo (Rousset), o si se explica al caso de un verdadero cargo, pero con una excepción respecto a sus efectos comunes, en el sentido que la falta de cumplimiento del cargo hace perder el derecho concedido al beneficiario (Salvat). De atenderse a la letra de la ley, la segunda interpretación es la que debe prevalecer. Es de reputarse que no habiendo cumplido en la vida el obligado al cargo con éste, ha renunciado a la liberalidad. La previsión del artículo 1118 funcionaría practicamente así: A instituye heredero a B, pintor, con el cargo de que éste mismo personalmente pinte un cuadro de él, de A; muere B sin haber cumplido con el encargo; C hereda a B y recibe por lo tanto el patrimonio de su causante B, que en este caso es el patrimonio que A dejase a B; por no haber en vida B cumplido con el cargo (pintar el cuadro), debe devolver a A o a su heredero D tal patrimonio; C no podría retener el patrimonio, ofreciendo hacer pintar el cuadro por algún pintor".

Producida la revocación, dentro del espíritu del conjunto de los artículos, creemos que debe tener efecto retroactivo, quedando nulos los gravámenes o las disposiciones del bien por el fiduciario (174).

> "ARTICULO 189.– Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno".

186. CARGO ILICITO O IMPOSIBLE

La norma no justifica comentarios especiales. Es coherente con la figura del modo como verdaderamente accesoria y accidental. Se entiende que el cargo es subsidiario y sobre él prevalece el ánimo de liberalidad.

Indudablemente, la imposibilidad ha de juzgarse con estrechez y tiento. Tiene que ser objetiva y no subjetiva. Si la imposibilidad fuera subjetiva, la liberalidad subsiste, pero creemos que debería proponerse el cumplimiento de un cargo equivalente.

(174) TORRALBA, Orencio: "El modo..." pág. 129

Cap. XI

LA SIMULACION

187. CONSIDERACIONES GENERALES

El Proyecto de la Reformadora dedicó seis preceptos al problema de la simulación de los negocios jurídicos. El texto final del Código, además de recortar el articulado proyectado, sigue sin definir adecuadamente en qué consiste el negocio simulado (1). La redacción de los preceptos tampoco aporta los criterios o datos para una perfecta y completa comprensión del fenómeno. De todas formas, el problema de la simulación no debe reducirse al frío examen exegético de las reglas establecidas. Tras estas reglas se esconde en la teoría y sobre todo en la práctica un delicado problema de autonomía privada, con la creación de un reglamento aparente de intereses que no ha de tener efectos de modo total o parcial, aunque de hecho vincule formalmente a las partes. Esto se traduce en la necesaria delimitación del valor jurídico de las apariencias y de la ocultación y engaño, en precario equilibrio entre intereses de las partes e intereses de los distintos terceros —a veces opuestos entre sí, por su diferente posición jurídica ante los simulantes—, entre realidad estructural carente de efectos típicos queridos y certeza oculta (2). Es, en suma, un problema de buena fe (3). Nos parece, pues, que es indispensable, precisar el ámbito conceptual en que habremos de desenvolvernos, antes de entrar al estudio de los artículos en cuestión.

En opinión de Sacco (4), no es posible ofrecer en doctrina una definición de simulación suficientemente comprensiva de todos los supuestos o variantes prácticas de esta irregularidad. Hasta cierto punto, le asiste la razón: con frecuencia la forzosa generalización a que obliga una definición comprensiva, termina en los hechos por convertirla en imprecisa o inútil. Esto se aprecia singularmente en el caso de la simulación, porque la distinta valoración jurídica del negocio ante las partes o ante unos y otros terceros ocasiona diferente tratamiento.

(1) Como si lo hace el Código portugués, por ejemplo: Art. 240.1: "Se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaracao negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se smiluado".
(2) AURICCHIO, Alberto: "La simulazione nel negozio giurídico". Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1957, pág. 5.
(3) LLAMBIAS, Jorge Joaquín: "Tratado...". Parte General, Tomo II, pág. 465.
(4) *Op. cit*, pág. 381.

No obstante, creemos que a los fines didácticos de nuestro estudio, todavía puede admitirse como valedera de manera preliminar la propuesta por Ferrara, quien conceptúa como simulación "aquella declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo" (5). Hay que aclarar, empero, que no es esencial al fenómeno de la simulación que el engaño esté premeditadamente dirigido contra terceros (6) para perjudicarles.

188. CARACTERISTICAS DE LA SIMULACION

Son notas características de la simulación, las siguientes:

A) *El propósito de provocar,* bien inocuamente, bien en perjuicio de la ley o de terceros ajenos al negocio, *una falsa creencia sobre la realidad de lo declarado.*

Como dice Ruiz Serramalera: siendo el fundamento de la simulación la intención (o convenio) de aparentar que existe un negocio determinado, no es suficiente con querer ocultar algo para que aquella se produzca, sino que es necesario que se proceda con la idea de crear una falsedad. Lógicamente esta creación artificiosa debe corresponderse con una finalidad concreta y característica de toda simulación, que reside siempre en dar a entender que se quieren unos resultados específicos (los del negocio que es objetivamente celebrado), cuando en verdad no se quiere ninguno o se desea esconder un propósito diferente (el que subjetivamente se desea) y que queda sin expresión sensible y conocida. En atención a esta finalidad, se hace de todo punto necesario que la apariencia exterior que se pretende crear vaya referida a un elemento esencial del negocio que no puede ser otro que aquel que condiciona sus efectos generales y que viene representado por la causa (7).

Ampliando la idea, el mismo autor apunta que "siendo, por lo tanto, la causa del negocio el punto fundamental para la simulación, es lógico comprender que en aquellos supuestos en los que un sistema jurídico prescinda de la misma como elemento o requisito esencial para la existencia del negocio, se hace difícil poder hallar un motivo para calificar la simulación, ya que, por regla general, la forma sustituye a la causa y en tanto el negocio observe aquella exigencia no puede, o es difícil, considerarlo como simulado" (8).

Ha de entenderse, sin embargo, que lo dicho por Ruiz y compartido por otros autores (9) sólo puede ser de aplicación cuando se trate de la simulación total del negocio y no sólo parcial. Cuando se produce una simulación parcial, sea en el sujeto o en el objeto (como prestación) o en las características de éste, no se produce propiamente una desviación de la causa. Es bien cierto que aquí habrá una divergencia consciente entre lo querido y lo declarado, con ánimo de engaño, pero los efectos del negocio creado, determinados por la función de la causa, seguirán siendo los mismos que los que se hubieran producido si lo declarado fuera verdadero y fiel reflejo de lo querido, con ausencia de toda simulación. Por eso, frente a la calificación de simulación como divergencia entre intención de resultado y causa típica que propone Ruiz, también debe tenerse presente el punto de vista de Cariotta (10), más amplio y comprensivo para ciertas hipótesis, ya que conceptúa la simulación como falta de concordancia querida entre la voluntad del contenido y la voluntad de la declaración, si bien matizando que, de otro lado, la voluntad de declarar lo no querido sí es querida, por lo que, desde otro ángulo, hay concordancia.

B) *La divergencia entre lo querido y lo que se declara debe ser consciente.* Es decir, a sabiendas de la existencia de dos realidades diferentes, ambas conocidas: la verdadera y la falsamente querida, una de las cuales está preordenada a no tener eficacia jurídicamente reconocida (11).
Estriba en este punto la sustantiva distinción entre error y simulación. En el primero no hay intención alguna de engaño o de falsear el verdadero deseo por quien declara, pues la divergencia entre lo que se quiere y lo que se expresa no es voluntaria; antes bien, hay creencia del errante en la perfecta coincidencia (12). En la simulación, por el contrario, se ofrece una disparidad consciente y voluntaria, con intención y designio de ocultar algo, engañando a terceros, de quienes se espera que crean en el negocio aparente.

C) *Convenio o acuerdo de simulación.* La simulación no puede realizarse sin la previa disposición de un medio que preexista o coexista con el negocio simulado: se trata del acuerdo simulatorio. Este acuerdo es la inteligencia entre los partícipes de la simulación (a veces con el necesario concurso de terceros) para crear la apariencia, para crear una estructura negocial válida, pero vacía (total o parcialmente, en más o menos de lo declarado) de voluntad de resultado, porque la autorreglamentación de intereses manifestados de la figura negocial no coincide con los intereses —todos o parte de ellos— finalmente apetecidos. A falta de este acuerdo, como ha demostrado la doctrina a partir esencialmente de Kohler,

(5) *Op. cit.*, pág. 57.
(6) LARENZ, Karl: "Tratado. . .". Volumen I, Parte General, pág. 362.
(7) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: "El Negocio Jurídico".
(8) Ibídem, pág. 287.
(9) Entre ellos, BETTI, Emilio: "El Negocio. . .", pág. 295 y ss;
CASTRO Y BRAVO, Federico: "El Negocio. . .", pág. 335 y ss.

(10) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio. . .".
(11) VON THUR, Andreas: "Obligaciones. . ." Tomo I, pág. 200.
(12) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .". Tomo I, pág. 158: "En el error hay disconformidad entre lo declarado y la realidad de aquello a que concierne el negocio; pero tal disconformidad es obra propia del mismo declarante, sin que la otra parte se aperciba de tal circunstancia o cause el yerro. No hay, pues, acuerdo inter partes, para establecer una situación jurídica que no responsa a la realidad de las cosas. El que incurre en un error, declara algo que de saber la verdad, no habría declarado; pero el que pacta un negocio simulado, declara algo que no responda a la realidad de las cosas. El que incurre en un error, declara algo que de saber la verdad, no habría declarado; pero el que pacta un negocio simulado, declara algo que no es verdadero, serio. De aquí que *en la simulación siempre vaya, como inherente a la figura, el propósito de engaño, que falta en el error*". (subrayado nuestro).

Ferrara y Messina, tendríamos no una simulación, sino varias declaraciones de voluntad, cada una con su respectiva reserva *in mente retentus*. (Recordando, sin embargo, que con la reserva mental se pretende engañar u ocultar algo a la contraparte, mas no necesariamente a terceros). Reserva mental, decíamos, que no es tomada en consideración si no es recognoscible por la otra parte. Y aunque lo fuera solamente podría explicar la simulación absoluta, pero no la relativa —o disimulación— ni la parcial (13).

En cualquier caso, hay que tener cuidado de no confundir, como le ocurre a algunos (14), la simulación auténtica con la reserva bilateral. Cuando se actúa con reserva, los agentes negociales silencian parte de su voluntad sin conocimiento de la contraparte, de suerte que ambas, recíprocamente, se ocultan o engañan en algo.

El convenio simulatorio no necesariamente tiene que constar por escrito; normalmente el acuerdo es verbal, salvo que los interesados creyeran conveniente u oportuno documentar, como futuro medio de prueba (15), el verdadero propósito de su voluntad —la que ocultan— o los alcances y significado de la declaración simulada. Pero la precisión de esta real y querida voluntad de las partes es sólo la segunda finalidad del acuerdo simulatorio. La primera, la fundamental, es decidir la simulación y en el marco de esta decisión caben una serie de ulteriores finalidades —de prueba, de interpretación, etc.

En este sentido, y sólo con este y no otro, es que cabe admitir el convenio de simulación como una especial contradeclaración. Es esta contradeclaración la que realmente revela el auténtico y oculto propósito de las partes. Por tal razón, como apunta Betti (16), deben los simulantes acomodarse a los límites de las obligaciones que recíprocamente han consentido y asumido relativas a excluir, restringir o modificar el valor vinculante irrevocable de la regulación de intereses adoptada. En ello estriba la eficacia negativa, paralizante, contraoperante o a veces sólo instrumental del acuerdo simulatorio. Lógicamente, siempre es necesario que tal acuerdo no haya permanecido inexpresado o inoperante en la esfera interna de la conciencia de las partes, en estado de mera aspiración no realizada. Es preciso que haya tomado cuerpo en una contradeclaración, de la cual debe resultar, por vía de interpretación, la intención común de las partes. Ya que también para este efecto negativo rige el principio de que la autonomía privada impone a los interesados la carga y el riesgo de utilizar medios idóneos para la consecución de sus propios fines.

Y continúa el mismo autor: esta eficacia negativa o contraoperante es propia del acuerdo simulatorio expresado en una contradeclaración, cualquiera que fuere el carácter de la simulación, absoluta o relativa. Pero cuando la simulación es relativa, tal acuerdo puede alcanzar también

(13) MESSINEO, Francisco: "Doctrina...". Tomo II, pág. 7.
(14) SPOTA, Alberto: "Tratado de Derecho Civil". Tomo I, Vol. 3-8, págs. 150 y 200. Buenos Aires. 1957.
(15) SACCO, Rodolfo: "Il Contratto".
(16) BETTI, Emilio: "El Negocio...", pág. 304.

una eficacia positiva que se podría llamar con forma operante en cuanto conduce, no a remover, sino a utilizar el precepto del negocio en el sentido divergente que se ha convenido. Se ha indicado ya cómo la contradeclaración obtiene, en las relaciones entre las partes, el valor de una comprobación negocial, de una interpretación auténtica con la que las partes determinan el alcance que deba tener para ellos la declaración simulada. Ahora bien, tal interpretación auténtica puede conducir a paralizar, pura y simplemente, los efectos del negocio simulado, o también corregidos según los criterios que gobiernan la conversión de negocios inválidos, es decir, a operar la conversión del negocio simulado en el disimulado, al que la intención práctica común de las partes miraba (17).

La existencia de este acuerdo lleva, pues, a decir con razón que en la simulación no sólo hay divergencia entre las voluntades concordantes: una que pretende crear el engaño de la que es resultado el negocio simulado (18) y la otra, convenida, que establece entre los partícipes de la simulación una efectiva relación, diversa de la que se declara querer. La verdadera situación resulta de la declaración oculta —el acuerdo de simulación— que se emite antes o al mismo tiempo que la declaración que se exterioriza (19). Y es importante esta cuestión de la temporalidad, o sea, de preexistencia o coexistencia, expresa o tácita, del ánimo de aparentar, porque si el acuerdo de simular fuera posterior, habrá un negocio jurídico diferente, oculto también, pero no podrá decirse que en ambas partes hubo discrepancia consciente entre sus voluntades verdaderas, las internas, y las falsas declaradas.

De todo lo expuesto pienso que puede extraerse una conclusión: ni las realidades técnicas ni las exigencias prácticas ante situaciones concretas de simulación, aconsejan juzgar el fenómeno exclusivamente a la vista de su resultado. Este resultado no es otra cosa que el reflejo final de unas conductas y de un proceso que en cada caso especial deberán calificarse. Proceso que consiste en simulación de negocio y que concluye en el negocio simulado. Pero una cosa es el proceso, otra su conclusión y otra sus diferentes efectos, porque sus repercusiones pueden ser en distintas líneas.

> "ARTICULO 190.— Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico, cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo".

189. ALCANCES Y SIGNIFICADO DEL PRECEPTO

Este artículo ha mejorado sensiblemente la redacción inicialmente proyectada ("Es nulo cuya declaración no responda a la voluntad real del agente"), que era ambigua y polivalente. De todos modos, lo que el numeral 190 quiere significar no ha sabido expresarlo adecuadamente. En efecto, con la simulación absoluta —dice la norma— se aparenta celebrar un negocio. Pero,

(17) Para la crítica de esta teoría, GENTILI, Aurelio: "Il contrato simulato". Ed. Eugenio Jovene. Napoli, 1982, especialmente págs. 276 y ss.
(18) Como dice AURICCHIO, Alberto en *op. cit*, pág. 26, refiriéndose a la legislación italiana que parcialmente inspira el Código: el negocio simulado viene a ser una especie de elemento o parte del procedimiento simulatorio.
(19) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones...". Tomo I, pág. 162.

¿es esto cierto? Lo que de verdad ha querido decirse con el artículo es que el acto efectivamente se celebra y tiene realidad existencial y fenoménica, pero que los intervinientes no tienen deseo ni intención verdadera respecto de su contenido y función: no quieren que surta eficacia definitiva y auténticamente vinculante con el contenido y los efectos típicos de tal negocio.

Es evidente, en todo caso, que la celebración del negocio sí responde a una real y existente voluntad: precisamente la de celebrarlo para simular y esto siempre es sancionado (artículo 219.5o.). Lo que no se corresponde con la voluntad real es el contenido que se declara y, por ende, el efecto o resultado práctico y jurídicamente exigible que se derivaría de tal negocio.

Es importante hacer estas salvedades porque hay muchos supuestos en los que el negocio no responde a la voluntad real del agente, que es locución que puede aludir a situaciones jurídicas bien diversas de la simulación en su origen y en su tratamiento legislativo. No hace falta sino anunciarlas. Quien declara bajo una fuerza física que le obliga a hacerlo, su declaración no coincide con su voluntad real, hay disconformidad consciente, por no ser libremente consentida (20); quien actúa movido por el error, ya se ha visto, también incurre en discrepancia; de la reserva mental se puede decir otro tanto. En síntesis, este artículo debe ser comprendido de manera amplia, complementándolo con los requisitos imprescindibles en toda simulación porque es pluriexpresivo y, por tanto, induce a confusión.

En suma: aunque es correcto sostener que al simular no se declara el contenido de la real voluntad, también es lícito sostener que la declaración como tal sí corresponde a la genuina voluntad del agente (21). Expliquemos: el agente quiere y lleva a la práctica una declaración que también quiere, que es su voluntad: la voluntad de engañar, de crear una apariencia. El agente, pues, tiene dos voluntades, ambas conceptualmente identificables por separado: una de ellas real, pero de contenido falso; la otra voluntad también auténtica, que quiere un contenido verdaderamente querido (simulación relativa), o simplemente no quiere efecto práctico típico del negocio ni jurídico alguno (simulación absoluta), lo cual es también una voluntad real que puede verse como voluntad de no querer ni el contenido declarado ni ningún otro (22).

190. LICITUD E ILICITUD DE LA SIMULACION

El propósito de engaño o de ocultamiento que es materia del convenio de simulación, y que se plasma en una declaración de contenido falsa, no necesariamente es ilícito o perjudicial. Dice Barbero: "El fin de la simulación puede ser vario y en general puede ser lícito o ilícito. No hay nada ilícito, por ejemplo, en el hecho de que alguien finja enajenar ciertos bienes que quiere conservar (simulación absoluta), a fin de sustraerse a requerimientos a que no quiere acceder; o finja donar mientras enajena onerosamente (simulación relativa), o no queriendo dar a conocer sus relaciones con una persona, declara donar a otra (simulación subjetiva o interposición de persona), entendiendo en realidad beneficiar a la primera, a condición de que ésta pueda

(20) CAMARA , Héctor: "La Simulación en los Actos Jurídicos". Buenos Aires, 1958, pág. 26.
(21) DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos. . .", pág. 127
(22) STOLFFI, Giuseppe: "El Negocio. . .", pág. 153

recibir jurídicamente. Pero más frecuentemente es ilícito: eludir normas (donaciones a incapaces), sustraer los propios bienes a la acción de los acreedores, eludir impuestos fiscales, etc." (23).

Ahora bien, es necesario distinguir: una cosa es la inocencia o ilicitud finalista que motiva la conducta de simulación, y otra cosa diferente es que el ordenamiento no deba reprobar el negocio simulante prescindiendo de si es pernicioso o inocuo. Son dos planos por completo dispares.

Con respecto a la ilicitud, en propósitos subjetivos o en resultados objetivos perjudiciales del negocio aparente, contraviene un deber ser que el Derecho tutela. Es una cuestión jurídico-valorativa según la cual un legítimo derecho es afectado por una simulación que, por lo tanto, hay que remover. Esta ilicitud se determina por la función de la simulación, que Santoro (24) explica con singular lucidez: "La simulación sirve para crear, de acuerdo con el interés de los simulantes, una situación jurídica aparente, distinta de la real, ya las partes modifiquen la situación preexistente (simulación relativa), ya la dejen tal como está (simulación absoluta). Lo que quieren las partes con la simulación es eludir ora un verdadero y propio derecho de otros sujetos, ora finalmente, una prohibición absoluta de la Ley; o también establecer una premisa para la creación de una expectativa o de un derecho de tercero".

Cuestión distinta del propósito por el que se simula es, como dijimos, la reprobación legal al acto aparente. Este acto es siempre repudiado porque las declaraciones de voluntad simuladas no están (seriamente) destinadas a regular relaciones jurídicas verdaderas (artículo 140). Los artículos 1094 y 1095 del Código antiguo no han sido admitidos en el nuevo con toda razón: toda simulación altera la realidad. Consiguientemente, prescindiendo de sus fines o resultados, se propicia la nulidad plena (artículo 219.5o.) para restaurar la verdad oculta.

En síntesis: lícita o ilícita, la simulación y el negocio aparente *siempre* son reprobados (25). Si además hay subjetiva malicia o perjuicio potencial o concreto, con mayor razón. Y se podrá eventualmente demandar reparación de perjuicios en adición de la nulidad.

Otra cosa es que el acto escondido u ocultado (si lo hubiera), debe o no subsistir a su vez. Es decir, si este interés oculto de las partes merece o no amparo legal. Eso se juzga después de la nulidad del aparente.

191. SIMULACION ABSOLUTA Y RELATIVA

La simulación de los negocios jurídicos puede ser a) absoluta, que es simulación en sentido lato, o b) relativa, también llamada disimulación.

(23) BARBERO, Doménico: "Sistema. . ." Tomo I, pág. 549
(24) SANTORO PASSARELLI, Francisco: "Doctrinas. . .", pág. 177
(25) La tesis de VIDAL, Fernando en "Teoría. . ." es discrepante. Sostiene en pág. 332 que los artículos 1094 y 1095 del Código derogado continúan implícitamente presentes en la nueva disciplina. Y concluye, por tanto, que la simulación en sí misma no es reprochable, particularmente la lícita. A mi juicio, con ello confunde en una tres situaciones distintas: el propósito logrado de simular, que siempre creo reprobado; el acto aparente, que siempre será nulo; y, por último, el ocultado que podrá ser lícito o no al anularse el falso.

La simulación *absoluta* consiste en la declaración de una voluntad cuyo contenido no se quiere, ni tampoco los efectos jurídicos que se derivan típicamente del mismo. El negocio absolutamente simulado es una mera apariencia de la voluntad de contenido expresada por los declarantes quienes, en verdad, no han querido ni ese ni ningún otro negocio jurídico (26).

La simulación *relativa* es distinta. Se trata de ella cuando se quiere indicar que tras un negocio estructuralmente correcto, pero aparente porque su contenido no coincide con la auténtica voluntad de las partes, se esconde otro negocio jurídico con función económica y social distinta, el cual sí refleja el orden de intereses que las partes desean regular. Esta es la simulación relativa total. Hay un acto fantasma, que es el negocio aparente y que, como tal, autónomamente, es nulo, porque no ha sido querido sino solamente para servir como pantalla de otro; al mismo tiempo hay otro negocio jurídico auténtico, que resulta disimulado por el primero, el cual sí es absolutamente simulado y que por tanto no vincula a las partes sino de modo negativo, y a ciertos terceros puede afectarles positivamente.

Vistas ambas especies, se explica nítidamente la diferencia entre el propósito de simular y el de disimular. En el primer caso hay una apariencia absoluta que nada esconde u oculta, como no sea la situación jurídica precedente; se induce a los terceros a creer que los agentes han tenido una intención de resultado práctico o jurídico, cuando francamente no hay tal pretendida voluntad de consecuencias jurídicas; en la relación entre las partes no se han modificado ni derechos, ni deberes, ni atribuciones; su vinculación es netamente negativa: no hacer nada que permita destruir la apariencia y por lo demás, todavía *inter partes*, su eficacia es neutra pues no altera en la verdad la situación anterior (27). En la simulación relativa total, por el contrario, el contenido del acto aparente es tan no querido como el absolutamente simulado, pero cumple la función de ocultar un reglamento de interés distinto y distinto también del preexistente. Reglamento oculto que ha sido real y efectivamente querido y que por ser acto de autonomía privada la ley permite y ampara si no tiene un fin ilícito, ni es ilegal.

En síntesis: simular significa hacer aparecer lo que no es; disimular significa esconder lo que es (28) haciendo figurar lo que no es.

Aunque en otros lugares se alude a la simulación como operación diferente de la disimulación, el Título que ahora examinamos nada dice sobre el particular, lo que puede suscitar dudas sobre el ámbito de aplicación del artículo 190. Esta norma, concordada con la del numeral 219 inc. 5o., fulmina con nulidad al negocio que no responda a la voluntad real del agente, lo que puede llevar a pensar que solamente la sanción alcanza al negocio absolutamente simulado que nada oculta. El precepto, empero, debe interpretarse

(26) Ha de considerarse insuficiente, por tanto, la descripción del fenómeno de la simulación absoluta que propone CASTRO y BRAVO, Federico de, en "El Negocio. . .", pág. 348. Según este autorr, la simulación absoluta supone la creación de apariencia de un negocio, cuando resulta que sólo se quiso su apariencia engañosa. A nuestro entender, esta apreciación vale igualmente para la simulación relativa.

(27) CARBONNIER, Jean: *op. cit.* Tomo II, Vol.II, pág. 305

(28) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio. . .", pág. 440

más anchamente: comprende también al negocio aparente que oculta otro diferente. La nulidad de ambos negocios, el simulado (único que hay) y el disimulador (oculta otro), se explica porque una declaración a la que las partes atribuyen el mismo significado es válida con ese significado que las partes le dan y no con cualquier otro, y como en los negocios aparentes el significado convenido en las contradeclaraciones o convenio de simulación es que no tienen propósito vinculante serio y no pretenden propósito jurídico firme, ninguno —ni el simulado ni el disimulante— ha de tener validez jurídica (29).

Si no se reconociera esta nulidad absoluta por la cual se considera como si el negocio nunca hubiera producido efectos de ningún tipo (salvo los indi..ctos y los que afectan derechos de terceros de buena fe), se producirían consecuencias absurdas que Stolffi ejemplifica (30): "... a base de una venta absolutamente simulada el seudo enajenante perdería la propiedad y podría reclamar el precio, que el fingido adquirente debería a su vez pagar, no obstante no haber querido ninguno de los dos asumir obligaciones u obtener derechos. Y a base de una venta relativamente simulada: por ej., para ocultar una donación, el enajenante podría reclamar el precio y el otro debería pagarlo, aunque sólo en apariencia quiso contratar como comprador y en realidad como donatario".

192. ALCANCE DE LA NULIDAD

Para concluir con el análisis del artículo 190, en relación con el 219.5o. interesa adelantar algunas ideas sobre las consecuencias de la nulidad de los negocios simulados y de los disimulantes, ambos puramente aparentes.

El negocio aparente es nulo de nulidad absoluta, pero esta nulidad —que no admite saneamiento por convalidación ni por conversión (31); esta nulidad, decimos, no es plena en el sentido de afectar absolutamente *erga omnes* y considerarse apariencia que no produce ningún tipo de efectos jurídicos. No es plena porque mientras no se declare la nulidad el negocio real y objetivamente cumple la función de aparentar como verdadera una situación jurídica falsa, y tal es sin duda la razón por la cual las partes lo han celebrado. El negocio se presume real mientras las partes de acuerdo entre sí o una sentencia no digan lo contrario. Entre tanto, "produce todos sus efectos como si fuera efectivo y válido" (32). Así, por ejemplo, si se simula la adquisición de bienes o de créditos para en base a ellos obtener un mutuo creando confianza en el mutuante acreedor. Por mucho que se haga patente ulteriormente la falsa apariencia del patrimonio simuladamente adquirido, aunque haya el deudor cumplido sus obligaciones, el negocio ha cumplido una función práctica que es indudable, pese a ser atípica en su origen y naturaleza y con un mecanismo no querido por el ordenamiento.

Pero hay más: la diferente posición jurídica de los distintos terceros, sobre lo cual trataremos más adelante, aunque aquí conviene anunciar para poner de manifiesto esta especial nulidad. Así es, el negocio simulado afecta y

(29) LARENZ, Karl: *op. cit.* Parte General, pág. 500

(30) STOLFFI, G.: "El Negocio. . .", pág. 160.

(31) BETTI, Emilio: "El Negocio. . ., pág. 304, parece admitir lo contrario respecto de la conversión.

(32) MESSINEO, Francisco: "Doctrina. . .". Tomo II, pág. 24.

repercute de opuesto modo —en beneficio o en contra—, según se trate de acreedor del enajenante simulado o de acreedor del adquirente simulado, o del subadquirente.

"ARTICULO 191.– Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y de forma y no perjudique el derecho de tercero".

193. EL NEGOCIO OCULTADO

Alude este artículo a la simulación relativa o disimulación y expresamente advierte la validez —aunque diga eficacia— para las partes del negocio escondido u oculto, siempre que reúna los requisitos de sustancia y de forma. Requisitos que, claro está, no serán sólo los generales de todo negocio, sino también los correspondientes a la especie a la que se adscribe el negocio oculto.

Por virtud de lo dispuesto en este precepto y de lo ordenado por el artículo anterior ya comentado, el acto ocultador y aparente que es disimulante no tiene efectos vinculantes de carácter interno correspondientes a su especie típica. Mientras no sea declarado nulo, los efectos que el acto falso cause entre las partes serán extra negociales.

Este artículo 191 está inspirado en el 1.414 del Código italiano y sobre el particular Messineo (33) anota que es obvia la razón de los límites, puestos a la validez del contrato disimulado. Este no es —por el sólo hecho de ser disimulado— inválido; pero no por eso se podría prescindir de los respectivos requisitos legales. El contrato oculto o disimulado no se encuentra en una situación peor con respecto al contrato manifiesto; pero no puede tampoco considerarse en una situación mejor con respecto a todos los otros contratos, ni ser sustraído a la exigencia de los requisitos de sustancia y de forma.

En cambio, suponiendo que concurran en el contrato disimulado los requisitos de sustancia y de forma, éste es válido y produce, si la simulación es relativa, todos los efectos que le son propios; y si se trata de simulación de persona, produce sus efectos con respecto al contratante efectivo, no al contratante aparente (prestanombre). En otros términos, bajo dichos presupuestos, el contrato disimulado sigue su suerte normal.

Por tanto, si el contrato disimulado es traslativo o constitutivo de un derecho como lo era el contrato simulado, el cambio patrimonial se verificará, si bien a un título distinto: contrato disimulado, en lugar de contrato simulado.

La exégesis del artículo 191 plantea dudas que es necesario esclarecer.

(33) MESSINEO, Francisco: "Doctrina. . ." Tomo II, pág. 27

Primero: ¿qué ocurre cuando el negocio oculto, aunque tenga los requisitos de ley, vulnera una disposición legal? Así, por ejemplo, cuando el contrato disimulado sea una compraventa y de la interpretación del mismo se apreciase que constituye cláusula esencial la del precio aplazado con intereses usurarios, o la cláusula de venta también esencial, que obligara al vendedor, en caso de resolución, a pagar una cantidad superior al precio de venta. En este y otros casos en los que siendo válido sustancialmente (tiene todos los elementos naturales y esenciales) y formalmente el contrato oculto, se impone la nulidad y el negocio disimulado no tendrá efecto válido entre las partes.

Segundo: respecto de la forma. Supóngase el caso de un negocio ostensible, el aparente, plenamente formal, que oculta en sí mismo a un negocio distinto que no ha sido instrumentado por separado. Por ejemplo, la venta por escritura en la que se declara que el precio totalmente recibido por el vendedor, escondiendo así una donación. ¿Será nula la donación porque la misma, como tal negocio gratuito, no ha sido adecuadamente formalizada, aunque la voluntad de donar fluya de documentos privados y la transferencia haya operado por escritura? En la duda nos parece que ha de optarse por la solución más favorable al mantenimiento de la voluntad oculta, siempre que no perjudique a terceros y la formalidad que garantiza la existencia de declaración y el contenido esencial pueda encontrarse en el negocio aparente o en el acuerdo de disimulación (contradeclaración) (34). Estimamos que esta debe ser la solución en la medida que la voluntad oculta, la aparente, y el acuerdo de disimular no son autónomos, sino que están estrechamente relacionados. Por añadidura, el artículo que estudiamos establece la concurrencia necesaria de la formalidad y de los elementos sustanciales, pero no ordena que deban estar separados del acto aparente o del documento que contenga el acuerdo simulatorio. Distinta sería la solución si el texto de la norma preceptuara la validez entre las partes del contrato o negocio ocultado siempre que éste cuente por sí mismo y de modo independiente con los requisitos de sustancia y de forma. Pero no dice eso sino concurrencia y bien pueden concurrir los requisitos en el acto aparente o en el acuerdo disimulatorio (35).

194. EFECTOS ANTE TERCEROS

Concluye el artículo 191 apuntando que aunque el acto oculto posea los requisitos de sustancia y de forma, no tendrá efecto entre las partes si perjudica los derechos de terceros. Los terceros a los que este precepto se refiere son, parecería de una primera lectura, todos aquellos ajenos a las partes y que tengan un derecho, bien legal, bien contractual. Esta coletilla del precepto sí plantea serios problemas.

Para examinar este asunto, partamos de la premisa que el acto oculto ha quedado en evidencia por nulidad del acto ocultador. Como consecuencia de esta evidencia, el acto escondido sería válido, de acuerdo a lo ya examinado, si tiene los requisitos de sustancia y de forma y además no es ilícito, no inmoral, no ilegal, no hay vicio de voluntad. Dada esta situación de validez estructural y material: ¿qué razón existe para privar al acto de eficacia sólo entre las partes cuando se perjudica a un tercero?; ¿no sería tal vez más lógico,

(34) COVIELLO, Nicolás: *op. cit*, pág. 405

(35) Para la doctrina y jurisprudencia intalianas sobre el tema: SACCO, Rodolfo: *op. cit*, págs. 395-396.

supuesta siempre la validez, permitir la eficacia *inter partes* del acto querido pero impedirla ante el tercero perjudicado?; ¿en qué se diferencian, conceptualmente y ante terceros, un acto válido pero que estuvo oculto y otro igualmente válido pero que siempre fue ostensible, para que en el primer caso se le prive de eficacia y en el segundo no?

En realidad, cuando el acto oculto deja de serlo, debe seguir la suerte jurídica que le correspondería como acto notorio, sin diferencia alguna. La cuestión del perjuicio de tercero sólo se entiende en la medida que justifica, al amparo del artículo 193, que el tercero inste la nulidad absoluta del acto aparente. Pero nada más, porque si el acto que estaba oculto no vulnera ni l la ley ni la moral, es decir, que está jurídicamente tutelado y no contiene abuso del derecho de los agentes, el tercero que se estime perjudicado que reclame indemnización o ineficacia ante él, pero no puede pretender, nos parece, la nulidad *erga omnes* del negocio y su ineficacia entre las partes.

La correcta realidad del fenómeno simulatorio, en síntesis, debe operar ante terceros del siguiente modo: o utilizan a su favor el acto aparente o lo destruyen como acto simulado y entonces, al cesar la apariencia, hacen uso de sus derechos de acuerdo al acto oculto (36) como si siempre hubiera estado a la luz. Sin duda alguna, nos parece incorrecta la decisión del artículo 191 consistente en negar que el negocio oculto o disimulado tenga eficacia entre las partes por perjudicar a un tercero.

No hay otra alternativa (37) y en esto debe censurarse el numeral 191. Por el hecho de haber sido ocultado el acto, no debe el tercero gozar de un tratamiento más favorable o distinto del que hubiera tenido si el negocio no hubiera estado disimulado.

Por otra parte, y siempre con relación a terceros, habrá que indagar en cada caso de qué perjuicio se trata y precisar la vinculación del tercero ante cada una de las partes. Con referencia a lo primero, ha de calificarse la naturaleza del perjuicio. Como es natural, no basta cualquier alegado daño, o reclamado entuerto, ni cualquiera malograda expectativa. El menoscabo que el tercero sufra, patrimonial o moral, ha de corresponderse con un daño no querido por el Derecho y, por ende, que exista una expresa tutela de la pretensión del tercero orientada a impedir el quebranto o a resarcirlo. No basta, pues, que se ocasione un perjuicio, sino que éste tiene que ser objetivo e ilegítimo; ha de existir un derecho reconocido. Apreciados estos dos extremos, el juez determinará si el acto disimulado que estuvo transitoriamente oculto incurre en algún supuesto de nulidad. Si así no fuera, el negocio ha de conservar plenitud de eficacia entre los agentes en cuanto ellos lo deseen; ante el

(36) SACCO, Rodolfo: "Il Contratto", pág. 398, lo expresa así: "La simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante ai terzi che in buona fede hanno acquistao diritti dal titolare apparente, salvi gli effeti della trascrizione della domanda di simulazione. I terzi possono far valere la simulazione nei confronti delle parti, quando essa preguidica i loro diritti. La simulazione non può essere opposta dai contraendi ai creditori del titolare apparente che in buona fede hanno compiuto atti di esecuzione sui beni che furono oggetto del contrato simulato. I creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti, e, nel conflitto con i creditori chirografari del simulato acquirente, sono preferiti a questi, se il loro credito è anteriore all' atto simulato".

(37) FLOUR, J y AUBERT, J.L.: "Les obligations", Vol. I, pág. 303.

tercero la suerte jurídica del negocio será la que resulte de aplicar la norma legal que dicho tercero invoca en amparo de su derecho.

Para terminar: el cabalístico artículo 1095 del Código anterior ha sido derogado. Por lo tanto, las partes pueden compelerse a cumplir el contrato oculto lícito, aunque no lo fuera el ocultador.

(Véase comentario a los artículos 221.3 y 222).

195. EFECTOS ENTRE LAS PARTES

¿Qué es lo que el artículo ha querido significar al utilizar la locución el acto tendrá efecto entre las partes? El problema se plantea sólo cuando surge el conflicto. Mientras no lo haya, esto es, mientras el negocio permanezca oculto, los efectos sólo quedan entre los interesados, que deben comportarse de buena fe de acuerdo con el contenido disimulado, o, en todo caso, de manera que no contradiga el contenido simulado (38). Sin embargo, es indudable que la efectividad del negocio disimulado, trasciende a terceros si se devela el propósito de las partes o si se declara la nulidad del negocio aparente. Hecho esto, y no estando atacado de vicio alguno el acto oculto, nada impide su plena validez *erga omnes*.

> "ARTICULO 192.– La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona".

El artículo de que ahora nos ocupamos interesa por los supuestos de simulación (o disimulación) relativa total por influencia de las partes interpuestas, o parcial por la mención de datos inexactos.

En la hipótesis que ello ocurre, las partes no han querido ocultar un negocio diferente del que se dice celebrado; antes bien, real y efectivamente quieren las consecuencias jurídicas, prácticas o de otra índole correspondientes al negocio que celebran; no desean esconder un negocio en su conjunto, sino solamente ciertos aspectos del total contenido de su voluntad. Con tal fin, se recurre a simular un segmento de la declaración, bien sea ocultando parte del contenido, bien alterándolo o sustituyéndolo por otro diferente, o bien declarando una parte de un contenido que en realidad nunca se ha querido, o bien se dice celebrado con quien no se desea de verdad en modo definitivo.

196. DATOS O ELEMENTOS INEXACTOS. SIMULACION PARCIAL

La norma solamente alude a datos inexactos. Aunque es cierto que la simulación parcial se presenta la mayoría de las veces en el campo de la información que las partes declaran, nos parece que una sana interpretación del texto debe comprender también la simulación conceptual de estipulaciones o cláusulas, y no solamente del elemento fáctico de las mismas. Así, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento puede declararse percibida una cierta cantidad en concepto de compra de mobiliario, cuando en realidad esconde

(38) BETTI, Emilio: "El Negocio...", pág. 303.

un juanillo; en un contrato de mutuo con prenda se autoriza por separado al acreedor a utilizar el bien prendado, ocultando así el pago de intereses por una cantidad equivalente, etc.

En el ámbito de simulación parcial de algo más que simples datos —a lo que Cariotta llama simulación relativa objetiva (39)—, debe mencionarse la consignación de elementos inexactos. Es el caso que con frecuencia se cita de declarar la permuta de un bien A por el bien B, cuando en realidad uno de los objetos o los dos, son distintos.

Según el texto del artículo, cuando se produzca una simulación parcial, será de aplicación el numeral precedente. Esto viene a significar que entre las partes se consideran con plena eficacia los datos exactos, es decir los ocultos, siempre que no se perjudiquen derechos de terceros. Nótese, no obstante, que en el caso de disimulación parcial el perjuicio al tercero puede en ocasiones no radicar en lo oculto, sino precisamente en lo que se declara. Así, por ejemplo, si se manifiesta en una compra-venta un precio sensiblemente superior al verdadero, con el propósito de intentar evitar que un tercero ejerza un derecho preferencial que la ley o un convenio le dispensen. En estos casos, como dice Ferrara (40) "perderá su eficacia la parte no verdadera del contrato, permaneciendo válido el negocio seriamente estipulado. Bien se comprende que a causa de esta amputación de un miembro del acto jurídico puedan igualmente originarse modificaciones de las consecuencias normales del acto principal; pero tales modificaciones no ofrecen nada de característico y se rigen por los principios ordinarios". Y sigue: "La nulidad resultante de la simulación puede ser también relativa cuando en un negocio simulado alguno de los contratantes no tomaron parte en el acuerdo simulatorio. Si varias personas adquieren y están de acuerdo con el vendedor para realizarlo sólo aparentemente, pero uno de ellos ignora la ficción que se intenta, el negocio será eficaz en cuanto a éste, aunque con relación a los demás contratantes no se produzca ningún cambio jurídico. Se producirá por ello el resultado peregrino de que el contratante de buena fe adquiere válidamente una parte del dominio, viniendo a ser copropietario del vendedor. Este fenómeno de la validez del negocio en cuanto a uno y no validez para los demás, se explica porque en rigor en el caso de pluralidad existe un conjunto de relaciones jurídicas que tienen existencia autónoma y separada, y de ahí la posibilidad de que la nulidad o anulabilidad de las unas no impida la eficacia de los demás, con las que se hallan materialmente reunidas".

Debe entenderse que cuando el autor citado señala que las modificaciones de las consecuencias del negocio "se rigen por los principios ordinarios", ha querido mencionar aquellos principios según los cuales la nulidad parcial puede ocasionar la nulidad total del acto (41).

197. INTERPOSITA PERSONA. SU DISTINTA INTERVENCION

Concluye el artículo 192 su redacción, haciendo referencia a la intervención de interpósita persona —es decir, de uno de los polos de la relación

(39) CARIOTTA, Luigi: "El Negocio. . .", pág. 446.
(40) FERRARA, Francisco: "La simulación. . . ", pág. 290
(41) Véase el Artículo 224.

jurídica— que no es aquella con la que verdaderamente se ha querido que recaigan los efectos finales del negocio en cuestión. Se parte de la premisa, claro está que la otra parte conoce la ficción. Si lo desconociera, no estaríamos ante una simulación.

197. bis NEGOCIOS FIDUCIARIOS

Esta especie de actos simulados que el artículo regula, debe diferenciarse de aquella que trata de los negocios fiduciarios (de fiducia - confianza), con los que pueden confundirse fácilmente y de hecho frecuentemente se confunden (42), no obstante la afirmación de Stolffi (43). Sobre estos negocios apunta Coviello que son aquellos que importan una transmisión de cosas o de derechos. Es decir, la transmisión no tiene por fin práctico el aumento (aparente) del patrimonio del adquirente, sino que sirve para algo enteramente diverso. Y prosigue el tratadista: "son actos que producen una eficacia mayor de la que sería necesaria para conseguir el fin práctico querido" (44). El criterio para determinar cuándo sí y cuándo no se trata de actos fiduciarios, es decir, para concretar si hay divergencia entre el medio negocial usado y el fin que se apetece, consiste en precisar si las partes, para conseguir el resultado pretendido con el negocio, han estimado suficiente un negocio simulado o si han creído necesario un verdadero negocio jurídico (45) afincado del todo en la confianza del fiduciante hacia el fiduciario, inclusive el posible abuso (46). En todo caso, como observa Cariotta, es tarea delicada y sutil la de establecer en los singulares supuestos de hecho concretos, si se ha realizado un negocio simulado o uno fiduciario y real: se trata de una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes (47). Conviene agregar, empero, que los negocios fiduciarios son reales y en ellos no hay propósito de engaño, ni de fraude, ni de ocultamiento, aunque algún minoritario sector de la doctrina se inclina a considerarlos relativamente simulados (48).

Son importantes las anteriores precisiones y matizaciones, pues el precepto solamente habla de intervención de interpósita persona. Y, por cierto, no todo caso de intervención de un tercero ajeno al negocio es sinónimo de simulación.

197. ter. SIMULACION POR PERSONA INTERPUESTA.

El supuesto del artículo que ahora estudiamos es diverso de la fiducia. Aunque insuficientemente explicado, el precepto ha querido regular el supuesto de participación de una tercera persona distinta de aquella sobre la que habrán de recaer los efectos definitivos del negocio.

(42) Así por ejemplo, LLAMBIAS, Jorge Joaquín: "Tratado. . .". Tomo II, pág. 521. No. 1805
(43) STOLFFI, Giuseppe: "El Negocio. . .", pág. 154.
(44) COVIELLO, Nicolás: *op. cit.*, pág. 403.
(45) LARENZ, Karl: "Tratado. . .". Parte General, pág. 503
(46) GARRIGUES, Joaquín: "Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil". Editorial Civitas, Madrid, 1978, pág. 19.
(47) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio. . .", pág. 443.
(48) CAMARA, Héctor: "La simulación. . .", págs. 62 y ss. y autores por él citados.

Esta interpósita persona aparenta asumir con carácter definitivo derechos y obligaciones a su nombre, cuando en realidad pertenecen, o habrán de pertenecer, a un tercero oculto. La interposición a que alude este artículo puede, en nuestra opinión, adoptar dos modalidades diversas, ambas con auténtica intención y propósito de simulación (49), pero con diferente procedimiento:

a) La intervención en el negocio de una persona que se aviene a actuar en propio nombre y que, en complicidad con la otra parte, real y efectivamente recibe en sí las consecuencias jurídicas del negocio con la finalidad (oculta ante terceros) de ceder a otro los derechos que adquiere.

   En la medida en que las partes y el interpuesto estén informados de esta situación y lo hagan con propósito de engaño y ocultamiento, puede hablarse de una simulación.

   Esta connotación jurídica (llamada interposición real) debe distinguirse de la fiducia. Igualmente debe diferenciarse de la representación indirecta, porque en la representación indirecta ni es necesario el acuerdo, es decir el propósito de ocultar, ni mucho menos se requiere que la otra parte conozca la interposición (50).

b) La interposición ficticia supone que una persona actúa de una manera auténticamente simulada. En el caso anterior se originaban dos relaciones jurídicas válidas; en éste solamente una, porque el interpuesto no es verdaderamente parte del negocio, es una mera apariencia, un fantoche que sólo presta su nombre, sin hacerse acreedor ni deudor por el mérito de una relación jurídica en la que ha intervenido de manera nominal y carente de voluntad real. Es un nuncio (51) o simple portavoz.

Si bien la estructura negocial y operativa es diferente, la finalidad es la misma en ambas formas de interposición de persona: pretende ante terceros ocultar al contratante final, real y efectivamente conocido por la otra parte, que está concertado para ocultarlo. De cualquier modo, en la medida que el interponente real no asuma obligaciones definitivas, es claro que hay voluntad simulatoria. El procedimiento empleado varía: en un caso hay un contratante real y en otro ficticio. Ferrara lo explica mejor: en el primero de los casos hay una combinación de actos jurídicos; en el segundo un sólo acto

(49) Lo que no parecen admitir ZUSMAN, Susana y DE LA PUENTE, Manuel, en la Exposición de Motivos de su Anteproyecto: "En cuanto a la simulación en la persona, o sea la interposición ficticia, debe distinguirse de la real, que existe cuando verdaderamente el acto jurídico se quiere celebrar con el sujeto interpuesto, en cuya cabeza se producirán transitoriamente los efectos del acto y luego los transmitirá al verdadero destinatario. La interposición ficticia, en cambio, al recurrir al testaferro o prestanombre, hace que los efectos recaigan directamente sobre el interponente, sin que el interpuesto reciba efecto alguno del acto jurídico así celebrado".

(50) Algunos tratadistas no consideran la interposición real como posible modalidad de simulación. Entre ellos, MESSINEO, Francisco: "Manual. . .". Tomo II, pág. 448: la interposición efectiva de persona. . .". Tomo II, pág 448: la interposición efectiva de persona, que coincide con la figura de la representación denominada indirecta donde, como se ha visto, una persona efectivamente adquiere, o enajena, o hace algo, en nombre propio, pero en interés y por cuenta de otro; y donde, además, el tercero entra en relaciones con la persona interpuesta real, ignora que su contraparte declara por cuenta de otro".

(51) LARENZ, Karl: "Tratado. . .", Parte General, pág. 502.

jurídico cubierto con un velo que disimula a una de las partes; en ambos supuestos se llega al mismo resultado final. Y prosigue en otro lugar: si las dos formas de interposición se asimilan, en su desenvolvimiento son distintas. Sobre el particular apunta: "Mientras que la persona interpuesta realmente entra de verdad en la relación jurídica y es un contratante propiamente dicho, la persona interpuesta con ficción sólo figura en apariencia y se evapora tan pronto como la simulación se descubre. Para que se produzca la interposición real, se necesita el concurso de tres personas: la interponente, la interpuesta y el tercero. En cambio, en la interposición simulada basta el concurso de dos, o sea el interponente y el tercero, pues el intermediario no interviene jurídicamente en el acto y, o presta su nombre tan sólo o coopera de un modo puramente material. De aquí que en la primera haya que considerar la capacidad y vicios del consentimiento desde el punto de vista de la persona interpuesta, y en la segunda, desde el punto de vista del contratante secreto. Además, mientras que en la interposición real se necesita y basta el acuerdo entre el interponente y la persona interpuesta, en la interposición ficticia se necesita además la inteligencia con el tercero, pues en otro caso tendríamos una mera reserva mental que no podría producir los resultados a que las partes aspiran. Finalmente, la persona interpuesta real adquiere la titularidad de todos los derechos y obligaciones que se derivan del contrato, independientemente de su obligación personal de restituir al mandante o a los terceros —de suerte que el interesado, para conseguir el efecto útil de la relación que, por cuenta suya, se entabló, tiene que pasar a través de la persona interpuesta real. En cambio, la persona interpuesta fingida, mero contratante imaginario, no adquiere para sí derecho ni obligación de ninguna clase derivados del contrato, y los efectos jurídicos de la relación se producen directa e inmediatamente para el patrimonio del contratante secreto. Por eso, en el segundo caso, en que nada se adquirió, no se concibe obligación de reivindicar los bienes en el caso de que el testaferro los detentara" (52).

El artículo 192, según decíamos al comenzar su examen, pretende reglamentar los casos de simulación parcial y es cierto que la interposición de persona encaja en tal hipótesis. Pero ha de hacerse notar que también la simulación absoluta puede acoger tal supuesto. Así, por ejemplo, cuando se libran y aceptan efectos cambiarios de favor, o cuando el nombre del aceptante es ficticio (aunque esto pueda ser también un caso de falsedad).

En cualquier caso, hay que convenir con Messineo (53) que si se trata de un acto traslativo "entre los dos adquirentes (efectivo y fingido) se presenta una situación análoga a la de la simulación absoluta del negocio, esto es, el adquirente fingido no ha querido nunca y para nada; el adquiriente efectivo es el único que ha adquirido (ex tunc). Pero para que este principio obre con eficacia respecto de todos, es necesario que se pronuncie la pertinente sentencia de declaración de certeza (que, por lo general, será solicitada por el adquiriente efectivo), que declare que la adquisición se ha realizado sólo a nombre del contratante efectivo, y no a nombre del contratante (adquirente) simulado.

Pero para el juicio encaminado a declarar la certeza de la interposición ficticia pueda desarrollarse, es necesario demostrar que todos los suje-

(52) FERRARA, Francisco: "La simulación. . .", pág. 286

(53) MESSINEO, Francisco: "Doctrina. . .". Tomo II, pág. 53.

tos han participado en el acuerdo simulatorio; y por tanto, es necesario que todos éstos se presenten en el juicio".

198. ACTOS UNILATERALES.

Una última cuestión por examinar es el asunto de la posibilidad de simulación en negocios unilaterales.

En la doctrina nacional León Barandiarán (54) opinó que los negocios unilaterales puros no son simulables, por faltar la concertación de las partes. Y agregó: "en la declaración unilateral la discrepancia entre lo querido y lo declarado no puede ser otra cosa que una reserva mental. Así, por ejemplo, el testamento, el negocio fundacional, la promesa de gratificación. La simulación sólo es adaptable a declaraciones recepticias".

En esta materia tenemos que discrepar con nuestro maestro. En efecto, tal como se dejó apuntado en los inicios de este Capítulo (supra 188 in fine), el fenómeno simulatorio no puede juzgarse solamente desde la óptica exclusiva de su resultado. O sea, que hay que estudiar tanto el negocio simulado como la simulación del negocio, que es la operación que conduce al resultado. De otra manera, se corre el riesgo de desenfocar el análisis analizando los componentes aislados de un problema jurídico, sin perspectiva global.

Pues bien, establecido lo anterior resulta forzoso admitir la posibilidad de simulación de negocios unilaterales, porque el problema se centra tanto en el negocio en sí, cuanto en otro momento del proceso simulatorio. Así es, la concertación a la que León Barandiarán alude se expresa de plural modo y desemboca en desiguales resultados. Lo común es que se traduzca en recíprocas declaraciones recepticias simuladamente acomodadas entre sí para mostrar una apariencia. Sin embargo, nada obsta que la simulación se haga respecto de una declaración unilateral. Es decir, que dos personas concierten una simulación cuya realización quedará a cargo de una de ellas y la consumación a cargo de la otra. Veámoslo con ejemplos, que suelen ser útiles para esclarecer ideas.

El caso del testamento que sugería León Barandiarán y que también menciona Von Thur (55) puede ser idóneo. Cabe en él que el testador, de acuerdo con un tercero, le haga un legado con el propósito de ambos, testador y legatario, de que éste, a su vez, done el bien a una tercera persona a quien no se quiso nombrar en las disposiciones de voluntad. O, también en el testamento, efectuarse el reconocimiento de una obligación en colusión con el presunto acreedor, con propósito o intenciones previamente convenidas.

Existen otros casos de actos y negocios unilaterales, recepticios o no, que posibilitan simulación con designios fraudulentos o simplemente por lícita conveniencia. Actos de renuncia, gratificaciones desproporcionadas, falsas fianzas o hipotecas u otras garantías. También pueden ser materia de simulación el pago, la novación, la compensación, la condonación, la renuncia de derechos a favor de alguien, la anulación, la rescisión y la resolución de contratos (56). En fin, el ingenio de cada quien encontrará tal vez otros medios.

(54) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios...", Tomo I, pág. 162.
(55) VON THUR, Andreas: "Obligaciones...". Tomo I, pág. 201.

Lo que interesa poner de manifiesto, en suma, es que la inteligencia o entendimiento simulatorio es diferente del medio con que la simulación se obtenga, sea mediante un acto o mediante un negocio jurídico, bilateral o unilateral. Lo que sí está claro es que, respecto de estos últimos, aunque no sean estrictamente recepticios, deben de tener un destinatario identificable (57) que esté al tanto de la intención simulatoria y consienta en ello.

Evidentemente, la simulación de declaraciones unilaterales recepticias puede ser absoluta o relativa, total o parcial.

> "ARTICULO 193.– La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercida por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado según el caso".

199. LA ACCION JUDICIAL CONTRA LA SIMULACION

Bajo el genérico concepto de nulidad del acto simulado, cubre el artículo dos supuestos diferentes: a) declaración de nulidad absoluta del negocio absolutamente simulado que pueden instar no solamente las partes y terceros directamente directamente perjudicados, sino también todo aquel que tenga légitimo interés aparente, o b) las mismas personas acabadas de citar pueden pedir declaración de nulidad absoluta del negocio disimulado (oculto) carente de los requisitos de sustancia o formalidad, o aquejado explícitamente de otra causal de nulidad. A diferencia del artículo 1095 del Código derogado, la acción procede entre las partes sin importar la licitud o ilicitud finalista de negocio.

En nuestro concepto, el precepto no regula la anulabilidad. Con la acción de nulidad (que es de naturaleza personal y no real), se pretende, en primer término (58), una declaración judicial sobre la situación jurídica del negocio en cuestión, es decir, una sentencia judicial de certeza jurídica (59) que afecta a los simulantes y a ciertos terceros, —no a todos, como se verá. Sólo en un segundo momento, y como consecuencia de la constatación de la simulación, se reclama la supresión o reducción de los efectos jurídicos, directos o indirectos, causados por el negocio aparente.

(56) CASTRO Y BRAVO, Federico: "El Negocio...", pág. 347.
(57) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio...", pág. 441.
(58) FERRARA, Francisco: "La simulación...", pág. 401: "La acción de simulación es preliminar de un juicio posterior condenatorio, a modo de anticipación de éste, con fines de defensa y aseguramiento. Con ella, los contratantes o los terceros procuran echar por anticipado las bases en que habrá de apoyarse el desarrollo posterior de sus pretensiones, buscando un reconocimiento previo por parte de la autoridad judicial del verdadero estado de sus derechos en el que se borren las apariencias engañosa. No se trata de una impugnación en sentido técnico, o sea de una acción dirigida a destruir relaciones jurídicas existentes, sino de una simple acción declarativa al solo, pero eficaz, objeto de hacer constar de modo autorizado la falta de realidad o la verdadera naturaleza de una relación jurídica, sin pretender su modificación o su destrucción. La sentencia declara un estado de hecho, se limita a reconocerlo simplemente".
(59) CAMARA, Héctor: "La simulación...", pág. 313.

Nada obsta, en cualquier caso, que la nulidad del negocio se plantee en forma de excepción. Aunque sobre la excepción hay que hacer notar, para conservar la pureza de los conceptos, que tal como está presentada la simulación, es decir, afirmada en un acuerdo entre las partes, la que excepcione no podrá alegar en su defensa el defecto de voluntad —porque quiso celebrar, aunque en apariencia, el negocio simulado—, sino invocar, más bien, el incumplimiento del pacto de simulación, que obliga a mantener la apariencia y a no realizar acto alguno que significara ejecutar el acto simulado, ejecución que ha llevado al juicio que da lugar a la excepción. Al invocarse la excepción pretende hacerse valer la contradeclaración (60) que contiene un orden de intereses diversos y que es la que acredita la simulación; no la falta de voluntad de declarar, sino del contenido de lo declarado; no la torpeza del declarante, sino la falta de consentimiento —coincidencia de voluntades— sincero.

Hay que hacer notar, no obstante, que cuando se trate de un negocio simulado relativamente la acción puede asumir dos vertientes, o momentos. La primera, dirigida a la declaración de nulidad absoluta del negocio aparente y la segunda a la declaración de nulidad del acto disimulado y oculto (61).

En el caso de terceros, la acción de simulación (nulidad) del negocio aparente les corresponde por derecho propio. No se requiere perjuicio ya ocurrido, porque tratándose de nulidad absoluta le basta legítimo interés (artículo 220) para evitar que el daño se materialice. La acción la formulan a título personal pero no en vía de subrogación y de ello surgen dos consecuencias que Llambías pone de relieve (62): 1a) El demandado no puede hacer valer contra el accionante las defensas que tuviese contra la otra parte; por el contrario, podría aducir esas defensas si el demandante ejerciese la acción subrogatoria en nombre de su deudor. 2a) El demandante puede recurrir a toda clase de medios de prueba para comprobar la simulación.

En cambio, si actuase en nombre de su deudor por vía de la acción subrogatoria, en principio tendría que aportar la prueba del contradocumento, a menos que concurrieren circunstancias que hicieren inequívoca la simulación. Así, por ejemplo, simulada una venta el supuesto vendedor no podrá reclamar el precio (63).

En principio, nada impide a una de las partes reclamar judicialmente el cumplimiento del negocio aparente, porque precisamente en la medida que ha sido simulado del todo, ofrece una apariencia de validez y sobre esta apariencia se asienta una demanda de cumplimiento que debe ser admitida a trámite. Mientras no se demuestre la simulación absoluta, el negocio tiene a su favor todas las presunciones de legitimidad y el Juez, insistimos, tendrá que sustanciar la acción. Otra cosa es que el demandado deduzca excepción o que se declare la nulidad de oficio.

(60) SACCO, Rodolfo: "Il Contrato. . . pág. 362.
(61) PESTALOZZA, F. , citado por CAMARA, Héctor: *op. cit*, pág. 315.
(62) LLAMBIAS, Jorge Joaquín: "Tratado. . .", Tomo II, pág. 534.
(63) FLOUR, J. y AUBERT, J.L.: "Les obligations". Vol.I, pág. 300.

"ARTICULO 194".— 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".

200. EFICACIA DE LA SIMULACION. LOS TERCEROS.

Hemos venido subrayando a lo largo de este capítulo, que el negocio simulado tiene una presunción de validez. Esta observación se hace, por cierto, respecto del absolutamente simulado, no al escondido. Sin embargo, este artículo 194 (64) requiere una más prolija exégesis. Anotemos sus alcances, pues son amplios y revelan posibles conflictos entre distintos terceros. Por razones didácticas vamos a ejemplificar los problemas que pueden surgir con un supuesto de negocio de transferencia de un bien.

- Los terceros que sean acreedores del enajenante pueden demandar la nulidad si aprecian simulación absoluta y consideran que pierden seguridad de cobrar el crédito a cargo del enajenante.
- Los acreedores del adquiriente presumen la validez de la adquisición y pueden embargar el bien materia de transferencia.
- Un tercero puede a su vez subadquirir la cosa o derecho, actuando de buena o mala fe, onerosa o gratuitamente.

A la luz de lo que el artículo dispone y de los criterios generales de la simulación, pueden alcanzarse las siguientes conclusiones respecto de los diversos terceros:

a) Ni las partes del negocio absolutamente simulado ni los acreedores o cesionarios de ninguna de ellas, aunque sean perjudicados, pueden impugnar la traslación de derechos que efectúe el adquiriente simulado en favor de un tercero de buena fe que abone el justo precio por la adquisición.

La buena fe del tercero adquiriente efectivo se presume y tanto el simulador propietario verdadero, como sus acreedores o los del simulador que adquirió y luego enajena, deberán probar lo contrario. La buena fe, en todo caso, supone que el tercero no sabía, ni podía ni debía saber de la simulación ocurrida. Y, como anota el Código portugués, el estado de buena fe es que el se tenía al tiempo de constituirse el derecho (Código portugués artículo 243.2: "A boa fe consiste na ingnorância da simulaçao ao tempo em que foram constituidos os respectivos direitos")

En conclusión: para el subadquiriente de buena fe a título oneroso, el contrato simulado se tiene como válido aunque se declare nulo.

b) La simulación no pueden oponerla el enajenante y el adquiriente fingidos y los acreedores de este último, contra los causahabientes de tal enajenante o sus herederos (en cuanto haya exceso de disposición de la legítima).

(64) Tomado del 1997 anterior.

c) Los acreedores del adquiriente fingido pueden embargar el bien falsamente enajenado en cuanto no conozcan ni podían conocer de la simulación.

En este caso, ni el enajenante simulador ni sus acreedores podrán oponer la simulación al acreedor embargante del deudor falsamente adquiriente.

Por contrario, la simulación sí puede oponerse a los acreedores del adquiriente si la simulación ya hubiera sido demandada por el enajenante o sus acreedores.

Estas son las fundamentales situaciones que pueden presentarse. Dentro de ellas caben variantes y en cada caso especial deberá resolverse en consecuencia.

Para concluir el examen de esta norma, una puntualización final. Cuanto se haya dicho de la intervención de acreedores se considera en la medida que se trate de enajenación (o adquisición) fingida, o sea aparente y por tanto causa de nulidad. Eso es diferente al caso de enajenación verdadera, aunque en perjuicio de acreedores, lo que se reputa fraude y, por eso, es materia del capítulo siguiente.

201. CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

A) CUMPLIMIENTO DEL ACTO SIMULADO.—

1) Simulación absoluta. Como es sabido, el negocio está aquejado de nulidad radical e insalvable, con la excepción vista de los adquirentes de buena fe. Ante los terceros en general aparenta ser real y querido en su contenido, pero no así en la relación entre las partes, que lo saben falso en su contenido y del cual no quisieron que produjera los efectos prácticos y jurídicos correspondientes.

Si lo dicho es correcto, si las partes no estaban interesadas en el contenido que declararon y aparentaban querer, no están legitimadas para pedir su cumplimiento. No se tutela en Derecho la pretensión de una cualquiera de las partes para convertir en verdadero lo falso y aparente. En caso de que alguna de las partes solicitara el cumplimiento de lo no querido, la otra deberá oponer excepción de nulidad por simulación y probarlo.

2) Veamos ahora el tema en relación con la simulación relativa total. En esta, recuérdese, hay tres acuerdos: el convenio de voluntad de simular, el negocio aparente y el negocio oculto o disimulado. De entrada cabe descartar que una parte demande el cumplimiento del convenio de simulación, pues no tiene sentido pedir su cumplimiento si ya se han celebrado el negocio aparente y el oculto, esto es, ya se ha ejecutado el propio convenio que refleja el propósito de simulación. Tampoco procede pedir la ejecución del acto aparente, o por lo menos no tendrá utilidad alguna el hacerlo: el acto aparente es siempre nulo porque así lo han querido los interesados ya que jamás han tenido verdadera voluntad de que cumpla su función jurídica o económica y sólo les sirve para enmascarar una relación jurídica distinta (si la disimulación fuera total). Volvemos, pues, a la hipótesis que hemos examinado en el párrafo anterior.

En orden con lo expresado, sólo nos resta analizar el negocio oculto o disimulado. En esta hipótesis, ninguna de las partes puede ejercitar acción para pedir el cumplimiento del acto oculto cuando éste sea nulo. Si sólo fuera anulable (cuestión polémica, según veremos) como acto disimulado en perjuicio de terceros (artículo 221, 3), nada obsta que se pueda demandar el cumplimiento por cualquiera de las partes. Máxime si no son conocedores del perjuicio o, conociéndolo, no quiere revelarlo. Si el acto es lícito y válido, procede reclamar su cumplimiento.

De cualquier manera, y volviendo sobre la idea que ya antes teníamos expresada, es indudable que la demanda de cumplimiento del acto disimulado tiene que ser admitida. Dejando de lado el perjuicio de tercero (que no es causa de absoluta nulidad), el vicio del negocio oculto puede no ser evidente. Puede tal vez tener un fin ilícito, acaso las formalidades no se han satisfecho adecuadamente, o bien una de las partes era absolutamente incapaz aunque el negocio aparezca celebrado con discernimiento y sentido común, etc. Lo cierto del caso es que las partes pueden desconocer la nulidad que aqueja el negocio y sobre esta creencia afincar la demanda de cumplimiento. E inclusive hasta obtener la ejecución forzosa de la obligación, si el título que documenta el negocio permite una acción procesal en la que no se admita un cuestionamiento del fondo del asunto. La discusión podrá continuar en un juicio contradictorio, pero eso ya es otro tema.

B) EFECTOS DE LA SENTENCIA DECLARATIVA DE SIMULACION.—

1) Negocio absolutamente simulado. Por mandato del artículo 219.5, el negocio absolutamente simulado es nulo de nulidad absoluta. Característica de este tipo de sanción es que se declarará la invalidez del negocio *ab initio* y, por ello, se afirma la ausencia de una relación jurídica válida entre las partes. Si el negocio ha sido absolutamente simulado, todo lo más es que ha existido una apariencia de negocio, pero sin auténtico propósito de eficacia verdadera. Consecuencia de ello es que, hasta donde lo permita la naturaleza del acto y los efectos indirectos que haya generado, debe tenerse como si nunca se hubiera celebrado y las partes deben restituirse o resarcirse las prestaciones realizadas. Ante terceros las consecuencias variarán dependiendo de quiénes se trate. Si el tercero hubiera demandado la nulidad, sobre él claramente repercutirán los efectos de la sentencia: para él ha de quedar el negocio como si nunca se hubiera celebrado. Otro tanto puede decirse de ciertos otros terceros perjudicados por el negocio, aunque no hubieran accionado (65).

La declaración de nulidad no surte efectos, sin embargo, contra ciertos terceros. El Código recoge este principio en el artículo 194.

---

(65) DE BARRIOS, Washington: "Curso. . .". Parte General, pág. 233.

2) Nulidad absoluta del negocio disimulado. Puede serlo si no reúne los requisitos de sustancia y de forma o vulnera o disposición legal o, en general, incurre en otra causal prevista en el artículo 219. Las consecuencias son esencialmente las mismas que las señaladas en el aparato precedente.

3) Anulabilidad del negocio disimulado (en perjuicio de terceros). Del tema nos ocupamos en el comentario del inciso 3 del artículo 221.

C) PRESCRIPCION DE ACCIONES.—

Con respecto a las acciones de nulidad, el Código aporta importantes cambios en materia de prescripción. Según el artículo 2001 inciso 1º, prescriben a los diez años las acciones de nulidad, entendiéndose que alude a la nulidad absoluta por las causales prevista en el artículo 219.

A tenor del mismo 2001 inciso 4), la acción de anulabilidad, esto es, cuando el negocio ha sido disimulado en perjuicio de terceros, prescribe a los dos años. Aunque tenemos reservas sobre la conveniencia de admitir la anulabilidad por este motivo de perjuicio a terceros (que no puede confundirse con ineficacia por fraude), hay que admitir que se ha mejorado sensiblemente la regulación de 1936 sobre prescripción de las acciones de declaración de nulidad, confusas y malas, como ha puesto de relieve León Barandiarán (66). Mas a pesar de la mejora, nos parece draconianamente corto un plazo de diez años para la prescripción de la acción tendente a obtener la nulidad absoluta de un negocio simulado. Es un plazo bastante estrecho, sobre todo si se piensa que el mismo dispositivo (inc.1) concede lo mismo para las acciones reales, las personales y las que nacen de una ejecutoria y siete años (inc. 2) para ejercitar la acción de daños y perjuicios derivada entre las partes por la violación del contrato simulado.

Son muchos los autores que piensan —y con razón— que la nulidad absoluta no debe prescribir. En el caso de simulación absoluta los motivos para sostener esta tesis son más poderosos, pues no hay razón para la falsedad jurídica se convierta con certeza válida por el transcurso del tiempo. En todo caso, puedo haberse fijado un plazo mayor de diez años, porque no deben equiparse todas las situaciones previstas en el numeral 2001.1. En efecto, mientras las acciones reales, personales y las que nacen de una ejecutoria se basan en hechos ciertos y hasta lícitos y válidos, la nulidad es una sanción ante algo que la ley repudia y que en el caso de una simulación consiste en declaraciones o hechos falsos.

De cualquier modo, aunque discrepemos, la ley ha establecido un plazo y al mandato legal hay que sujetarse.

Lo que no dice es desde cuándo empieza a contarse el plazo. El asunto no revestiría gravedad si el numeral 1993 fuera más explícito, porque

(66) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .", Tomo I, págs. 178. y ss.

sólo dice que comienza desde que "puede ejercitarse la acción". De este enunciado, aplicado a la simulación, debe entenderse que para quienes no son parte, se cuenta desde que tomaron conocimiento del negocio simulado.

Con relación a la prescripción de la acción de indemnización (artículo 2001. 2º), el Código ha recogido el Anteproyecto preparado por el Dr. Fernando Vidal (67). En su Exposición de Motivos dice que el "Anteproyecto, al igual que el Código, confiere a la acción indemnizatoria por la violación de un acto simulado un plazo especial. Pero debe interpretarse que se trata de una simulación, que no tiene una finalidad perjudicial ni ilícita. Las especiales características de la relación jurídica entablada entre los simulantes motivan que el Anteproyecto proponga un plazo prescriptorio especial".

Con admiración y respeto al Dr. Vidal, debemos discrepar de su postura. En primer lugar, porque su propuesta no apunta diferencia entre el acto simulado y el disimulador de otro. En segundo término: ¿cuáles son las "especiales" características de la relación jurídica entre las simulantes que justifiquen una prescripción especial?. Una de dos: o se admite que la simulación es un negocio estructuralmente válido y por lo tanto la acción indemnizatoria prescribe a los diez años como las acciones personales, o nunca hubo en realidad tal negocio, sino una simple apariencia, luego la acción de indemnización debe prescribir como responsabilidad extracontractual. Con la actual situación, viendo los incisos 1º y 2º del artículo 2001, podría ocurrir el curioso caso que al octavo año la parte afectada no podría reclamar indemnización porque la otra violó el negocio simulado, pero para reclamar la nulidad del negocio original todavía le quedarían dos años. Y eso de nada le serviría si la violación del otro consistió en vender el bien a un tercero de buena fe. La parte no culpable de la violación se quedaría sin su propiedad y sin indemnización. Además, tampoco deja claro el precepto si la violación consiste en revelar la verdad oculta o en ejecutar el negocio aparentemente válido. Verdadero incumplimiento puede haber en ambos casos.

Por último, sostiene el Dr. Vidal que el plazo propuesto de siete años se aplica a la simulación inocente, que no tiene una finalidad perjudicial ni ilícita. Recordemos que el 2001 inciso 2º sólo alude a las partes, no a terceros. Entonces: ¿cuál es el plazo de que disponen los terceros para resarcirse de los perjuicios de un acto absolutamente simulado o de su violación?; ¿y por qué habría de haber plazos distintos para partes si el negocio tuviera una finalidad perjudicial o ilícita?; ¿es que acaso son inocentes los simulantes porque no saben lo que hacen?. Son preguntas a las que no encontramos respuesta segura y el inciso queda para nosotros tan arcano como antes lo fue su antecedente 1168 en el Código de 1936.

De todo lo dicho parece que lo más recomendable hubiera sido extender a diez años el plazo para accionar la reclamación de indemnización de las partes o de terceros.

(67) VIDAL, Fernando: "Teoría. . .", pág. 344.

Cap. XII

FRAUDE DE LOS ACTOS JURIDICOS

202 CONSIDERACIONES GENERALES

El Título Séptimo de este Libro responde el genérico título de fraude de los actos jurídicos, heredando el defecto que, en nuestra opinión, ya tenía su equivalente (Título Cuarto, Libro Quinto, Sección Primera) del Código de 1936. En propiedad, no hay fraude de los actos jurídicos, sino más bien fraude a través o por medio de actos jurídicos (1). De cualquier modo, esta sección regula también otros casos que no son fraudulentos *sensu stricto*, o sea, derivados de conducta dolosa.

El fraude en el Derecho privado se presenta con dos vertientes: A) fraude a la ley, B) fraude a terceros, fundamentalmente acreedores. A pesar de la amplia denominación ya señalada, el Código solamente disciplina la revocación (término que provisionalmente debe aceptarse y cuyo significado más adelante precisaremos) de los negocios celebrados en perjuicio (no necesariamente doloso o fraudulento) de acreedores, y aunque mejora la legislación de 1936, no ofrece una regulación general de todo el espectro del fraude. A los fines de establecer necesarias diferencias, es conveniente señalar aquí las nociones básicas del fraude a la ley, sobre lo cual el Código no ha establecido una norma particular.

A) Negocios en fraude de ley.—

Se definen como tales aquellos negocios celebrados con la intención de que por medio de sus efectos jurídicos y económicos o sociales típicos, se logre u obtenga una finalidad o un resultado que aparece como legalmente prohibido bajo otra modalidad de negocios. Es decir, revistiendo la intención práctica de una especie negocial permitida, o no prohibida por la legislación, se logra clandestinamente un resultado censurado, burlando así la ley originaria (2).

---

(1) El C.C. argentino, denomina la sección pertinente "fraude en los actos jurídicos".

(2) BATTLE VASQUEZ, Manuel, en "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales" de ALBALADEJO, Manuel y otros. Tomo I, pág. 113.

Evidentemente, ante situaciones como la expuesta el Derecho no puede permanecer impasible. El ordenamiento jurídico no es solamente una suma de normas aisladas entre sí, sino que idealmente tienden a complementarse y no a contradecirse, dentro de una determinada escala jerárquica. Desde este punto de vista, el ordenamiento es un conjunto, un todo conceptuable unitariamente, de suerte que no es admisible que permita colisiones entre sí al extremo de resultar burlado mediante la sumisión a la letra de un precepto determinado, cuando el fin perseguido con la propia utilización de tal precepto viene prohibido por otro. Se vulneraría de esta manera una realidad orgánica y sistemática, que no puede llevar en sí el germen de antijuricidad, como no sea para sancionarla.

El *fraus legis* se caracteriza, pues, en la utilización negocial indebida de una norma, para evadir otra. Es una especie de contradicción entre la causa típica del negocio y el propósito apetecido: un artilugio o artimaña para evadir la ley por y con la propia ley. De modo, pues, que aparte de la objetiva burla a la ley, falta un legítimo interés de los agentes negociales para preferir una especie y un resultado negociales distintos, pero igualmente útiles —en lo esencial— al legalmente prohibido (3).

Sobre la base de estas escuetas consideraciones en torno al fraude a la ley, puede concluirse que no guarda identidad respecto del propósito final querido con el ortodoxo fraude a los acreedores: a) en primer término, porque el destinatario es distinto; b) los actos en fraude a la ley suponen la elusión de un precepto legal, mediante la indebida utilización de una figura negocial diversa; no ocurre tal en el fraude de que tratan los artículos 195 y siguientes; c) el fraude a los acreedores se inspira, en su tratamiento legal, en actos de disposición de deudores en perjuicio de acreedores —ya veremos cuáles—; no así el fraude a la ley, que puede no perjudicar a nadie y cuyo ámbito excede de los actos de disposición; d) la sanción legal no sólo es diferente, sino que los actos de fraude acreedores pueden no ser objeto de sanción; en todo caso la sanción por el fraude a los acreedores viene a solicitud de parte; si lo fuera a la ley, el negocio es nulo absolutamente salvo que hubiera prevista sanción diversa, y puede ser declarada de oficio.

No obstante estas diferencias, hay que reconocer que el fraude de acreedores viene a constituir, si no exactamente fraude de una norma, sí un fraude al ordenamiento, porque en uso de un medio negociable admitido pretende evadirse un deber jurídico, una regla legalmente amparada que ordena al deudor un determinado cumplimiento ante el acreedor.

La diferencia entre directa vulneración de la ley y el fraude de ella, radica no en los efectos pretendidos (4), que son esencialmente similares, sino en el medio empleado para conseguirlo. El fraude a la ley, en consecuencia, es una indebida aplicación de la misma, como también lo es el abuso del derecho. Lo que pasa es que el fraude es desviación del derecho objetivo y el abuso lo es del derecho subjetivo. (5).

(3) SACCO, Rodolfo: *op. cit.*, pág. 551.
(4) Hay que coincir con LIGEROPOULO, Alexander: "Defensa del Derecho contra el fraude" en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, pág. 9 cuando apunta que no necesariamente se trata de obtener todos los efectos típicos, sino solamente los de hecho y esenciales.
(5) LUCES GIL, Francisco: "El fraude a la ley" en Estudios de Derecho Civil. Edersa, Madrid, 1978, pág. 489.

Es importante señalar también con Díez Picazo y Gullón (6), que es primordial la interpretación de la ley defraudada. Saber, en otras palabras, si el supuesto de hecho distinto del contemplado en ella tolera la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la norma vulnerada. Es, pues, prevalente la interpretación finalista de la norma vulnerada y no es necesario que la persona que realice el acto o actos en fraude tenga intención o conciencia de burlar la ley, ni consiguientemente la prueba de la misma, porque el fin último de la doctrina que reprime el fraude es la defensa del cumplimiento de las leyes y no la represión o intención maliciosa, de lo cual se encargan otras instituciones.

En definitiva, parece razonable concluir diciendo que el fraude a la ley es una noción huidiza y su presencia no puede ser descubierta con la ayuda de características constantes; la actividad jurídica no puede ser calificada de indirectamente ilícita sino después de un examen cuidadoso, en cada hipótesis determinada, de las variadas condiciones que la acompañan y, ante todo, del fin del espíritu de la disposición presuntamente vulnerada, en conexión con el espíritu de la legislación (7).

B) Negocios en fraude de acreedores.—

Sirvan las anteriores consideraciones sobre el fraude a la ley no para resaltar sus diferencias con el de los acreedores, sino para subrayar que éste puede calificarse como modalidad de aquel, en la medida que a la postre y por actos formal y estructuralmente válidos (8), se elude voluntariamente la observancia de un mandato legal que ordena el cumplimiento del deudor.

El deudor responde ante el acreedor por el cumplimiento de su obligación con todos sus bienes, presentes y futuros. Este principio vertebra todo el derecho obligacional y a la protección de los derechos del acreedor, particularmente de sus derechos de crédito, se orientan las normas contenidas en este Título. Precisamente por este carácter de especialidad, lo que implica su relativa falta de utilidad fuera del ámbito creditorio, hubiera sido sistemáticamente más apropiado la regulación de este tema en el Libro dedicado a las Obligaciones, y no en el Libro de los Actos Jurídicos (9).

Ahora bien: ¿qué es el fraude civil?, ¿en qué consiste?. Saberlo es imprescindible con la finalidad de encuadrar apropiadamente la acción revocatoria. El Código no define el fraude y en todo caso no conviene hacerlo partiendo exclusivamente del tratamiento de la revocación pauliana, que es la manera de evitarlo y a lo que se contraen los artículos 195 y ss.

203. DEFINICION DE FRAUDE A LOS ACREEDORES. ALCANCES Y CARACTERISTICAS

En sentido estricto el fraude de acreedores es, concisamente, un problema de comportamiento impropio o imperfecto del deudor ante una legítima

(6) DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A.: "Sistema...". Vol I. pág. 697.
(7) LIGEROPOULO, Alexander:
(7) LIGEROPOULO, Alexander: *art. cit.*, pág. 15.
(8) Se admite, no obstante, la rescisión pauliana de negocios anulables, legitimamente el acreedor para intentar la ineficacia, porque no puede invocar la invalidez.
(9) Probablemente el sentir de la mayoría en las Comisiones Reformadora y Revisora coincidió con los Dres. de la Puente y Zusman. Vease la Exposición de Motivos de su Anteproyecto.

expectativa del acreedor. Comportamiento traducido en un acto jurídico de significado patrimonial, negocial o no (10), mediante el cual el deudor, a sabiendas de las posibles consecuencias de su conducta, pretende crear las condiciones para frustrar la posibilidad de que sus acreedores puedan satisfacer sus créditos mediante la ejecución de sus bienes. En otras palabras, la conducta dolosa del deudor permite situar un bien fuera del alcance del acreedor, influyendo negativamente sobre la subsistencia de su patrimonio (11).

Presentado el fraude de esta manera, se advierten dos —llamémoslas así— etapas en la conducta maliciosa del deudor. En primer lugar, el propósito de no acudir al cumplimiento total y oportuno de la obligación a su cargo o, por lo menos, si ya se produjo el incumplimiento, la ausencia de voluntad para ponerle pronto y eficaz remedio. Es decir, simple y llanamente no se quiere pagar. En segundo lugar, y precisamente por faltar la voluntad de pago, sustituye el deudor sus bienes o derechos por otros más fáciles de conservar indemnes, poniéndolos fuera del alcance de los acreedores. Y puede lograrlo si enajenando onerosamente, puede ocultar la prestación y tiene a su favor la buena fe del adquirente, que el Derecho tutela. En este caso, podremos hablar de conducta fraudulenta, pero no de acción pauliana aunque se hayan distraído bienes.

En sentido ortodoxo el fraude es siempre genuinamente doloso: ausencia consciente de buena fe (*fides bona contraria est fraudi et dolo*. D.17.2, 3,3) y voluntad maliciosa de impedir el cobro del acreedor; engaño, en suma, para perjudicar a otro. La conducta ilícita puede evidenciar de múltiples maneras el injusto designio de eludir el cumplimiento forzado (12). En primer lugar, debe citarse la simulación propiamente dicha, sin embargo de lo cual los negocios en fraude de acreedores no deben confundirse con los simulados, por razones de diferencia de naturaleza de los negocios en cuestión, el propósito que persiguen, titulares activos y sujetos pasivos de impugnación, efectos, duración y condiciones procesales (13). Hay que admitir (14), empero, que la simulación, constituye uno de los medios para cometer el fraude y con frecuencia el más socorrido. Puede el deudor, además, aumentar ficticiamente el número de sus acreedores, con la finalidad de reducir las cantidades debidas, en proporción a la cuantía de los créditos verdaderos; incrementar ficticiamente no el número de acreedores, sino las sumas adeudadas a algunos de ellos en convivencia con éstos (tanto en este supuesto como en el anterior, el fraude se aproxima a la simulación, por haberse fraguado realidades sin sustento); puede asimismo el deudor realizar actos de renuncia o abdicación de bienes o derechos, con el premeditado propósito de evitar que sean alcanzados los acreedores; puede, por último, enajenar bienes y ocultar su producto líquido o sujetarlos a medidas de garantía que impiden su ejecución.

Todas estas modalidades de conducta dolosa —que suelen calificarse como delito civil (15)— ofrecen, empero, un común denominador constituido por dos elementos que han de presentarse de consuno: a) un perjuicio a los acreedores, por lo menos en el plano de reducción del patrimonio conocido del deudor, sin que sea menester que la consecuencia o efecto del acto fraudulento se evidencie de modo inmediato en la insatisfacción del débito; b) una deliberada intención del obligado de eludir sus compromisos y, si no tal, una conciencia de que su conducta puede ser perjudicial.

(10) DE CASTRO: "La acción pauliana. . .", pág. 236.
(11) NATOLI, Ugo: Voz "Azione revocatoria" en Enciclopedia del Diritto", Guiffré, IV, 889.
(12) PUIG BRUTAU: Voz Insolvencia. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.
(13) MANRESA: "Comentarios. . .". VIII, I, pág. 277; con igual detalle PUIG PEÑA: "Tratado. ." IV-I, pág. 309.
(14) CARIOTTA FERRARA: "El Negocio. . .", pág. 443.
(15) ROCA SASTRE, R: "Derecho Hipotecario". II, 699.

El obligado no sólo no cumple, sino que además evita ser compelido a cumplir. Es cierto que el deudor responde frente a su acreedor con todo su patrimonio. Más exactamente aún: el patrimonio general del deudor, presente o futuro, constituye la seguridad de cobro del acreedor. Dejando al margen las garantías específicas, el sustrato de la obligación es el compromiso personal del deudor, que viene avalado por una razonable y proba conducta en la administración de su patrimonio. En otras palabras, como en la relación obligatoria el deudor no puede ser separado de su patrimonio, la correcta conservación y administración de éste forma parte del cumplimiento correcto, y viceversa. De aquí que el acreedor tenga una suerte de "señorío jurídico"(16) sobre el patrimonio del deudor y que para no perder este señorío intente evitar que los bienes se sustraigan al cumplimiento. Lo dicho deriva no sólo de un mandato legal, sino también de una noción de conducta ética mínima y esencial: nadie ni nada obliga a asumir obligaciones, pero una vez asumidas se parte de un principio de confianza del acreedor en su deudor y buena fe y lealtad de éste. Una confianza en el cumplimiento que, recíprocamente, impone al deudor un deber de cooperación para con el acreedor a fin de que éste vea satisfechos sus créditos y expectativas, de conformidad con la solvencia que el deudor ofrecía o prometía ofrecer con un comportamiento de sinceridad, buena fe y leal conducta. Pero lo que no se puede admitir es la deliberada obstaculización, la defraudación de la confianza y del deber mediante el ocultamiento de los bienes que avalan la palabra del deudor y en los cuales se cifraba la credibilidad del compromiso.

El principio de confianza a que antes hemos aludido, viene reconocido en relación con el fraude por el propio ordenamiento y obliga a que el deudor no eluda la responsabilidad que le incumbre y faculta al acreedor la adopción de ciertas medidas cuyo propósito es la cautela de su derecho. Esto se justifica porque la estructura de la obligación comprende tanto el deber como una responsabilidad de cumplir tal deber. Esta responsabilidad no es insustancial, sino una respuesta a la pretensión del acreedor; la responsabilidad tiene un contenido que se refleja en el patrimonio del obligado (17).

Apuntadas estas características, parece estrecho limitar la conducta fraudulenta a la plasmada en actos de disposición. Aunque esta sea la única que aquí estudiaremos por referirse a ellos la acción pauliana, es preferible no circunscribir el campo de acción del fraude a modalidades específicas, sino más bien conviene enfocarlo desde la óptica de una vulneración de la correcta conducta del deudor para con sus acreedores y que se traduce en ciertos efectos nocivos, en potencia o ya producidos, para éstos.

En síntesis: no toda conducta y acto fraudulentos posibilitan la acción pauliana; a su vez, la acción paulina posibilita la ineficacia de actos que, causando perjuicio a los acreedores, no son fraudulentos como sinónimo de dolosos.

(16) BARASSI: "Instituciones". Tomo II, pág. 495.
(17) TRABUCCHI: "Instituciones. . .". Tomo II, pág. 7.

204. EL FRAUDE Y SUS REMEDIOS

Parecen necesarias las anteriores reflexiones sobre el fraude en general, como conducta impropia, porque de esta manera afloran ideas que subyacen el texto de las normas represivas del ilícito y que explican la utilidad de ellas más allá de la formulación o análisis autónomo de cada uno de los diferentes mecanismos impugnatorios que el ordenamiento facilita a los acreedores. Este análisis individual podría hacer perder de vista que el espíritu que inspira dichos mecanismos es uno sólo: evitar la repercusión en el acreedor de una conducta incorrecta del deudor (auxiliada a veces por terceros), si bien son diferentes las maneras de evitarlo, porque también son diferentes los medios de que el deudor se sirve.

La tutela de derechos de los acreedores ante conductas impropias de deudores puede ejercerse de diversas maneras,que varían en función de las situaciones concurrentes, de los derechos afectados y de la naturaleza de la prestación. En el derecho de crédito, sin embargo, son dos las medidas fundamentales que asisten al acreedor: a) la *acción pauliana*, que pretende la impugnación de ciertos actos del deudor; y, b) la *acción oblicua o subrogatoria*, por la cual el acreedor ejerce los derechos correspondientes al deudor y en su nombre. La primera de estas medidas intenta evitar la insolvencia o reducción de la solvencia del deudor, impidiendo que se desprenda en favor de otros (18) del patrimonio que de modo global garantiza el crédito; la segunda medida va dirigida no a mantener la solvencia, sino a crearla o incrementarla.

La cuestión de la garantía patrimonial explica bien el fraude, pero no adecuadamente la pauliana; ésta tiene otras razones, la principal de las cuales es otorgar un título al acreedor para procurarse un remedio. Mientras que el fraude es engañosa conducta, dolosa y voluntaria creación de falta de respaldo patrimonial y puede hacerse de un variado modo, la revocación pauliana prepara el remedio para restituir un patrimonio enajenado fraudulenta o negligentemente. Uno es el mal, la otra una de las varias soluciones contra actos dispositivos, sean o no fraudulentos. De aquí que los mismos criterios no sirvan para explicar situaciones diversas (19). El ámbito o alcance de la acción paulina excede técnicamente de la impugnación de los actos fraudulentos *sensu strictu* (en el sentido de maliciosa doblez). En propiedad, por el modo de actuar de la pauliana es más adecuado calificarla de medida contra las consecuencias de ciertos actos del deudor y conductas de terceros que perjudican al acreedor. Entre estos actos se encuentran tanto los negocios de disposición fraudulenta en la rigurosa acepción del vocablo como otros no dolosos pero sí perjudiciales.

Como derivación de lo apuntado, no podemos sufragar por quienes conciben a la acción fraudulenta como el medio de proteger una situación deficitaria. El deudor puede recurrir a la enajenación de sus bienes o abdicación de otros no solamente como procedimiento de ocultación de un déficit patrimonial, sino incluso para crearlo o propiciarlo con ánimos de permanencia y de modo definitivo, de manera real o aparente (en cuyo caso sería una simulación); o puede no pensar en una posible insolvencia, mas también en la intención de obtener mejores términos de negociación para refinanciar pasivos; o si se trata de un fiador crea signos de insolvencia, al saber que en caso de efectuar el pago no podrá repetir contra el fiado. En suma, que las razones de la conducta fraudulenta, aunque en vinculación con la insolvencia, podrán ser muchas y diferentes. Y se hace mal cuando no se juzga desde un ángulo correcto: primero hay una situación de incumplimiento actual o posible; segundo que el acreedor no tendrá medios de cobro.

(18) Se excluyen, por tanto, los actos materiales de expresión de voluntad que no son traslativos de bienes, aunque sean de disposición. PUIG PEÑA: "Teoría de la acción pauliana". R.D.P., 1945, pág. 480.

(19) Por la conveniencia de estudiar separadamente el fraude de la acción pauliana, véase: PUIG PEÑA, "Teoría...", pág. 546.

En este sentido dicho es que el patrimonio constituye la garantía del débito, y, como bien apunta Castro y Bravo, la responsabilidad patrimonial acompaña a la deuda jurídica, como la sombra al cuerpo(20). Puede desaparecer la sombra, es decir, el patrimonio, pero no la responsabilidad, hasta que se cumpla el deber. Siendo así, el deber y la deuda subsisten, aunque el deudor empobrezca y quede insolvente, pero si reconstruye su patrimonio queda obligado al pago que en su día no satisfizo. La responsabilidad no desaparece sino después de cumplido el deber jurídico exigible.

Según hemos apuntado, la cautela de los derechos del acreedor puede ejercitarse de distintas maneras. La acción pauliana o revocatoria es la regulada en los artículos 195 a 200 del Código. La acción subrogatoria está prevista, conjuntamente con otros derechos del acreedor, en otro artículo del Código. El mecanismo de estas acciones es diferente porque su razón de ser y sus finalidades inmediatas (en un caso conservar, en otro lograr la solvencia) son también diferentes. En este lugar solamente examinaremos la acción pauliana (21) como medio impugnatorio de actos en perjuicio del acreedor, sean dolosos o no.

> "ARTICULO 195.– El acreedor, aun cuando el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos de disposición del patrimonio por los cuales el deudor origine perjuicio a su derecho cuando concurran las condiciones siguientes:
> 1) Que el deudor tenga conocimiento del perjuicio que el acto origina a los derechos del acreedor, o tratándose de acto anterior al nacimiento del crédito, que el acto esté dolosamente preordenado a fin de perjudicar la satisfacción del futuro crédito.
> 2) Que, además, tratándose de actos a título oneroso, el tercero tenga conocimiento del perjuicio, causado a los derechos del acreedor y, en el caso del acto anterior el nacimiento del crédito, que haya conocido la preordenación dolosa".

205. LA ACCION PAULIANA

Diferencias con la acción subrogatoria

El artículo transcrito se ocupa de la acción revocatoria o pauliana, que procura, como dice el texto, una especial declaración de ineficacia, cuyos alcances y naturaleza más adelante veremos como remedio contra un acto del

(20) CASTRO Y BRAVO, Federico de: "La acción pauliana...", pág. 195.

(21) Sobre la connotación penal del fraude y las diferencias entre éste y el fraude civil y la acción

deudor (no necesariamente doloso). Confiamos que en el curso de la exposición de este artículo y los que le siguen queden nítidamente perfiladas las características de la revocatoria, pero para ello es útil aportar las notas pertinentes a la acción subrogatoria, con la que conserva claras diferencias, porque tiene otro cariz y responde a otras necesidades.

Son atinentes a la acción subrogatoria:

- Como su nombre indica, el ejercicio en nombre deudor de los derechos que le corresponden y que omite agregar su patrimonio. Como bien señala Puig Peña (22) la subrogatoria es acción de integración patrimonial, haciendo que el fondo económico del deudor se aumente con bienes que nunca estuvieron en él, pero que debieron estar.

- Por vía subrogatoria, u oblicua, el acreedor está facultado para invocar, en nombre de su deudor, distintos derechos. En otras palabras, no es que haya una acción subrogatoria propiamente dicha, sino que se trata de una autorización legal de carácter general (23) que permite ejecutar diversas acciones según el derecho de que se trata, que la inactividad del deudor puede impedir que integre su patrimonio. La acción pauliana, por el contrario, persigue un único objetivo: la revocación de un acto de disposición.

- Corolario de lo expuesto es que en la acción subrogatoria queda el acreedor expuesto a que los terceros invoquen frente al deudor, por quien el acreedor actúa y demanda, las excepciones personales del caso,

- La vía de subrogación cuyo resultado sea exitoso, beneficia a todos los acreedores, y no sólo al accionante. Desde luego, nada obsta para que éste, trabando embargo sobre los bienes ingresados a la masa del deudor, los ejecute antes que otros acreedores.

206. DEFINICION DE LA ACCION PAULIANA

Hechas las anteriores anotaciones sobre el fraude, centrando en unas conductas el engaño a la ley y a los acreedores, podemos ya estudiar en detalle la acción pauliana, comenzando por dibujar sus peculiaridades antes de examinar los requisitos para poder entablarla.

Entendemos por acción pauliana la facultad que la ley otorga al acreedor para pedir la declaración de inoponibilidad o ineficacia respecto de él, de ciertos actos de disposición —no necesariamente fraudulentos insistimos— que el deudor efectúe de su patrimonio y que causen perjuicio a sus derechos, hasta el límite de ellos. Vista de otro modo: es el modo de pedir protección contra la violación dañosa de un derecho, cometido libremente, tanto dolosa como culposamente (24) y, por tanto, por una razón que no debe prevalecer sobre el derecho perjudicado y que debe removerse.

---

pauliana, puede verse: QUINTERO, Gonzalo: "El alzamiento de bienes". Editorial Praxis Barcelona, 1973: especialmente págs. 185 y ss.

(22) PUIG PEÑA, Federico: "Teoría de la acción pauliana"

(23) Poder que el ordenamiento atribuye a los acreedores, en palabras de DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos. . ., pág. 746.

(24) En el sentido atribuído por GIORGI: "Obligaciones. . .". II, No. 18: omisión voluntaria de diligencia por la cual, no previendo las consecuencias ilícitas de una acción u omisión, se viola inadvertidamente un deber jurídico.

¿De dónde deriva este excepcional poder que se concede al acreedor para inmiscuirse en las relaciones entre el deudor y terceros? La doctrina ha querido justificar este amparo recurriendo a diversos razonamientos: en el enriquecimiento injusto del deudor o de terceros (25); en el derecho de prenda general de los bienes del deudor en favor del acreedor (26), en una limitación del derecho sobre sus bienes constituída al tiempo de la obligación o, simplemente, en el objetivo perjuicio o quebranto económico del acreedor. No interesa aquí analizar prolija y concienzudamente los pros y los contras de estas teorías: la naturaleza y dimensiones de este estudio lo impiden (27).

Entre los autores españoles, Castro y Bravo abogó por la tesis que objetiviza el fraude y sostuvo la independencia de la revocatoria de los conceptos de deuda y responsabilidad,situando "el núcleo central de la doctrina de la acción pauliana (. . .) en el estudio de la naturaleza de la impugnación". Sin embargo, al desplazar de esta manera el punto de enfoque, soslayó el análisis del por qué de la pauliana, para explicar su cómo y el para qué. A partir del objetivo perjuicio del acreedor, concluyó que el negocio "es ineficaz *ab initio* respecto de los acreedores: la demanda de revocación no crea, sino que se basa en la ineficacia del acto". No podemos compartir este último aserto a la luz de nuestra ley. El acto como tal no nace ineficaz: la ley dice que puede declararse ineficaz y es efecto de una pretensión, lo que en sede de acción pauliana equivale a decir que se le puede privar de virtualidad (pero que no surge privado de ella) ante el perjudicado. La ineficacia sobreviene cuando se la declara y retroactivamente a la fecha del perjuicio, hasta la cuantía del mismo, no cuando se celebra el acto. En suma: no es ineficaz, sino que deja de ser eficaz (28), con cierta virtualidad retroactiva. Prueba de ello es que podrá el acreedor impugnar la enajenación a un tercero de mala fe en complicidad fraudulenta, aunque a dicho acto hubiera seguido la disposición maliciosa de bienes distintos a otros terceros de buena fe y por tanto invulnerables. Es indudable que a la hora de calificar el ilícito de los intervinientes, habrá que considerar no solamente su relación entre el acto y el perjucio, sino los efectos que debían preverse al celebrar el acto (29).

Por añadidura, de aceptarse la tesis de la ineficacia original y consustancial del negocio, forzoso sería declararla aunque el deudor hubiera recuperado su patrimonio, lo que no sería razonable. No basta, pues, que el acto del deudor ocasione un perjuicio, sino que además se requiere la subsistencia del mismo, de donde se infiere que la ineficacia no deriva del acto propiamente dicho, sino de un conjunto de circunstancias adicionales al mismo. La ineficacia no proviene del acto, cuanto de las consecuencias que ocasiona y sobre todo de una línea de conducta que se refleja hasta la fecha de la sentencia en la ausencia de un patrimonio conocido, y luego la falta de cobertura del perjuicio por el deudor, el adquirente o un tercero garante.

---

(25) LEON BARANDIARAN: "Comentarios. . .". Tomo I, pág. 193.

(26) COLIN y CAPITANT: III, pág. 678.

(27) Para una acabada exposición de las diferentes teorías, ROCA SASTRE: "Derecho Hipotecario". II, págs. 698 y ss.

(28) LLAMBIAS: "Tratado de Derecho Civil argentino". Bs. As., 1982, pág. 548.

(29 BETTI: "Obligaciones", II, pág. 422

207. FUNDAMENTO DEL CONTROL PAULIANO

El acto cuya revocación se pretende es objetivamente válido y por tanto la justificación de la pauliana no puede encontrarse solamente en el acto mismo, sino en la conducta del sujeto o sujetos que participan del acto y en los efectos que este motiva. Se hace preciso por tanto salir un momento de los marcos de la dogmática del negocio jurídico o del derecho obligacional (30), que tradicionalmente han encuadrado la acción revocatoria, y escudriñar su razón de ser por otro lado.

Fuera de las relaciones jurídicas singulares entre dos sujetos, entre las fronteras del mandamiento legal y la infracción del mismo, se ubica el derecho subjetivo como poder (lícito) de obrar respecto de un interés jurídicamente tutelado y que encuentra su limitación bien en la ley, bien en los acuerdos entre partes. Caracteriza el derecho subjetivo la facultad del sujeto de actuar (poder de disposición) sobre su patrimonio. En la medida que el sujeto ejerza (personalmente o por delegación) de manera normal su facultad de actuación sobre tales bienes, nada podrá serle objetado. Normalidad que, a estos efectos, vienen signada por la buena fe como criterio de probidad en sus relaciones, obligacionales o no, con otros sujetos y por el uso no abusivo o antisocial de los derechos. Dice el artículo II del Título Preliminar: "La ley no ampara el abuso del Derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda".

En estos principios sustantivos del Derecho privado y que desde luego no son privativos del Derecho obligacional, pero que en él influyen de manera decisiva, se afincan a nuestro juicio las raíces de la acción pauliana (31). O, mejor dicho, las raíces y fundamentos del derecho que asiste al acreedor para invocar la inoponibilidad de un acto de su deudor. Son estas reglas de conducta las que vulneradas en relación con una obligación o expectativa de ella, justifican que el afectado solicite respecto de él la ineficacia o remoción del acto dañino. Porque se comporta impropiamente, falta a la buena fe y a la honestidad y lealtad normales, quien a la vista de un próximo y seguro débito a su cargo, dispone de sus bienes para impedir el oportuno cobro al inminente acreedor; abusa de su derecho el deudor bajo condición que enajena y deviene insolvente confiando que no se cumplirá el evento condicionante; otro tanto puede decirse del deudor que dona sus bienes, el cual, aun sin intención fraudatoria (32) o dañosa, ha omitido actuar responsablemente con la diligencia y cuidado idóneos (deber de conocimiento, de corrección y por ende de cautela normal) que le impone su posición de deudor; si el deudor se olvida de su obligación ya desatendida o no, si arriesga impremeditadamente en operaciones especulativas, si no obra maliciosamente, ¿cómo hablar propiamente de fraude o de *animus nocendi*?. Y, al mismo tiempo, ¿cómo dejar desamparado al acreedor contra el deudor irresponsable o negligente?

(30) Agudamente ya sugería GIORGI: *op. cit.*, II, 345, que la acción pauliana no se funda sobre una relación obligatoria, "siendo más bien un *ius singulare*".

(31) Sin desarrollar la idea, casi rodeándola, parece anunciarla MARTIN BERNAL, José: "El abuso del derecho", págs. 239 y ss, en especial pág. 267.

(32) El artículo 2868.2 del Código Civil chileno la presume, si el deudor conoce su mala situación económica.

También es sustantiva la función de las conductas de terceros, esto es, su comportamiento no abusivo y de buena fe. Si así no fuera, si no consideramos *iniura* en su actitud (33), si solamente tuviéramos presente las ideas de crédito y deuda, ¿qué título ampararía al acreedor para impugnar el acto entre adquirente y subadquirente, ambos de mala fe?. El accionante no tiene relación con terceros; con ellos nada obligacional le vincula; no es, por cierto, su acreedor. Por eso, la injerencia en sus asuntos en vía de acción pauliana encuentra justificación no en la buena fe objetiva del artículo 1362, sino en la transgresión del deber que a estos terceros les impone el artículo citado del Título Preliminar. Falta de buena fe que se ha evidenciado en un acto en daño del acreedor.

En estos casos la necesaria participación del adquirente consciente del daño, muestra que el derecho de obligaciones puede ser vulnerado por terceros, que han dejado de atenerse a la general obligación pasiva que les incumbe (34)

Entre el engaño preordenado al daño y la perfecta cooperación para cumplir bien, como supuestos extremos, existe, pues, un amplio abanico de hipótesis y graduaciones de conducta que habrán de ser juzgadas, lo mismo que se juzga la participación del adquirente si la disposición fué o no gratuita. E incluso en los actos gratuitos, la pretensión revocatoria encuentra su origen no únicamente en el dato objetivo del perjuicio que trae su causa de la insolvencia que el acto motiva, sino en la conducta que, declarando una voluntad conforme a la enajenación graciosa, actúa dolosa o negligentemente.

En sede, pues, de rescisión pauliana hay que recordar que el acto perjudicial no se produce por sí solo sino que responde a comportamientos; que tras el acto en sí con su valor objetivo y fenoménico hay una carga de conducta, un deber genérico —que puede concretarse en una obligación específica— que no sólo constriñe al deudor a cumplir, a no causar daño, sino a comportarse con diligencia, lo que equivale a conservar los medios para cumplir o para afrontar la responsabilidad por el incumplimiento y daño (35) (lo que obliga a los terceros a no impedir a sabiendas la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad del deudor). De aquí que, en principio, la acción pauliana sea irrenunciable.

La pauliana, pues, no solamente se explica por un negocio jurídico en sí, sino también porque el deudor ha sido doloso o negligente y porque el acreedor no encuentra en su deudor otros bienes libres o conocidos con los cuales cobrarse.

208. CARACTERISTICAS COMPLEMENTARIAS

Corolario de la incorrecta conducta, se desprenden dos características de la acción pualiana de especial relevancia y que conviene aquí examinar: a) su función conservativa o cautelar, pero no ejecutiva; b) su connotación de acción personal y no real.

(33) FERRI: "La autonomía privada", pág. 266.

(34) HERNANDEZ GIL, Antonio: "Obligaciones", pág. 23

(35) BARBERO: "Sistemas . . . ", III, pág. 149.

Con relación a lo primero, que ha sido harto debatido por la doctrina, se trata sin duda de una acción cautelar o conservativa. La pauliana coloca bienes en garantía, pero no los expropia ni del deudor ni del adquirente, aunque otorga título para poder hacerlo. Puede y debe entonces decirse que la revocación pauliana no sólo está enfocada para evitar la frustración ante el incumplimiento; su actual y también principalísima función consiste en hacer retener un bien en poder de terceros para posibilitar el cumplimiento.

Atinente a la segunda característica se trata de una accción personal, de suerte que no se persigue un bien (36) sustrayéndolo de la posesión del primer o ulteriores adquirentes (37) prescindiendo de su buena o mala fe, sino que se pretende remediar las consecuencias objetivas de una conducta ilícita, acto personal del deudor y adquirentes que perjudica el derecho de crédito. Según Castán (38), la acción pauliana ha de ser acción personal fundándose: a) en que en el Digesto está calificada explícitamente como *actio in personam* (lib. XXII, título I, *de usuris*, fr. 38), b) en que dicha acción tiene como finalidad la revocación de actos que pueden afectar no a derechos reales, sino personales, y c) que dicha acción no se puede ejercitar contra cualquier tercero, y, en todo caso, no se promueve contra el tercero por ser poseedor, sino por estar obligado por complicidad fraudulenta o por ganancia injusta.

209. CUESTIONES ADICIONALES

Concordante con todo lo expuesto, hay tres consideraciones que, además de las que expresamente señala el artículo 195, habrán de tenerse presentes al estudiar la acción pauliana.

Primero: aun teniendo a la vista el principio de garantía colectiva vulnerado por la conducta fraudulenta, deberá advertirse si se conserva o no garantía adecuada y suficiente que respalde el crédito del acreedor reclamante. La sola disposición patrimonial del deudor no es en absoluto título suficiente para instar la revocación invocando el fraude: la enajenación de bienes ha de ser en entidad cualitativa o cuantitativa suficiente para hacer temer un posible perjuicio. Desde un punto de vista estricto, cualquier reducción patrimonial reduce igualmente la garantía en la que el acreedor confía. Empero,no creemos que tan rígido planteamiento sea el que justifique el ejercicio de la acción revocatoria. Quien teniendo cien y debiendo cincuenta enajena por cinco, aunque obre maliciosamente, no podrá, a nuestro juicio, ser citado en pleito como deudor fraudulento.

Algunas legislaciones como la española (39), estatuyen que tanto la acción revocatoria como la oblicua no pueden iniciarse sino después de haber perseguido sin éxito los bienes del deudor. Tampoco podemos abonar por esta teoría que nos parece extrema, pero sí por una tesis más moderada que puede mitigar los excesos de jueces celosos de defender, bien los derechos del deudor, como indirectamente permite la española, bien los del acreedor, como posibilita nuestro artículo 195, dando trámite a una demanda sin otro dicho de que el deudor prepara una insolvencia y que eso de por sí ya equivale a un perjuicio. A nuestro entender, el Juez debe contar, al admitir la demanda, con elementos objetivos ciertos que razonablemente permitan suponer la posible existencia del fraude por ausencia de bienes conocidos.

(36) ALBALADEJO: "Derecho Civil, II-1, pág. 156.
(37) PUIG PEÑA; "Tratado . . . ", IV-1, pág. 310.
(38) CASTAN: "Derecho Civil . . . ", III, pág. 231.
(39) Artículos 1.111 y 1.291 del Código Civil.

Sin necesidad de un juicio largo y costoso, en el que también ha de ser parte demandada el adquirente, podría imponerse la sana costumbre de que el acreedor solicite que el deudor, en diligencia preparatoria, absuelva posiciones dirigidas a descubrir la existencia en su poder de bienes libres sobre los cuales podría el acreedor ejecutar su crédito.

Decíamos que el juzgador ante quien se reclame la declaración de revocación debía atender a tres consideraciones que sustentan la acción, y ya hemos aludido a una de ellas.

Segundo: la acción revocatoria es un remedio ante un acto ilícito del deudor, no querido por el ordenamiento jurídico. Como tal remedio, propende a la recuperación (ideal) de los bienes que constituían la garantía perdida. El remedio no puede ir más allá que reconstruir el patrimonio original porque faltaría interés justo del acreedor (40), ni quedarse en menos (salvo los derechos de terceros). La declaración de conducta fraudulenta o negligente y, en su caso, de ineficacia del acto de disposición, no es título de adjudicación de los bienes del deudor al acreedor, ni crea sobre tales bienes de manera automática un derecho preferencial en favor del acreedor triunfante. Este último podrá solicitar aparte medidas cautelares sobre dichos bienes, pero ello no es connatural ni consecuencia del ejercicio de la acción. En resumen: el acreedor en favor de quien se declara la ineficacia del negocio de disposición, no queda forzosamente en mejor situación de seguridad que la que poseía antes del negocio impugnado.

Habiéndose eliminado el daño causado o potencial para la satisfacción del crédito, se agota la finalidad de la acción: se ha logrado conservar la garantía y evitado un perjuicio. La ejecución de la garantía es otra cosa distinta a la que coadyuva la pauliana, pero no es esa su principal razón de ser. Si la revocación es un remedio, no puede el acreedor pretender revocar actos dispositivos por cuantía que exceda el crédito principal y accesorio y las costas del juicio. Este principio tiene una singular consecuencia: el adquirente de buena o de mala fe tiene derecho a reparar el daño o perjuicio alegado, lo que queda claro cuando el bien cuyo reintegro al patrimonio original se reclama tiene un valor que excede el crédito que respaldaba.

Así, por ejemplo, si el deudor A enajena a un tercero B su único bien por 100, quedando un acreedor por 10. Si acaso B estimara preferible, nada obsta que entregue los 10 debidos en nombre de A y conservar para sí el bien. La explicación es sencilla y se justifica perfectamente: el acreedor solamente tiene derecho a 10, no más. Y una vez que su crédito quede satisfecho o garantizado por el deudor o por tercero, no puede reclamar otra cosa, pues aunque no directamente, sí ha logrado el propósito final de la acción. Más adelante tendremos oportunidad de profundizar en este aspecto.

(40) BARBERO, Doménico: "Sistema . . . ", Tomo III, pág. 140.

Lo que sí conviene apuntar en este lugar es que la acción pauliana procede igualmente contra los actos de disposición que el alternativo o solidariamente obligado realice. Parece claro que ello comprende al fiador solidario, pero no se incluye al no solidario o que no hubiera renunciado a la excusión. Por otro lado, tampoco creemos que desaparezca el *eventus damni* por el hecho de que la obligación sea solidaria, aunque los obligados solidarios posean plena solvencia, si el deudor pretende hacer desaparecer sus bienes.

Tercero: la acción pauliana sólo busca remediar la reducción de la garantía, pero no produce automáticamente el deber de resarcir los daños causados (41) al acreedor si, aunque demostrara la acción fraudulenta, los bienes no pudieran ser restituídos.

Un distinguido abogado peruano (42) lo ha explicado perfectamente: "la pauliana no busca resarcir un daño sino evitarlo. La revocación se produce respecto de un acto realizado sobre un bien que integra la garantía general del acreedor. La revocación busca, pues, hacer posible que el acreedor ejercite tales derechos y no que se le indemnice por no poder ejercitarlos. Y cuando el acreedor obtiene la revocación, ha evitado el daño. Mal podría pues hablarse de resarcimiento de un daño que no ha llegado a producirse. Si la revocación no es posible, entonces el daño se ha producido y el acreedor tendrá que buscar el modo de que se le indemnice; pero tal modo no va a ser la acción pauliana. En el caso de que, por ejemplo, el poseedor del bien no pueda ser exitosamente demandado por no concurrir las condiciones requeridas, la acción pauliana no por ello va a ser ejercitable contra otras personas con una finalidad resarcitoria, que es distinta de la revocatoria que por esencia le corresponde. En tal caso, la acción pauliana simplemente no será viable y el acreedor deberá buscar otros medios para proteger su derecho".

Por nuestra parte solamente podemos agregar a lo dicho por Roselló que el inciso 3o.) del artículo 1219 del Código faculta al deudor a reclamar del acreedor la indemnización que corresponda. Pero esto nada tiene que ver con la acción pauliana porque el sujeto pasivo de la acción y la causa del *petitum* son distintos. Además, si el deudor no tiene bienes conocidos, carece de sentido ir contra él; si el adquirente de mala fe (y posterior enajenante a otro de buena fe) algo tuviera, la reclamación contra él por los perjuicios que su complicidad ha causado, no tendrá título pauliano. Es decir, mientras la pauliana se enfoca a poder cobrar la prestación debida por el deudor, la indemnización que se reclame al tercero sería sustitutiva de la prestación.

210. OBJETO DE LA ACCION PAULIANA. LA INEFICACIA: CONCEPTO, BENEFICIARIOS Y ALCANCES

Tradicionalmente, al menos por un buen sector de la doctrina, se ha buscado la respuesta indagando la finalidad y naturaleza de la acción, como imbricada al derecho del acreedor de que se mantenga incólume una genérica garantía afincada en el patrimonio del deudor para "que los acreedores defraudados cobren sus créditos" (43). Esto es correcto, si bien sólo de manera

(41) Como sostiene DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos . . . ", Tomo I, pág. 745.
(42) ROSELLO, Rafael: "El fraude de los Actos Jurídicos en el Código Civil Peruano de 1936". Tesis de Bachiller. Universidad Católica, Lima, 1974, págs. 27-28.
(43) ROCA SASTRE: "Derecho Hipotecario", II, pág. 701.

mediata, y justifica el derecho de crítica (44) y de impugnación que asiste al acreedor: explica el por qué, pero no cómo logra su cometido. Así es, la calificación jurídica del acto y, a la postre, la manera de hacer efectiva la responsabilidad del deudor, son ajenas a la responsabilidad en sí misma. El excepcional derecho pauliano que asiste al acreedor para inmiscuirse en intereses de su deudor con terceros, deriva de la responsabilidad, pero no es el reverso de la medalla de ésta. Por eso, cuando se ejerce la acción se pretende que se califiquen unas conductas que el acreedor reputa dolosas o negligentes y que se aplique una sanción a un acto jurídico (45). Sólo de modo consecuente, y llegada la oportunidad, embargar los bines materia de dicho acto y hacerse con ellos cumplido cobro hasta donde cubran su crédito. Se quiere decir con esto que buscar en la naturaleza de la acción pauliana el alcance de la sanción, es pesquisa por equívoco derrotero de infructífera andadura. La severidad de la sanción, beneficiarios, plazo para invocarla, es cuestión de política legislativa: es el castigo ante comportamientos impropios. Así, pues, el objeto de la acción paulina, es la declaración de una pena sobre el negocio. El modo de ser de la pena y su gravedad han sido materia de abundantes discusiones en la doctrina y de dispar tratamiento legislativo. Los pareceres doctrinarios y las soluciones en los ordenamientos positivos se han decantado por la nulidad absoluta, nulidad relativa (46), mero modo de indemnización, de resolución afectando a todos los acreedores, o de ineficacia que es la tesis que recoge nuestro nuevo sistema civil. Sólo a esta alternativa, dedicaremos, pues, nuestra atención.

En sede de fraude (en amplio sentido de daño —no necesariamente doloso— a los acreedores), llamamos ineficacia a aquel estado sobrevenido (47) que se atribuye a un acto jurídico determinado y por el cual no debe surtir sus efectos prácticos y jurídicos normales y, de haberse ya producido (48), se consideran como si no hubieran tenido lugar para el accionante. En el caso de la pretensión pauliana, el acreedor reclama del Juez una declaración de voluntad (sentencia) por cuyo imperio, y sólo ante el acreedor y por la cuantía de sus créditos, se considera como si la enajenación del bien no hubiera tenido lugar.

La declaración judicial de ineficia supone, en síntesis, que el acto de enajenación no será oponible por las partes ante el acreedor accionante y, por lo tanto, crea en su favor una suerte de derecho preferente para poner a su alcance ejecutivo (por otra acción) los bienes transferidos. Sólo a este acreedor beneficia y no a otros acreedores; tampoco al deudor. Respecto de otros acreedores no accionantes, el bien se reputa, para todos los efectos, legítimamente salido del patrimonio del deudor y entrado en el del tercer

(44) Creo aplicables a la pauliana, con las debidas salvedades, el planteamiento de JAPIOT: "Des nullites en matiere d'actes juridiques", París, 1909, págs. 270 y ss, que conceptúa el derecho de crítica como aquel dirigido contra los efectos de un acto, y que se diferencia de otros derechos en que su propósito es "destructor" de un negocio en la nulidad (y sólo relativamente en sede pauliana). Por lo demás, este derecho de crítica se ejerce para poder ejercer otros derechos que el acto impugnado habría perjudicado temporal o definitivamente si no se impugnara.
(45) ROCA SASTRE: *op. y loc. cit.*, sostiene una posición diametralmente opuesta: "la finalidad (no es) de ningún modo sancionar un acto reprobable".
(46) Tal es, por ejemplo, la solución del art. 1,167 del C.C. francés; art. 106 del brasileño; art. 1,099 del peruano de 1936.
(47) SANTORO: "Doctrinas . . . ", pág. 319.
(48) PUIG BRUTAU, José: "Fundamentos . . . ", II-I pág. 350.

adquirente; por consiguiente queda sustraído a la acción ejecutiva de ellos (49). Si en aplicación literal de la revocación se considera, en cambio, que opera *erga omnes* y que la devolución se produce real y efectivamente, todos los acreedores disfrutarían de las ventajas de esta medida y no solamente el preocupado diligente.

Las razones para no hacer extensiva la sanción de ineficacia pauliana en beneficio de todos los acreedores, parecen claras: a) el acreedor ha demandado en nombre propio y no en representación de otros acreedores o la entera masa de ellos; b) tampoco es el caso, como en la acción subrogatoria, que el acreedor actúe en nombre del deudor invocando por él la rescisión de un acto y la consecuente devolución de bienes; no hay tal pues el acreedor actúa por sí y para sí; c) procede agregar, asimismo, que el principio de relatividad de la cosa juzgada no consiente que los pronunciamientos judiciales redunden en pro ni en contra de los que no han sido parte en la litis.

211. LA INEFICACIA COMO PRETENSION PROCESAL

Según el artículo 195, el acreedor puede pedir que se declaren ineficaces ciertos actos de disposición de bienes del patrimonio del deudor. ¿Pedir a quién?. A un Juez, evidentemente. En la medida que se interesa la intervención judicial para la impugnación del acto de disposición, se trata, efectivamente, de una acción ejerciendo una pretensión. El sujeto activo de la acción es el acreedor demandante; el sujeto pasivo es un poder del Estado o, más propiamente, un órgano del Estado. La acción pauliana se inicia con una declaración de voluntad: se pide del Juez una determinada intervención, que actúe durante el proceso de una forma que la ley establece y que en su día pronuncie una decisión declarativa imponiendo una sanción.

Tal declaración de voluntad tiene un específico contenido, una pretensión y aquí radica el *quid* del asunto. La acción pauliana no es acción en el sentido procesal de vocablo, porque la acción procesal como tal es independiente del derecho material en que pretende sustentarse el ejercicio de la misma (50). La acción en sentido lato solamente va dirigida a obtener un determinado comportamiento judicial de orden formal sin solicitar necesariamente una decisión sobre el derecho (una inspección ocular, por ejemplo, o un embargo preventivo). En cambio, si el acreedor solicita un cierto pronunciamiento sobre un determinado negocio jurídico celebrado por su deudor no solamente hace uso de un derecho subjetivo que consiste en accionar, sino que quiere ejercer una pretensión de fondo de orden sustantivo. De este modo, por vía de acción el acreedor pretende una declaración judicial de certeza sobre unas conductas, un acto de disposición y unas consecuencias.

El acreedor, en síntesis, usa de un poder que la ley le atribuye para hacer declarar ineficaces ciertos actos (51).

Si lo que hace el acreedor al accionar es ejercer una pretensión amparada en el derecho que le confiere el artículo 195 del Código, la constatación que solicita el Juez, constatación de un acto perjudicial, tiene un objeto: que se califiquen unas conductas y se declare la ineficacia de ese acto. El ulterior embargo de los bienes y el cobro del crédito ya son asuntos independientes. Esta es, en breve, la finalidad querida con la inadecuadamente llamada acción pauliana, denominación que originalmente no pertenecía al ámbito civil ni necesariamente se dirigía contra el deudor (52), pero que conviene conservar porque la tradición la ha legitimado.

(49) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", tomo IV, pág. 159.
(50) GUASP, Jaime: "Derecho Procesal Civil". Madrid, 1968. Tomo I, págs. 212 y ss.
(51) BARBERO, Doménico: "Sistema de Derecho Privado". Tomo III, pág. 142.

El interés de precisar el carácter de pretensión de la pauliana obedece al propósito de explicar el alcance de la declaración judicial que el acreedor solicita. Efectivamente, si bien con ella el acreedor intenta la recuperación del patrimonio del deudor que estima dispuesto indebidamente, con frecuencia no se intenta sola. Es decir, que de modo paralelo suelen presentarse otras pretensiones conducentes al cobro del crédito.

Este asunto fué objeto de una acertada y clarísima exposición sobre el carácter de la pauliana por parte del Dr. Vega García en la sesión de la Comisión Reformadora de 30 de Noviembre de 1972,cuyo borrador del acta respectiva parcialmente reproducimos por su valor y como homenaje a su memoria. A una pregunta del Presidente, Dr. Osterling, el Dr. Vega señaló que "nada impide que el acreedor ejercite su acción de cobro contra el deudor y que simultánea o sucesivamente plantee la acción revocatoria contra el deudor y contra el adquirente (. . .). Para poder ejercer las acciones contra el adquirente, o sea para embargar o rematar los bienes que en virtud del acto fraudulento pasaron a manos del adquirente, es necesaria una declaración previa de la ineficacia del acto. Ante esta situación, pueden presentarse tres casos. En primer lugar, un acreedor cuyo crédito está sujeto a condición o a plazo. Este acreedor puede ejercer según la doctrina del artículo 1 (hoy 195 del Código) la acción revocatoria. La acción de cobro no la podrá iniciar cuando el crédito está sujeto a condición o a plazo. Lo único que podría hacer es pedir la revocación del acto jurídico por fraude y una vez que se cumpla la condición y se venza el plazo, ejercer la acción de cobro y (. . .) embargar los bienes que están en poder del adquirente.

"En segundo lugar, puede ocurrir que el acreedor tenga un crédito que está reconocido por sentencia judicial. En este caso, antes de enterarse de que el acto es fraudulento, había iniciado la acción de pago, y luego se cerciorará que había un acto fraudulento y plantea la acción revocatoria. Una vez obtenida la sentencia de ineficacia del acto, en el juicio de cobro y en vía de ejecución de sentencia, solicita el embargo y remate de los bienes que están en manos del tercer adquirente (. . .).

"Por último, puede ocurrir que el acreedor tenga un crédito que es exigible porque no está sujeto ni a condición ni a plazo, pero todavía no ha sido reconocido por sentencia judicial. En este caso, lo primero que tiene que hacer el acreedor es entablar una acción de cobro contra el deudor y simultánea o sucesivamente plantear la acción revocatoria y entonces, si obtiene buen éxito en ambas acciones, pide en el juicio de cobro y en ejecución de sentencia el embargo y remate de los bienes que están en poder del tercer adquirente.

(52) Era una acción penal contra los terceros cómplices del deudor permitiendo una ulterior reparación económica.. La figura fué introducida por el Pretor Paulo. El derecho romano posterior la confundió con el *interdictum fraudatorium*, cuyo propósito era la recuperacion del bien debido por el deudor. Sobre el tema y el desarrollo histórico de la figura, con amplitud, véase KIPP, Theodor: "Impugnación de los actos *in fraudem creditorum*". Revista de Derecho Privado, Madrid, 1924.

"Por estas razones pienso que la acumulación es jurídicamente imposible: se trataría de una acumulación subjetiva de acciones porque se trata de las acciones que una persona tiene contra varios y no se trata de una acumulación objetiva o sea aquella en la que una persona tiene varias acciones contra otra y las acumula todas en una demanda.

"Lo que se pretende acumular es la acción de pago de un crédito con la acción revocatoria o pauliana. La acción de cobro la tiene el acreedor contra el deudor: la acción revocatoria, en cambio, la tiene el acreedor contra el deudor y contra el adquirente y subadquirente. El título de la acción de cobro es, por lo general, el contrato que dió nacimiento al crédito, mientras que en el acto fraudulento el título está precisamente en el acto practicado por el deudor y por el tercer adquirente.

"Entonces, pues, los títulos de que emanan ambas acciones son distintos haciendo imposible la acumulación subjetiva por así establecerlo el artículo 249 del Código de Procedimientos Civiles. La acumulación es innecesaria, de otro lado, porque el acreedor lo primero que tiene que hacer es cobrar el crédito. El proceso de ejecución es posterior, lo cual no significa en forma alguna que el acreedor tenga que esperar el fallo en el juicio de cobro para poder iniciar simultáneamente: si se declara fraudulento el acto y se obtiene sentencia favorable en el juicio de cobro, en vía de ejecución de sentencia dentro del juicio de cobro se pide el embargo y remate de los bienes que están en manos del tercer adquirente".

Sentadas estas premisas sobre el carácter de la pretensión, puede decirse entonces que la acción (pretensión) pauliana tiene una finalidad preparatoria: al lograrse la ineficacia del negocio y el retorno (ideal) al deudor del patrimonio enanejado, se prepara una ulterior posible ejecución sobre los bienes recuperados (53).

212. NATURALEZA DEL CREDITO GARANTIZADO. CONDICION Y PLAZO

Según el artículo 195 del Código, la declaración de ineficacia pueden solicitarla todos los acreedores "aun cuando el crédito esté sujeto a condición o a plazo".

No admite discusión el derecho del acreedor a intentar la ineficacia si su crédito ya ha vencido, es exigible y no ha sido satisfecho. Tiene legítimo interés económico para accionar, ya que se trata de la defensa de sus derechos: el deudor fraudulento o despreocupado ha dispuesto de su patrimonio y el acreedor no encuentra bienes, o los encuentra en cuantía insuficiente, que puedan ser ejecutados para hacerse cobro con su producto. De este modo, se parte de un supuesto: el deudor ha incumplido. Y el acreedor impugna un acto traslativo que reputa (en ancho sentido) fraudulento. Si tiene éxito esta impugnación después, en otro juicio (54), se hará cobro de su crédito con los bienes que fueron materia de disposición.

(53) ROSELLO, Rafael: *op. cit.*, pág. 30, apunta con agudeza que "la acción paulina no se ejercita por sí misma, sino por lo que posibilita".

(54) El Código en aras de la claridad pudo haber incluído un precepto similar al segundo párrafo del artículo 2.902 del Código Civil italiano: "Obtenida la declaración de ineficacia, el acreedor puede promover acciones ejecutivas o conservativas contra los terceros adquirentes, respecto de los bienes que bienes que forman el objeto del acto impugnado".

Un interesante problema a dilucidar consiste en determinar si en el juicio de revocación puede discutirse el derecho de crédito que el acreedor dice poseer. La respuesta, como ya se ha dicho, tiene que ser negativa. No se pueden acumular acciones diversas en las que no hay posible identidad. Pero ello no obsta que se sustancien ambas cuestiones de manera paralela. El crédito no requiere ser líquido (55).

Problema mucho más serio y que ha sido objeto de apasionadas discusiones, es el relativo al de los créditos a plazo o condicionales, de carácter suspensivo se entiende, y que el Código ha resuelto felizmente, zanjando definitivamente los debates al respecto. En favor de la inclusión de los acreedores a plazo ya se había pronunciado favorablemente León Barandiarán (56).

Su opinión respecto de los créditos *sub conditione* era contraria, indicando que tales créditos son solamente una expectativa eventual, sujetos a un supuesto hipotético y que, consiguientemente, no se puede "ejercitar una acción de tal gravedad como es la de dejar sin efecto un acto jurídico so color de que es susceptible que el evento condicionante se produzca y, por lo tanto, la obligación se haga exigible" (57). Y subrayó su parecer haciendo suyas las palabras de Demogue: "se trata de saber si el perjuicio es asaz cierto para permitirle (el acreedor) accionar. Ahora bien, no lo es si hay crédito condicional"(58).

Nosotros no coincidimos con este planteamiento y abogamos por la nueva solución que aporta el Código, porque si bien la cuestión ha de ser contemplada a la luz del perjuicio, hay otras consideraciones de orden dogmático ya enunciadas de paso, pero que conviene traer a colación nuevamente. La principal, a nuestro juicio, consiste en que la revocación no hace nulo el acto de transferencia, esto es, no lo destruye; antes bien lo torna para el acreedor accionante como si no se hubiera celebrado, de suerte que si la condición no prospera, el negocio, aunque fraudulento, sigue en pie. En segundo lugar hay que recordar los intereses que la ley trata de proteger y tutelar. En nuestra opinión debe propiciarse una solución que en plano ético se nos muestra evidente y que en el orden jurídico podría enunciarse de la siguiente manera: es preferible mantener la seguridad del acreedor ante un crédito condicionado y posible cuya buena fe no se discute, que la validez de un acto dispositivo que no hace posible el cumplimiento y respecto del cual está en tela de juicio la buena fe que lo inspira.

Hay una consideración adicional: la inclusión de los acreedores condicionales como sujetos activos de la pauliana es justa solución ante la, por otro lado cuestionable, decisión del codificador de no admitir la retroactividad de la condición (salvo pacto en contrario). No permitida la retroactividad, no hay razón para impedir que el acreedor condicional adopte las medidas oportunas sobre el patrimonio del deudor. Por añadidura, si el crédito condicional no se afirma el deudor fraudulento nada pierde: si, viceversa, la condición se cumpliera pero el acto fraudulento quedara incólume, pierde el acree-

(55) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones . . . ". Tomo III, pág. 113.
(56) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios . . . ". Tomo I, pág. 210-214.
(57) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios . . . ", Tomo I, pág. 214.
(58) Ibídem.

dor. Hay que insistir, pues, en que el acto en 'fraus creditorum' supone una conducta ilícita. Este ilícito civil no puede ni debe quedar indemne y potencialmente causar daño no sólo a quien no ha actuado ilícitamente, sino que por ende ostenta un legítimo —aunque condicionado— derecho de cobro.

La posición adoptada por este precepto guarda también una estrecha coherencia con lo dispuesto en el artículo 173, es decir, actos conservatorios que en este caso, por el mérito de la pauliana, buscan conservar la garantía con la que el acreedor contaba.

Entre los acreedores a quienes la ley faculta solicitar la revocación no produce hacer distinción sobre si son quirografarios o privilegiados legalmente o por título real. La ley no apunta distinción alguna y, además, coincidimos con Borda (59) en que los acreedores privilegiados pueden intentar la revocación si su privilegio no es suficiente.

213. EL EJERCICIO PROCESAL DE LA PRETENSION. LAS PARTES

Hemos examinado hasta el momento con relación a la acción pauliana, su fundamento, su finalidad, sus efectos esenciales y en base a cuáles créditos se puede accionar. Conviene ahora estudiar quiénes son los involucrados en este procedimiento. Vaya por delante la advertencia de que esto no debe dar pie a considerar la revocatoria como medida o solución de carácter procesal.

Como bien ha puesto de relieve Letti (60), contrariando la construcción de Carnelutti, no puede confundirse el derecho del acreedor a reclamar una sanción con la sanción misma. Y agrega el mismo Betti: "Sabemos perfectamente que la acción de ejecución no debe ser confundida con la garantía, esto es con la responsabilidad que es inherente a la misma relación de obligación; pero una cosa es el poder de promover su actuación en el orden procesal. Pues bien, la teoría procesalista suprime el aspecto privado de la obligación, para tener presente sólo el poder de promover la actuación de la sanción. Para nosotros es de plena evidencia que el poder de promover la actuación de la sanción tienen en sí mismo un carácter meramente procesal pero ello supone, como elemento que debe ser actuado, como razón que deba invocarse y ser realizada, una sanción, la cual no puede ser establecida si no es por el mismo Derecho sustancial, es decir, por el Derecho privado. Creemos suficientemente fundado este punto fundamental que (. . .) consiste en estimar la estructura de la obligación como una resultante de: a) de un deber de cumplir una prestación, y conjuntamente, b) de una responsabilidad, la cual es correlativa a una expectativa de satisfacción para el caso de que el deber no sea espontáneamente cumplido" (61).

Las partes del juicio impugnatorio son el acreedor —o sus herederos o causahabientes—, el deudor, el adquirente y eventualmente los posibles subadquirentes. Si la pretensión del acreedor es obtener que, ante él, se considere como si el bien enajenado todavía formara parte del patrimonio del deudor, ha de citar en la controversia a todos aquellos que han participado en las maniobras fraudulentas o simplemente negligentes. Quedan involucrados.

(59) BORDA, Guillermo: "Obligaciones . . . ", pág. 153.
(60) BETTI, Emilio: "Obligaciones. . . ", Tomo II, pág. 401.
(61) Ibídem.

en suma, todos aquellos que hayan procedido en connivencia contra el acreedor y de quien de ellos recibe título. Los alcances de esta conspiración serán detallados en otro lugar.

214. PRESUPUESTOS DE LA ACCION. EL PERJUICIO.

No toda conducta del deudor y de terceros es ilícita por el sólo hecho de causar un daño a un concreto acreedor. Puede sufrirse un perjuicio lícito si cobra antes otro acreedor con crédito vencido. La ilicitud, entonces, es aquel perjuicio reprobado y no permitido por el ordenamiento. En sede de revocación de actos, la ilicitud se juzga con dos criterios: uno subjetivo, consistente en la propia conducta del deudor y de terceros adquirentes y subadquirentes; otro objetivo que es la manera de causar el daño (un acto jurídico) y las consecuencias de éste. Empecemos por lo último.

215. EL ACTO MATERIA DE IMPUGNACION. CARACTER OBJETIVO DEL PERJUICIO.

El artículo 195 bajo análisis habla de actos de disposición (62) del patrimonio por los cuales el deudor cause perjuicios a los derechos del acreedor. A esclarecer qué hemos de entender por actos de disposición y por perjuicio van dirigidos los párrafos que siguen.

Según Messineo (63), "el concepto de acto de disposición debe entenderse en su mayor amplitud, en el sentido de sustracción, inclusive virtual, de elementos al patrimonio del deudor, como actos de enajenación o de renuncia, a menos que en cuanto a estos últimos se valga el acreedor de la acción subrogatoria". Son, pues, actos de disposición todos aquellos por los cuales se declara la voluntad de no ejercer el dominio, total o parcial, sobre un bien que integra el patrimonio, produciéndose una salida del mismo o no ingreso. Lo cual equivale a decir que, sobre bienes libres, se ha ejercido un acto de derecho subjetivo, en principio válido, que modifica el derecho preexistente, transmitiéndolo, reduciéndolo o extinguiéndolo (64). Con todo, a veces es difícil distinguir en casos específicos cuándo se trata de un acto complejo de administración, o de acto de disposición o de conservación. La diferente estructura de los actos de administración, a veces no se muestra con nitidez en la práctica (65). En régimen de acción pauliana, se puede decir que los actos de disposición empeoran —al menos de manera aparente, por no conocerse otros bienes— la situación patrimonial conocida del deudor. No es imprescindible, en consecuencia, una salida física del bien del activo del deudor.

¿Cómo se produce el empeoramiento?. Se produce al haber quedado reducida la garantía patrimonial conocida que respaldaba la responsabilidad. Esta reducción opera de muy diversas maneras: venta en todas sus modalidades, permuta con precios irreales, donación, dación en pago, aportes, transac-

(62) Se excluyen los bienes legalmente inembargables de los cuales el deudor puede, lógicamente, disponer con libertad.
(63) MESSINEO, Francisco: "Manual . . . ", Tomo IV, pág. 151.
(64) LARENZ, Karl: "Derecho Civil", Parte General, pág. 434.
(65) AGUILERA, Tomás: "Actos de administración, de disposición y de conservación". Madrid, 1973.

ciones, pago de obligaciones naturales o no exigibles (66). Debe citarse también la consitutución de garantías, pero eso lo veremos al comentar el artículo respectivo. Algunos autores señalan también que la concesión de derechos de goce sobre bienes justifica el ejercicio de la pauliana. Se cita el caso del usufructo y de los arrendamientos a precio vil (67), e inclusive a largo término, que dificultan la venta del bien para el pago de obligaciones del deudor.

En cualquier caso, el acto de disposición debe ser efectivo, aunque no necesariamente ejecutado, de contenido patrimonial, y no una mera expectativa. En este sentido, los contratos preparativos, aunque tengan contenido patrimonial, no evidencian un perjuicio en los intereses de los acreedores mientras *solamente* establezcan una relación jurídica preliminar y huérfana de eficacia dispositiva hasta la materialización del negocio definitivo (68).

Se ha sugerido también que puede cometerse fraude recurriendo a actos procesales (69), considerando el caso de un deudor que adrede se deje vencer por un tercero cómplice en un procedimiento judicial para transmitirle un bien en perjuicio de sus acreedores. Aunque haya habido intención fraudulenta, no vemos en la hipótesis propuesta el supuesto cabal de la acción apuliana. Más nos parece de simulación: se ha recurrido al engaño de Juez y de acreedores; se ha simulado una falsa voluntad. Efectivamente, si el título que el tercero invoca en su demanda es legítimo y verdadero, no hay fraude: se ha preferido a un acreedor antes que a otro, aunque utilizando un camino irregular para el pago. Si, por el contrario, el tercero acciona con título fraguado de acuerdo con el deudor, es un caso de enajenación fingida y, aunque con designios fraudulentos, eso se llama simulación. Podrá invocarse la nulidad del negocio, pero no hay enajenación efectiva, que es el presupuesto de la revocación pauliana (70).

Puede igualmente actuarse fraudulentamente con actos de renuncia, sean a título oneroso o gratuito. El comportamiento activo que no conlleva empobrecimiento, sino renuncia al (derecho de) enriquecimiento puede impugnarse si no afecta derechos personalísimos (71) y con ello se mantiene o incrementa al perjuicio y efectivamente se actúa la voluntad ejerciendo un derecho subjetivo sobre derechos adquiridos (véase artículo 676, sobre renuncia a la herencia).

Ahora bien, el mero acto de disposición no es suficiente para invocar la revocación. La ley dice que, además, tal disposición debe originar perjuicio a los acreedores. ¿En qué consiste el perjuicio, cómo se materializa?. ¿Tiene que haber relación de causalidad directa entre el acto de disposición y el perjuicio que el acreedor alega?.

(66) En este último caso contemplado, no será necesario probar el comportamiento doloso o culposo del deudor. Es suficiente acreditar falta de otros bienes ejecutables y que el *solvens* no podía ser compelido jurídicamente al pago. Pero esta dispensa procesal favorable al acreedor, no autoriza inferir que el deudor no se ha comportado con un mejor acreedor tal como estaba obligado a hacerlo.

(67) OSPINA: "Obligaciones . . . ", Bogotá, 1976, pág. 231.

(68) De todos modos, el contrato preparatorio debe ser objeto de interpretación para determinar si tiene o no virtualidad preparatoria o sólo condicionada o a plazo. Véase: ROMAN GARCIA: "El precontrato", ya citado págs. 176 y ss.

(69) ROSELLO: *op. cit.*, pág. 99; SANTOS BRIZ: "Derecho Civil". III. pág. 219 y CASTAN: *op. cit.*, III. pág. 236, aunque este último apoyándose en una sentencia del Tribunal Supremo español de 9/7/1913.

(70) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones . . .", Tomo II, pág. 112.

(71) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios . . .", Tomo I, pág. 196.

A) Materialización del perjuicio.— El perjuicio del acto fraudulento, tal como lo concebimos, no sólo consiste en un daño emergente o un lucro cesante del acreedor, que se ve impelido a la impugnación. El perjuicio no debe ser conceptuado solamente como un detrimento puramente económico ya acaecido. Por ello se justifica que la acción pueda ejercitarse antes del incumplimiento y quede incluso al alcance de los acreedores a término o de aquellos bajo condición. El perjuicio, fundamentalmente, estriba primero en la frustación de una confianza en el sano y no abusivo uso de los derechos de disposición del deudor; en la malograda expectativa (interés) de carácter económico del acreedor actual o próximo. Esta frustración se visualiza cuando se piensa que el deudor tiene no solamente deberes de resultado, como cumplimiento efectivo, sino también de conducta, como no impedir el pago del crédito (72) mediante la disminución de su activo patrimonial ejecutable. El incumplimiento de este deber de conducta puede ser un incumplimiento contractual (no se ha respetado la garantía que respalda el crédito, frustrando así la legítima expectativa del acreedor), o extracontractual (tratándose de terceros, o de actos dispositivos anteriores al nacimiento del crédito). El perjuicio salta a la vista no únicamente para el crédito exigible, que no podrá realizarse: los acreedores condicionales o a plazo tienen reducidas posibilidades de cobro, así como la de ceder sus créditos, porque el cesionario puede tener cuidado en verificar la seriedad y solvencia del deudor, así como la de compensar sus créditos, etc.

B) La insolvencia.— La cuestión del perjuicio hace que tratemos el tema tan traído y llevado de la insolvencia. Según Puig Brutau, el lenguaje corriente nos proporciona un concepto de insolvencia que, en definitiva, coincide con el concepto jurídico: insolvencia es la imposibilidad en que se encuentra el deudor de pagar sus deudas. Insolvente es el que no tiene con qué pagar. Dicho con lenguaje más apropiado, insolvente es el que carece de bienes que puedan responder del cumplimiento de sus obligaciones. Si del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros, cabe afirmar que es insolvente quien por carecer de bienes presentes no puede dar cumplimiento a sus obligaciones pecuniarias, ni en forma específica (tal como son debidas) ni proporcionando un equivalente económico de la prestación que debía realizar (73).

Los artículos 1,098 y 1,099 del Código de 1936, reputaban la insolvencia como requisito necesario para invocar el fraude e impugnar el acto de disposición. De la misma opinión era León Barandiarán (74). No son de este parecer la más moderna doctrina y los autores del Código. Concretamente, en la sesión en la que se debatió este artículo (75) quedó claro que "puede pedirse la declaración de ineficacia del acto cuando cause un perjuicio, y no necesariamente cuando el acto produce la insolvencia". Las razones son atendibles: la insolvencia es un estado económico; el perjuicio, en cambio es una consideración de orden jurídico que atiende tanto a una conducta impropia, cuanto a la reducción del patrimonio conocido y ejecutable. La insolvencia se apoya, como dice Puig Brutau, en la carencia de bienes, la acción pauliana en la carencia de bienes concocidos, en la posible dificultad

(72) BETTI, Emilio: "Obligaciones . . . ", II, pág. 400.

(73) Voz Insolvencia: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Tomo XII, 866.

(74) En "Comentarios . . . ", págs. 123 y ss.

(75) 16 de Noviembre de 1972.

de cobrar de otro modo (76) y en un comportamiento antijurídico doloso o culposo (aunque el deudor no sea insolvente).

El daño, pues, consiste en poner en peligro (77) la posibilidad de cumplimiento siempre que razonablemente sea de tal entidad que permita prever que, por el empobrecimiento que se determinará en el patrimonio del deudor, aun cuando éste no llegue a ser insolvente, en el momento del vencimiento de la obligación el acreedor no encontrará en los bienes libres que resten materia suficiente para satisfacer íntegramente los propios derechos. El perjuicio, pues, no es sinónimo de daño actual (78) en sentido de objetivo empobrecimiento del acreedor.

C) Relación de causalidad.– Tiene que haber relación de causalidad entre el acto dispositivo y el perjuicio existente al iniciar la acción. Si para cuando se quiere demandar el deudor ya ha reconstruído su patrimonio conocido a límites aceptables —no necesariamente iguales al estado anterior—, que hacen suponer que el crédito queda respaldado, la pretensión revocatoria debe ser desestimada.

Se ha discutido vivamente si la causalidad ha de ser inmediata, o basta una razonable derivación que establezca relación entre el acto y el daño.

A mi entender, la exigencia de causalidad directa debe desecharse, puesto que reduce sensiblemente el ámbito de la figura, su fuerza represiva y responde a una visión poco elástica de la misma, conceptuando el perjuicio como quebranto económico actual y no sólo potencial del acreedor. Es el resultado de algunas decenas de años de intentos objetivizadores del fenómeno. Creo, sin embargo, que es necesario reconducir los esfuerzos para dar cabida a la impugnación de actos fraudulentos que de otro modo no podrían ser atacados, dejando inerme al acreedor. Es menester, pues, distinguir entre causalidad inmediata y causalidad conducente y concebir la relación causal no como cadena de los dos eslabones, acto uno y perjuicio el otro, sino como necesario vínculo entre conducta irregular y perjuicio que se causa. Así conceptuada, cifrando la relación no solamente en el objetivo elemento del ilícito del deudor, sino también en la conducta censurable, podrá perseguirse por injusto el negocio doloso fraudulento de quien primero dona a un hijo (acto atacable) y acto seguido vende lo restante a terceros de buena fe (acto inatacable), con la manifiesta intención desde el inicio de no pagar a quien debe por quedar privado de bienes perseguibles (79).

Me parece que en supuestos como el ilustrado, sobre todo si se prueba el *animus nocendi*, debe prescindirse del requisito que obliga a que la insolvencia venga causada precisa e indefectiblemente por el último acto dispositivo. Puede haber sido propiciada por un acto anterior. Por añadidura, sin contar con el claro respaldo que el artículo II del Título Preliminar ofrece en apoyo de esta tesis que sometemos, nada hay que la obstruya en el Título del

(76) GIORGI: "Obligaciones . . . ". Tomo II, pág. 368.
(77) TRIMARCHI: "Istituzioni . . ." No. 447.
(78) BARBERO: "Sistema . . . ", pág. 145.
(79) Existe consenso en la doctrina y jurisprudencia nacionales que es de cargo del accionante acreditar la enexistencia de bienes del deudor. Más justa parece, sin embargo, la solución portuguesa plasmada en el art. 611 de su C.C.: "Incumbe ao credor a prova do montante das dividas, e ao devedor ou a terceiro interessado na manutencao do acto a prova de qué o obrigado possui bens penhoráveis de igual ou maior valor".

fraude y en ninguna parte se impone una forzosa relación causal directa e inmediata salvo que se trate de acto dispositivo para perjudicar el cobro de futuro crédito. Antes bien, creemos que el artículo 195 implícitamente permite la revocación de aquellos celebrados con dolo en detrimento del acreedor si éste no puede de otro modo —porque las enajenaciones siguientes no son atacables— cobrar lo que se le debe lo que implica carencia de otros bienes conocidos, suficientes y embargables (80).

216. REQUISITOS SUBJETIVOS. ACTOS ONEROSOS.

Hemos expuesto hasta ahora las circunstancias objetivas del ilícito que tipifican las consecuencias dañosas y que permiten accionar la revocación. Revocación, según se ha precisado, que no es 'erga omnes', sino exclusivamente operante ante el derecho del accionante. Estos requisitos objetivos son: la existencia de un crédito, incluso a condición o a plazo; la existencia de un acto de disposición del cual se derive un perjuicio; perjuicio que estriba en la frustración de un interés por reducción de la garantía general que respaldaba el crédito y que se ha visto mermada a límites preocupantes; sin posibilidad de otro recurso legal para obtener reparación del perjuicio, lo que debe entenderse como ausencia de bienes conocidos y ejecutables.

Son necesarios, sin embargo, otros presupuestos, o condiciones subjetivas. Estas condiciones miran a las conductas del deudor y de los adquirentes de los bienes (81). Son, pues, los requisitos subjetivos que tipifican la ilicitud y que conviene estudiar por separado.

1º) Respecto del deudor.– a) Es suficiente que tenga conocimiento (y está obligado a tenerlo porque debe conocer su patrimonio y sus deudas) de las consecuencias que el acto origina al acreedor, o; b) tratándose de acto de disposición anterior al nacimiento del crédito, que esté dolosamente preordenado a fin de perjudicar la satisfacción del futuro acreedor.

a) En la primera hipótesis que se presenta, el conocimiento se explica mejor por lo contrario. Es decir, deber de no ignorancia del efecto del acto de disposición respecto del conjunto de la garantía. El deudor tiene, respecto de su acreedor, un deber de diligencia y de cuidado de su patrimonio para permitir el cumplimiento —aunque sea forzosamente—. Por ende, está obligado a saber que su conducta reducirá la garantía patrimonial y que ello puede traducirse en un perjuicio. No basta, empero, el simple conocimiento del significado del acto: quien debe diez mil y tiene ochenta mil, si dona por treinta mil, puede conocer la reducción de su patrimonio, pero también sa-

(80) BARBERO: "Sistema . . . ", III, pág. 142, cita, sin embargo, una sentencia italiana, según la cual no es de impedimento para el ejercicio de la revocación –no hace desaparecer el extremo del 'eventus damni'– el hecho de que por el mismo crédito en cuya garantía un deudor haya sustraído una considerable parte de los propios bienes, estén obligados otros deudores solidariamente, que conserven íntegras sus condiciones de posible solvencia.
(81) Es complejo el tratamiento del fraude cuando el acto ha sido celebrado por medio de representantes del deudor, del adquirente o de ambos. En líneas generales, puede decirse que han de considerarse los estados subjetivos de los representantes, salvo que la decisión del acto haya sido tomada por el representado, y la ejecución o negociación al representante. El representado, que actúe de mala fe, aunque para nada haya participado en la génesis o cumplimiento del negocio, no podrá argumentar la ignorancia o buena fe de su representante y aprovecharse del resultado dañino en detrimento del acreedor. Con todo, véase DIEZ PICAZO: "La representación en el Derecho Privado". págs. 255 y ss.

be que no perjudica. Han de ocurrir, pues, dos circunstancias de consuno: conocimiento de los efectos propios del acto y conocimiento del perjuicio, actual o futuro, por la reducción de la garantía.

Estos deberes de conocimiento vienen a explicarse como carga de previsión. No se exige, pues, que el deudor tenga en mente la determinación resuelta y de mala fe, decisión de dañar en suma, mediante la ocultación de su patrimonio, escondiéndolo y poniéndolo fuera del alcance del acreedor. No se requiere que el acto se haga *ex profeso* para perjudicar. Inclusive, puede haber procedido de buena fe (82), no obstante lo cual el acto es impugnable, si fuera gratuito, o de ser oneroso, si el adquirente actúa de mala fe (porque conociendo el perjuicio no lo ha impedido sino que ha colaborado con ello). Acaso no haya intención de dañar, pero el deudor debe saber que tal vez puede dañar. Puede faltar un designio nocivo de causar mal, mas tampoco hay inocencia; hay una negligente ignorancia de la propia situación patrimonial y sobre los efectos que se pueden causar a terceros. Se parte de que un sujeto, dadas determinadas circunstancias, tenía el deber de conocer la posible lesión al interés del acreedor y ha hecho caso omiso a tal interés jurídicamente tutelado (83). Si la culpa por incumplimiento obliga al deudor a indemnizar, con mayor razón ha de ser bastante para permitir que el acreedor tenga el control pauliano a fin de asegurar el cumplimiento.

b) El acto de disposición puede haber sido efectuado antes de contraer la obligación crediticia. En este supuesto no es suficiente el simple deber de conocimiento que se ha omitido; es menester la consciente y premeditada reflexión. Ha de ser un acto dolosamente preordenado y no basta la simple negligencia o impremeditación (84). Es decir, se hace residir la causa del instituto revocatorio en una meditada y deliberada intención maliciosa; por ejemplo, se ha evidenciado un patrimonio real sobre el cual el acreedor ha afincado su confianza pero se ha dispuesto de él antes de la asunción de la obligación, con la intención de no poseer bienes conocidos cuando se tenga que hacer efectiva la responsabilidad que al deudor incumbre.

2º) Respecto de terceros.– Nos hemos referido hasta ahora exclusivamente a los estados subjetivos del deudor a que alude el apartado primero del artículo 195. Corresponde también examinar los estados subjetivos de los terceros adquirentes, distinguiendo siempre si los actos de disposición lo son antes o después del nacimiento del crédito.

A diferencia del deudor, a quien se impone un deber de conocimiento por su especial relación con el acreedor y porque tal deudor debe conocer

(82) LEON BARANDIARAN: "Comentarios al Código Civil peruano". I, pág. 194.

(83) Señala ROCA SASTRE: "Derecho hipotecario". II, pág. 688: "Es cuestión discutidísima si el *consilium fraudis* del deudor debe consistir en la intención de perjudicar a los acreedores o en el simple conocimiento de que se perjudica a los mismos. No podemos entrar en esta cuestión si bien creemos que entre el *animus nocendi* y la scienta fraudis hay un término medio que consiste en el designio de escamotear bienes a la actividad ejecutiva de los acreedores, ya que el *frautor* no enajena por el simple afán de dañar, ni enajena con la mera conciencia de que daña; enajena sin consideración al perjuicio que causa y con el solo fin de salvar, en su provecho, lo que ueda de sus bienes, mediante sustraerlos, con actos dispositivos, a los procedimientos ejecutivos de sus acreedores".

(84) SANTOS BRIZ: "Derecho Civil". Tomo III, pág. 218.

mejor que nadie su propia situación económica, sólo son impugnables los actos a título oneroso cuando el tercero tiene efectivamente conocimiento del perjuicio al derecho del acreedor (85). Tampoco en este supuesto es necesario perjuicio causado es decir, ya producido. Debe entenderse, dentro del espíritu de regulación del instituto, que puede ser perjuicio futuro, no necesariamente ya ocurrido. La idea es que el tercer partícipe sea consciente, que esté al tanto, enterado bien por el deudor o por propio conocimiento, que con el acto dispositivo se causa o se puede causar un perjuicio. No tiene el adquirente, como sí el deudor, una carga o deber de conocimiento, de no ignorancia. Pero percatado del daño potencial que se cierne sobre el acreedor, tiene el deber de no contribuir a él (86).

La segunda hipótesis que se ofrece, siempre en relación a terceros adquirentes, es la del crédito que nace con posterioridad al acto dispositivo. En este supuesto, es menester que el tercero tenga que haber participado en la maquinación dolosa que se ha pergueñado en detrimento del futuro acreedor. La preordenación asume aquí las características de una confabulación con ánimo malicioso. La distinción es evidente: mientras que si en el acto dispositivo posterior a la asunción del deber crediticio basta que el tercero tenga una actitud pasiva del conocimiento del daño, aunque contribuya a él, si el acto fuera anterior al surgimiento de la obligación el tercero tiene que haber colaborado activamente en la preparación del fraude para que la enajenación sea impugnable. La cuestión reside, consiguientemente, en precisar tanto el grado de participación del tercero como la intención con que participa.

Ni en los actos fraudulentos anteriores ni en los posteriores a la asunción de la obligación se requiere que el tercero participe con *animus lucrandi* o con ventaja patrimonial (87).

Los terceros a que nos venimos refiriendo son todos aquellos que se prestan a colaborar en el acto fraudulento. En este sentido, no son exclusivamente los primeros adquirentes que contribuyen al ocultamiento de los bienes. Atendiendo a la conducta de todos ellos, y dada la enajenación a un tercer T primus que a su vez enajena a T secundus, carentes ambos de buena fe y siendo anteriores cómplices del deudor, los dos son sujetos pasivos de la acción revocatoria. No por cierto por su relación con el acreedor, sino por su conducta ilícita. Y si T secundus hubiera transferido a un T tercius de buena fe, quedará obligado a indemnización a favor del acreedor por los daños y perjuicios que de manera supletoria eventualmente se demanden al no prosperar la revocación. Esta indemnización es debida como responsabilidad extracontractual (no hay vínculo jurídico previo entre terceros adquirentes y el acreedor), en razón de que la conducta dolosa sí que perjudica al acreedor al haberle privado de la garantía patrimonial.

(85) PUIG PEÑA: "Teoría . . . ', pág. 544, entiende, no obstante, que el estado subjetivo del adquiriente "debe de parificarse con el del deudor".

(86) El art. 969 del C.C. argentino apunta una interesante norma: el conocimiento por el tercero del perjuicio se presume por su conocimiento de la insolvencia del deudor. Por tanto, se invierte la carga de la prueba: corresponde al adquirente probar su buena fe y que, aunque conocedor de la insolvencia, desconcía la existencia de acreedores y por ende del daño a sus derechos.

(87) Contra, SANTOS BRIZ, Jaime: "Derecho Civil", Tomo III, pág. 217.

217. ACTOS GRATUITOS.

Veamos ahora la situación de los actos celebrados a título de donación. Entre tales se consideran las garantías que se otorgan por deudas ajenas o propias cuando su constitución no sea simultánea al crédito que garantizan (argumento a contrario art. 196). La regla general, respecto de los actos a título gratuito, es que son todos revocables aunque no haya propósito doloso en el deudor y también prescindiendo de si el adquirente actúa de buena o mala fe. Basta, y tal debe ser la conclusión de la lectura del artículo, la negligencia del deudor que se despreocupa de sus débitos y la imposibilidad en que el acreedor se encuentra para cobrar de otro modo. El principio que la regla recoge es de fácil entendimiento: al revocarse la donación no se perjudica al adquiriente de buena o mala fe, pero se evita un perjuicio al acreedor (aunque también lo sea a título gratuito, porque su derecho es anterior y por ello se le prefiere). Es imperioso advertir, por tanto, respecto de los gratuitos, que pueden tratarse de actos sin designio fraudulento (88).

Importan algunas atingencias sobre la implícita presunción que establece el artículo, respecto de los actos gratuitos. En opinión de la mayoría de los autores la preseunción es *juris tantum* y admite prueba en contrario. De enfático parecer diferente, en lo que a los gratuitos atañe, es Albaladejo (89), a quien me sumo, estimando que en el acto gratuito la presunción debe ser *juris et de jure*.

Sobre los donatarios que disponen del bien donado e imposibilitan el cobro del acreedor, pesa una carga de indemnización (ver numeral 225-B) que, sin embargo, tiene un fundamento autónomo del pauliano.

> "ARTICULO 196.– Para los efectos del artículo 195, se considera que las garantías, aun por deudas ajenas, son actos a título oneroso si ellas son anteriores o simultáneas con el crédito garantizado".

218 GARANTIAS. SE REFIERE A LAS REALES.

El artículo 196 no distingue si se trata de garantías personales o reales. Según el viejo aforismo, no deberíamos distinguir donde la ley no distingue. Pero esto hay que entenderlo rectamente. En el caso bajo análisis la conclusión razonable es que se trata de garantías reales. Por tanto, quedan fuera del supuesto legal las garantías personales y ha de ser así porque la ley no prohibe aumir nuevas deudas, menos aún las potenciales como son las que derivan del aval o de la fianza.

Lo de las garantías reales ya es obvio: constituyen actos de disposición pues los bienes afectos quedarían excluidos de la garantía patrimonial general del deudor o con un valor restringido. En todo caso, el deudor que garantiza debe pensar en su acreedor antes que en las otras personas.

(88) DE CASTRO: "La acción pauliana . . . ", pág. 214.
(89) ALBALADEJO: "Derecho Civil". II, pág. 164 y ss.

219. OPORTUNIDAD DE OTORGAMIENTO.

Respecto de la oportunidad, caben algunos comentarios. Dice el texto que las garantías son onerosas "si son anteriores o simultáneas al crédito garantizado". Se entiende, por cierto, que se refiere al momento de constitución u otorgamiento (90).

En lo que a simultaneidad toca, es atendible la regla. Se considera negocio oneroso —sujeto a la disciplina impuesta por el numeral 195— el otorgamiento de la garantía real. La presunción no admite prueba en contrario. La simultaneidad, como se acaba de decir, equivale a coincidencia temporal en el nacimiento del crédito y la garantía que lo respalda. No parece imprescindible que el otorgamiento de la garantía deba ser contextual al crédito garantizado, según opina Barbero (91).

Si la garantía real se otorga después y para respaldar un crédito preexistente, se *presume* gratuita y por tanto procede la ineficacia (92).

> "ARTICULO 197.– La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe".

220. DERECHOS DEL TERCERO SUBADQUIRENTE

A pesar de su sencilla relación, el artículo transcrito tiene bastante enjundia y plantea diversos problemas.

El primero de tales problemas reside en determinar qué significa, en este artículo, el vocablo perjudica. Pues bien, equivale a decir que aunque la primera transferencia fraudulenta pueda considerarse inoperante ('como si' no se hubiera producido) ante el acreedor accionante, la segunda onerosa y de

(90) Así lo admiten expresamente los Códigos italiano, art. 2,901 y el portugués, art. 613.2 aunque éste indirectamente, pues si posibilita impugnar la constitución de derechos de los bienes ya en poder de terceros, con mayor razón cuando aún permanecen en el deudor.
(91) BARBERO, Doménico: "Sistema . . . ". Vol. III, pág. 144.
(92) Apunta TRABUCCHI: "Instituciones . . .", Vol. II, pág. 113: "Por lo que respecta a la distinción entre negocio oneroso y gratuito, se establece que la prestación de garantía no es acto gratuito si se hizo al tiempo de surgir el crédito, o sea, en el momento de constituirse la relación fundamental; se presupone que en tal caso la concesión de la garantía fue requisito esencial para que el terceo concediese el crédito al deudor garantido".

buena fe sí es válida, es decir, no le alcanza la declaración de ineficacia. Lo cual es lo mismo que anunciar que no puede ser declarada ineficaz, como consecuencias de la *destrucción* del primer acto dispositivo, la ulterior disposición concertada de buena fe por un tercero adquirente a título oneroso. Corolario de ello es que el bien en poder del subadquirente no se reputa reintegrado al patrimonio del deudor y el acreedor no podrá cobrarse con ese bien.

Lo de los derechos adquiridos ya es más conflictivo. La idea parece ser que la declaración judicial no tiene, a estos efectos, carácter retroactivo sustancial. Ahora bien, ¿qué es esto de derechos adquiridos? La complejidad del tema (93) justifica un análisis que no puede hacerse aquí, pero la exégesis de esta norma en concordancia con las anteriores y las sucesivas, y dentro de la dogmática de la acción pauliana, obliga a considerar que se requiere del tercero una titularidad firme, y no una expectativa de adquisición por sólida y documentada que fuera. La precisión del concepto de derecho adquirido en sede de revocación pauliana, ha de investigarse de modo derivado y una vez calificado si efectivamente ha habido o no un acto de disposición.

Dicho esto, creemos que es posible descartar que la norma aluda solamente a adquisición de derechos sobre bienes y excluyendo a los bienes en sí; es decir, que no se lea: la declaración de ineficacia no perjudica las adquisiciones de derechos a título oneroso por terceros subadquirentes de buena fe: No son derechos adquiridos a estos fines aquellos que no otorgan titularidad directa sobre un bien. No es suficiente, en suma, haber adquirido un derecho a tener un derecho real. Por el contrario, se requiere un efectivo traslado patrimonial, esto es, que se haya consumado la adquisición del bien en la forma y con los requisitos que, dependiendo de la naturaleza de cada bien y especie negocial, resulten necesarios. Siendo esto así, a nuestro entender la venta con reserva de dominio no es título firme de adquisición, porque el adquirente carece del *ius disponendi* mientras no se hayan pagado todas las cantidades pactadas (94). Con todo, el Código establece —artículo 1584— un régimen distinto, basado en la prueba del contrato y no en la naturaleza jurídica de la operación.

Los actos a título oneroso son aquellos en los que una parte da algo o promete algo a la otra o se abstiene de realizar algo a cambio de un equivalente pasado, presente o futuro (95). Implican, consiguientemente, una compensación más o menos equivalente a la prestación que se recibe.

El artículo señala que no se encuentran afectados por la revocatoria los subadquirentes de buena fe. Con este enunciado no ha querido significarse que los adquirentes del deudor o inmediatos, quedan excluídos de la protección que le brinda su buena fe. Esta protección a los primeros adquirentes se deduce del artículo 195, que sólo admite la revocación cuando el tercero fue adquirente gratuito, o tuviera conocimiento del perjuicio o hubiera procedido dolosamente.

---

(93) Nos parece recordar que fue LEON DUGUIT quien dijo en una conferencia que, después de una vida de cincuenta años de jurista, todavía no sabía con certeza lo que es un derecho adquirido.

(94) DEL CASTAÑO, Baldo: "Régimen Jurídico de las Ventas a Plazos". Editorial Tecnos. Madrid. 1974, pág. 188 y ss.

(95) STOLFFI, Guiseppe: "El Negocio . . . ", pág. 73.

Es polémico si puede el acreedor instar una pretensión pauliana contra un subadquirente que hubiera procedido de mala fe y en complicidad con el deudor, aunque hubiera adquirido sus derechos de un primer adquirente de buena fe. Esta solución es contraria a la propugnada por Messineo (96): "Se comprende que la buena fe del tercer adquirente y el carácter oneroso de su adquisición favorecen también al subadquirente, en el sentido de que, si la adquisición nace invulnerable respecto de subadquirente, el cual adquiere un derecho no mayor que el derecho del propio causante (nemo plus iuris, etc), pero también un derecho no menor, tratándose de adquisición a título derivativo (traslativo o constitutivo). Por consiguiente, si la acción revocatoria no es ejercitable frente al adquirente inmediato, la misma es tal, aun en relación al adquirente mediato, aun cuando éste haya subadquirido a título gratuito, o *estuviese en conocimiento del perjuicio del acreedor*" (subrayado nuestro).

> "ARTICULO 198.– No procede la declaración de ineficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si ésta consta en documento de fecha cierta".

221. ACTOS NO REVOCABLES.

La justificación de este artículo salta a la vista. La naturaleza de la acción no puede contener en sí misma el germen que permita negar a un acreedor la satisfacción de su crédito ya vencido, prefiriéndolo a otro vencido con posterioridad o, si venció antes, menos diligente en el cobro. Además, el acreedor condicional o cuyo crédito todavía no ha vencido puede tener todavía la esperanza de que el deudor reconstruya su patrimonio antes de que su crédito fuera exigible, y si el deudor deviniera antes insolvente puede el acreedor ejecutarlo de inmediato al amparo del artículo 181, porque el deudor ha perdido el beneficio del plazo.

La acción revocatoria no está hecha para impedir que el deudor cumpla sus obligaciones ya vencidas. Puede preferirse a un acreedor respecto de otro; el uno es beneficiado y el otro no, pero a éste no se le causa un perjuicio ilícito. Con el cumplimiento de estas deudas ya vencidas, el deudor no hace sino ejercer un deber y a la vez un derecho legítimo, que le faculta el pago, incluso por consignación, si el acreedor se negara al cobro.

La norma no cubre el caso de que el deudor pague por un tercero sin estar jurídicamente obligado a hacerlo, porque no es su deuda. Por lo tanto, cualquiera que sea la modalidad de pago, si consiste en un acto de disposición es revocable.

El cumplimiento al que el artículo alude puede ser de variada especie. Es válida cualquier modalidad de pago legalmente prevista, siempre que su valor no exceda el monto del crédito ya vencido.

El artículo, con toda razón, puntualiza que la deuda vencida y pagada debe ser de fecha cierta. Esto es lógico, a fin de evitar que se simule una obligación anterior y se conceda preferencia a un falso acreedor ante un acreedor auténtico, pero cuyo crédito no era todavía exigible.

---

(96) MESSINEO, Francisco: "Manual . . . ". Tomo IV, pág. 157.

La exigencia de documento, en cambio, no es del todo acertada, porque conduciría a descartar como válidas otras deudas auténticas vencidas, pero que no se encuentren documentadas, o cuyo documento haya desaparecido. En nuestra opinión, si la deuda vencida puede ser probada de otro modo igualmente seguro, ha de admitirse que este artículo las ampara. En todo caso, cabe suponer que la constancia documental no necesariamente ha de ser aquella en la que se refleje la deuda. Puede ser un documento en el cual se aluda a dicha obligación. Así, si se hubiese extraviado una letra de cambio, pero constase que había sido enviada a un banco para su cobro.

¿Cómo se acredita la fecha cierta?. En línea máxima certeza la fecha sólo debe contar respecto de terceros desde el día en que el documento fuera presentado a un registro u oficina pública, o desde la muerte de uno de los firmantes (por ejemplo, co-deudor), o si tiene firmas legalizadas por funcionario autorizado (judicial, verbigracia) o un notario. Quedará a criterio del juez admitir otro modo de verificar si la fecha del documento es o no la verdadera, pero es recomendable ser exigente en esta materia.

222. OBLIGACIONES NATURALES

Las obligaciones naturales, también llamadas morales o imperfectas (97), no son exigibles jurídicamente. Sin embargo, una vez pagadas no dan derecho a reclamar su restitución.

Por la misma razón que no son exigibles, que el Derecho no otorga al acreedor de obligación natural poder de coacción civil contra el deudor, éste no está jurídicamente obligado al pago y por tanto, su deuda no tiene vencimiento —o lo tuvo, pero prescribió el derecho de cobro— (98).

El pago o cumplimiento de este tipo de obligaciones es impugnable y se admite el uso de la acción pauliana. No están protegidas por el artículo 198.

> "ARTICULO 199.– El acreedor puede ejercitar frente a los terceros adquirentes las acciones que le correspondan sobre los bienes objeto del acto ineficaz.
> El tercero adquirente que tenga frente al deudor derechos de crédito pendientes de la declaración de ineficacia, no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto del acto ineficaz, sino después que el acreedor haya sido satisfecho".

223. LIMITACIONES AL DERECHO DEL ADQUIRENTE.

Tal como habíamos señalado de paso al comentar otro artículo, no es efecto de la declaración de ineficacia hacer retornar los bienes enajenados al patrimonio del deudor, sino declarar como si todavía pertenecieran a éste únicamente a los efectos de que no se deteriore la responsabilidad patrimonial que constituye la garantía que respalda el crédito del accionante. En este orden de ideas, la declaración de ineficacia otorga al acreedor un título

(97) VON THUR, Andres: "Tratado . . . ". Tomo I, pág. y ss.
(98) No existe, por tanto, causa jurídicamente tutelable de la atribución patrimonial. GIORGIANI, Michele: *op. cit.*, pág. 116.

de cobro sobre el bien enajenado aunque no específicamente por el bien en sí, sino en cuanto que idealmente todavía integra, por efecto de la declaración judicial de ineficacia y solamente ante el acreedor preocupado, el patrimonio de su deudor.

Al hilo del principio, el primer párrafo del artículo que ahora estudiamos autoriza al acreedor para hacerse cobro de su crédito con el bien que fué materia del acto declarado ineficaz. Esta ejecución procede en acción distinta de la pauliana, pero precisamente la pauliana es necesario antecedente, porque sin ella el acreedor no tendría derecho a ingresar en la esfera jurídica del tercero adquirente o subadquirente, porque está dicho que inicialmente el acreedor quirografario no tiene garantía real específica. La garantía del acreedor no es sobre bienes, sino a bienes (99). Esta garantía sobre un bien determinado se la otorga la declaración de ineficacia. De esta manera, y por imperio de esta norma 199, los bienes no necesariamente deben regresar a nombre o a la posesión del deudor. La acción de embargo y la ejecutiva pueden hacerse contra el actual titular del bien, porque salvo ante un determinado acreedor su adquisición es jurídicamente válida *erga omnes*.

Ante el acreedor, el tercero adquirente asume una especial posición jurídica en la que se ha visto envuelto por su conducta ilícita o por su buena fe al recibir el bien de modo gratuito, sin compensación. Por esta singular posición jurídica, y porque el acreedor no tiene derecho real sobre el bien, siempre puede el tercero hacer frente a las obligaciones del deudor, lo que asume importancia cuando el valor del bien es superior al crédito. Hay que considerarlo así, porque la ineficacia sólo opera como reparadora de la garantía, que no tiene por qué ser menor que el crédito. Así, pues, reparado el acreedor con el pago del tercero, cesa la singular ineficacia del acto.

El segundo párrafo de este numeral 199 no requiere mayor explicación. El acreedor tiene preferencia sobre el adquirente que a su vez tenga un crédito contra el deudor. Esta solución ha sido objeto de variada discusión en la doctrina antes de su reconocimiento en los ordenamientos positivos respecto del tercero cómplice. Se argumentaba que siendo este tercero conocedor del perjuicio que al acreedor se causa con el acto dispositivo, debe asumir las consecuencias perjudiciales que puede sufrir por su conducta ilícita, de su complicidad. Mas no debe ser este el único punto de vista, aunque sea válido. Su fuerza dialéctica se desvanece cuando se piensa que de negársele al tercero adquirente el ejercicio de sus derechos frente al deudor, éste se vería beneficiado en detrimento del tercero, y se trataría por ende de un enriquecimiento injusto.

> "ARTICULO 200.– Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra".

La razón de este artículo es sencilla. La revocación como consecuencia de quiebra del deudor obedece a otras razones. En general no la insta en acreedor en su propio beneficio, sino un síndico, en beneficio de todos los acreedores (100).

(99) CASTRO Y BRAVO, Federico de: "La acción pauliana . . . ", pág. 195.

224. LA REVOCACION DE LOS ACTOS DEL QUEBRADO.

Por otro lado, debe señalarse que en el derecho concursal existen otros principios que sin duda justifican un diverso tratamiento legislativo. Entre tales principios merecen citarse: a) la regla de universalidad patrimonial; b) la existencia de una colectividad de acreedores; c) el concepto de igualdad de derechos para todos ellos (con la salvedad de los privilegiados) que justifica la llamada *par conditio creditorum*; d) la posible actuación de oficio de órganos judiciales y administrativos; y, por cierto, e) la administración, gestión, liquidación por terceros, de los bienes del quebrado (101).

225. CUESTIONES COMPLEMENTARIAS.

A) Efectos de la acción pauliana. El límite de la ineficacia.

Demostrada la conducta defectuosa del deudor, fraudulenta o no, el acto que produce el perjuicio es declarado ineficaz ante el acreedor, de suerte que respecto de él es inoponible la disposición patrimonial efectuada por su deudor, cuando el adquirente fuera partícipe del ilícito o el acto hubiera sido gratuito. Respecto de los causahabientes de los adquirentes, también habrá que considerar el título de adquisición y la buena o mala fe. Examinemos cada punto por separado.

Tal como hemos anotado, la ineficacia se concede en mérito del perjuicio que causa al acreedor el acto dispositivo derivado de un comportamiento impropio cuyas connotaciones ya hemos examinado. Consecuentemente sólo a este perjuicio deben limitarse las consecuencias. Nada justifica en interés del acreedor una mayor sanción y esto implica que la revocación ha de conservar el justo límite. De ahí su carácter relativo (102). En base de esto, se ha sostenido con acierto que nada impide una rescisión parcial. La ineficacia del acto sólo beneficia al acreedor accionante, y por ello también en este aspecto es relativa (103). En todo lo demás subsisten las obligaciones que pudiera haber entre deudor y adquirente, de modo que supuesto un acto oneroso con prestaciones pendientes a cargo del enajenante, las mismas no desaparecen, pero queda claro que el tercero adquirente no podrá exigirlas con cargo a los bienes que fueron materia del acto declarado ineficaz, sino depués que el acreedor haya sido cumplidamente satisfecho en su crédito (104). Así el saneamiento por evicción queda supeditado al previo cobro del accionante en revocatoria o al decaimiento de su título (si la condición no se cumple v.g.).

La sentencia, desde luego, no tiene efectos reales retrotraslativos del bien desde el patrimonio del tercer adquirente al del enajenante. Pueden quedar de hecho y de derecho en poder del primero, pero a efectos de su relación con el acreedor se entiende que continúan en poder del deudor. No existe, pues, ningún efecto devolutivo del bien; por contrario, llegado el momento, puede ejecutarse el crédito con el bien ya de propiedad del adquirente, sus frutos, mejoras y accesorios como si todavía fueran del deudor. Aún más, la acción pauliana no tiene efectos rescisiorios-devolutivos cuando el adquirente cubre el perjuicio causado o garantiza el crédito con bienes diferentes de los gratuita o fraudulentamente incorporados a su acervo patrimonial. Lo cual equivale a decir que la revocación o rescisión de que se ha hablado, en sede de actos fraudulentos no es verdaderamente tal en el sentido que comúnmente se le atribuye. Es decir, supuesta en sede pauliana la ineficacia traslativa de un bien mueble, no sería necesario que éste, físicamente, volviera por tradición a poder del deudor que la enajenó. Simplemente, como consecuencia de la declaración de ineficacia, el acreedor puede ejecutarlo en manos del adquirente, porque a efectos de la satisfacción del crédito (ejecución o conservación de la garantía) se reputa que respecto del acreedor accionante no ha habido enajenación.

(100) Ampliamente sobre el tema de la revocación en quiebra, véase: BARBERO, Doménico: "Sistema . . . ". Tomo III, págs. 145 - 148.

(101) Sobre las diferencias entre la revocación pauliana y la concursal, RAMIREZ, José: "La Quiebra". Ed. Bosch, Barcelona, 1959. Tomo II, págs. 296 a 340.

(102) DE BUEN. En notas a COLIN y CAPITANT.

(103) TRIMARCCHI: "Instituzioni . . .", pág. 447.

(104) Art. 2,902 C.C. italiano: art. 617. 2 C.C. portugués.

De lo anotado se deriva la conclusión que no puede decir en puridad que un bien se ha reintegrado al patrimonio del deudor, porque de prosperar la demanda la sentencia lo que hace es declarar que, para dicho acreedor, y solamente para el pago o garantía de su crédito, no ha habido válida enajenación patrimonial. A estos fines, la declaración judicial crea un título en favor del acreedor para 'reafectar' el bien en posesión del tercero cómplice o adquirente gratuito a la garantía que respaldaba su derecho.

B) Hipótesis de indemnización.

La sentencia alcanza al adquirente de mala fe a título oneroso, quien ya no tiene derecho preferente sobre el bien (105) y si se desprende de él debe indemnizar al acreedor. También existe derecho en favor del acreedor para reclamar indemnización al que recibió el bien a título gratuito y a su vez lo ha transferido a un tercero inatacable. La razón es evidente si el donatario procedió de mala fe (sin importar si a su vez transfiere onerosa o gratuitamente); en cambio, si adquiere de buena fe y enajena onerosamente, parece justo que, imposibilitado de devolver el bien, con el precio recibido indemnice al acreedor en cuyo detrimento se ha enriquecido.

La indemnización que se conceda no tiene título pauliano y obedece a distintas razones, aunque sea consecuencia de una pretensión pauliana exitosa, pero sin resultado práctico sobre bienes.

C) Retroactividad de la sentencia. Singularidades.

Es tema controvertido el de la retroactividad de la sentencia. Opinaba de Castro, consecuente con su parecer de ineficacia originaria, que al ser declarativa la sentencia, opera *ex tunc* ante el acreedor, salvo que en el interín hubiera habido transferencia invulnerable. Respecto del adquirente, anota, sus efectos serán *ex nunc* (106). Roca Sastre opina distinto, considerando que la recisión se detiene ante subadquirentes onerosos de buena fe (107). Pero de esta manera, juzga la sentencia no por su causa, sino por su consecuencia.

Es conveniente, pues, recordar que el *petitum* del acreedor que el Juez acoge y ampara, es el de que sea removido un obstáculo que perjudica sus

(105) ESPIN CANOVAS: "Manual . . .". III, pág. 369.

expectativas: este obstáculo no es otro que la plena eficacia del negocio, si bien refleja para el acreedor. Esta barrera, sólo queda suprimida por la sentencia, que desde entonces otorga un título al acreedor para que sujete unos bienes que tiene el adquirente, y queden así idealmente reafectados en el patrimonio del deudor enajenante. Desde este punto de vista, la sentencia es constitutiva de un derecho que el acreedor no tenía; sólo a partir de ese momento el acto hasta entonces perjudicial se convierte para él en ineficaz. La sentencia declara la existencia de un acto ilícito con sus elementos objetivo y subjetivo, constata un perjuicio y crea —constituye— una nueva situación jurídica para el acto cuestionado y para el acreedor, de suerte que se autoriza a éste a precaverse del daño con el bien enajenado (108).

La retroactividad, en realidad, no es de carácter (aunque sí puede ser de eficacia) real ni responde a la naturaleza de la acción pauliana y por tanto de la sentencia. Evidentemente, si el crédito es a plazo y todavía no ha vencido, o si está condicionado, o si el valor del bien recuperado cubre el crédito con holgura, no hay razón para que haya efectos retroactivos. En cambio, sí será necesario proyectar hacia atrás el título del acreedor cuando dicho valor sea insuficiente, o para cuestionar otra disposición del mismo bien no onerosa o impregnada de mala fe La razón de la posible eficacia retroactiva ha de verse, pues, no en la dogmática de la revocación pauliana, sino en la de reparación de perjuicios. Pero eso ya no es materia de este estudio.

D) Prescripción

De conformidad con el apartado 4) del artículo 2001 del Código, la acción revocatoria (debió decir de ineficacia, por cuestión de coherencia) de un acto fraudulento prescribe a los dos años. Según el numeral 1993, el plazo prescriptorio empieza a contarse desde el día en que puede ejercerse la acción.

Con el sistema del Código de 1936 (artículo 1,168) la situación era más clara: los dos años se computaban desde la celebración del acto fraudulento, pese a que tal solución resultaba perjudicial si el acto se había mantenido oculto. Al disponer el nuevo ordenamiento que el plazo corre desde que puede ejercitarse la acción, hemos de entender que es desde que el acreedor toma conocimiento de la disposición fraudulenta de bienes del deudor, quedando claro, por cierto, que se presume conocida si la transferencia ha sido objeto de inscripción registral.

La impugnación de la renuncia a la herencia que perjudique al acreedor tiene plazo inferior: tres meses desde conocida (artículo 676).

(106) DE CASTRO: *op. cit.*, pág. 224.

(107) ROCA SASTRE: "Derecho Hipotecario", II, pág. 708. Comparten su criterio en la doctrina nacional: CASTAN: "Derecho Civil", II, pág. 234: con menos énfasis DIEZ PICAZO: "Fundamentos . . . ", I, pág. 745. En la doctrina extranjera, COVIELLO: "Doctrinas . . . ", pág. 373, habla de ineficacia por obra del magistrado y de retroactividad relativa; igual STOLFFI: "El Negocio . . . ", pág. 126; BETTI: "Obligaciones . . . ", pág. 408, habla de "pronunciamiento constitutivo de ineficacia", MESSINEO: "Manual . . . ", IV pág. de ineficacia sobrevenida.

(108) Es correcta la observación GUGGENHEIM: "L'invalidité des actes juridiques . . . ", pág. 85 y ss. en el sentido que en esta sede de sanción de actos, toda sentencia cumple función declarativa y constitutiva al mismo tiempo.

Cap. XIII.

VICIOS DE LA VOLUNTAD

SECCION PRIMERA

EL ERROR*

226. CONSIDERACIONES GENERALES

Trata el Código este amplio y controvertido tema del error en nueve artículos bajo la rúbrica de vicio de la voluntad. Sin embargo, como bien ha puesto de relieve la doctrina contemporánea italiana y portuguesa, hay que diferenciar netamente el error en la declaración del error en la formación de la voluntad, si bien las consecuencias sean sustancialmente las mismas (1). Esta ausencia de explícita distinción, que se echa de menos en el nuevo ordenamiento, sí la había en el Anteproyecto presentado por los Dres. Zusman y de la Puente (92), que se ocuparon del tema con singular cuidado y acierto.

A partir de lo dicho, se explica la necesidad de enmarcar el ámbito de aplicación de los distintos tipos de error, pues sólo de esta manera estaremos en aptitud de efectuar un adecuado análisis de las normas que lo regulan. Prescindiremos, eso sí, de indagar en las corrientes de principio que abogan por otros tratamientos para el error, según se ponga más o menos énfasis en la voluntad o en la declaración y en la excusabilidad del error y culpa del errante. Estas cuestiones fueron materia de intensos debates en el seno de la Comisión Reformadora (93) y a ellos nos remitimos. Lo fundamental estriba en que el legislador, habiendo optado por la solución propugnada por el Código italiano, innova sustancialmente la legislación contenida en el Código de 1936. No a justificar esta innovación, sino a explicar el nuevo tratamiento del error va dirigida esta sección.

(*) El testamento tiene un régimen distinto, regulado en el artículo 809, y que no estudiamos en este trabajo. El error en el matrimonio también atiende a distintas consideraciones.

(1) De la confusión en que incurre el C.C. italiano, STOLFFI, G.: *op. cit.*, pág. 182, llega a decir que sus artículos se contradicen entre sí y afectan principios generales del Derecho.

(2) "Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil". Tomo II, págs. 32-34 y 95 a 103.

(3) Pueden verse al efecto las actas de las sesiones del 10 de Agosto, 7 de Septiembre, 21 del mismo mes, 5 de Octubre y 9 de Noviembre de 1972.

Parece conveniente empezar diciendo qué es el error. Empero, tampoco hay en esto unanimidad o consenso entre los tratadistas, pues si bien pueden coincidir en que es la falsa interpretación por ignorancia (4) o por desconocimiento de un objeto (en cuanto toda realidad externa al sujeto), difieren sobre la relevancia jurídica de tal estado mental que perturba la correcta aprehensión o descripción de la realidad. Inclusive dentro de los propios estudiosos y comentaristas del Código italiano, se observan esenciales discrepancias de los distintos criterios sobre la importancia de la voluntad en la génesis del acto (5). Por nuestra parte aceptamos que el error es una intelección defectuosa, que puede o no tener relevancia jurídica. Por eso, sin pretensiones de romper lanzas por una u otra escuela, preferimos limitarnos a una exégesis de las normas de la que podamos extraer conclusiones no de lo que el error es, como cuestión psicológica, sino de cómo y cuándo el error tiene trascendencia para el Derecho, a la luz de su tratamiento legal. En este sentido, y a partir de la regulación que examinaremos, no es posible reducir a cuatro líneas una definición del error, porque eso significá resumir pero no resolver, las preguntas a numerosas cuestiones. Efectivamente, tal como el error está disciplinado en el Código, excede de la normal calificación de error como equivocación o falso juicio sobre algo. Conforme veremos, la ignorancia tiene cabida en el error tal como se regula.

A) La ignorancia

La ignorancia es distinta sin duda que el error, pero jurídicamente se asimila a éste (6) porque en uno y otro caso el agente realiza un negocio que no concluirá como cierto, o que celebraría en condiciones distintas (7); otro tanto puede decirse de otras situaciones que si bien no alteran el proceso formativo de la voluntad, la desvían de su verdadero significado o intención. Conviene, pues, insistir en que no interesa tanto saber qué es el error, como entender cuándo estima la ley que hay error, coincida o no la solución legal con la vulgar opinión. Es imprescindible partir de esta premisa y adoptar esta postura para una fructífera explicación de las normas, porque es tal vez en este campo del error donde más se advierte, en sede del negocio jurídico la intención del legislador de dar mayor o menor preponderancia a ciertas actitudes o comportamientos, desdeñando o relegando a segundo plano otros, que acaso tengan singular trascendencia en otros sistemas jurídicos (8).

(4) Nos parece impropio el parecer que sustenta CELICE, Raymond: "El error . . .", pág. 46, cuando diciendo que "propiamente hablando la ignorancia nunca puede influir más que sobre la formalización del contrato", la excluye como causante de la formación de una errónea voluntad, limitando solamente su influencia, por lo tanto, al error obstativo, que es el que recae sobre la declaración.

(5) Con todo, la definición que más nos satisface es la propuesta por STOLFI: *op. cit.*, pág. 171: "El error es la falsa representación de la realidad, determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias".

(6) Dice al respecto ALONSO, Mariano: "El error sobre la causa". En Estudios en honor del Prof. Castan, Tomo II, pág. 30, que las distinciones se mueven en el plano psicológico, que apenas interesa al Derecho. Y agrega: el error es un acontecimiento, mientras la ignorancia es un estado: el error es el efecto y el aspecto dinámico, mientras la ignoracia es el antecedente causal del error y su lado estático.

(7) DE BARROS, Washigton: "Curso. . . ". Parte General, pág. 202.

(8) Nótese, efectivamente, el bastante distinto tratamiento del error en las legislaciones francesa, alemana e italiana y los códigos por ellas influídos.

Estamos, por tanto, ante un claro ejemplo de opción entre diversas alternativas que tuvo a mano el autor del Código y a ello debemos sujetarnos.

B) Los principios del tratamiento legislativo

La dificultad de ofrecer aquí una definición útil y comprensiva no impide, empero, que apuntemos las líneas fundamentales que inspiran el conjunto de los artículos que tratan el error.

Las Comisiones, indudablemente, han dado al error un cierto tinte de bilateralidad. Con esto no queremos decir que el error tenga que ser compartido; no, sino que siendo el error, por propia naturaleza, un estado que afecta a una de las partes, su virtualidad jurídica ha quedado anudada a una actitud de la otra parte, porque la declaración de voluntad está destinada a ser conocida y, por ello, en esta otra parte descansa la factibilidad de anulación del negocio. Así es, esta parte receptora de la declaración debe haber tenido la posibilidad de reconocer el error con arreglo a los criterios que impone el artículo 201 concordado con el 203. Tiempo tendremos de estudiar este asunto con detenimiento, pero es conveniente, de momento, dejarlo anunciado, porque constituye el principio sobre el que se desenvuelve todo el articulado. Con todo, ha de optarse por una restrictiva intepretación de los preceptos debido al fácil riesgo de confundir con el dolo esta concepción actuante del error; e incluso con la culpa —a veces tan de difícil graduación y prueba—. Problema éste de la culpa, por cierto, que más adelante veremos para intentar conciliar la postura del Dr. Vega García, que considera que "la ponencia presentada por él no exige el dolo, sino la culpa del otro agente para la anulación del acto jurídico"(9); conciliar esta acepción de la culpa, decimos, con el enunciado del artículo 207, que rechaza la indemnización de daños y perjuicios cuando se produzca anulación por error.

Corolario del principio anunciado, es que al hacer radicar la relevancia del error en su posibilidad de ser conocido por la otra parte, de modo que de alguna manera ya resulta ajeno al errante, el nuevo ordenamiento establece respecto del sistema antiguo una suerte de mejora o beneficio para el destinatario de la declaración, imponiendo de paso al declarante una carga de cuidado y seriedad tanto en su raciocinio como en la expresión del mismo. Se ha impuesto así un contrapeso a la teoría voluntarista, que afincaba sólo en la voluntad, y no en la declaración, la posibilidad de anulación. Tal como nosotros entendemos, en el texto ya no se regula tanto el vicio de la voluntad o de la declaración, como la influencia que esta anomalía causa en los intereses que el negocio regula. Debemos estudiar los artículos desde esta óptica,pues el articulado está concebido para resolver cuándo sí y cuándo no el error es importante por injusta lesión (10) de los intereses en juego.

Ahora bien, el Código no se ha inclinado tampoco por la dura e intransigente teoría de la declaración, tan defendida a ultranza por Danz (11). Esta tesis no ha prosperado y parecen coincidir todos los estudiosos del Código italiano, en el que el legislador se ha basado en esta disciplina del error, que las

(9) Acta del 10 de Agosto de 1972.

(10) DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos . . . ", Tomo I, pág. 121.

(11) DANZ, Erich: "La interpretación . . .". Ver en especial capítulo 3, sobre las relaciones entre error e interpretación.

teorías de la responsabilidad y de la confianza tienden a moderar los excesos de las posturas voluntaristas y declaracionistas. Y así como en otras secciones o capítulos del Acto Jurídico parece haber prevalecido la tesis de la responsabilidad, nos convence plenamente Pietrobon (12) cuando afinca en la confianza el límite de la voluntad, impidiendo arribar a los rígidos extremos de quienes sólo propugnan la validez de la declaración.

Además de señalar brevemente los principios fundamentales que inspiran la disciplina del error en el Código, es conveniente apuntar los conceptos que se utilizarán. Digamos antes que no todos los autores coinciden en los significados que aquí apuntamos, si bien la doctrina italiana (13), a la que hay que recurrir para la explicación de las normas de este Título, está mayormente de acuerdo.

C) Error obstativo

También llamado por algunos error obstáculo o impropio. Constituye un error en la declaración de voluntad o en la transmisión (14) de la misma.

Se le denomina error impropio porque, en realidad, no está perturbada la formación de la voluntad del agente declarante. El proceso mental, el razonamiento que invita a las partes a tomar una decisión, no ha experimentado malformación alguna. En este orden de ideas, el error obstativo afecta a la voluntad de realizar un acto adecuado a la voluntad negocial (15), siendo esta última la que ha elaborado el propósito o intención de ciertos efectos o resultados. El error obstativo revela que se ha producido una disconformidad entre lo querido y lo declarado; es decir, la declaración ha venido a obstaculizar, por error, la voluntad sanamente querida. La manifestación ha sido infiel a lo verdaderamente querido. La disconformidad señalada es involuntaria, claro está.

Conforme veremos ampliamente (artículo 208), el error obstativo comprende las hipótesis de disenso, que concurre cuando en negocios plurilaterales la parte receptora de la declaración entiende otra cosa distinta de la declarada y, creyendo que coincide con la suya, presta su consentimiento. Aparte del disenso, puede el error obstativo revestir otras modalidades: equivocación del declarante, verbal o escrita; equivocación en la transmisión de la declaración por un tercero; error sobre el significado de lo declarado.

Desde luego, el error obstativo, en sus distintas presentaciones, puede ser de hecho y de derecho.

(12) PIETROBON, Vittorino: "El error en la doctrina del Negocio Jurídico".

(13) Hay que advertir, empero, que se observan ciertas tendencias unificadoras en la doctrina más moderna. Véase: MIQUEL, Juan: "Una aportación al estudio del error *in substantia*". Anuario Derecho Civil. Madrid, Enero 1963, págs. 79 y ss. Se considera que no hay razón poderosa para distinguir las dos etapas del error que hoy se separan: el error en la formación de la voluntad y el error en la declaración. El resultado es igual, porque el agente no ha querido el negocio. La plena diferencia error obstativo - error vicio, elevada a ultranza, puede ser útil a quien aboque por la teoría de la inexistencia. Según ellos, lógicamente el error obstativo ocasiona la inexistencia del negocio.

(14) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio . . . ", pág. 413.

(15) SANTORO PASSARELLI, Francisco: "Doctrinas . . . ", pág. 182.

D) Error vicio

Es el propio, o error genuino, ya que opera en la determinación o formación de la voluntad. Actúa en el plano interno, en cuanto formación de un propósito. Consecuencia de ello es que puede haber pura y perfecta coincidencia entre lo querido y lo declarado, pero lo querido se ha querido por error. La voluntad se ha determinado fundándose en un falso juicio sobre la concreta situación (16). La diferencia con el error obstativo es manifiesta. En éste, se declara mal lo bien querido; en el error vicio se declara bien lo mal querido.

Esto es lo que ampliamente examinaremos al estudiar las normas 201 a 205.

> "ARTICULO 201.– El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte".
>
> "ARTICULO 202.– El error es esencial:
> 1) Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad;
> 2) Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de voluntad;
> 3) Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto".
>
> "ARTICULO 203.– El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo".

227. EL ERROR VICIO

Ni el artículo 201 ni los siguientes señalan en qué consiste el error; simplemente puntualizan en qué casos la presencia del error permitirá invocar la anulación del negocio al amparo del artículo 221. Los preceptos arriba transcritos aluden al error vicio o propio, que perturba la formación de la voluntad negocial. Tal como se ha indicado más arriba, no hay aquí una falta de coincidencia entre la voluntad real y la declarada; lo que ocurre es que esta voluntad real es producto de una deformación de la realidad, proveniente de un desconocimiento (ignorancia) o de un conocimiento defectuoso de las cosas, las personas o el derecho, o de la representación mental de una falsa realidad que ha sido determinante de la voluntad (17). Empero, la sola voluntad deformada no es suficiente para provocar la anulación, pues no todo error tiene el mismo tratamiento jurídico. Es menester que la deformación, es decir, el error, sea esencial y cognoscible. Qué se reputa esencial y qué cognoscible, es materia de norma respectivamente, en los artículos 202 y 203.

(16) BETTI, Emilio: "El Negocio. . .", pág. 324.

(17) NETO, Abilio: "Código Civil Anotado", pág. 1279.

228. LA RAZON DETERMINANTE

Antes de analizar estas dos normas, interesa profundizar en una cuestión que es denominador común en los tres incisos del artículo 202 y que por eso conviene tratar por separado no sólo para evitar inútiles repeticiones, sino porque su importancia lo justifica sobradamente. Los tres apartados del numeral precisan que el error es esencial cuando pueda considerarse que ciertos elementos,que estudiaremos al ocuparnos de cada inciso, hayan sido razón determinante del acto o de la voluntad. Razón determinante debe entenderse de manera restrictiva y cuidadosa, no de manera ancha y laxa. Razón determinante es que haya existido un motivo conducente y definitivo, a falta del cual no se hubiera adoptado esta voluntad. De aquí que sea válida la observación de Cariotta cuando apunta que, considerando que el error actúa en el plano intelectual de formación de la voluntad, actúa como uno de los motivos de la voluntad. Y sigue: "Equivocadamente se dice por algunos también por error en los motivos: en efecto, según el significado más difundido y propio, tal expresión debe reservarse a los casos de error vicio o motivo, en el que el error recae no en los elementos esenciales del negocio (objeto, etc.), sino en las razones meramente individuales y mudables del sujeto. Aclaremos esto con dos ejemplos: si yo compro un objeto creyéndolo antiguo, caigo en un error vicio que atañe a la cualidad del objeto: éste, en cuanto error vicio, es un motivo de la voluntad que la desvía respecto a la cualidad del objeto; por consiguiente, es error vicio, o motivo, en la cualidad. Si yo vendo mi casa porque creo que, en calidad de funcionario público, he sido trasladado a otra ciudad, lo que no ha ocurrido, yo caigo en un error vicio, que atañe a un motivo mío subjetivo e individual; y también en este caso el error es un motivo de la voluntad, que la desvía; pero la desvía respecto a un motivo en sentido técnico, es decir, a una razón personal, extraña al esquema del negocio, así que es error motivo . . en el motivo" (18).

Sobre el genuino y auténtico error en los motivos tendremos que volver cuando nos ocupemos del artículo 205. Por el momento, hemos creído conveniente hacer hincapié en la diferencia existente entre motivo y razón determinante, pues hay que enfatizar que el primero es enteramente subjetivo y solamente a veces justifica la anulación del negocio; la razón determinante en cambio, equivale a presupuesto (19) para la realización del negocio, a razón necesaria imprescindible, y se juzga objetivamente. Aunque algunos de sus razonamientos y conclusiones deban estudiarse y aceptarse con reservas a la luz de la nueva doctrina del error y su tratamiento en la legislación, es válido aceptar con Célice (20) que lo determinante es aquello sin lo cual no se hubiera celebrado el negocio, es la fuerza concluyente que mueve la voluntad. ¿Es esto decir, sin embargo, que todas las razones sin las cuales no se hubiese contratado deben elevarse a la categoría de determinantes?. De ningún modo, porque no basta que esa razón haya desempeñado un papel decisivo en la resolución, sino que es preciso, además, que esté incluida en el numeral 202 y recaiga sobre un objeto, una persona, o sobre el Derecho (no un derecho). Las que, por el contrario, puedan existir fuera, quedan reducidas a la categoría de simples motivos, que se nos presentan así como razones exclusivamente personales, no en el sentido de que sean las únicas que varían según las personas, pero sí en cuanto no penetraron en ningún momento en la atmósfera del contrato.

(18) CARIOTTA FERRARA: Luigi: "El Negocio . . .", págs. 465-466.
(19) DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos . . .", Tomo I, pág. 119.
(20) CELICE, Raymond: "El error en los contratos". Editorial Góngora. Madrid, 1922, pág. 125.

Ahora bien, al invocarse el error-vicio como causal de anulación, habrá que demostrar que si no hubiera sido por ignorancia o por falsa representación de la realidad que han conducido a error, no se hubiera celebrado el negocio. Es decir, que ha existido una razón determinante que indujo al sujeto a realizar tal negocio jurídico (21). Entonces, debemos preguntarnos: ¿cómo hay que valorar la influencia en el agente de esta razón determinante?. Dicho de otro modo, ¿cuáles son los criterios o consideraciones que el juzgador deberá tener presente para apreciar si tal error, posible y tal vez demostrado, deriva o está vinculado a algo determinante en el objeto del acto, la persona de la otra parte, o en las normas jurídicas vinculadas al negocio (error de Derecho)?.

A juicio de Pietrobón, se ofrecen dos variables. Por la primera, la eficacia determinante de un error en el caso concreto de un declarante en particular debe juzgarse sobre el propio individuo y, por ende, "la actuación del Juez debe dirigirse a la comprobación de un hecho, es decir, si existe un impulso psicológico determinante que el error haya producido en el sujeto y, por tanto, debe tener en cuenta todas las circunstancias y cualidades subjetivas" (22) de quien ha incurrido en el error y que pretende la anulación del negocio. Según otro punto de vista, debe efectuarse una valoración objetiva de la razón determinante que se arguye, lo que significa precisar si tal error, según ciertas convicciones generales, fué en efecto necesario para llegar a ésa y no otra conclusión de voluntad. En esta segunda hipótesis "se tratará de una valoración legal de los hechos, que se realizará mediante un estudio comparativo del error, del negocio que ha resultado de él, y del conflicto de intereses que el sujeto quería concretamente resolver para conseguir la satisfacción de su propia necesidad; (. . .) valoración de la relevancia del error según la manera general de entender y enjuiciar la realidad" (23).

De la lectura de las actas de las sesiones de las Comisiones en las que se trataron estos temas, nada se extrae en claro y definitivo que permita de manera concluyente decir qué tesis inspira los artículos en cuestión. Basta revisar, incluso brevemente, la más cualificada doctrina para apreciar que las posiciones extremas son claramente inconciliables (24). Como en todo, siembargo, lo acertado suele estar en el punto medio. De aquí que el móvil determinante asuma distintas valoraciones, según sobre lo que recaiga el error (25).

229 ERROR ESENCIAL.-

El artículo 202 enseña cuándo el error es esencial. La esencialidad concierne tanto a la materia sobre la que recae el error-vicio (26), como a la tras-

(21) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones. . .". Tomo I, pág. 168.
(22) PIETROBON, Vitorino: "El error . . .", pág. 477.
(23) Ibídem.
(24) CELICE, Raymond : en *op cit*., págs. 54 a 64, traza una acertada exposición de las posiciones expresadas hasta entonces.
(25) BARBERO, Doménico: "Sistema . . .", pág. 522 y ss. Tomo I.
(26) MESSINEO, Francisco: "Manual . . .". Tomo II, pág. 434.

cendencia del mismo dentro del proceso de voluntad. Concretamente, el precepto enumera tres hipótesis en las que, abstractamente hablando, puede haber error esencial.

El primer problema que se presenta consiste en saber si la enumeración es *numerus clausus*, es decir, taxativa, o simplemente enunciativa, admitiendo otras variedades de error.

La redacción de la norma es severa y a simple vista parecería que la respuesta a la pregunta debe ser negativa. Hay razones, no obstante, que conducen a la conclusión contraria. En primer lugar, la abundante jurisprudencia italiana, sobre cuyo artículo 1429 está inspirado el 202 del peruano. La jurisprudencia de ese país ha estimado que es enunciativo y no limitativo. De la misma opinión son Messineo (27), Cariotta Ferrara (28), Barbero (29), Trabucchi (30) y Pietrobón (31) —aunque a éste le parece difícil encontrar nuevos casos—. Concretamente, el primero de los nombrados cita el error sobre el valor, que repercute en el precio, como error esencial que la ley silencia (32). La legislación francesa obedece a un sistema sistancialmente diverso que el de la italiana, pero Ghestin (33) insiste a lo largo de su obra en señalar cuándo un error es verdaderamente de entidad para anular el negocio.

En opinión de M. de la Puente y Susana Zusman (34), la enumeración del artículo está cerrada y agregan que otros supuestos de error no deben considerarse relevantes para establecer el vicio de voluntad.

A nuestro entender, es preferible no ceñirse a la enumeración taxativa y permitir así que una jurisprudencia cauta y prudente analice si el error sometido a decisión judicial puede o no considerarse esencial en la medida de su relevancia. Tal sería el caso del error sobre el valor de algo (distinto de error de cantidad).

Entremos ya al estudio separado de cada uno de los incisos.

Inciso 1º. "El error es esencial (. . .) cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad".

Antes de saber en qué consiste la esencia o cualidad, parece razonable precisar esencia o cualidad de qué. Aquí el objeto se refiere a la cosa que es materia de la prestación. En este sentido, a las cosas deben asimilarse los bienes materiales y los incorporales, incluyendo los intelectuales, artísticos y propiedad industrial. También puede asimilarse a bienes los derechos sobre los mismos (35). (XVIII).

(27) MESSINEO, Francisco: "Manual . . .", Tomo pág. 434.
(28) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio . . .", pág. 481.
(29) BARBERO, Doménico: "Sistema . . . ". Tomo I, pág. 523, nota 306.
(30) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones . . . ", Tomo I, pág. 169, aunque implícitamente.
(31) PIETROBON, Vittorino: "El error . . .", pág. 488.
(32) MESSINEO, Francisco: "Manual . . . ", Tomo Cit., pág. 436.
(33) GHESTIN, Jacques: "La notion d'erreur dans le dorit positive actuel", Paris, 1975.
(34) "Proyectos y Anteproyectos", ya citado, Tomo II, pág. 99. Del mismo parecer con respecto a su equivalente italiano, es STOLFFI, G.: *op. cit.*, pág. 172.
(35) GHESTIN, Jacques: "La notion d'erreur. . .", pág. 45.

Qué debe entenderse por esencia o cualidad, ya resulta más complicado (36). Desde la promulgación del Código de Napoleón, se suscitaron amplios debates sobre los alcances de su artículo 1110, que establece que el error no es una causa de nulidad de los contratos, a menos que sea sobre la sustancia misma de la cosa. Los tratadistas se afanaron, en consecuencia, en definir esto de la sustancia y centráronse las controversias, en definir no sólo qué es la sustancia, sino, sobre todo, si debía primar un elemento objetivo de la cosa, es decir *su* sustancia, prescindiendo de la apreciación que de la misma hicieran las partes del negocio, o si debía ser preponderante la intención de las partes, esto es, tal intención determinará si una característica de la cosa era sustancial a ella o no. Quienes apoyaron el primer parecer fueron incluidos en una escuela objetiva; los segundos adhirieron a una tesis subjetivista (37).

El gran logro de nuestro nuevo Código ha sido, desde luego, haber dejado de lado un término tan conflictivo y tan cargado de opiniones de todo signo, como es la palabra sustancia. Ha sido sustituida por "esencia o cualidad", locuciones que, a su vez, poseen distinto significado. Mientras que lo esencial es lo indispensable de una cosa para conceptuarla como tal y que es permanente e invariable en ella, diferenciándola de otra, la cualidad viene a ser circunstancial, aunque también distintiva. Las cualidades, normalmente, determinan objetiva o subjetivamente el destino y las funciones de la cosa (38). La esencia puede frecuentemente ser de singular utilidad para designar a la cosa, como bien material. La cualidad, en cambio, podrá constituir mejor criterio para diferenciar ciertas obras de arte o intelectuales, o de la propiedad industrial; fundamentalmente bienes inmateriales. El inciso 1º del artículo 202, en consecuencia, recoge dos posibles atributos de los objetos del negocio, es decir, de los bienes materia de la prestación.

Concebidas la esencia y la cualidad de esta manera, es correcto cuanto afirma Messineo (39) en el sentido que la norma no alude "solamente al error sobre la composición material del objeto, sino también el error sobre las cualidades que hacen asignar, según el concepto corriente en la práctica, el objeto a una categoría más bien que a otra; se trata de los atributos físicos o económicos que hacen al objeto íntrinsecamente idóneo para cualquier uso particular, o bien para un destino particular que el declarante, o el destinatario de la declaración, se promete darle".

El inciso precisa cuándo el error sobre la esencia o una cierta cualidad del bien permite anular el negocio. Dice que será cuando de "acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias", tal cualidad o esencia deban considerarse determinantes de la voluntad. Esta declaración legal supone que la falsa representación o la ignorancia de la esencia o cualidades del bien, deben juzgarse con detenimiento y acudiendo a dos criterios de análisis que el precepto señala: la apreciación general o las circunstancias concurrentes, que den luz sobre las características del bien en cuestión. Estos dos criterios tienen una doble finalidad.

(36) Véase al respecto a STOLFFI, G.: *op. cit.*, pág. 184.
(37) Para una amplia exposición de las corrientes francesas: CELICE, Raymond: *op. cit.*
(38) RUGGIERRO, Roberto de: "Instituciones. . .", Tomo I, pág. 268.
(39) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 435.

Efectivamente, doble finalidad porque llevado el texto al problema concreto sometido a decisión judicial exige averiguar la esencia y la cualidad del objeto y su respectiva influencia en la voluntad. Por tanto, en un primer momento el correcto análisis del problema deberá obligar a poner de relieve cúal es la esencia o las cualidades que distinguen al objeto del acto. Aquí cumplen los dos criterios la primera de sus funciones: ¿cuáles son, según general apreciación las cualidades o esencia de la cosa?; en el supuesto concreto, ¿hubo circunstancia que pusiera de relieve cualidades no accesibles para la común apreciación?. Este primer análisis es decisivo, pues se trata de sacar a la luz todas las características del bien, intrínsecas o extrínsecas, de hecho y de derecho, que pudieran influir en los agentes.

Concluida esta que llamaremos primera etapa, corresponde averiguar cuál de tales cualidades, o la esencia, han sido falsamente representadas o ignoradas en el proceso intelectual formativo de la voluntad del errante y precisar, utilizando los criterios que la norma indica, si este error (es decir la falsa representación o ignorancia) sobre la esencia o las cualidades debe considerarse determinantemente. Con tal finalidad, deberán investigarse los intereses en juego, para qué se quería el bien, de qué información disponía el errante, etc. Como dice Pietrobón (40): "La referencia a las circunstancias sirve para obligar a reconstruir y examinar la situación real del contratante, los intereses que lo han impulsado a contratar; la común valoración nos suministra, en cambio, el criterio de juicio, sirve para indicarnos que la importancia del error no se mide por referencia al poder determinante en concreto que aquél haya ejercido sobre la parte, sino objetivamente, estableciendo si un error de esta especie se revela determinante según el modo común de entender y valorar la realidad".

Inciso 2º). "El error es esencial (...) cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad".

Advertencia fundamental que hacer antes de entrar al estudio de este inciso es que no obstante que de su redacción puede entenderse que solamente alude a negocios bilaterales o plurilaterales, también es aplicable a negocios unilaterales recepticios o no (41). Así, por ejemplo, una donación considerando las virtudes del beneficiario y llega posteriormente a demostrarse que carecía de aquéllas que el donante había tenido en mente. En los negocios unilaterales no hay otra parte en sentido lato pero no cabe duda que el inciso los abarca.

El inciso 2º mejora sensiblemente la regla contenida en el artículo 1081 del Código de 1936, que se refiere no a las cualidades de la persona, sino a la consideración (42) del errante hacia ella. Consideración es un término vago e impreciso que cobija demasiado y en esta materia del error ha querido el legislador nacional ser restrictivo. De este modo, y para seguir con el ejemplo propuesto de la donación, bien podrá anularse el negocio si faltaran las virtudes que impulsaron a donar, sin desmedro de la consideración y aprecio que por otras razones merezca el beneficiario.

(40) PIETROBON, Vittorino: "El error...", pág. 563.
(41) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio...", pág. 430.
(42) Inspirado claramente en el inciso 2 del art. 110 del C.C. francés.

Tradicionalmente se ha explicado esta causa de error remitiéndola al socorrido *intuito personae*. Esto es cierto, pero no es suficiente, porque tal concepto alude tanto a la persona como a sus cualidades (43). En cambio el inciso que ahora analizamos se refiere solamente a las cualidades, ya que el error sobre la identidad está tratado en otra disposición.

El inciso no precisa cuáles cualidades personales. Por lo tanto, y no señalando que deban ser cualidades relevantes, es válido admitir que cualidades es sinónimo de modo de ser, de actuar o comportarse, el aspecto de la persona y sus atributos en general sean físicos, intelectuales, morales y hasta jurídicos (44).

Así como creemos firmemente que el inciso 1 de este artículo 202, al hablar de la esencia y cualidades del objeto se refiere a las existentes al momento de error, y no a futuras o posibles, es difícil pronunciarse de una manera definitiva respecto de las cualidades personales. El tema es especialmente relevante en todos aquellos negocios de ejecución diferida. Sin negarnos a admitir la posibilidad de que se considere esencial un error sobre las cualidades futuras, nos inclinamos por la negativa. Dicho de otro modo, que para el declarante la otra persona tiene algo que influye en su voluntad y que la ha llevado a error. Cualidades no existentes no pueden ser causa de un efecto como serían una falsa representación o ignorancia de haber lo que no había. Cosa diferente es la expectativa o esperanza de ciertas cualidades futuras, que no se llegan a cristalizar, pero es más bien un error en la valoración de cualidades o aptitudes ya existentes. Es, por tanto, un error en el motivo, que es materia de disciplina en otro artículo. En resumen, salvo que las cualidades futuras sean motivo determinante declarado, la esperanza de que existan no justificaría la anulación por error.

Como bien dice Larenz (45), en lugar de cualidades es preferible hablar de ciertas notas que distinguen a la persona, sea a juicio del declarante sea al común de las gentes.

Conviene ahora precisar cuándo y cómo se estima que la cualidad ha sido determinante para el agente y que debido a un error sobre la misma puede considerarse esencial y, por tanto, anulable el negocio si el error es recognoscible. Dos criterios se han barajado. Algunos juristas sostienen que debe primar valoración subjetiva o la trascendencia que el agente haya dado a una especial cualidad o conjunto de cualidades. Al otro extremo se ubican quienes consideran que no ha de ser decisivo el parecer del errante, sino un elemento objetivo, o más bien objetiva, como es la apreciación general (46).

(43) MESSINEO, Francisco: "Manual...", Tomo II, pág. 435.
(44) GHESTIN, Jacques: "La notion d'erreur...", pág. 234.
(45) LARENZ, Karl: "Derecho Civil". Parte General, pág. 520.
(46) Así, por ejemplo, entre nosotros, los Dres. de la Puente y Zusman. Véase el art. 70 c) de su Anteproyecto y la Exposición de Motivos. Estos autores indican que hay que apelar a la apreciación general para saber si la cualidad es esencial o no, para facilitar la tarea del Juez al permitirle contar con un dato más fácilmente apreciable. No negamos la conveniencia de facilitar a los magistrados criterios para la solución de conflictos sometidos a su decisión, pero no nos parece que esa sea la única razón ni la más valedera. Por encima de la facilidad de la tarea de juzgar está y debe estar la justicia del fallo del Juez y para ello debe reunir todos los elementos de juicio y si provienen de las partes o del caso concreto, tanto mejor si son justas y razonables, aunque se separen de lo que piense la general apreciación.

Nosotros creemos que se han soslayado ambas teorías y optado por una postura ecléctica. Así es, aunque no deja de llamar la atención la supresión en este inciso de la frase "apreciación general y en relación a las circunstancias" que sí anuncia el precedente, lo cierto es que no se ha inclinado ni por una ni por otra. Lo lógico es pensar que ambos criterios han de tenerse en cuenta. Pero hay más: toda la dogmática del error se encuentra estrictamente vinculada a la de la interpretación. Cuando estudiamos ésta vimos que no sólo debía considerarse lo declarado, sino todo el proceso formativo de la voluntad, atendiendo a las circunstancias del caso y a los usos. Es decir, no se renuncia a ningún elemento de juicio que permita saber la real voluntad del declarante, partiendo precisamente de lo declarado. Deben, pues, considerarse primeramente los criterios o razones subjetivas que llevaron al errante a declarar de esa manera y no de otra, partiendo de ciertas cualidades que se estimaron relevantes. Serán, por tanto, el conjunto de circunstancias que rodean a las partes. Si de ello no pudiera extraerse una respuesta concluyente y definitiva habrá que recurrir a criterios objetivos.

Es función de este criterio objetivo no tanto determinar si la cualidad es objetivamente relevante en la persona (47), sino sobre todo comprobar que, en tal caso concreto, una persona normalmente diligente hubiera estimado esencial dicha cualidad y que la misma ha sido condición *sine qua non* del consentimiento errado (49).

3o "El error es esencial (. . .) cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto".

Se llama error de Derecho al consistente en el falso conocimiento o ignorancia de una norma jurídica de derecho positivo. Norma jurídica, a estos efectos, es aquella legislativa o derivada de la costumbre (49). En un sentido más amplio, el error de Derecho es la equivocada interpretación, extensión o inexacta aplicación de la norma al caso concreto (50).

Hay que reparar, sin embargo, en la acertada puntualización de que el error de derecho no puede alegarse para eludir el cumplimiento de la ley. "En otro caso, el ordenamiento jurídico, ante la fácil excusa de la ignorancia, no sería nunca aplicable. La ley tiene vigor *in se y per se*, independientemente del conocimiento que del mismo tuvieran los ciudadanos; es fundamental en el mundo del Derecho la máxima jurídica *error iuris non excusat*. Por el contrario, el falso conocimiento de la ley que determinó una formación errónea de la voluntad, puede hacerse valer y puede anular los efectos jurídicos del negocio mismo. Un ejemplo de lo que decimos es el siguiente: Ticio compra a Caio un terreno para construir un edificio, desconociendo que en dicha localidad existe una prohibición de elevar edificaciones de más de cinco metros por razones de defensa militar. Si Ticio edifica sin limitación de altura, la autoridad militar le puede obligar a demoler su construcción y no podrá argumentar que desconocía la ley, pero le cabe la posibilidad de solicitar la anulabilidad de la compraventa, porque, si hubiera conocido la prohibición, no lo hubiera adquirido" (51).

(47) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio. . .", pág. 430: "Por lo general, el error vicio recae en las cualidades: éstas pueden ser esenciales, sustanciales o accidentales, accesorias o secundarias (. . .) puede recaer en unas u otras".
(48) PIETROBON, Vittorino: "El error. . .", pág. 609.
(49) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio. . .", pág. 467.
(50) STOLFFI, Guiseppe: "El Negocio. . .", pág. 175.
(51) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones. . .", Tomo I, pág. 167-168.

Según Cariotta, el error de derecho puede reflejar las siguientes modalidades, aunque él mismo reconoce (52) que el punto es incierto: a) error en la naturaleza jurídica del negocio ralizado; b) error en los requisitos legales del negocio; c) error en la situación jurídica concreta; d) error en los efectos jurídicos del negocio; e) error en los motivos.

En cada una de estas hipótesis, dependiendo del caso concreto , habrá que examinar si el error es o no esencial.

Sobre la influencia del error en la formación de la voluntad, la ley impone que haya sido razón única o determinante del acto.

A modo de conclusión de este apartado sobre el error-vicio esencial, digamos que, en síntesis, la esencialidad se valora investigando el caso concreto de influencia del error en la voluntad final, recurriendo a principios abstractos: tipo de negocio, intereses en juego y cualidades (incluso secundarias) que en concreto hayan sido determinantes (53).

230. ERROR COGNOSCIBLE. EL PROBLEMA DEL DOLO.

El carácter esencial del error no es suficiente para declarar la anulación del negocio. Es menester, conforme el artículo 201, que además el error como tal sea conocible por la otra parte. Y según dispone el numeral 203, se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiera podido advertirlo.

La cuestión suscitó interesantes debates en el seno de la Comisión Reformadora, como puede verse de las actas (54). El Dr. León Barandiarán, autor de una de las ponencias, sostuvo que la cognoscibilidad permite "confundir las consideraciones del problema con el dolo". Su preocupación fue compartida por el Dr. Fernández Sessarego. En opinión de ellos, si el receptor de la declaración conoce el error y no lo dice, no incurre en mala fe, sino en dolo, porque si el error es inadecuación entre la representación mental y la cosa o las cualidades de otra persona, es una cuestión unipersonal. Mas cuando a otra persona se la hace intervenir, se mezclan dos conductas: la del equivocado o ignorante con la de la otra parte (55).

En sentido contrario se expresaron los Dres. Vega García y Arias Schreiber. Este último señaló que "la fórmula del Código italiano es una conquista de la legislación actual desde el punto de vista práctico, ya que tiende a la seguridad jurídica. La seguridad del acto jurídico es un aspecto característico de nuestros días. Una sociedad en la medida de lo posible debe buscar la estabilidad del acto jurídico y es esa la razón que ha tenido el legislador italiano cuando exige que el acto sea cognoscible por el otro agente. Con esto lo que se está buscando es limitar el área de acción del error, de permitir que el acto jurídico en la medida de lo posible se mantenga válido y que sólo se

(52) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio. . .", Nota 200.
(53) SANTORO PASSARELLI, Francisco: "Doctrinas. . .", pág. 190.
(54) Especialmente, la del 10 de Agosto de 1972.
(55) El sustento de la opinión del Dr. León Barandiarán puede verse ampliamente en la 4a. edición de su "Manual del Acto Jurídico", págs. 113-117.

declare nulo cuando el error ha sido congnoscible por el otro agente. Por eso, el problema se debe centrar a establecer; ¿qué es lo que le conviene a la sociedad actual?. Lo conveniente es buscar la seguridad jurídica que además se concilia con el supremo valor de la justicia; por eso se afilia a la tesis del Código italiano y por ende a la ponencia del Dr. Vega García". Finalmente, fue esta ponencia la que prosperó y así ha quedado recogida en los artículos 201 y 203 del Código.

La justificación del precepto, se dice por Barbero (56), es que si por una parte sería injusto admitir que un error oculto pudiera perturbar las expectativas del destinatario fundadas en la declaración, tampoco es justo sacrificar al declarante caído en error que el destinatario hubiera podido denunciar. Esta explicación, empero, no nos parece convincente. Tampoco satisface la razon que sugiere Trabucchi, que se afinca solamente en la realidad de proteger la buena fe del tercero (57). Tanto por la conveniencia de establecer las necesarias diferencias con el dolo, la recognoscibilidad requiere de un análisis y una justificación más exhaustivas.

El dolo será estudiado con detenimiento más adelante. Por ahora podemos adelantar que se habla de dolo positivo y negativo. El primero consiste en la actividad de una parte para hacer que la otra parte incurra en error. El dolo negativo u omisivo consiste en callar maliciosamente así que roza con el problema de la recognoscibilidad del error. La diferencia entre una y otra figuras se encuentra en el énfasis que se atribuya a uno u otro comportamientos. Mientras que el error es un producto más o menos espontáneo de la mente del declarante (58), que para ser relevante o causal de anulación debe ser esencial y conocible, el dolo requiere una cooperación deliberada y maliciosa del otro contratante. El error-vicio o el error-obstativo sólo pueden anular el negocio en los supuestos que la ley señala y el acento del ordenamiento es sobre el errante y el tipo de error cometido. El error derivado de dolo, en cambio, puede ser de otro orden distinto de los previstos en los artículos dedicados al error en la voluntad y en la declaración, porque la ley acentúa con el dolo el comportamiento malicioso de una de las partes que con su silencio pretende determinar (crear o impulsar) la voluntad del declarante. Esto es distinto del genuino y espontáneo error, porque en el dolo existe la finalidad, la ilícita intención de engaño por acción u omisión. No es tal el caso del error que habiendo sido reconocido no es hecho notar.

A pesar de estas aclaraciones, no es difícil imaginarse supuestos en abundancia de posible concurrencia de error en una parte y dolo en la otra. En estas hipótesis habrá que juzgar la naturaleza del error: si no lo es, según su tipología legal pero la otra parte lo reconoció y maliciosamente evitó que fuera advertido por el declarante, tendremos dolo. Habrá que juzgar la conducta de las partes.

231. CRITERIOS DE RECOGNOSCIBILIDAD.

Hemos dicho que para tipificar un error como causal de anulación en el esquema de este título, no es necesario indagar en la buena fe del receptor de la declaración. El sentido y la correcta aplicación del artículo 203 debe es tal el caso del error que habiendo sido reconocido no es hecho notar.

(56) BARBERO, Doménico: "Sistema. . .". Tomo I, pág. 525.
(57) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones. . .". Tomo II, pág. 169.
(58) BARASSI, Ludovico: "Instituciones. . .". Tomo I, pág. 201.

Efectivamente, este numeral 201 señala que el error será causa de anulación si fuere conocible por la otra parte. Un primer análisis revela que el error, como defecto de la voluntad o de la declaración, no se ha desplazado de su auténtico lugar: sigue siendo un error del declarante. En él y no en la otra parte está la equivocación o la ignorancia. Lo que ocurre, y en esto se encuentra la innovación del articulado, es que ha menester dos requisitos para ser jurídicamente relevante: esencial y cognoscible. Con lo primero se han querido señalar ciertos límites; esto es, no cualquier error, por la materia o contenido, puede ser invocado; tiene que ser significativo e importante y el texto legal señala cuándo lo es. Con lo segundo, es decir, la recognoscibilidad, se pretende, particularmente para los negocios bilaterales o plurilaterales y en las declaraciones recepticias, establecer un margen de protección a la contraparte. De esta manera el principio de excusabilidad se equilibra (59), por decirlo de alguna manera. Anteriormente la excusabilidad recaía sólo en el comportamiento del declarante y tal era el criterio del Código de 1936. Como dice Ruggiero (60), comentando el antiguo Código italiano (de 1865): "Es preciso, además (aunque la ley no se refiera a ello), que el error sea excusable; un error tan burdo que no pueda admitirse que nadie incurra en él o un error menos grave, pero que hubiera podido evitarse con prudencia, no se puede invocar por el que ha incurrido en él para anular la declaración. No falta, sin embargo, quien sostenga que la excusabilidad del error sea requisito necesario para poderlo invocar y quien afirma que todo error influye en la validez del negocio, aunque sea provocado por negligencia, aparte, sin embargo, la responsabilidad por la culpa cometida. Como quiera que sea para quien exige la excusabilidad, ésta es un elemento que no puede ser valuado sino caso por caso habida cuenta de las condiciones subjetivas de la persona, debiendo ser juzgada con mayor rigor en el error de hecho".

La excusabilidad, como criterio enraizado en su origen en la preponderancia de la voluntad del declarante, ha sido moderado por la doctrina en el transcurso del tiempo. Así, primero se exigió la responsabilidad del agente (61). Ahora la seguridad jurídica impone que no quede a criterio de quien declara juzgar su propia responsabilidad y si su yerro es o no inexcusable en la situación concreta. Esto es tanto como dejar a su decisión la anulación del negocio. De aquí que la excusabilidad, que todavía prima en muchos ordenamientos civiles, incluso algunos recientes, sea admitida apreciando la naturaleza del error, las circunstancias y la propia conducta del errante. Y para apreciar la falta debe recurrirse a comparaciones, pero como resultado de ellas el objetivo del sistema de la excusabilidad va dirigido a la exclusiva protección del interesado, vale decir, del agente declarante (62).

A evitar esta tendencia de exclusiva protección del declarante se ha inclinado la moderna doctrina principalmente alemana e italiana, si bien con algunas diferencias de matiz. El caso concreto de la italiana se afinca en la necesidad de tutelar al receptor de la declaración y a tal fin se introduce la necesidad de cognoscibilidad. Partiendo de la premisa que el negocio jurídico es una figura destinada a regular intereses jurídicamente relevantes, esta-

(59) Parece, pues, excesiva, la opinión de SANTORO, Francesco: "Doctrinas. . .", pág. 192, según el cual "la excusabilidad se traslada del que yerra al destinatario de la declaración".
(60) RUGGIERO, Roberto de: "Instituciones. ...". Tomo I, pág. 271.
(61) CASTRO Y BRAVO, Federico: "El Negocio. . .", pág. 115.
(62) Así, implícitamente, BARASSI, Ludovico: "Instituciones. . .". Tomo I, pág. 200.

blece relaciones jurídicas vinculantes. Por eso, aunque el error tiene su origen en una de las partes, se tutela a la otra porque requiere una protección ante la falta en la voluntad o en la declaración que recibe y sobre la cual debe normar su conducta. Se parte del supuesto que un instrumento de autonomía privada como es el negocio, descansa en voluntades libres y sanamente fundadas y declaradas. De esto se deriva la inconveniencia de enfocar la tutela jurídica solamente en favor de uno sólo de los polos de la relación. Aunque el error provenga de una de las partes, afecta en un amplio sentido a todo el entramado negocial y, por ende, a la otra parte. Una vez emitida la declaración de voluntad, deja de ser exclusiva del agente y pasa a tener una vida propia sobre la cual se apoyarán otras declaraciones de voluntad. A tutelar estas otras declaraciones de voluntad que se asientan en el error de otra, y a proteger con criterios objetivos moderados al caso concreto (63) a quien las emiten y las reciben, van dirigidas las nuevas normas sobre reconocimiento del error.

Una de estas normas utiliza dos términos: "sea conocible". Dice eso, y no otra cosa; no debe leerse "haya sido conocido". La diferencia es sustancial, pues el texto de la norma está en potencial, lo cual significa que el error puede ser conocido. Y puede ser conocido por la otra parte no tanto por el error en sí, sino también por una serie de circunstancias concurrentes. Es cierto, qué duda cabe, que el error es individual (aunque puede haber error bilateral, pero ahora hablamos del primero), pero como la declaración de voluntad está destinada a ser conocida, no sólo ha de serlo en su aspecto externo, mas también en su significado. Si de este conocimiento se colige que puede haber habido error y éste es esencial, el negocio puede ser anulado. Se requiere que el error pueda razonablemente ser conocido, no que lo haya sido efectivamente. ¿Por qué?. No porque el que yerra haya tenido razones suficientes para equivocarse o ignorar, que es un lado del problema, sino porque es necesario tutelar la confianza de quien recibe la declaración.

Expliquemos un poco más esto de la confianza, que de paso nos permitirá introducirnos en la comprensión del artículo 203. A nuestro entender, en esta sede de error la confianza puede explicarse como el estado del destinatario de la declaración que resulta de las circunstancias del caso. Lo que equivale a decir que dados ciertos supuestos, el destinatario de la declaración podía haber descubierto el error y: a) no haberse comprometido; b) haber desvelado el error, o; c) si se comprometió habiéndolo conocido o podido conocer, debe aceptar las consecuencias de la anulación. Ahora bien, lo que se acaba de decir evidencia dos facetas del tema. La primera, tratada en el artículo 201, es la tutela de la confianza del destinatario de la declaración: el negocio no será anulable si el tal destinatario ni conoció ni pudo conocer el error; su conducta sería protegida por el ordenamiento. La otra faceta viene anunciada en el artículo 203: cómo debe protegerse la confianza. La diferencia es importante, porque mientras el artículo 201 quiere amparar la confianza puesta en una declaración concreta con el contexto de una situación también concreta, el artículo 203 indica el modo de ejercer dicho amparo. Entremos a ello.

La norma 203 dice que el error se considera conocible cuando en relación al contenido o circunstancias del negocio o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo. Esta forma de

(63) SANTORO PASSARELLI, Francisco: "Doctrinas. . .", pág. 192.

enunciar la recognoscibilidad ilustra la preponderancia de un procedimiento objetivo y abstracto para valorar el comportamiento del destinatario de la declaración. Es decir, si dicho destinatario tenía o no razón en conceder confianza al contenido de la declaración pues no hubiera podido descubrir el error. Adviértase, entonces, que ya no se trata de juzgar si el declarante fue o no negligente, o si no incurrió en culpa, (ambas nociones calificadas para el caso concreto según el comportamiento del hombre medianamente diligente o del buen padre de familia (64), que es labor propia de la teoría de la excusabilidad). No, ya no se valora así el error. La concepción que el artículo recoge prescinde de la culpa o negligencia del declarante; lo que se pretende es saber, con los criterios que el numeral 203 establece, si hubo o no motivos para despertar confianza en la declaración. De lo cual se extraen dos consecuencias:

— Aunque el declarante hubiere incurrido en grave negligencia, el negocio será anulable si el error pudo o debió conocerse. Esto es así en la medida que "se considera como una especie de culpa el hecho de que la contraparte no haya reconocido, mientras podía reconocerlo, el error del declarante. Esta culpa opera a favor del que comete el error, habilitándolo para impugnar el negocio"(65).

— Aunque el declarante (si bien creemos remota esta hipótesis) hubiere procedido con diligencia y responsabilidad, no podrá ser anulado el negocio si el error no fue conocido por el destinatario ni pudo serlo en base a los elementos del artículo 203. No por error jurídicamente relevante, al menos.

Como colofón de este examen sobre el reconocimiento, puede preocupar, lógicamente, qué ocurre si el error no reconocible ha sido efectivamente reconocido. Es decir, si no siéndolo para una persona de diligencia normal, ha sido advertido por razones fortuitas o porque el destinatario de la declaración es perspicaz o ha actuado con diligencia superior a la normal. En este supuesto está claro que no podrá invocar dicho destinatario el texto literal del artículo 203 a fin de preservar incólume el negocio. Efectivamente, aunque deba tutelarse la confianza no puede desampararse la buena fe, el deber de cooperación leal en la seriedad del negocio. Por decirlo de alguna manera: el destinatario, conscientemente, ha asumido el error. Obviamente, si el error es causa de anulación cuando puede ser reconocido, con mayor razón si efectivamente lo ha sido, aunque lo fuera por motivos distintos de los apuntados en el artículo 203. En síntesis, los elementos de análisis del conocimiento que vienen anunciados en el numeral citado, que son criterios abstractos y objetivos como pautas de comparación para juzgar situaciones concretas, sirven al mismo tiempo para delimitar un margen de conducta seria y correcta, pero como tal margen precisa los mínimos de aceptabilidad del reconocimiento.

> "ARTICULO 204.– El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto, sino solamente a rectificación, salvo que, consistiendo en un error sobre la cantidad, haya sido determinante de la voluntad".

(64) CASTRO Y BRAVO, Federico: "El Negocio. . .", pág. 116.
(65) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 441.

232. ERROR DE CANTIDAD Y ERROR DE CALCULO

El artículo no está bien redactado y por eso resulta confuso. De cualquier manera, es insuficiente. En efecto, según el precepto el error de 'calculo' no es vicio de entidad significativa, de manera que sólo se permite su rectificación. Hasta aquí es claro. Pero sigue: salvo que consista en un error sobre la *cantidad* que haya sido determinante de la voluntad. La pregunta surge de inmediato ¿en qué consiste un error de *cantidad*?

Precisemos, pues. El error de *cálculo* es aquel que recae sobre números, entidades abstractas a partir de la unidad; el cálculo es el conjunto de operaciones aritméticas abstractas. La *cantidad*, en cambio, es cosa bien distinta. Porque la cantidad a que el artículo alude es el conjunto de ciertas partes, independientes y más o menos homogéneas (66). Mientras que el cálculo es un procedimiento, la cantidad es una suma de ciertas unidades, o sea, la cuantía resultante.

Es claro, por lo tanto, que el error de cálculo no tiene, conceptualmente hablando, nada que ver con el error que versa sobre la cantidad de algo. Es imposible que el error de cálculo sea al mismo tiempo un error sobre cantidad. Lo que ocurre es qué un error de cálculo puede conducir a otro sobre la cantidad. Al menos esta debe ser la correcta interpretación del artículo 204, aunque no la única.

Veamos, pues, cada una de estas tres variantes.

a) Mero error de cálculo

Según la norma, no es suficiente para instar la anulación. Dos razones abonan para esta solución. La primera, es que el error no es esencial en el sentido que señala el artículo 202, porque no recae la equivocación sobre cosas o personas, tal como señala el precepto. La segunda,es que el error aritmético en que se ha incurrido (si no hace modificar la voluntad de convenir sobre una cierta cantidad *sine qua non*), puede rectificarse y corregirse, sin que por ello quede alterada la representación mental que una o las dos partes se han hecho de la prestación.

La razón de la norma es, pues, perfectamente explicable, porque el error de cálculo no ha incidido en el proceso formativo de la voluntad (67). Es, sencillamente, una equivocación al hacer las cuentas.

b) Error de cantidad basado en error de cálculo

Pongamos, por ejemplo, que debido a un error de cálculo, el individuo que creía estar comprando en 100.000 la cosecha de trigo de cien kilos por hectárea, de un fundo determinado, debe en realidad el mismo precio por una cantidad menor. El error de cálculo, en este caso, ha motivado que se conciba el negocio por una cantidad distinta de la querida. En esta hipótesis, si el negocio no se hubiera llevado a cabo de haberse percatado del error aritmético y, por ende, que la cantidad a recibir no satisfacía el interés de la parte, el negocio es anulable.

(66) PIETROBON, Vittorino: "El error. . .", pág. 577.
(67) LARENZ, Karl: "Derecho Civil", Parte General, págs. 511-515.

Se considera, a los fines de este artículo, que la cantidad creída y que coincide con la real y verdadera, tiene que haber motivado el negocio; haber sido determinante de la voluntad.

c) Error en la cantidad

Es el caso típico del contenido de envases o similares. Puede darse como ejemplo aquel de quien compra cien sacos de cemento creyendo que cada uno de ellos contiene cien kilos, cuando en realidad contienen noventa. Aquí no hay error de cálculo, porque el precio por saco es igual tenga noventa o cien kilos, pero para el adquirente es imprescindible un total de diez mil kilos de cemento, y no tan sólo nueve mil.

Aunque la ley no haga alusión expresa, un error de esta naturaleza es causal de anulabilidad en la medida que la cantidad errada haya sido determinante para contratar.

Para concluir, debe advertirse que el error de cálculo o de cantidad, no debe confundirse con la lesión: "La lesión semble se situer sur un plan strictement objectif, économique et quantitatif, tandis que l'erreur parait se placer sur un plan exclusivement subjectif, psychologique et qualitatif" (68).

> "ARTICULO 205.– El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y sea aceptado por la otra parte"

233. MOTIVOS DETERMINANTES

Esta disposición viene a sustituir la contenida en el artículo 1084 del Código de 1936, que impropiamente hablaba de falsa causa. La mejora es digna de ser aplaudida, porque la falsa causa es distinta del motivo determinante. (XIX).

Ya habíamos dicho que el Derecho considera sin relevancia jurídica el error en los motivos y en las valoraciones particulares, porque en la dogmática del negocio el declarante tiene una carga de responsabilidad en manifestar la razón de sus actos cuando quiera atar los efectos a las razones especiales que le impulsan y mueven su voluntad.

A juicio de la doctrina, existe error en los motivos "cuando versa sobre los hechos que han orignado la sensación de necesidad para cuya satisfacción el sujeto se ha decidido a contratar, o cuando recae sobre una valoración errónea" (69). Como puede apreciarse, el error no se encuentra en el objeto del negocio, entendido tanto como materia de prestación, o como conjunto de intereses a satisfacer, ni estriba tampoco en la persona de la otra parte. No, el error ha sido sobre un hecho o circunstancia ajenos al negocio (70).

(68) GHESTIN, Jacques: "La notion d'erreur. . .", pág. 75.
(69) PIETROBON, Vittorino: "El error. . .", pág. 583.
(70) GHESTIN, Jacques: "L'erreur. . .", pág. 59.

Ejemplo clásico del error en los motivos es el del heredero que confiando en la herencia prometida que habrá de beneficiarle, realiza ciertas adquisiciones a precio aplazado y luego descubre que sus expectativas han estado equivocadas porque aparece un pariente con mejor derecho.

El precepto no diferencia si el motivo consiste en la falta de previsión (71) o en la ignorancia de ciertos supuestos ajenos al negocio (de lo primero es notorio quien compra un inmueble creyendo haber ganado la lotería; de lo segundo, por ejemplo, quien dona creyendo muerto a un hijo desaparecido), o si los motivos han de recaer sobre un elemento del negocio. A falta de precisión, creemos que pueden admitirse ambas hipótesis.

El artículo bajo análisis puntualiza que no cualquier móvil tiene trascendencia a los efectos del error, pues impone tres requisitos que han de concurrir de consuno: a) que se haya manifestado como razón determinante; b) que así se haya hecho constar expresamente; y c) que sea aceptado por el destinatario de la declaración con este carácter de motivo determinante, o sea, esencial para celebrar el negocio.

Razón determinante es a estos fines equivalente o sinónimo de que si no hubiere existido este motivo —como representación de la realidad actual o de la realidad futura (72)—, no se hubiera celebrado el negocio, o se hubiera celebrado en otros términos diferentes.

Apunta también el precepto que el motivo, con tal carácter de determinante, debe hacerse constar expresamente. La decisión sería discutible si por "expresamente" debe colegirse que la mención del motivo tiene que hacerse por palabra oral o escrita u otro medio directo de manifestación de la voluntad (art. 141 del Código). Ya León Barandiarán hizo notar su disconformidad con esta frase del artículo 1084 del Código de 1936, que ahora se mantiene. En su opinión, "basta que el motivo se manifieste en cualquier forma como común intención de las partes (desde que procediendo de una es conocida por la otra), para que entre a formar parte del contenido de la declaración"(73). Por eso al presentar su ponencia propuso que el texto de la norma tuviera la siguiente redacción: el error en el motivo sólo vicia el acto cuando se manifiesta en la declaración como su razón de ser y en forma de condición. A estar por las Actas, al suprimir la última frase "en forma de condición" y sustituirla por "razón determinante", se incluyó la locución "expresamente", sin debatirse si ello significa que la declaración debe ser expresa, o si expresamente se ha empleado como sinónimo de explícito, claro o unívoco.

Nosotros nos inclinamos por esta última posición: en definitiva, que la declaración del motivo puede hacerse de manera tácita o resultar de la ejecución de ciertos hechos materiales, siempre y cuando pueda apreciarse claramente y de modo inequívoco que ese y no otro motivo ha constituído la razón determinante para la celebración del negocio (74). No hay que olvidar

(71) Véase sobre el tema: CELICE, Raymond: "El error...", pág. 228 y ss.
(72) PIETROBON, Vittorino: "El error...", pág. 486-487.
(73) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios...", Tomo I, pág. 118.
(74) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: "El Negocio...", pág. 121.

que la identificación del error es, con frecuencia, tarea de interpretación de la declaración (75). Si de esta investigación se concluye que hubo motivo determinante evidente de alguna manera, aunque no declarado taxativamente como presupuesto *sine qua non* del negocio, entendemos que se cumple el requisito que el artículo señala.

Concluye el artículo diciendo que el motivo determinante tiene que haber sido aceptado por la otra parte. En este extremo ya no se hace distingo alguno sobre la forma, expresa o tácita, de la aceptación. Puede hacerse de cualquier modo, siempre que pueda concluirse que, efectivamente, se ha producido tal aceptación. De paso digamos que como no se reclama forma declarativa (no formalidad) especial para evidenciar la aceptación, no vemos razón poderosa para invocar la obligación a una parte de hacerlo de modo expreso y liberar a la otra. A nuestro juicio, los criterios para cerciorarse de la declaración del motivo y de la declaración de aceptación no tienen por qué ser diferentes. El Juez podrá ser rígido, debe serlo en estos casos, para convencerse que dada la conducta de las partes, las circunstancias concurrentes, etc., existía un motivo determinante aceptado (si ha sido aceptado no hace falta que se pruebe que se había manifestado de uno u otro modo), pero no creemos que pueda imponer una declaración expresa, tal como la entiende el artículo 141.

> "ARTICULO 206.– La parte que incurre en error no podrá pedir la anulación del acto si, antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto que aquélla quiso concluir"

234. RECTIFICACION DEL NEGOCIO

No ofrece singular dificultad el entendimiento de este artículo. Su inclusión obedece a la razón de tutelar la confianza, de la que ya se ha hablado. Aunque el error sea esencial y recognoscible, quien erró no podrá solicitar la anulación si la otra parte ofrece introducir las modificaciones necesarias, es decir, cumplirlo de modo satisfactorio para el errante.

En adición a esto, hay que recordar que el error-vicio está plasmado como un defecto en la voluntad de una de las partes que puede o no, según ciertos criterios legalmente estatuidos, ser reconocido por la otra. De acuerdo a este planteamiento, surgen dos hipótesis:

a) Que el destinatario de la declaración pudo reconocer o efectivamente reconoció el error, esencial o no, pero el negocio fue celebrado. En este supuesto, si el destinatario ofrece subsanar su falta de diligencia y seriedad y acomodar sus intereses a los del errante, éste no puede negarse y pretender impugnar el contrato.
Y no puede negarse porque si bien es cierto que hubo falta en el receptor de la declaración, el error está en el declarante y una vez subsanado y surgir a la luz la correcta voluntad, debe sujetarse a ella. Lo contrario sería admitir que no contrató con seriedad y lealtad y permitir la impugnación es tanto como permitir que se simule un error para, por ejemplo, obtener información de la otra parte —que a veces es reserva-

(75) De gran delicadeza, según CASTRO Y BRAVO, Federico: "El Negocio...", pág. 112.

da— y luego intentar la anulación. Este incorrecto modo de proceder puede ocasionar a la parte no errante sensibles perjuicios.

b) El error puede ser oculto y ni siquiera esencial. Obviamente, con mayor razón, no podrá el errante pretender separarse de sus compromisos, si la parte receptora de su declaración se aviene a rectificar el negocio.

El artículo no deja bien en claro quién es el sujeto pasivo de los perjuicios: si la parte errante o la otra. Sin embargo, la atenta lectura permite entrever que se refiere al primero y, además, a ello obedece la justificación del precepto. La doctrina italiana (76) es uniforme al entenderlo así. El propósito del artículo es como sigue: se supone que si una parte erró y se compromete en lo no querido, el cumplimiento de su compromiso puede causarle perjuicios. Pues bien, en tal tesitura no se le permite al errante instar la anulación si la otra parte se aviene a adecuar su voluntad —y por tanto sus derechos y obligaciones— al contenido y modalidades que el errante quería. El mandamiento es justo, pues si la ley permitiera la anulación la parte que no se equivocó podría experimentar perjuicios más graves que los que se derivan de la rectificación.

Todo lo anterior se ensambla y resume en un problema de buena fe contractual, con sus colaterales de confianza y leal colaboración. El ordenamiento pone aquí en la balanza los legítimos intereses de dos partes tratando de minimizar los perjuicios que ambas partes puedan sufrir. El Juez, llegado el caso, deberá calibrarlos, examinar los intereses en juego compensando los posibles desequilibrios y resolver, en consecuencia, si procede o no la anulación según la rectificación ofrecida, el error padecido y su posible conocimiento, así como los posibles perjuicios de una u otra solución.

Como es natural, la rectificación también procede si se ofrece una reparación de los perjuicios.

Por último, respecto de la justificación del artículo, advierte Messineo, que la regla responde al principio de conservación del negocio (77). Se supone razonablemente que los agentes negociales quisieron obtener cierto resultado adecuado a sus intereses. Por tanto, si dicho resultado puede obtenerse por vía de rectificación, no hay razón para permitir la anulación.

La propuesta de rectificación puede nacer de una cualquiera de las partes. El problema se suscita si, habiendo surgido del errante la propuesta de rectificación, no recibe respuesta del otro. Creemos que aquí procede una solución similar a la adoptada respecto de la ratificación de negocio celebrado sin poder o con poder insuficiente. Con arreglo a esto, si el errante se percata de su vicio, puede pedir a la otra parte que se pronuncie sobre la rectificación en los términos que se propongan, señalando a tal propósito un plazo adecuado para recibir respuesta. Vencido este plazo, o no aceptada la rectificación en la manera propuesta, podrá solicitarse la anulación si el error es esencial y conocible, y podrá evidenciarse un principio de voluntad reacia a la rectificación.

(76) SANTORO, Francisco: "Doctrinas. . .", pág. 193.
(77) MESSINEO, Francisco: "Doctrina. . .". Tomo II, pág. 116.

En razón de la misma idea, no puede pedirse la anulación del negocio, o mejor dicho, no debe prosperar, si el errante no responde a la intención debida a la iniciativa de la otra parte para corregir el negocio.

> "ARTICULO 207.– La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes"

235. INDEMNIZACION

El mandamiento es claro y taxativo. Su explicación la encontramos sucintamente bien expuesta en la Exposición de Motivos que de su Anteproyecto presentaron los Dres. De la Puente y Zusman (78).

Como se pretende proteger al receptor de la declaración con base en la teoría de la confianza, éste no puede demandar daños y perjuicios pues si se ha anulado el negocio se debe a que el error fue esencial y conocible. Si es así, el precepto da por entendido que el receptor de la declaración pudo haberse percatado del vicio y, por tanto, pudo no haber dado crédito a la declaración. Hubo una falta de su parte. Por la comisión de esta falta de cuidado, no se le autoriza a reclamar daños y perjuicios.

No ha de ser ésta, empero, la única interpretación válida; también ha de verse de otro lado. Es decir, que quien yerra no puede reclamar del destinatario de la declaración daños y perjuicios por no haberle hecho notar el vicio que era reconocible. (XX).

Atendiendo a la dificultad de establecer claras diferencias entre dolo y la concepción del error, este artículo viene a esclarecer, pues mientras se niega la indemnización en el error, nada obsta que se reclame si hubo dolo. La diferencia, como ya se ha apuntado, radica en la malicia, en la mala intención o en la culpa, según los casos. Si no se aprecia la inducción a errar con negligencia o mala fe, o que la otra parte, conociendo o debiendo conocer el error ocurrido no lo hace notar al declarante no pueden reclamarse daños y perjuicios (79).

> "ARTICULO 208.– Las disposiciones de los artículos 201 al 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, o al objeto principal de la declaración, o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como el caso en que la declaración hubiese sido transmitida inexactamente por quien estuviera encargado de hacerlo".

236. ERROR EN LA DECLARACION

Según habíamos explicado, es necesario distinguir el error-vicio, que es aquel que incide por ignorancia o equivocación en formación de la voluntad, del otro error llamado obstativo u obstáculo, que incide en la declaración de

(78) *op. cit.*, pág. 103. Tomo II.
(79) GHESTIN, Jacques: "La notion d'erreur. . .", pág. 121.

la voluntad. Dice al respecto el Dr. León Barandiarán que se trata de un defecto "en la manifestación de voluntad, desde que el declarante ha manifestado querer algo que realmente no quiso (Crome).

"Este error existe cuando la parte que invoca su error entendría hacer un contrato distinto de aquel que ha declarado consentir (C. suizo, art. 24, inc. 1). En este caso no hay concurso de voluntades, desde que las partes han querido cosas fundamentales diversas. Aunque el error no afecte al objeto del negocio, recae sobre las obligaciones y derechos que con respecto a él pensaron adquirir las partes, y esas obligaciones y esos derechos constituyen lo esencial del acto jurídico" (80).

Aunque, como anuncia el artículo 208, las disposiciones de los artículos precedentes que ya hemos analizado son aplicables, es correcta la diferenciación que remarca este precepto, porque el error de que habla se circunscribe al que se materializa por inadecuada expresión de la volición, pero ha quedado entendido en principio —salvo ciertas excepciones, como distracción, olvido, desconocimiento— que la volición es correcta y que ha sido efectivamente querida. La declaración de voluntad es un todo, como ya hemos visto e insistido en otro lugar, pero puede ser vista desde su lado interno (error vicio) o externo o funcional (obstativo), pues cumple la función de comunicar la intención (81).

Respecto de la aplicación al error obstáculo de los artículos que le anteceden, hay que hacer una salvedad, que en este caso no es accesoria, sino sustantiva. Y es que el error en la declaración es siempre esencial, ya que la esencialidad en el artículo 202 no está referida a la significación del error en el proceso volitivo, sino a aquello sobre lo que recae y que está previsto en una concreta disposición legal. El error-vicio puede ser trascendental para el declarante, pero si no está previsto como esencial (o asimilable, como en el error sobre el valor), no lo es. Debe, por lo tanto, prescindirse de toda cuestión de esencialidad(en la acepción de lo permanente e invariable), al hablar del error en la declaración. Una cosa es el error sobre el modo de ser del Derecho, de la persona, o de un objeto y otra cosa la identidad del negocio, un objeto o la persona. En este último caso de identidad, la esencialidad se considera solamente cuando ha sido criterio de identificación una cierta característica. La relevancia de este tipo de error obstáculo está en que así lo señala el artículo 208, y sólo en los supuestos que contempla, porque hay un diafragma que impide que la intencción correctamente representada en la mente se materialice en la declaración (82). Es un problema que atañe a la correcta transmisión de la no errada intención negocial.

Mejor que nosotros lo expresa Messineo (83) al señalar que este error "es un caso de divergencia entre declaración y voluntad análogo al que es resultado de violencia física salvo que, en lugar de la violencia, el mismo es provocado por el error. El error, en tal caso, se denominaba (en un tiempo) obstativo, u obstáculo, para significar que el mismo impide la formación del negocio; mejor (y la nueva legislación justamente adopta esta otra terminología), es llamado error que recae sobre la declaración, para expresar que el error afecta, no a la voluntad, sino a la declaración en sí; y la afecta, precisamente, en el sentido de provocar una discrepancia entre declaración y voluntad, mientras normalmente (y aún en el caso de que el error obre, como motivo, sobre la formación de la voluntad) declaración y voluntad están de acuerdo; el error obstativo es causa de declaración infiel; infiel, respecto de la voluntad. Es inexacto, por consiguiente, hacer de él un vicio de la voluntad; otra cosa es que el trato jurídico dado por la ley italiana en materia de negocios bilaterales patrimoniales entre vivos, sea idéntico al de error-vicio".

(80) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .", Tomo I, pág. 103.
(81) PIETROBON, Vittorino: "El error. . .", pág. 447.
(82) BARBERO, Doménico: "Sistema. . .", Tomo I, pág. 546.
(83) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .". Tomo II, pág. 438.

Ya hemos expresado que, a nuestro entender, el error en la declaración de que trata el numeral 208 no es esencial en el sentido que a este vocablo le atribuyen los artículos 201 y 202. No puede serlo porque la nota de esencialidad (con la salvedad de error de derecho), la vincula la ley a las cualidades de la persona o del objeto sobre el que recae el error (artículo 202) y no a la importancia del mismo en el sujeto declarante. Tan expreso concepto de esencial no puede extenderse a otros supuestos diferentes. De aquí que el artículo 208 diga que las normas que lo preceden se aplicarán "en cuanto sean pertinentes al caso". Y la esencialidad —es decir, el concepto legal de ella— no es pertinente en este supuesto de error, porque precisamente el nuevo ordenamiento se ha separado en este punto de la legislación italiana, que confunde ambas especies de error. (XXI).

Cosa diversa es, desde luego, que el error en la declaración recaiga sobre una cualidad esencial. Así por ejemplo, si queriendo comprar un lote de anillos de oro, por un error en la declaración se expresa de plata. Lo querido es correcto, y la intención también, pues se desea adquirir alhajas de oro y que efectivamente es oro, pero se ha expresado mal la voluntad; ha habido un error en la declaración sobre una cualidad esencial. Por lo tanto, el negocio es anulable.

No admite tampoco discusión ni requiere mayor explicación la recognoscibilidad del error. También aquí en el obstativo se reclama que sea reconocible por la otra parte. Cuanto dijimos al comentar el artículo 203 es de perfecta aplicación: el error debe ser reconocible para una persona de normal diligencia.

Sabemos ya en qué consiste el error en la declaración y cómo le son de aplicación las reglas que norman el error-vicio. Conviene ahora que veamos las distintas formas de presentación del obstáculo, según Cariotta (84): a) equivocación material del declarante; b) equivocación incurrida por un tercero; c) error en el significado del medio de individualización expresado en la declaración (85).

Las apuntadas son las maneras en las que el error en la declaración se manifiesta, cuando en él incurre una sola de las partes. Es decir, que la transmisión por el agente o un tercero, no refleja la correcta intención. Pero hay otra especie de error que el artículo no menciona y que merece ser tratado en este lugar: es el disenso.

(84) *op. cit.*, pág. 423-426.
(85) Véase también MESSINEO, Francisco: "Manual. . ." Tomo II, pág. 439.

237. EL DISENSO

Se llama disenso el inadvertido desacuerdo entre las partes respecto del sentido en que cada una de ellas entiende el contenido del negocio. Hay una aparente o creída congruencia exterior de las respectivas declaraciones, que en realidad son divergentes; no hay coincidencia intrínseca, aunque sí extrínseca entre ellas (86). El disenso solamente puede ser error obstativo (en el sentido que opera como él y tiene igual tratamiento), y presupone, desde luego, que se trata de negocios bilaterales. Es indudable que el disenso tiene características propias que lo distinguen del error obstativo u obstáculo, sólo que en el error la divergencia está entre la voluntad y la declaración tal como en realidad se hizo y en el disenso la divergencia entre voluntad y declaración está en la forma que la declaración ha sido percibida (87). En un caso el error está en la declaración propia; en el disenso hay error por la declaración ajena, que hace aparecer una no existente concordancia entre las declaraciones de las partes. La existencia de un error en la declaración debe determinarse antes de comprobar la existencia de un error-vicio (88).

238. TIPOS DE ERROR EN LA DECLARACION

Hemos examinado hasta ahora cómo se manifiesta esta especie de error en la declaración. Es decir el lado exterior de la anomalía. Veamos ahora los supuestos que el artículo 208 considera como el contenido del error o, más exactamente, aquello sobre lo que el error recae.

Antes de entrar a ello, es menester enumerar una hipótesis que el artículo no menciona pero que, sin duda, subyace en él y puede abarcar los cuatro casos que la regla sí menciona. Nos referimos al caso de firmar por error un documento en lugar de otro. Como es natural, una equivocación de esta magnitud indudablemente es tenida en consideración.

Examinemos las cuatro variantes que el dispositivo contempla.

A) Error en la naturaleza jurídica del negocio

Existe este tipo de error obstáculo cuando el declarante se equivoca en la declaración del negocio que quiere celebrar. Es un error respecto de la designación del tipo o especie negocial abstracta. Por naturaleza, en consecuencia, puede entenderse aquello que hace que un negocio jurídico sea distinto de otro en su estructura, composición y efectos esenciales. Al haberse producido la equivocación se ha dado a la voluntad una identidad negocial diferente.

Piénsese por ejemplo, en quien no conoce la diferencia entre préstamo de uso (comodato) y de consumo (mutuo) y que procede a la entrega de cierto número de antiguas botellas de licor, creyendo que su amigo las va a exhibir, pero se las entrega diciendo que son en mutuo. Obviamente ha incurrido en un error en la naturaleza jurídica del negocio y podrá solicitar la anulación (89). Algunos autores estiman que el error en la naturaleza del negocio

(86) BETTI, Emilio: "El Negocio...", pág. 318.
(87) COVIELLO, Nicolas: *op. cit.*, pág. 411.
(88) LARENZ, Karl: "Derecho Civil". Parte General, pág. 508.
(89) MESSINEO, Francisco: "Manual...". Tomo II, pág. 434.

es un error sobre la causa del mismo (90), pero nos parece inexacta esta apreciación. En el mejor de los casos podría decirse que el declarante ha errado sobre identidad —denominación— de la función del negocio que pretende, pero no sobre la función en sí, que más puede ser un error en el motivo (error-vicio) que le ha llevado a celebrar el negocio (de lo que ya hemos tratado al estudiar el artículo 205).

Bajo el epígrafe de error en negocio deben comprenderse también otras variables diferentes de la naturaleza propiamente dicha, pero que inciden sobre ella pues modifican la normal intelección del negocio. Así, por ejemplo, cuando el error recaiga sobre modalidades del negocio —condición, verbigracia—, o ciertos requisitos o elementos (91). El error sobre una modalidad es error obstativo cuando impide al autor de la declaración la realización de su intención; excluye la conciencia del significado del acto (92).

En síntesis, puede afirmarse que el error en la naturaleza del negocio es aquel que, ampliamente, hace que no coincida el orden de intereses señalado y sus efectos jurídicos, con la declaración efectuada. Obsérvese, desde luego, que esta especie de error sobre el negocio —inadecuación entre lo declarado y los intereses previstos y sus efectos— no tiene nada que ver con el error que recae directamente sobre los efectos jurídicos que no diferencian al negocio, y que no tiene relevancia anulatoria (93).

Debe cuidarse de no confundir el error en la naturaleza jurídica del negocio con el error en Derecho de que habla en el artículo 202. En efecto, el segundo es que el que recae sobre normas de Derecho (su existencia, vigencia, interpretación, aplicación), de suerte que su alcance es mayor que el error sobre la naturaleza del negocio. Este tipo de error puede ser, por tanto, de hecho o de Derecho. Será de hecho cuando, sabiendo la diferencia entre comprar y arrendar, digo una en vez de otra; será de Derecho cuando, queriendo solamente afianzar (sin carácter solidario) las obligaciones de un amigo, digo avalar porque creo que la fianza y el aval son jurídicamente sinónimos y por tanto estampo la firma en títulos valores aceptados por el amigo.

(90) En opinión de CELICE, Raymond: *op. cit.*, pág. 186 y ss. el error en la naturaleza del negocio (tal como él lo entiende) no puede considerarse modalidad especial de error. "La división de contratos en categorías no corresponde a nada real"; "si la técnica jurídica ha podido clasificar durante tanto tiempo un cierto número de contratos, que se presentan casi siempre con caracteres idénticos, en las categorías claramente definidas, le es imposible "catalogar" así todos los contratos. No todos se presentan con una etiqueta conocida. Los hay nuevos y hay otros a los cuales aún no se ha señalado lugar, y hay también algunos, entre aquellos mismos, que están clasificados desde hace mucho tiempo y a los cuales las partes han hecho sufrir tales modificaciones que no se sabe ya en qué categoría colocarlos. Esas categorías son artificiales y no pueden comprender todas las realidades. Son inútiles, pero su utilidad está limitada por su imperfección. En una legislación que deja a las partes en libertad para estipular todas las convenciones que quieran y que reconoce a todas éstas una fuerza obligatoria, no se puede encerrar todo en moldes preconcebidos. El error sobre la naturaleza del contrato se concibe en una legislación formalista que no reconociese más que un número restringido de contratos". La observación de este autor es válida dentro de su concepción y dentro de ella el error en la categoría no es la que recoge el artículo 208 que por error en la naturaleza alude a la ignorancia o desconocimiento de los efectos del contrato que declara querer, que no coinciden con los intereses que se quieren regular.
(91) ALBADALEJO, Manuel: "El Negocio...", pág. 141.
(92) SANTORO PASSARELLI, Francisco: "Doctrinas...", pág. 185.
(93) Magníficamente expresado por LARENZ, Karl: "Derecho Civil". Parte General, pág. 515:

B) Error en el objeto principal de la declaración

Con esta designación de objeto principal se incita a unas posibles confusiones que es necesario desvanecer. En efecto, este apartado incluye, (mejor dicho, debe incluir porque no se alude a ellos de modo discriminado en otro lugar): a) error sobre la materia del negocio. Dicho de otra manera sobre los intereses objeto de regulación , sobre el propósito económico-social que se persigue; b) error respecto del contenido. O sea, el objeto vendría a ser equivalente a prestación y desde luego hay que admitir que puede producirse un error al declarar sobre si se dará, hará o no hará algo; c) error sobre el bien materia de la prestación. Así por ejemplo, si quiero comprar la oficina No. 3 del segundo piso y declaro equivocadamente que se trata de la No. 2 del tercer piso; d) error al declarar una cualidad o cantidad esencial de un bien o bienes (94).

C) Error sobre la identidad de la persona

Aquí hay que distinguir varias hipótesis, pues ya no se habla de persona "de la otra parte" como hace el artículo 202. Cabe, por consecuencia, que el error recaiga: a) sobre la identidad de la persona de la otra parte. Así, verbigracia, se desea contratar con Teodoro, a quien efectivamente el declarante conoce, pero a quien identifica como Doroteo; o desea hacer una donación a su sobrino Mario , y al declarar dijo equivocadamente María, pensando que a ella pensaba también hacerle un obsequio; b) puede también haber error sobre la identidad de la persona, pero considerándola como contenido del negocio. Por ejemplo, se hace un contrato con un agente de espectáculos, sobre la actuación de un determinado artista. Debido a una equivocación digo el artista X, cuando estoy pensando en el artista L.

El error en la declaración puede obedecer también a las cualidades de la persona. Así, cuando un empresario de circo quiere contratar al payaso de pantalón azul a rayas y al efectuar la designación yerra y se refiere al de camisa a rayas.

D) Inexacta transmisión de la declaración por quien estuviera encargado de hacerlo.–

No reviste mayor problema este apartado. Indudablemente, se requiere que el error cometido sea esencial y recognoscible.

Tan sólo una cosa por agregar, que tomamos del artículo 250.2 del Código portugués. Este dispositivo apunta, remitiéndose a otro, que aunque el error no sea esencial, ni reconocible, siempre es anulable si la inexatitud en la transmisión fue debida a la conducta dolosa del trasmitente.

"El error en los efectos a que da lugar la declaración es una declaración sólo cuando se trate precisamente de los efectos jurídicos a cuya producción se dirige directamente la declaración según su contenido y no, por tanto, cuando se trate de efectos vinculados por el ordenamiento al negocio independientemente de la voluntad del declarante...

(94) GHESTIN, Jacques: *op. cit.*, pág. 4, apunta que puede asimilarse al error de esta última clase aquel en que se incurre cuando se identifica al bien por su ubicación. Por ejemplo: venta de un cuadro ubicado en cierto lugar, pero el cuadro (un paisaje) que es el que se quería, ha sido sustituído por otro (un retrato).

"ARTICULO 209.– El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se pueda identificar o la persona, o el objeto, o al acto designado".

239. ERROR NO VICIANTE.

Este artículo es la traducción legal de la máxima 'falsa demostratio non nocet'. La exclusión legal del vicio supone indudablemente una previa actividad interpretativa encuadrada en el principio de conservación del negocio jurídico.

Dice al respecto Betti (95), que la declaración perceptiva o dispositiva que constituye el elemento central de todo negocio suele estar flanqueada por declaraciones representativas o descriptivas que tienen la función de dilucidar y precisar la regulación prescrita con la declaración dispositiva, sea determinando sus elementos esenciales (sujeto, objeto, modalidades), sea encuadrándola es la situación de hecho que le sirve de base. Esta función determinativa varía de itensidad, en concreto, y de valor, según el nexo más o menos íntimo que ligue la declaración representativa a la dispositiva.

Se eleva al máximo cuando una declaración constituya el complemento necesario de la otra, en cuanto valga para identificar los elementos esenciales del negocio o para circunscribir su alcance (como condición implícita). En cambio, disminuye de grado cuando se limite simplemente a señalar los motivos que han influído sobre la conclusión del negocio o a caracterizar elementos que eran ya identificables por otro camino. En este último caso. el vínculo entre las dos declaraciones, representativa y dispositiva, es de tal modo laxo, que aquélla puede muy bien ser separada y ésta existir por sí sola. Precisamente sobre esta posibilidad de separación se funda la máxima *falsa demostratio non nocet.*

Indudablemente la recta interpretación de este artículo reclama que la otra parte haya entendido correctamente la voluntad verdadera (96).

SECCION SEGUNDA

EL DOLO

240. CONSIDERACIONES GENERALES.

El error puede ser espontáneo o provocado. El error espontáneo (en la voluntad o en la declaración) ha sido examinado en la Sección anterior y se le conoce simplemente como error. Cuando es provocado se llama dolo, que en sede de vicios de voluntad es sinónimo de engaño. Engaño consiste en la acción u omisión por la cual una persona hace creer a otra algo que no se ajusta a la verdad.

---

(95) BETTI, Emilio: "El Negocio. . .", págs. 316-317.
(96) GHESTIN, Jacques: "L'erreur. . .", pág. 5.

El dolo al que ahora nos referimos incide (97) en la creación de la voluntad porque provoca un error. No debe ser confundido con el dolo antijurídico, como categoría general y con connotaciones subjetivas de voluntad y conciencia de causar un daño (98). Este *animus* dañoso —estado de conciencia— puede aparecer en el dolo como causante de vicio de voluntad, pero no se requiere como elemento indispensable. El dolo de que ahora nos ocuparemos es una especie del ilícito civil, con un significado más restringido. Aunque parezca poco frecuente que ocurra la hipótesis, la redacción de las normas que regulan el dolo, permite demandar la anulación del negocio y hasta reclamar indemnización aunque la parte autora del engaño haya actuado con fines lícitos, elogiables o nobles (99). Así, por ejemplo, quien deseando compartir sus futuras confiadas ganancias con un amigo, le induce con engaño a que le compre unas acciones que cree que experimentarán fuerte alza en la bolsa. Le miente a su amigo asegurándole que fuentes bien informadas le garantizan seguras ganancias que a la postre no sólo no se producen, sino que además hay pérdidas.

Se han preguntado los tratadistas (100) sobre la utilidad de la figura del dolo, visto que se resume en un error que vicia la voluntad. La observación es ciertamente válida cuando se refiere a aquellos ordenamientos que tratan vagamente del error. No lo es, en cambio, cuando la relevancia del error, como es el caso del nuevo Código, ha quedado restringida a las menguadas hipótesis que la ley señala. Para estos ordenamientos el dolo no sólo es una figura de importancia, sino que, además, sus alcances han de ser ampliados para posibilitar la anulación en casos de negocios celebrados con error que la ley no meritúa como tal en sentido extricto. Nosotros creemos que esto es lo que ocurre con el nuevo ordenamiento: el dolo de que tratan los artículos 210 a 213 debe ser entendido y, por tanto, aplicado, con generosidad de criterio. Por esta razón, errores que los artículos 202 y siguientes dejarían sin relevancia, pueden ocasionalmente permitir la anulación si derivan del dolo. Tiene que ser así para dar cabida a hipótesis que si bien tradicionalmente no pertenecen al ámbito del dolo, hoy no pueden ser ubicados en las secciones del error, intimidación o violencia.

> "ARTICULO 210.— 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".
> Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él".

El dolo puede ser definido como la conducta de alguien ajeno al declarante que causa un error en éste mediante artificios, astucias o mentiras empleados para inducir a la celebración de un negocio o su celebración de una manera determinada, normalmente y de ordinario en beneficio, ventaja o provecho (101) del contratante. No necesariamente tiene que haber propósito de causar perjuicio, ni conciencia de causarlo, que de existir podrían tipificar dolo penal (102).

(97) En este sentido, el dolo no es vicio de voluntad, sino causante del vicio.
(98) TRIMARCHI, Pietro: "Istituzioni. . .", pág. 213.
(99) Véase: DE BARROS, Washington: "Curso. . .". Parte General, pág. 212.
(100) CASTRO Y BRAVO, Federico: "El Negocio. . .", pág. 148.
(101) RUGGIERO, Roberto de: "Instituciones. . .", Tomo I, pág. 272.
(102) DORAL, José y DEL ARGO, Miguel: "El Negocio. . .", pág. 177.

El primer párrafo del artículo alberga dos conceptos: que haya habido engaño y que el error causado haya sido determinante para la celebración del negocio. Ahora bien, una lectura más acuciosa revela vacíos y suscita preguntas que es necesario resolver.

Veamos todo con orden.

241. LA CONDUCTA DEL ENGAÑANTE.

El artículo que ahora examinamos alude implícitamente a una conducta del engañador. Conducta que, como apunta Boffi (103), asume relevancia jurídica en especiales circunstancias. Empero, la norma silencia un aspecto de vital importancia cual es el enjuiciamiento de la conducta. Habla del engaño, como consecuencia objetiva, y de su influencia en la celebración del negocio. Pero omite lo concerniente a los criterios de imputabilidad del engañante, o sea, la imposición valorativa de su conducta. En suma, cuál ha de ser el criterio para juzgar el elemento subjetivo del agente activo: ¿tiene que haber intencionalidad, o basta la culpa?

Ante el vacío del precepto, la investigación arroja resultados sorprendentes: la mayoría de las legislaciones hablan de intencionalidad o soslayan el punto. Por su parte, la doctrina sigue el mismo camino. Todo parece sugerir, pues, que el engañante debe tener una voluntad conscientemente preordenada a producir o permitir un error injusto, desviando la voluntad del declarante o impidiendo que se acerque a la verdad. Esta tesis que reclama la intencionalidad nos parecía francamente imposible de suscribir a la vista de nuestro nuevo ordenamiento.

Habiendo quedado limitadas las causales de error-vicio y error en la declaración y estando el error dotado de un tinte de esencialidad y reconocimiento, el ámbito de actuación de la anulación por vicio ha sido restringido. En consecuencia, o se amplía el margen de la represión del error motivado o permitido por un tercero o la otra parte, o quedaría un vacío: una zona de nadie entre el error legalmente esencial y espontáneo y el error intencionadamente provocado. Quedaría indemne el error no esencial sufrido por el declarante, no reconocible por él con diligencia normal, pero que ha sido causado, propiciado o permitido por la otra parte aunque sin maliciosa intención. Nos preocupaba, de paso, la dificultad de probar la intencionalidad, pues nunca puede presumirse. Intencionalidad juega aquí como sinónimo de mala fe.

De otro lado, si el error-engaño del numeral 210 no es espontáneo, en el sentido de serle imputable de manera exclusiva al declarante; si, además, la ley no exige que recaiga sobre aspectos esenciales del objeto o de las personas, todo invita a suponer con razón que el Derecho desea permitir que el declarante engañado pueda desvincularse del negocio invocando la anulación. Y, en tal tesitura, la exigencia de intencionalidad acreditada parecía ser excesiva. Por último, ¿dónde empieza la intencionalidad y termina la prudencia?.

A nuestro entender, en el silencio del artículo 210, y hasta que más ilustrada opinión justifique lo contrario, consideramos válido incluir la culpa como elemento subjetivo causante del engaño. Mueven a esta conclusión varias razones.

La primera ha de buscarse en las actas de la Comisión Reformadora, pues el artículo que aprobó ha salido airoso de la revisión. En la sesión del 21 de Septiembre de 1972 fue analizado el artículo de la ponencia. El debate se centró en el segundo párrafo y concretamente en si el engaño del tercero bastaba que fuera efectivamente conocido por el beneficio del engaño, o si podía también impugnarse el negocio cuando el engaño debía ser conocido por él, como previenen los códigos suizo y alemán. Al final prevaleció la tesis de que dichos ordenamientos contienen "un sistema muy severo, pues admiten la culpa además del dolo". Pero, nótese, excluye la culpa solamente cuando el engaño fue causado por el tercero. Nada dice de cuando fue causado por el beneficiario. Podrá replicarse que eso nada significa, ya que no la incluye en el primer párrafo del artículo. Mas tampoco la excluye.

Segundo. A tenor del segundo párrafo del precepto 210, si el engaño fue empleado por un tercero, puede anularse el acto si fue conocido por la parte que del engaño se beneficia. Pues bien, si cuando otro comete el ilícito se exige conocimiento, ¿no es lógico que cuando el engaño se causa directamente se imponga un deber de conocer o saber de que sí se puede estar engañando?. Es decir, procede distinguir entre voluntariedad para engañar y consciencia del engaño. Lo primero es doloso. Lo segundo, la falta de consciencia de que se está engañando, puede tener su origen en una culpa indisculpable. Se puede inducir a error sabiéndolo o también inducir sin percatarse de ello, pero en situación en que sí existe un deber esencial o social de percatarse. Sin embargo, esto solamente enfoca un aspecto del problema: el acto de engañar. Lo que ocurre es que hay otro paso ulterior: una relación de causalidad entre el engaño y la celebración del negocio. Con ello se quiere decir que puede tenerse perfecta conciencia o intención de engañar, pero carecer de ellas en cuanto conocerse que con tal engaño se induce a la celebración del negocio. Una cosa es tener conocimiento del error que se está provocando y otra diferente es saber las consecuencias negociales que se producen en el ánimo del declarante. Vale decir, que precisamente por el error y no por otra razón va a celebrar el negocio.

La culpa es la omisión de la conducta diligente y cuidadosa que hubiera evitado que otro cayera en el error o permaneciera en él. La intención, a estos efectos, se vincula con la mala fe. Empero, si se excluye la culpa como posible causante del error y, por ende, del vicio, tendríamos forzosamente que concluir que prevalece la negligencia del que causa el error, sobre la víctima del mismo: que el engañante se ve premiado respecto del engañado, quien sin haber podido reconocer su error no puede desligarse del negocio; que la actividad culposa de suscitar en otro una falsa representación o mantenerlo en ella es intrínsecamente lícita y protegida por el ordenamiento (104).

Hay otra razón que, en el conjunto del tratamiento de esta figura del dolo, nos hace sufragar por la tesis de que el engaño causado por culpa inexcusable permite instar la anulación. El artículo 211 estatuye un deber de indemnización a cargo de la parte de mala fe que induzca a engaño en aspectos no fundamentales del negocio, el cual no es anulable. Pero por sentido común se infiere que si el engaño ha sido causado de buena fe no existe deber de indemnización. Se admite, en conclusión, un engaño de buena fe. Lo que ocurre, y esto es relevante, es que puede actuarse de buena fe, pero negligentemente. Si se admite lo anterior, es decir. engaños de poca entidad inducidos con buena fe (aunque culposa), ¿por qué no admitir también la culpa —como falta de diligencia debida— en el engaño de gran entidad y permitir la anulación?.

(103) BOFFI, Luis M: "Obligaciones..." Tomo I, pág. 287.
(104) SACCO, Rodolfo: "Il Contratto", pág. 329.

Por otro lado, conviene no perder de vista que el engaño se causa 'in contrahendo', o sea, en la etapa de formación del negocio, antes de su celebración. Entonces, si en el campo de la responsabilidad extracontractual quien incurre en culpa queda obligado a reparar el daño, ¿qué razón hay para no repararlo totalmente en el terreno de vicios de la voluntad, permitiendo la anulación?.

Por último, ¿no puede ser el dolo omisivo o reticencia, de que trata otro artículo, una clara situación de culpa? No merece ser tutelada la conducta de la parte que por su situación (un vendedor especializado, por ejemplo) podría y debía reconocer el error de la otra y, amparando esta conducta poco diligente, hacer que el convenio resulte no anulable.

Resuelto este aspecto de la valoración de la conducta, retomemos el análisis del artículo. Lo que implícitamente se regula en él es un comportamiento causante de un error. Se regula el influjo de la insidia o negligencia en la declaración, es decir el nexo causal entre la maquinación y el resultado, que es la celebración del negocio (105).

En suma: tiene que evidenciarse un comportamiento objetivamente incorrecto *per se*, prescindiendo por el momento del propósito, injusto o no, que anhela el engañador.

242. LA CONDUCTA DEL AFECTADO POR EL ENGAÑO.

No basta que haya habido conducta preordenada a la provocación del error. Es necesario que el engaño efectivamente se haya producido sin que el declarante se haya percatado del vicio que se intenta sobre su voluntad. Según reciente doctrina (106), el criterio de recognoscibilidad que se aplica en la dogmática del error, también debe tenerse presente al juzgar el dolo.

Si advierte el declarante que lo están engañando y aparentando ser víctima de engaño concluye el acuerdo con la oculta intención de anular posteriormente el negocio y "fastidiar" al doloso, su acción anulatoria no debe prosperar. Ya no por la razón prevista en el artículo 213, sino porque este 210 reclama que el engaño haya sido real; que la voluntad, efectivamente, haya quedado viciada sin que el declarante lo sepa.

243. NATURALEZA DEL ENGAÑO

El engaño ha de ser grave. Esta nota puede confundirse con otra que el artículo declara expresamente, es decir, engaño determinante. Pero hay que distinguirlas entre sí y de la finalidad que inspira la actitud dolosa.

(105) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: "El Negocio...", pág. 143.
(106) CARRANZA, Jorge: "El dolo en el Derecho Civil y Comercial". Buenos Aires, 1973, pág. 96 y ss.

La finalidad responde a un para qué o por qué se engaña; el engaño determinante alude a la importancia de aquello sobre lo que recae el error. La gravedad, en cambio, concierne: a) a la clase de artilugios, sofismas y, en general, procedimientos utilizados para inducir al engaño. No es lo mismo, por tanto, engañar a un experimentado comerciante en piedras preciosas que a un lego en la materia; b) las relaciones del engañador con el engañado. Dice León Barandiarán (107) citando otros autores: "Los hechos constitutivos del dolo deben ser bastante graves para que un hombre sagaz y prudente haya podido ser engañado (Chardon). Se considera que no merece protección la ignorancia crasa ni tampoco la simplicidad supina: sin embargo, la cuestión ha de resolverse circunstancialmente, teniendo en consideración que no es amparable la víctima del dolo, que esté en culpa *in contrahendo*, por su propia falta, si ésta es grave (Pacifici-Mazzoni)".

244. LA RAZON DETERMINANTE.

Por último, el engaño debe ser de tal entidad que, de no haber incurrido en él, el engañado no hubiera celebrado el negocio. El error, por eso, ha de ser razón determinante para contratar.

No es necesario que el error cometido por dolo pueda encuadrarse en la disciplina del error que ya hemos estudiado; no hace falta que recaiga sobre bienes, personas o derecho, como lo regula el artículo 202. No es menester, en suma, que sea esencial. Basta que determine la voluntad, inclinándola a tomar una decisión que, de no haber habido error, no se hubiera adoptado (108).

El Código argentino (artículo 932) reclama otro requisito: "que el dolo haya ocasionado un daño importante". La jurisprudencia de ese país (109) ha estimado que se refiere a daño económico. No comulgamos con este planteamiento: en ocasiones, el daño moral experimentado o la mera posibilidad de sufrir un quebranto patrimonial justifican la acción anulatoria del dolo.

245. DOLO DE UN TERCERO.

El engaño puede ser causado por un tercero ajeno a las partes, pero en este supuesto el acto será anulable, dice el artículo, si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él. El mandamiento parece claro, pero bien merece algunos comentarios.

En primer término, conviene precisar que, a pesar del uso del vocablo 'partes', el dolo puede concurrir en negocios unilaterales en los que el engañado, claro está, es el declarante. En estas especies de negocios no hay partes propiamente dicho. De lo cual se deriva que el dolo puede provenir de cualquiera y éste siempre será un tercero, si entendemos por parte aquella que interviene en la formación del negocio. Tratándose de negocios unilaterales con declaración recepticia, podría pensarse que se ha considerado como la otra parte al destinatario de la declaración. Esto supondría una impropia utilización del vocablo 'parte', pero la consecuencia será la misma: el negocio, en nuestra opinión, ha de ser anulable desde que la voluntad ha quedado viciada por impulsos de alguien ajeno al negocio (110), prescindiendo de si el destinatario de la declaración conoce el engaño o no (111). Este vacío que observamos se debe a una defectuosa adaptación del artículo 1439 del Código italiano, que trata del dolo en la parte de los contratos. Al adoptar el nuestro un sistema diferente, ha colocado al negocio jurídico en una ubicación distinta y con reglas que son de aplicación a figuras no contractuales, y debió haberse hecho la correspondiente modificación.

(107) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .". Tomo I, pág. 122.

(108) En caso de duda "Aconselham os autores, entretanto, se funde a açao anulatoria no dolo e nao no êrro, nao só porque aquêle é mais fácil de provar, sendo certamente mais viva a reaçao psicológica do julgador, como também porque o ressarcimento é mais completo que no caso de simple êrro. Ademais, o dolo é mais profundo: enquanto o êrro sôbre qualidades acidentais e sôbre a causa (quando esta nao é determinante) nao anula o ato, pode o dolo provocar-lhe a anulaçao", DE BARROS, Washington: "Curso. . .".

(109) LLAMBIAS, Jorge: "Tratado. . ." Tomo II, pág. 497.

En los negocios bilaterales se reclama que el engaño del tercero haya sido conocido por la otra parte. El precepto es enfático. Por tanto, no es suficiente que hubiera podido ser conocido por una persona de normal sagacidad y diligencia. Antes bien, se impone que real y efectivamente haya sido conocido (112). Si pudo y debió ser conocido, pero de hecho la otra parte no se percató, no hay motivo de dolo. Podrá invocarse error, si concurren los requisitos que ya hemos visto, o demandar al tercero por responsabilidad aquiliana, pero no tendremos dolo, tal como se reglamenta.

Cuando el negocio sea plurilateral y el engaño sólo afecte a una de las partes, debe tenerse presente la regla del artículo 223. En consecuencia, el engaño permitirá que únicamente la parte errada se retire anulando su intervención del negocio, salvo que su participación se considere esencial, en cuyo caso la anulación repercute a todas las partes y, por ende, al negocio entero.

246. EL BENEFICIO COMO CONVENIENCIA O PROVECHO.

Concluye la norma señalando que si el engaño es empleado por el tercero, la anulación solamente prosperará si, además de haberlo conocido, la otra parte obtuvo un beneficio. Dicho está que en los actos unilaterales, conocido o no el engaño, el negocio es anulable. Partamos, pues, del supuesto de negocios con dos o más partes. La ley habla de beneficio, pero a nuestro entender es exagerada, pues se corre el riesgo de interpretar literalmente el beneficio y tomarlo como sinónimo de utilidad, ganancia, enriquecimiento o evitación de un potencial perjuicio (caso este último de quien vende sabiendo que lo vendido será expropiado a bajo precio) o algo similar. El fundamento de la anulación en estos casos es que una parte conoce el engaño causado por otro y, faltando a un deber de buena fe, de lealtad y moralidad, no hace advertir el error a la contraparte. Debe rectamente entenderse que el beneficio es secundario e impone al afectado la carga de una prueba dificilísima. No hay razón para ello. La cuestión del beneficio no fué discutida cuando la Comisión aprobó el artículo (113), pero el tema merece que

(110) Dice RUIZ SERRAMALERA, "El Negocio. . .", pág. 145, que "en los negocios unilaterales no se puede distinguir entre contratantes y terceros y, por ello, parece lo más lógico entender que cuando existe dolo, provenga de quien provenga (beneficiados o terceros), la voluntad queda afectada por este vicio, ya que será difícil determinar si quien lo utilizó pretendió beneficiarse a sí mismo o intentó el beneficio ara alguien que dependía de la eficacia o ineficacia del negocio".

(111) CARIOTA FERRARA, Luigi: "El Negocio. . .", pág. 461.

(112) Es decir, que hubo complicidad: RUGGIERO, Roberto de: "Instituciones. . .". Tomo I, pág. 273.

(113) Sesión del 21 de Septiembre de 1972.

se replantee. Puede en efecto haber dolo conocido por una de las partes y ausencia de beneficio para ella, con un considerable perjuicio del engañado.

Lo del beneficio, por tanto, ha de ser aceptado con serias reservas y en todo caso la aplicación jurisprudencial tendrá que ser amplia y no rígida. Si se demuestra que una de las partes conocía el dolo del tercero y no procuró desvanecerlo, ha actuado inmoralmente y no con arreglo a la buena fe. Entonces no hay motivo para ampararlo en desmedro del afectado y mantener el negocio a toda costa. La prueba del conocimiento debe ser imprescindible a todas luces. Y si ilícitamente no ha revelado el engaño, sus razones tendría, sean cuales sean. Lo cierto es que se ha aprovechado (114), esto es lo importante, de un error causado por otro; ha utilizado para sí un error ajeno obtenido de mala manera. El "beneficio" que eso le rinde será de variada índole, objetivo como una ganancia o evitación de un perjuicio, o subjetivo con todos sus matices, vanidad, orgullo, ganas de perjudicar a la otra parte, etc.

Visto así el artículo, hubiera sido más justo mencionar conveniencia en lugar de beneficio y no hace falta que se haya obtenido antes de demandar la anulación. Basta que el solo hecho de la conclusión del negocio pueda ser conveniente para la parte dolosa. Si de nosotros dependiera la redacción de este párrafo del artículo, lo haríamos así: "Cuando el engaño hubiera sido empleado por un tercero, el acto será anulable si fue conocido por el destinatario de la declaración a quien conviniendo la no revelación del engaño, se aprovecha de ello".

> "ARTICULO 211.– Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido; aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios".

247. DOLO INCIDENTAL.

Como toda conducta impropia, el dolo tiene sus graduaciones. El artículo, empero, no alude a la conducta en sí, sino a la naturaleza del engaño y más específicamente a aquello sobre lo que recae el error que se provoca.

En realidad todo error causado por maquinaciones de un tercero o de la otra parte, determina la voluntad, es decir, la inclina o motiva de una manera. Es importante hacer esta anotación para la correcta exégesis del artículo. Así es, la gravedad del engaño puede hacer que el afectado decida: a) celebrar el negocio; b) celebrarlo con ciertas estipulaciones sobre las cuales su voluntad ha sido engañada, pero que no son trascendentales; c) celebrarlo con ciertas condiciones que él creía que reposaban en la verdad, pero sobre las cuales ha sido engañado. En las tres hipótesis la voluntad ha estado determinada, pero la materia del engaño reviste mayor o menor importancia según el caso.

El dolo de que trata el artículo es el llamado incidental. No afecta la voluntad de querer el negocio, sino el modo o manera de quererlo. Se parte

(114) MESSINEO, Francisco: "Doctrina. . .", Tomo I, pág. 145.

del supuesto que, aun sin haber sido engañado, el negocio se hubiera celebrado de todas formas. Es cuestión de prueba examinar en cada supuesto concreto la relevancia del engaño en el complejo negocial a fin de precisar si el negocio se hubiera celebrado o no. La cuestión, en suma, queda librada a la apreciación judicial (115).

Dentro de esta materia, Flour y Aubert sostienen que el error procurado o no revelado por la otra parte y que recaiga sobre el valor del bien o sobre motivos determinantes, o cualidades sustanciales del bien o de la persona siempre tienen relevancia en el dolo, aunque no hayan sido cognocibles. En cambio, el error respecto de la cualidad no sustancial no permitiría la anulación, salvo que haya sido determinante (116).

248. LA MALA FE

La mala fe también debe ser objeto de prueba, porque no se presume

Respecto de los daños y perjuicios también deben probarse y no conviene limitarlos al caso que este artículo 211 señala. Aunque no haya norma expresa que autorice su reclamación, debe considerarse:

a) que tampoco hay una regla prohibitoria, como la incluída en el artículo 203 para el régimen del error;

b) el dolo ha quedado admitido en el nuevo ordenamiento como una falta al principio de la buena fe que debe vertebrar todo negocio jurídico bilateral. Desde esta óptica, falta a dicho deber quien induce al error, o quien conociendo o debiendo conocer el error de la otra parte no se lo advierte. Messineo califica esta responsabilidad de la parte dolosa como extracontractual (117) y agrega: "No se debe el resarcimiento si la contraparte incurrió en culpa; esto es, si la ignorancia de la causa de invalidez dependió de su negligencia: el silencio de la parte que tenía conocimiento no es condenable porque la situación concreta le hacía pensar razonablemente que la contraparte habría podido, por sí sola, darse cuenta de invalidez".

c) Por último, parece razonable colegir que si se autoriza indemnización cuando el dolo no ha sido de entidad que determine la voluntad, con mayor razón debe proceder reclamación si la ha determinado por entero y la anulación del negocio no sea suficiente para reparar el daño.

> "ARTICULO 212.– La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa".

249. EL DOLO OMISIVO

Esta disposición sobre el dolo omisivo o reticencia dolosa, ha sido controvertida en la doctrina y la legislación comparadas, como ha puesto de relieve León Barandiarán (118). En las sesiones de la de la Comisión Reformadora, la norma fue aprobada sin discusión alguna.

(115) WEILL et TERRE: *op. cit.*, pág. 215.
(116) FLOUR, J. y AUBERT, J.L.; "Les obligations" Vol. I, pág. 153.
(117) MESSINEO, Fco.: "Doctrina. . ." Tomo II, pag. 288.
(118) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .". Tomo I, págs. 128 - 129.

Un precepto análogo fue incluído en el Anteproyecto De la Puente-Zusman (119). Reconocen estos autores que la postura que adoptan "no es uniformemente aceptada", pero consideran útil la incorporación de una norma en tal sentido "para negar lo que algún sector de la doctrina sostuvo sobre la equiparidad entre el llamado dolo bueno y el simple silencio o reticencia. Es evidente que el caso tratado no podrá hacerse valer respecto de cualquier acto jurídico, sino respecto a aquellos en que existía un deber mayor de explicarse exigido por la buena fe". Y agregan: "sin duda, el ocultamiento debe ser sagaz: el simple olvido o descuido de una parte no podrá configuar el dolo por omisión".

La doctrina había venido insistiendo que el dolo omisivo o reticencia se equiparaba al silencio y por lo tanto debía tener el mismo tratamiento. Es decir, que solamente se tipificaría el dolo omisivo cuando se vulnerara una obligación legal de informar. Creemos, sin embargo, que hay que ir más allá, porque si bien es cierto que pueden existir obligaciones legales de no guardar silencio, también es cierto que hay obligación de no actuar de mala fe y que el ordenamiento jurídico del negocio está afincado en un deber de lealtad y de seriedad que excluye toda conducta perniciosa hacia el declarante. Estos principios derivados de elemental moral social, de honestidad y debida diligencia, de cuya tutela el Derecho no puede abdicar, inspiran toda la concepción del negocio y especialmente de los contratos.

Pero aparte de lo dicho, no solamente el silencio entendido como no sacar a la parte de su error, sino también es dolo omisivo aquel silencio que tiene como intención hacer que el otro caiga en el error (120), por no informarle de aquellos hechos o circunstancias que la víctima no tenía manera de enterarse por sus propios medios. En este orden de ideas, debe investigarse si la conducta ha tenido como propósito provocar el error o explotarlo (121).

"ARTICULO 213.- Para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes".

250. DOLO BILATERAL

El precepto, inspirado en el 1085 del Código anterior, no tiene complejidad alguna. Dice al respecto el Dr. León Barandiarán (122) que "no se puede amparar a una parte por dolo, si a su vez, la otra está incursa en igual responsabilidad. Sería violar el principio de la buena fe, sobre la que han de basarse las relaciones jurídicas. Según el mismo precepto, tal compensación del dolo sólo tiene lugar tratándose de uno principal. Dentro del criterio que mantiene la distinción entre el dolo causante e incidente, la regla de 'si duo dolo malo facerint, invicem, de dolo non agent', funciona tanto para el primero como para el segundo. La limitación que hace el Código, debe haberse inspirado en este punto en la defectuosa disposición 1270 del Código español. La razón para compensar el dolo mutuo —el ataque a la buena fe— se presenta tanto en el determinante como en el incidente; no hay, pues, por qué hacerla exclusiva a aquél. Por eso el Código brasileño se refiere, concernientemente a este punto, a una y otra clase de dolo (art. 97).

(119) *op. cit.*, Tomo II, pág. 105.
(120) BARBERO, Doménico: "Sistema. . .", Tomo I, pág. 526.
(121) GHESTIN, Jacques: "La notion d'erreur. . .", pág. 114.
(122) *op. cit.*, Tomo I, pág. 123.

La compensación del dolo obra, sea que se trate de un acto cuyas obligaciones ya se ha ejecutado, o de un acto en que las mismas aun no han tenido lugar".

SECCION TERCERA

VIOLENCIA E INTIMIDACION

251. CONSIDERACIONES GENERALES

El negocio jurídico es inválido cuando el agente no ha estado en aptitud de adoptar una decisión y de expresarla de manera consciente y voluntaria.

Al hacer el comentario de la norma contenida en el artículo 141 habíamos tratado de las vicisitudes de la declaración y apuntado que decisión de voluntad y expresión voluntaria de la misma equivalían a libertad. Libertad de intención de obtener un resultado, que se traduce en una declaración sin coacción. La formación de voluntad y su expresión se estudian desde dos ángulos diversos: uno interno que es la conciencia donde se crean las decisiones, y otro externo, que es la libertad de expresar lo decidido, o de no expresar nada.

Voluntario es aquello espontáneo, sin nada superior que lo impela de manera extraña al propio querer. El comportamiento humano no voluntario obedece fundamentalmente a dos razones: o se actúa sin querer, sin darse cuenta, sin percatarse de lo que se hace pero por razones atribuibles al propio sujeto; o bien dándose cuenta y sabiendo lo que realiza, pero sin quererlo, luego es por razones ajenas al sujeto o, lo que es igual, que no hay libertad. La decisión ha sido extraída con violencia sobre los medios materiales de que todos hemos de valernos para realizar el negocio, o sobre nuestro ánimo (123).

En propiedad, cuando el agente ha expresado su voluntad forzado materialmente por violencia física causada por otro, la voluntad declarada (querida o no) ha sido arrancada empleando fuerza irresistible. No puede hablarse de declaración de voluntad en su auténtico y genuino significado: hay una apariencia de declaración que conforma la estructura del negocio pero no hay voluntad de declarar. Habrá a lo sumo un hecho jurídico, pero no un negocio jurídico (124). Falta intención. Así, por ejemplo, si alguien ha sido forzado violentamente, por presión física, a firmar un documento. El declarante, que ha sido constreñido, es un simple instrumento pasivo del acto.

De todo lo dicho debería inferirse que el negocio jurídico así concluido es nulo (125), de conformidad con lo ordenado en el inciso 1) del artículo 219, por falta de declaración de voluntad. Ha de ser así porque la violencia, la *vis absoluta o ablativa* no vicia el querer, sino que lo excluye. No obstan-

(123) DE DIEGO, Clemente: "Instituciones de Derecho Civil". Tomo I, pág. 299.
(124) BARBERO, Doménico: "Sistema. . .", Tomo I, pág. 528, dice que el acto jurídico, en todo caso, sería de quien emplea la fuerza, no de quien la sufre.
(125) Así lo reconoce el Código portugués. Su artículo 246 dispone que "la declaración no produce ningún efecto si el declarante no tuviera conciencia de hacer una declaración negocial o fuera impelido a emitirla con fuerza física" (traducción nuestra).

te esta tesis, el apartado 2) del numeral 221 menciona como anulable al negocio celebrado con violencia, aparentamente ratificando lo previsto en el artículo 214, respecto de la violencia o intimidación. Se seguiría de este modo el criterio ya establecido en el Código de 1936 (126), custionado por la doctrina (127).

La pregunta es: ¿coloca el Código a la intimidación y a la violencia física en igualdad legal respecto del carácter del fenómeno (128), a pesar que la primera es vicio que afecta a la decisión y voluntad negocial y la segunda precisamente excluye todo querer, por lo que no hay vicio propiamente dicho?. Tan drástica interpretación y conclusión serían, a nuestro juicio, equivocadas y a todas luces injustas para quien resulta perjudicado. En el comentario que sigue al artículo 214, defendemos la tesis de la nulidad absoluta distinguiendo las dos especies de violencia y ambas de la intimidación.

> "ARTICULO 215.– Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.
>
> Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al Juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias".

25.2 LAS INTIMIDACIONES Y SUS CARACTERISTICAS

Contiene este artículo una de las pocas definiciones expresadas en el Código. Hemos creído conveniente tratarlo antes del 214 porque parece más adecuado saber primero cuál es la causa —intimidación— y luego la posible consecuencia, anulación.

La intimidación es una conducta antijurídica —acto ilícito—, que consiste en influir sobre el fuero interno del agente causándole miedo o temor, amenazándolo con un mal futuro que debe ser inminente y grave. De esta manera, presionando la voluntad o el ánimo del agente, es decir, el aspecto psíquico del mismo, se logra que declare algo de una manera distinta a la querida, o al declarar que quiere, cuando nunca ha querido así ni de otra manera.

Son características de la intimidación, que la diferencian de la violencia, las siguientes:

(126) Ya criticado por LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .", Tomo I, pág. 132. Por su parte, el Anteproyecto De la Puenta-Zusman, sí establece las adecuadas diferencias: "No puede considerarse declaración de voluntad la actividad física del sujeto, pues este es utilizado como un simple instrumento de quien emplea la violencia y, por lo tanto, el resultado externo no le es imputable". Tomo II, pág. 87.

(127) Véase MALLOL; Federico: "Los vicios del consentimiento en el Derecho".

(128) El Código español (arts. 1265 y ss), igual al nuestro en esta materia distingue conceptualmente la violencia de la intimidación. Algunos autores sostienen que, aun reconociendo la diferencia los efectos se equiparan en el aspecto práctico para equiparar las consecuencias. ALBADELEJO, Manuel: "Ineficacia e invalidez del Negocio. . .", ya citado.

a) La existencia de una amenaza que cause miedo o temor. No basta cualquier temor: debe existir una relación razonable entre el miedo y el mal posible. De aquí que se insista que el temor tenga que ser racional y fundado. Esto quiere decir, en concordancia con el artículo 216, que debe tenerse en cuenta el sujeto activo que intimida, el mal que se dice causaría y el sujeto pasivo. Hay una cierta dosis de subjetividad, pues no es igual el daño psicológico o la fuerza de carácter de toda la gente.

b) El mal en que consiste la amenaza debe ser inminente y grave (además de injusto, de lo que trata otro artículo). En otras palabras, inminente es sinónimo de futuro, pero próximo, aunque no creemos que tenga que ser inmediato. Si una persona recibe amenazas de que será secuestrado un miembro de su familia "antes de que pasen treinta días", el mal será próximo, pero no inmediato y la intimidación es evidente. La gravedad que el precepto exige también que habrá que juzgarla caso por caso: si la amenaza versa sobre los bienes del declarante no parece razonable medir por igual al potentado y al que carece de medios.

c) El mal puede recaer sobre la persona o bienes de la víctima o los parientes que la norma indica, si bien, tratándose de otros parientes, se verán las circunstancias.

Manresa entiende, y nosotros con él, que la amenaza puede recaer sobre el honor (129). Flour y Aubert (130) agregan que bajo el concepto de bienes debe englobarse toda situación económica, como la posibilidad de hacer perder a la víctima su trabajo o su situación profesional.

> "ARTICULO 214.– La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él".

253. EL AUTOR DE LA VIOLENCIA O INTIMIDACION

La disposición es lógica respecto del sujeto activo. Puede ser una de las partes o un tercero de ellas. La violencia compulsiva excluye la voluntad, y la intimidación y la *vis impulsiva*, la vician; por lo tanto, da igual quién sea el autor del mal No hace falta que el causante de la presión física o moral se beneficie del negocio así obtenido, ni es necesario que la parte no víctima esté impuesta del vicio que afecta a la otra parte. Basta que la voluntad esté viciada para que el negocio sea anulable. Se considera que la violencia viciante y la intimidación son más graves que el error y por tal razón no se exige el requisito de recognoscibilidad por la otra parte.

Este artículo 214 está tomado del 1268 del Código español y la jurisprudencia de este país ha establecido que deberá estimarse la posible fuerza de coacción moral del tercero cuando se trate de intimidación.

254. DAÑOS Y PERJUICIOS

El afectado por la violencia o la intimidación puede reclamar daños y

(129) MANRESA, José: "Comentarios. . .". En el orden legislativo también lo admite el Código Civil de Argentina, artículo 937.

(130) FLOUR, J y AUBERT, J.L.: "Les obligations". Vol. I, pág. 155.

perjuicios al tercero y a la otra parte, o el destinatario de la declaración, si es unilateral si éste, sabiendo del defecto, tomó la declaración por válida.

255. CLASES DE VIOLENCIA: COMPULSIVA E IMPULSIVA

Ya hemos estudiado la intimidación y algo hemos adelantado sobre la violencia. Pretendemos ahora apuntar una hipótesis sobre la naturaleza de la violencia, su tratamiento en el Código y sus consecuencias. Desde nuestro punto de vista, dependerá de cómo sea la violencia para que el negocio sea anulable por vicio de voluntad, o nulo por ausencia de la misma.

En negocio es *nulo* y la voluntad de declarar y de lo declarado está excluida, cuando se ha ejercido sobre el agente una fuerza corporal o física por la cual celebra el negocio. No hay, en suma, declaración de voluntad (artículo 219.1). Es decir, lo que hay es una forma externa, pero carente de contenido querido. La violencia, en este caso, coexiste con la celebración o ejecución del negocio. Es la llamada violencia llamada absoluta, ablativa o compulsiva, porque en propiedad el agente no declara su voluntad, sino que físicamente movido por una fuerza ajena empleada por otro sujeto, ha declarado lo que este otro o un tercero querían. Las manos o el lenguaje han sido meros instrumentos de la fuerza bruta que otro actúa. Se ha sustituido (131) mi voluntad sin yo poder resistirlo. La conducta material expresiva de voluntad no es mía, aunque lo parezca. La violencia o presión de la otra parte no se ha aplicado sobre mi voluntad, sino sobre mi cuerpo. No he tenido intención negocial, cosa que sí ocurre en la violencia impulsiva que actúa como motivo (aunque injusto) determinante de declarar.

El negocio, en cambio, es *anulable* cuando la violencia coacciona, impulsa ó impele una voluntad, pero no la genera en su extrinsecación. Así, por ejemplo, si estoy impedido de libertad o de movimientos hasta no firmar, o actúo por miedo en virtud de un daño físico ya causado, o se está ejerciendo violencia física sobre un tercero pariente de los que el artículo 215 menciona. No hay propiamente intimidación —que es amenaza de mal futuro—, pero tampoco hay violencia sobre mi cuerpo que físicamente me haría declarar. Hay, sí, violencia sobre mi persona (por ejemplo, libertad) o sobre la de un familiar o persona muy querida, o la ha habido recientemente, y esta violencia impulsa mi voluntad de decidir o contribuye a ella. En este supuesto si se puede hablar con propiedad de vicio de voluntad, porque deriva de un proceso psíquico mío. Es la violencia impulsiva, que torna anulable el negocio, porque teniendo todos sus elementos, uno de ellos está viciado. He actuado por miedo o temor o simple sufrimiento ante un daño que a mí o a un ser querido se causa o se acaba de causar. En cambio, cuando hay violencia o *vis compulsiva*, puedo haber actuado sin temor, pero acaso con grave dolor físico (132) y hay solamente una apariencia de voluntad.

Coincidimos con quienes indican la grave dificultad de determinar, en el caso concreto que se presente, si la violencia ha sido compulsiva o impulsiva. A veces se podrá probar y a veces no. Pero la dificultad procesal no puede perturbar la realidad ni, en aras de razones prácticas, impedir la nulidad absoluta cuando se haya podido probar la violencia que excluye la voluntad. Con todo, en este ámbito probatorio la apariencia sí desempeña una función

(131) DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos. . .". Tomo I, pág. 112.
(132) Sobre el tema: GORDILLO, Antonio: "Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual". En Revista de Derecho Privado. Madrid, Marzo, 1983.

útil. Así, por ejemplo, la declaración ante un Notario inducirá a descartar una violencia compulsiva sobre mi persona; no es plausible que el fedatario manifieste que he actuado con libertad si me han movido la mano. Dice al respecto Sacco (133): "la dichiarazion eviziata da minaccia è efficace (salva idoneita a creare un affidamento serio. Se anche questa idoneita manca, allora la dichiaeazione è del tutto inefficace; o, se si vuole, il comportamento del minacciato non è una dichiarazione".

En resumen: la violencia consiste en la fuerza bruta que mueve mi cuerpo obligándome a declarar, excluye la voluntad y el acto es nulo; la violencia sobre mi personalidad o sobre otras personas que mueve o motiva mi razonamiento, es causal de anulación.

> "ARTICULO 216.– Para calificar la violencia o la intimidación, debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad".

256. APRECIACION SUBJETIVA DEL DAÑO

La justificación del artículo salta a la vista y no requiere comentario. El Juez debe analizar cómo se obtuvo la declaración, los medios empleados para ello y la persona afectada. Es una apreciación en función del sujeto afectado. Por tanto, subjetiva y no objetiva (134).

> "ARTICULO 217.– La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto"

257. AMENAZAS DE EJERCER UN DERECHO

La primera parte de este artículo debe ser estrechamente concordada con el II del Título Preliminar, sobre el abuso de un derecho.

Dice este precepto que se incurre en tal abuso cuando en el ejercicio de su derecho el titular se excede manifiestamente de los límites de la buena fe, de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función social en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho.

La idea, en consecuencia, es que es regular o normal el ejercicio de un derecho cuando no se abuse de él en los términos indicados.

De todos modos, hay que considerar, además del abuso, la forma de proceder y el beneficio o ventaja que obtiene quien invoca el derecho (135). Esto significa, como dice el artículo 1438 del Código italiano, que la amenaza de haber valer un derecho es causa de anulación cuando se enfoque a conseguir un provecho o ventaja injusta.

Por vía de exclusión debe razonarse que el mal que impulsa a la víctima es todo aquel no querido por el Derecho. No hace falta que esté legal-

(133) SACCO, Rodolfo: "Il Contratto", pág. 344.
(134) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones. . .", Tomo I, pág. 171.
(135) TRIMARCHI, Pietro: "Instituzioni. . .", pág. 218.

mente sancionado con prohibición o pena. Basta con que sea nocivo y socialmente considerado como injusto (136).

258. TEMOR REVERENCIAL

El temor reverencial tampoco es causal de anulación. Establecer las diferencias con la intimidación en los casos concretos es difícil y debe quedar supeditado a la apreciación judicial. Dice León Barandiarán (137) que "el criterio que fluye de los códigos que tratan la materia, y que es el racional, consiste en que cuando el declarante procede legalmente guiado por su propio sentir respecto a la consideración que le merece la otra persona, sin que medie presión de ésta, se trata del temor reverencial; pero en cuanto obre bajo tal presión, existe violencia o intimidación. La determinación autónoma o heretónoma será, en suma, la que distinga entre los dos supuestos".

> "ARTICULO 218.– Es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación".

259. RENUNCIA DE LA ACCION DE ANULABILIDAD

El mandamiento del artículo es claro y justo. Es lógica la disposición legal de considerar nula absolutamente la renuncia a la acción de anulabilidad que el artículo concede, mientras el sujeto declarante se encuentra todavía afectado por error, dolo, intimidación o violencia impulsiva.

La renuncia a la acción de nulidad absoluta expresada por quien ha declarado por violencia compulsiva, también es nula.

Volveremos sobre este artículo al estudiar las nulidades.

---

(136) SACCO, Rodolfo: "Il Contratto", pág. 347.
(137) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios...", Tomo I, págs. 145 . . . . . .

Cap. XIV

NULIDAD Y CONFIRMACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS

CAPITULO XIV

NULIDAD Y CONFIRMACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS (*)

260. CONSIDERACIONES GENERALES. LA TERMINOLOGIA

Por su vastedad, carácter polémico, polivalencias en terminología y complejidad, se ha dicho, tal vez con exageración, que la cuestión de la invalidez "constituye una selva virgen de la teoría del Derecho" (1). De todos modos, el tema de las nulidades de los negocios jurídicos requiere para un fructífero análisis una delimitación de conceptos (2). Por eso, empeñados como estamos en adentrarnos lo más posible en las materias guardando siempre el carácter didáctico y las proporciones del trabajo creemos indispensable intentar, en primer lugar, una definición de términos para que éstos no dejen posteriormente margen a error en la exégesis de las normas legales.

En la dogmática de la nulidad hay términos que con excesiva frecuencia se utilizan indistintamente para dar a entender cierto carácter del negocio o para explicar las limitaciones a los alcances del mismo que le son impuestas por las partes o por la ley. Los vocablos de que venimos hablando fundamentalmente son: nulidad, ineficacia, invalidez e inexistencia. De la manera que se encuentre afectado el negocio es que podremos utilizar con propiedad ésta o aquella de las palabras mencionadas. Cada una tiene distinta carga semántica de las otras y la situación que inspira en el negocio es, por lo tanto, diversa.

Resulta impropio, en consecuencia, decir que la invalidez es sinónimo de ineficacia; o que un negocio nulo es lo mismo que uno inexistente. Nada más erróneo. Porque aparte de ser impropio el uso de estos vocablos considerándolos como equivalentes, o como expresión de un mismo fenómeno que ataca al negocio, cada uno importa un significado distinto. Una terminología inexacta o inadecuada "genera confusión en las ideas, ya que así se

---

(*) Los negocios jurídicos de derecho familiar y, particularmente, el matrimonio, tiene un régimen diferente. En los testamentarios existen, además, causales específicas.
(1) SANDULLI, citado por GOMEZ MARTINHO, A: "Nulidad parcial de los Negocios Jurídicos". En Estudios de Derecho Privado. Edersa, Madrid, 1962, Tomo I, pág. 338.
(2) CASTRO y BRAVO, Federico: "El Negocio...", pág. 462.

extienden los principios propios de una especie a otra especie diversa, de donde dimanan efectos prácticos dañosos", como asegura Coviello (3).

Hemos podido encontrar pocos autores que se ocupen de establecer con nitidez y exactitud en qué estriban sustantivamente las diferencias entre los vocablos enunciados. Coincidimos con Soto en que da la impresión desgraciadamente, que cada autor ha perfilado una sistemática propia (4) y la utiliza sin procurar unificar criterios al respecto o sin parar mientes en la conveniencia de precisar su cabal significado. Otro tanto se observa en la legislación comparada (5).

261. INEFICACIA

Por eficacia debemos entender aquella cualidad de algo que le permite obrar, teniendo por consiguiente una actividad (propia o derivada) que le posibilita actuar, logrando hacer efectivo un intento o propósito. Empero, el vocablo adquiere un cariz distinto si es enfocado negativamente y desde una perspectiva netamente jurídica. Se dice entonces que el negocio jurídico es ineficaz cuando no pueden obtenerse, por completo, o se hacen cesar, todos o parte de los efectos jurídicos expresados en la intención (6) negocial, o no pueden obtenerse ante ciertos terceros (artículos 194, 195 y ss, 295 tercer párrafo —entre otros). La ausencia total de eficacia suele deberse a que el proceso de formación negocial —todos los supuestos de hecho o de derecho— no ha concluído (7), o a una cuestión de invalidez.

En primer lugar, es de destacar que en los negocios jurídicos la eficacia no se tiene *per se* es decir, por cualidad propia (8), sino por concesión legal. Es menester también señalar que esta cesión de eficacia por parte de la ley se presenta en dos momentos. En efecto: el ordenamiento jurídico es doblemente normativo, de un lado permisivo, de otro prohibitivo. En cuanto prohibitivo dispone las sanciones para los que incumplan sus prescripciones; en cuanto permisivo señala los límites dentro de los cuales se debe circunscribir la conducta de los individuos. A fin de encauzar esta conducta establece ciertos medios, uno de los cuales es el negocio jurídico. Al reconocer la ley este medio sujetándolo a ciertos lineamientos, le otorga, le cede, una eficacia normativa originaria pero general. Este es el que nosotros llamamos primer momento. El segundo aparece luego de la manifestación de voluntad. La eficacia, que hasta antes de la declaración se encontraba latente, entra en su segunda etapa; esto es, una vez formado el negocio con sujeción a los preceptos legales y a lo dispuesto en el específico contenido del mismo negocio, se producen modificaciones en las situaciones y relaciones jurídicas precedentes (9).

(3) COVIELLO, Nicolás: *op. cit.*, pág. 356.
(4) SOTO NIETO, Francisco: "Cuestiones jurídicas", Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, Tomo III, pág. 19.
(5) Véase, especialmente, sobre doctrina y legislación suiza, alemana, francesa e italiana: GUGGENHEIM, Daniel: "L'invalidité des actes juridiques, en Droit Suisse et comparé", París, 1970.
(6) BARBERO, Doménico: "Sistema...", Tomo I, pág. 632.
(7) BARASSI, Ludovico: "Instituciones...", Tomo I, pág. 203.
(8) Vease Capítulo VII.
(9) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones...", Tomo I, pág. 200, nota 6, sobre distinción entre nulidad e ineficacia.

No siempre la eficacia legal o voluntaria del negocio va incorporada originariamente, por decirlo de alguna manera, al negocio mismo. Por consiguiente, no es acertado señalar como regla genérica que la eficacia del negocio se pactó o se previó al momento de la celebración, o que estaba ínsita en el mismo. En algunas ocasiones sí ocurre de esa manera, pero no en todas. Expliquémonos: en un testamento, por ejemplo, su capacidad para producir efectos jurídicos, su eficacia, está condicionada a la muerte del testador, si antes no ha revocado dicho testamento. Como es sabido, el declarante no necesita condicionar a su muerte el testamento que expresa su voluntad. En cambio, sí puede el testador disponer que un legado no se entregue hasta que su legatario no tenga determinada edad o no termine sus estudios.

Un negocio que tampoco conlleva en su contenido la eficacia de la que dependen sus efectos es aquel que precisa la aprobación de una persona o institución ajena a los pactantes, sea este tercero un particular o una autoridad. Y aunque no se trate de aprobación, también está suspendida la eficacia de un negocio de compra-venta hasta que un tercero fije el precio si así lo convinieron las partes (10).

La eficacia jurídica (que no la de hecho) es posible distinguirla de la validez por dos aspectos que la tipifican. Uno de ellos es que es ajena a los elementos del negocio, aunque en ocasiones dependa de ellos. El negocio que reúna todos los elementos necesarios es perfecto aunque no necesariamente eficaz (11). El segundo carácter radica en que la eficacia es posterior a la génesis del negocio, cuando el impedimento no forma parte de su estructura. La constitución de una sociedad con todos los elementos indispensables señalados por la ley es perfectamente válida, aunque los efectos jurídicos queden en suspenso en tanto el negocio por el cual se constituye no haya sido inscrito en el registro pertinente y carezca la sociedad, en consecuencia, de personería jurídica (12).

De lo expuesto se puede deducir que la eficacia no debe ser considerada autónomamente bajo el rubro de las nulidades. La ineficacia obedece a distintas consideraciones que, sin embargo, a veces se confunden. Cuando los hechos o circunstancias causantes de la ineficacia son ajenos a la normal configuración delnegocio o de una especie negocial, su estudio corresponde parcialmente a lo que se llama las modalidades del acto o negocio jurídico, o a otras capitulaciones accesorias de voluntad que limitan los efectos del negocio. La eficacia no es una parte del supuesto de hecho del negocio jurídico, sino una condición de la eficacia de este supuesto de hecho, decía Ennecerus (13). Empero la reciente doctrina italiana y española (14) que ha estudiado el negocio por referencia, ha puesto bien de relieve que los negocios perfectos, pero incompletos, son ineficaces en tanto que falte por determinar parte del contenido o alguno de los elementos esenciales y existan criterios de reenvío a otros elementos extraños que lo completen.

(10) El artículo 1544 del Código nos ofrece un bonito y clásico supuesto que permite distinguir la eficacia de la validez. De él se concluye que un negocio de compra-venta realizado sin fijación del precio por las partes, pero disponiendo que lo señale un tercero, es válido, aunque no eficaz.
(11) MESSINEO, Francisco: "Manual...", pág. 499, Tomo II: "La eficacia presupone la validez del negocio".
(12) Artículo 3º, 4º y 9º de la Ley General de Sociedades.
(13) ENNECCERUS: *op. cit.*, Tomo I, Vol. II, pág. 326.
(14) En especial DIAZ AMBRONA, Dolores: "El Negocio Jurídico per relationem", Editorial Colex.

Resta indicar, por último, que la ineficacia puede derivar de la voluntad de las partes, de le ley, o de la oposición tutelada de un tercero.

262. INVALIDEZ

En cambio, si la ineficacia (ausencia de efectos típicos y consustanciales a la especie negocial (15) jurídicamente tutelados) deriva de la propia estructura del negocio o de vicio de sus elementos, es preferible hablar de invalidez. Lo cual no obsta que un negocio inválido *ab origine* como puede ser el celebrado con dolo, o por violencia moral, pueda ser objetivamente y factualmente eficaz, si bien con una suerte de eficacia sin consolidar (hasta que se confirme el negocio o prescriba el derecho de instar la anulación). Hay que observar, sin embargo, que para el caso de anulabilidad, ciertos autores (16) prefieren hablar de validez provisional, o de invalidez virtual, o de validez precaria o presunta (Código Civil argentino).

Messineo (17) equipara, aunque no dice por qué, la invalidez con la anulabilidad. Enneccerus asevera que un negocio jurídico es válido si el derecho produce efectivamente las consecuencias jurídicas a cuya constitución se dirige la declaración de voluntad (18).

Coviello (19) sostiene que la invalidez aparece desde que falta alguno de los elementos esenciales y comunes a todo negocio jurídico. Betti (20) opina básicamente igual que Coviello, pero agrega que el tratamiento del negocio inválido no es un simple corolario lógico del concepto que se tenga del negocio, sino que más bien es una cuestión de oportunidad, en cuya solución pueden participar otros criterios de juicio. Por eso apunta que también se configura la invalidez cuando falta capacidad o legitimidad en el obrar o idoneidad en el objeto.

En el lenguaje cotidiano, válido es aquello que tiene valor por lo que estrictamente podría ser aplicado inclusive a aquellos negocios jurídicos que sean susceptibles de generar consecuencias de Derecho aunque sus elementos esenciales se encuentren viciados o falten. A nuestro entender, al estudiar la invalidez jurídica del negocio debe contemplarse no solamente en su aspecto material-estructural del negocio, sino también su función como acto de autonomía de voluntad cuyos límites estan fijados por el conjunto del ordenamiento. Podemos decir que hay invalidez cuando por su origen o su contenido, el deber ser que el negocio estatuye vulnera los límites del deber ser que el ordenamiento jurídico permite (21).

263 NULIDAD

El artículo 1108 del Código francés y el artículo 140 del nuestro hacen pensar que la invalidez se presenta cuando el negocio jurídico carece

(15) RUIZ SIRRAMALERA, Ricardo: "El Negocio. . .", pág. 359
(16) ALBALADEJO, Manuel: "Ineficia e invalidez del negocio". En Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958.
(17) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 422
(18) ENNECCERUS: *op. cit.*, Tomo I, Vol. II, pág. 66.
(19) COVIELLO, Nicolás: *op. cit.*, pág. 357. Pero se debe hacer notar que entiende a la invalidez como subespecie de la ineficacia.
(20) BETTI: "El Negocio. . .", pág. 350.
(21) Ver PERRI, Luigi: "La autonomía privada", pág. 228.

o tiene viciados algunos de sus elementos esenciales. Entonces, ¿invalidez es sinónimo de nulidad?. No, la nulidad tiene un carácter diferente. Un negocio válido es el conceptualmente perfecto y cuando se torna inválido lo es desde el instante en que incurre en el causal. La nulidad, por el contrario, si bien puede tener su origen en la causal, sólo aparece desde que es declarada, como veremos en su oportunidad. La invalidez es una noción abstracta (ausencia de valor jurídico) que no se concreta por sí misma; no tiene *per se* consecuencias como no sea a través de la nulidad. La nulidad es precisamente la sanción concreta prevista por la ley en la que se materializa la invalidez de aquellos negocios que, de una u otra manera, no se encuentran arreglados a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

264. INEXISTENCIA.

Fragorosas han sido las discusiones en torno a la inexistencia (22) y es éste, a nuestro entender, el primer problema serio con que tropieza el estudioso de las nulidades.

La cuestión de la inexistencia surgió, al parecer, de un comentario de Napoleón al proyecto del Código francés en la sección de matrimonio. La teoría la esbozó Zacharie quien, comentando dicho Código, concluyó que no habiéndose previsto sanción para el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo, ese matrimonio era inexistente. Su fundamento, dicho a grandes rasgos, se apoyaba en que no tenía el ordenamiento legal pensada una circunstancia similar, circunstancia a la que no se podía aplicar la nulidad porque ésta sólo debía operar cuando la ley lo dispusiese expresamente.

La teoría de la inexistencia encontró abonado su campo por la citada imprevisión legal y por la rigidez imperante entonces en los conceptos de nulidad (23). Siendo así, la teoría de la inexistencia se afanó mediante sus más preclaros defensores en hacer hincapié en que la nulidad siempre había de ser textual y expresa y en lugar de extender sus alcances (de la nulidad), argumentaron que para aquellos casos huérfanos de sanción, de previsión legislativa, no era correcto aplicar los preceptos de la nulidad.

Georges Lutzesco en su magnífico estudio sobre la nulidad (24), sostiene que la teoría de la inexistencia nacida, como hemos visto, sobre la idea de un matrimonio 'sui generis', pasó a los negocios jurídicos de contenido pa-

(22) Sobre ella en obras generales clásicas, pueden verse: BAUDRY LACANTINERIE: "Précis de Droit Civil". Tomo II, pág. 810 y ss. BONNECASE, Julián: *op. cit.*, Tomo II, pág. 271. CASTAN TOBEÑAS, José: *op. cit.*, Tomo II, pág. 149. COLIN y CAPITANT: *op. cit.*, Tomo I, pág. 180 y ss. JOSSERAND, Louis: *op. cit.*, Tomo I, Vol. I, pág. 135. MANRESA, José: "Comentarios al Código Civil español". Editorial Reus. Tomo VIII, Vol. II, pág. 827 y ss. MAZEAUD, Henry, Leon y Jean: *op. cit.*, Parte I, Vol I, págs. 524-525. PLANIOL y RIPERT: *op. cit.*, Tomo VI, pág. 395 y ss.
Para una buena bibliografía más moderna, puede verse, DE LOS MOZOS, José Luis: "La inexistencia del Negocio Jurídico". Separata de Editorial Reus. Madrid, 1960. Más actualizada en CHEVALIER, H.: "Inexistence, nulité, et anulabilité en CHEVALIER, H.: "Inexistence, nulité, et anulabilité en Droit Civil". París, 1965.
(23) Preocupación que aún comparte CASTRO y BRAVO, Federico: "El Negocio. . .", pág. 465, cuando anota que adivina futuro a la doctrina de la inexistencia "para romper prejuicios (. . .) del legalismo y formalismo".
(24) LUTZESCO, Georges: "Teoría y práctica de las Nulidades". Editorial Porrúa. México, 1945.

trimonial a través de una falsa y errónea interpretación del artículo 1108 del Código Civil francés. Este artículo reza: "Cuatro requisitos son esenciales para la validez de las convenciones . . . ". Según Lutzesco, los tratadistas favorables a la idea de inexistencias trocaron el significado del breve párrafo citado. Y así, asegura, estos tratadistas reemplazaron la palabra condiciones por requisitos, y leyeron inexistencia en lugar de validez, desnaturalizando así el negocio.

La visión organicista del neogcio jurídico fue particularmente dañina para la teoría de la nulidad. Al amparo de ella fue fácil distorsionar el negocio e introducir la noción de la inexistencia sobre la base de falta de elementos 'vitales' (25). La carencia de uno de estos elementos era razón más que suficiente para tachar de la esfera jurídica el convenio así celebrado. Pero tras esta doctrina se oculta un error: el acto, el negocio, no es un conjunto o aglomeración de elementos que, hábilmente compuestos, dan paso al negocio. En esto estriba el error, porque el negocio, en realidad, no es la suma de sus componentes sino en todo distinto, que es producto más de una entelequia instrumental que de una axioma lógico que asegura que el todo es la suma de las partes.

Sólo nos resta señalar que la legislación positiva no ha recogido esta teoría (26), con lo que aparte de carecer en la actualidad (27) de mayoritario respaldo doctrinario, no tendría asidero legal una acción tendiente a obtener la declaración de inexistencia de un determinado negocio jurídico (28).

La legislación peruana de 1936 no admitió la inexistencia del negocio como doctrina porque "obscurece el campo legislativo" (29). No dudamos que, de haberlo creído conveniente, el legislador nacional hubiese acordado que careciendo el negocio de tal o cual elemento, es inexistente. Pero solamente habló de validez, concepto vinculado, como hemos visto, a la nulidad, mas no a la inexistencia.

Las objeciones de fondo contra las características de la inexistencia (30) que llevamos mencionando no son las únicas que se le han dirigido. Messineo no le encuentra utilidad práctica a la idea sin explicar por qué, pero señalando, sí, que la similitud de la inexistencia con la nulidad absoluta en cuanto a los efectos prácticos priva de interés a un estudio en conjunto de ambos conceptos (31).

(25) BONNECASSE, Julián: *op. cit.*, Tomo II, pág. 276, nos asegura que "el acto jurídico constituye un verdadero organismo (. . .) sometido a la necesidad de la presencia de ciertos elementos vitales". En igual sentido: JOSSERAND, Louis: *op. cit.*, Tomo I, Vol. I, pág. 136.

(26) Salvo la mexicana, hasta donde sabemos, en el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal.

(27) BONNECASSE, Julián: *op. cit.*, Tomo II, pág. 278, algo decepcionado por la escasa acogida legal de la inexistencia dice: "no está subordinada a los textos, antes bien, los domina".

(28) GHESTIN, Jacques: "Droit Civil. Le contrat", pág. 633.

(29) Así aparece en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1936.

(30) Las particularidades de la teoría se encuentran profundamente estudiadas en LUTZESCO, Georges: *op. cit.*, pág. 175-177 y 229-238, y VALVERDE, Calixto: *op. cit.*, págs. 562 y ss. A Ellos nos remitimos son dedicar más espacio a las características, por no referirse directamente a la naturaleza jurídica de la inexistencia.

(31) MESSINEO, Francisco: *op. cit.*, Tomo II, pág. 490.

Pérez y Alguer ofrecen un argumento que nos parece harto contundente al aseverar que en el Derecho "no hay contraposición entre el ser y el no-ser, entre el existir y el no-existir, sino entre el valer y el no-valer" (32), de tal modo que el cuestionamiento sobre la existencia del negocio resulta tarea extraña al Derecho. Lo que a éste le interesa es saber si un negocio jurídico puede o no tener amparo y valor jurídico atendiendo siempre a cuáles serán sus consecuencias.

La opinión de Capitant —quien además enseña que en Roma no se conocía el distingo entre nulidad e inexistencia, como aseguraba Bonnecasse— es tan poderosa como la de los anotadores españoles al Tratado de Ennecerus y no menos sensata. Capitant sostiene (33) que el negocio inexistente es un mero hecho al que le está vedado un serie estudio jurídico, porque el Derecho no tiene por qué ocuparse de apariencias. Y el mismo autor concluye diciendo que, a la postre y por los efectos, "las palabras nulidad absoluta e inexistencia son sinónimas" (34). Con los que nos da a entender que la inexistencia es una noción inútil y que no llena ningún vacío que no pueda ser cubierto por la teoría de la nulidad. Hasta aquí la tesis de Capitant esbozaba en cortas líneas.

Desarrollando la idea que él mismo nos ofrece encontramos también la fragilidad filosófica en que se sustenta la teoría de la inexistencia. Si la inexistencia es la nada, es imposible imaginársela; sólo sería virtualmente posible definirla a través no de ella misma, sino como carente de lo que es el ser. Tampoco puede ser enfocada desde un género próximo y diferencia específica, porque la nada no puede ser confrontada sino con lo que es. Por consiguiente, la inexistencia, como la nada, no admite explicación, no permite conceptuar su esencia y no se revela a la mente sino mediante negaciones de todo lo que es. Pero la inexistencia jurídica no es tan inexistencia porque no se respalda en negaciones y porque puede generar consecuencias de alguna especie. No nos parece, por eso, que la teoría de la inexistencia sea "una noción primordial del razonamiento jurídico y de la lógica", según Moyano citado por Llambías (35).

Planiol y Ripert no son menos agudos que otros autores en sus juicios, al afirmar que "no obstante la lógica aparente de la teoría de la inexistencia, poca cosa puede aprovecharse de ella" (36) y que "no es posible elaborar una doctrina satisfactoria (de las nulidades) y si no se procede a desechar (. . .) toda idea apriorística que la teoría de la inexistencia" (37), sobre la cual se ha dicho que es un pararrayos que atrae relámpagos (38).

(32) Nota de los traductores de ENNECCERUS: *op. cit.*, Tomo I, Vol. II, pág. 373.

(33) COLIN y CAPITANT: *op. cit.*, Tomo I, pág. 181.

(34) COLIN y CAPITANT: Ibídem, pág. 190.

(35) ARAUZ-LLAMBIAS: "Derecho Civil. Parte General". Tomo II, pág. 392.

(36) PLANIOL y RIPERT: *op. cit.*, Tomo VI, pág. 399.

(37) PLANIOL y RIPERT: *op. cit.*, Tomo VI, pág. 393

(38) NIBOYET, citado por DE BARROS, Washington: "Curso. . .", Tomo I, pág. 286.

SECCION PRIMERA

LAS NULIDADES

265. DEFINICION Y FUNCION.

El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que el Derecho reconoce como medio idóneo para la regulación de intereses particulares. Es, por tanto, algo dinámico. El negocio no es solamente un estado de hecho, ni únicamente una estructura, aunque la tiene. El negocio cumple una función de vínculo y de relación; reglamenta para el agente negocial y excepcionalmente para terceros unos intereses social o jurídicamente relevantes. El Derecho admite esta función, este aspecto dinámico del negocio, en la medida que se observen ciertos requisitos.

Los ordenamientos legislativos estatuyen determinadas reglas de comportamiento a la vista de ciertos valores con vocación temporal o de permanencia. Establecen, pues, un cierto marco de validez en el cual deben desenvolverse las relaciones. Si el negocio es un acto de conducta humana, debe adecuarse a tal marco de validez. Fuera de este ámbito, el negocio es inválido, porque colisiona con valores que el Derecho debe tutelar. Dice Alvaro D'ors (39) "la ley puede simplemente prohibir, es decir, anunciar un no-debe-ser, pero no puede impedir un acto, pues carece de fuerza física para hacerlo. Si alguien que la tiene lo hace realmente, por ejemplo, el guardia que materialmente impide circular en una dirección prohibida legalmente (se entiende: por el reglamento de la circulación viaria), no es la ley misma la que lo impide, sino el agente que hace cumplir la prohibición legal. Pero, si la ley misma no puede impedir materialmente el acto que prohíbe, sí puede, en cambio, impedir los efectos jurídicos de un acto, siempre que éste consista en una declaracion jurídica. Se habla entonces de que la ley anula un acto jurídico, y, siendo así, podemos decir que no se trata ya de una simple prohibición legal, como las de las leyes imperfectas, sino de una verdadera ley impeditiva, de una prohibitio en el verdadero sentido romano, pues tal ley impide realmente que el acto valga. Sólo que la palabra anular, que podría entenderse en el sentido absoluto de declarar algo como inexistente e impedir los efectos con no menos eficacia que cuando se impide materialmente un acto, presenta una cierta vaguedad, que dificulta emplear el término en el sentido de un impedimento absoluto".

"La doctrina moderna de la anulación —prosigue el mismo autor— dista mucho de ser firme y uniforme, pero todavía se hace más compleja y oscura cuando, como no ha dejado de ocurrir, se quiere fundar a tal doctrina con bases romanísticas". En otras palabras, al Derecho compete velar por los directamente vinculados por las relaciones que nacen del negocio, por los terceros y por determinados intereses sociales. A este propósito "a fin de evitar que se produzcan abusos e injusticias" (40) castiga aquellos negocios que contravienen los intereses que el ordenamiento desea proteger. La nulidad es el medio que el Derecho se vale para evitar males en algunos casos y atenuar en otros los efectos de los negocios inválidos.

(39) En "Los imperativos legales". Revista La Ley. Madrid, 1981-No. 28.
(40) ALESSANDRI BESA, Arturo: "La nulidad...", pág. 3.

La invalidez, sin embargo, también ha de ser enfocada desde otra óptica, corolario de la definición de la naturaleza del negocio. Efectivamente, la función reglamentadora del negocio persigue la obtención de ciertos efectos o resultados. Para su logro, se requieren los elementos esenciales y generales a todo tipo de negocio y los naturales propios de cada especie negocial. La ausencia o vicio de éstos impide que se consigan los efectos apetecidos y, por tanto, el negocio no vale —es inválido— para lo que se quiere. Desde este punto de vista, es nulo el negocio que por defecto o vicio de sus elementos estructurales o requisitos legales, no despliega los efectos pretendidos. (Aunque sí puede producir otros. Así, el mutuo nulo no impide la obligación de devolver y la negativa de hacerlo permite demandar el enriquecimiento indebido, injusto o sin causa).

Dicho lo anterior, antes de esbozar una definición de nulidad es menester observar que el Código —que, dicho sea de paso, mejora muy sensiblemente la legislación de 1936— implícitamente viene a admitir que la nulidad obedece a las dos razones por nosotros presentadas: una, que podríamos llamar teleológica o finalista: el bien común (41), y otra estructural.

A partir de estas constataciones previas, puede decirse que la nulidad es una sanción legal que priva de sus efectos jurídicos propios y queridos a los negocios incursos en una de las causales legalmente establecidas (42). Sugerimos *ex profeso* esta definición (43) a fin de poder cobijar en el sistema de la nulidad la variada gama de negocios inválidos por su estructura, contenido y efectos.

Por otra parte, abogamos y sostenemos que debe considerarse como susceptible de ser sancionado con nulidad aquel negocio que a pesar de ser perfecto desde su origen, —perfecto en cuanto dotado de todos sus elementos y requisitos— con el transcurso del tiempo se convierte en un negocio cuyos efectos o consecuencias constituyen franca y abierta ilicitud. De aceptarse como estática la noción de nulidad, fácil cosa sería burlar la sanción legal, pues guardando las apariencias durante cierto lapso sería posible, más tarde, quedar a salvo del alcance de la sanción que termina y finiquita cuando lo pena por haber nacido irregular. Mas si se extienden estos alcances de tal modo que la nulidad sea una sanción que supervigila no solamente la construcción sino también toda la vida del negocio, realmente adquiere una tónica de verdadera y eficaz protección contra los eventuales efectos dañosos del negocio (44). A fin de prevenir contra la desnaturalización del concepto y consiguiente burla de la sanción, conviene sin duda estudiar y aplicar con amplitud de miras al campo de acción de la pena de nulidad. De esta manera, quedarán sujetos a ella los negocios que por sus efectos sean manifiestamente ilícitos y opuestos a los intereses que se busca

(41) GHESTIN, Jacques: "Droit Civil. Le contrat", pág. 638.
(42) Sobre la naturaleza imperativa, véase LLAMBIAS, Jorge: "Efectos de la nulidad y de la anulación de los Actos Jurídicos". Editorial Arayú. Buenos Aires, 1953, pág. 3.
(43) En BORJA SORIANO, Manuel: "Teoría General de las Obligaciones". México, 1959, Tomo I, pág. 109, se presentan diversas definiciones según las escuelas de los distintos tratadistas.
(44) La nulidad, pues, funciona como un derecho de crítica contra los efectos del negocio: JAPIOT, René: "Des nullites en materiere d'actes juridiques". Tesis Dijón, 1909. En especial, págs. 271, 284 y 289.

proteger. En este orden de ideas, la definición que propugnan Arauz-Llambías, nos parece imcompleta, pues sugieren que la nulidad opera "en virtud de una causal existente en el momento de la celebración" del negocio (45).

Por todo lo expuesto, la nulidad en general, es aquella sanción civil (46) que consiste en privar de efectos jurídicos al negocio inadecuadamente conformado, o para proteger de ellos a las partes intervinientes del negocio, a los terceros y a la sociedad en general cuando estos efectos constituyen atentados contra los intereses de aquellos a quienes la ley protege.

Visto entonces qué es la nulidad debemos saber cuál es su naturaleza y cuál su finalidad, pues establecidas estas premisas el desarrollo de los siguientes puntos será menos reiterativo.

Desde antiguo se ha dicho que la nulidad es una sanción emanada de un dispositivo legal obligatorio, de tal suerte que no hay nulidad si el vicio no está previsto por la ley (47). No cabe la analogía en la nulidad ni una interpretación extensiva (48) que suponga simplemente enumerativos y no taxativos los casos que le dan origen. Por lo tanto, todo negocio que se sitúe en aquellos supuestos y no otros para los cuales la ley establece nulidad, es nulo en la forma que ésta prescriba (49).

Según la teoría clásica se sancionaba con nulidad aquel negocio que padecía de un vicio orgánico, es decir, como un estado defectuoso y congénito del negocio por el cual carecía de una serie de virtudes que le imposibilitaban la protección jurídica. De aquí la facilidad con que prosperó la doctrina de la inexistencia. Pero esta solución implicaba resolver desde un enfoque meramente teórico un problema sustancialmente práctico. En otras palabras, si se vincula la nulidad solamente al nacimiento del negocio, se cierra la posibilidad de ver a la nulidad desde su auténtica perspectiva, desde la que le da la razón de ser: proteger de los efectos dañosos del negocio. Porque, en realidad, a nadie le interesa mayormente que un negocio sea nulo o anulable (e inclusive inexistente) si permanece como figura teórica, como excogitación mental con ciertos elementos y requisitos. Si nos quedamos con esta concepción alambicada, poca o ninguna trascendencia tiene el negocio para las partes, a quienes lo que les interesa no es los elementos constitutivos sino los efectos negociales.

Es sobre la base de tales efectos que debe operar la sanción de nulidad, porque si bien no se duda que el negocio tiene existencia fenoménica, solamente los efectos de una conducta son los que hieren los intereses, no la estructura del negocio considerado en sí mismo. Por eso es que la ley al declararlo nulo no lo hace por declarar la nulidad del negocio como paradigma lógico, al decir de Messineo, porque no es ese su objeto primordial, lo que hace

(45) ARAUZ-LLAMBIAS: *op. cit.*, Tomo II, pág. 391.
(46) Que puede llevar conexas sanciones penales o administrativas. Por ejemplo, con el daño al orden público económico.
(47) La nulidad es una sanción civil que sigue las características generales de toda sanción. Entre ellas figura la del antiguo aforismo romano: "nullum crime sine lege". No hay sanción, pues, si con anterioridad no hay ley que prevea que, cumplida cierta hitpótesis, tiene tales o cuales consecuencias.
(48) CASTRO y BRAVO Federico: "El Negocio. . .", pág. 473.
(49) Lo que no es obstáculo para aceptar la nulidad tácita o virtual como más adelante veremos.

la ley es vedar los efectos jurídicos que son propios del negocio en cuestión y pueden resultar perjudiciales. En síntesis, la falta o vicio de un elemento de fondo o de forma no es sino uno de los medios para privar de consecuencias jurídicamente tuteladas al negocio —lo que a veces nos impide evitar que del negocio se deriven consecuencias legales no típicas ni legalmente deseadas (50)— y de ninguna manera esta ausencia de elementos es la esencia de la nulidad.

La finalidad de la sanción de nulidad fluye de lo que vemos diciendo. El Derecho provee a través de sus normas aquello que estima conveniente para resguardar los intereses de las partes, de los terceros o de la sociedad en general (51). Si el negocio es susceptible por sus consecuencias naturales de dañar los intereses mentados, no solamente afecta a éstos sino que, de paso, incumple el precepto legal que los protege.

266. CARACTERISTICAS DE LAS NULIDADES.

A) Imperatividad del sistema.—

Ya hemos dejado sentado que la nulidad es una sanción legal, sanción de naturaleza coercitiva y cuya interpretación debe ser, preferentemente, ceñida estrictamente a lo dispuesto en la norma legal. Consecuentemente, no debe haber lugar a otra nulidad que la taxativamente señalada en el ordenamiento positivo, salvo que sea virtual. Pero nos falta precisar hasta que grado el negocio y los que en él intervienen están sujetos a este ordenamiento.

Aunque no ha sido especificado, se desprende de la lectura de las obras y trabajos de algunos civilistas (52) que la norma atinente a la nulidad es de carácter imperativo. Y no sólo la sanción, sino también los mecanismos aportados por la ley para hacerla declarar. Son normas de carácter sustantivo que no pueden dar margen a que las partes del negocio se sustraigan de la sanción, porque de este modo se estaría permitiendo la evasión de la pena que castiga la falta. En otras palabras, el dispositivo legal que establezca la nulidad, es una norma de orden público contra la que no se debe pactar. Y no solamente eso, sino que una vez cometida la infracción y declarada judicialmente con pena de nulidad, la pena no puede ser esquivada.

B) Irrenunciabilidad.

Con la salvedad del artículo 218 no se consigna nada al respecto. Empero, el Código Civil chileno en su artículo 1469 prescribe que "los actos o contratos que la ley declara inválidos no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en las que se renuncie a la acción de nulidad" (53). Como se ve, el articulado transcrito es de una claridad meridiana y no amerita mayores comentarios ni explicaciones.

La razón por la cual la nulidad debe ser irrenunciable es la contraparte de la imperatividad. La ley no puede permitir que quienes pueden verse afec-

(50) ENNECCERUS: *op. cit.*, Parte General. Vol. II, 2a. Parte, pag. 725.
(51) BARASSI, Ludovico: "Instituciones. . .", Tomo I, pág. 204.
(52) ARAUZ-LLAMBIAS: *op. cit.*, Tomo II, pág. 391. BARASSI, Ludovico: "Instituciones de Derecho Civil". Tomo I, pág. 204.
(53) El primer párrafo del artículo 1462 del Código Civil Italiano contiene una norma similar.

tados por los efectos del negocio queden desamparados. No sería extraño, por lo demás, que si alguien renuncia al amparo de la ley lo haga presionado por la otra parte que, siendo más fuerte, le impone condiciones al renunciante. Es obvio que la finalidad del sistema y la sanción quedarían ostensiblemente burladas.

267. LAS ESPECIES DE NULIDAD.

El Código de 1936 distinguía entre nulidad absoluta y nulidad relativa; el actual no habla de ellas, sino de nulidad en sentido estricto y de anulabilidad. Para muchos autores, no hay diferencia significativa entre ambas categorías (54) y lo cierto es que el tratamiento es fundamentalmente una cuestión de derecho positivo, si bien existen en la doctrina ciertos tratadistas que abogan por el establecimiento de distintos regímenes, apuntando que no procede admitir la noción de nulidad relativa, pero sí la anulabilidad absoluta (55). Con todo, es de advertir que no existe un criterio uniforme (56) y que el *nomen juris* no afecta a la finalidad y el esencial modo de operar de la sanción, que es sustancialmente uno solo, si bien con distinto énfasis respecto de la gravedad de la causal y de quiénes puedan invocarla.

A efectos prácticos, puede admitirse la nueva terminología de las nulidades que el Código introduce y sobre ella desarrollar nuestro análisis. A ello pasamos a continuación.

SECCION SEGUNDA

NULIDAD (ABSOLUTA)

"ARTICULO 219.– El acto jurídico es nulo:

1) Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2) Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3) Cuando su objeto es físicamente o jurídicamente imposible, o cuando sea indeterminable.
4) Cuando su fin sea ilícito.

(54) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .". Tomo I, pág. 323. "Modernamente se reputa que sólo hay dos categorías de actos imperfectos: actos nulos –con nulidad absoluta– y –anulables– con nulidad relativa–".

(55) Véanse: SANTORO, Francisco: "Doctrinas. . .", págs. 302 y ss; GUGGENHEIM, Daniel: "La invalidite. . .", pág. 50; y BARASSI, Ludovico: "Instituciones. . .". Tomo I, págs. 204 y ss.

(56) Así por ejemplo abundando en las diferencias, dice LLAMBIAS, Jorge Joaquín: "Efectos de la nulidad. . .", págs. 16-17, que en la doctrina y legislación argentinas "el fundamento o razón de ser de ambas clasificaciones es distinto. Los actos nulos y anulables se diferencian por el modo de actuar o de presentarse la causa de invalidez (actuación patente en la nulidad manifiesta) y también por la índole de la causa de invalidez (rígida e invariable en los actos nulos, fluída e indefinida en los actos anulables). En cambio, la nulidad absoluta se distingue de la nulidad relativa por la mayor intensidad de la sanción legal de invalidez, calidad que a su turno depende de que el acto afectado entre o no en conflicto con el orden público o las buenas costumbres. El acto contrario al orden público o a las buenas costumbres adolece de nulidad absoluta, es decir, sufre todo el peso de la sanción legal. En cambio, el acto nulo o anulable que no afecta al orden público ni a las buenas costumbres, sólo presenta una nulidad relativa establecida para la protección de un interés particular. Lógicamente, en este caso, la imperfección del acto podrá subsanarse si el interesado, o sea la persona en cuyo favor se ha establecido la sanción de nulidad, confirma el acto viciado, si se perscribe la acción pertinente".

5) Cuando adolezca de simulación absoluta.
6) Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7) Cuando la ley lo declara nulo.
8) En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa".

268. IDEAS GENERALES.

El acto jurídico nulo a que este artículo se refiere, es aquel al que la ley no asigna sus efectos jurídicos típicos y queridos por las partes; es decir, que no se reconoce legitimidad a un cambio de la situación jurídica o de los derechos preexistentes, aunque en la realidad social eventualmente se produzcan mutaciones como si el negocio fuera válido y eficaz (57).

A estar por la redacción del precepto, concordado con el 140, la situación jurídica del acto es la de invalidez desde que se encuentra incurso en alguna de las causales previstas. Esto implica que tal calificación opera de pleno derecho, entendiendo esta afirmación en el sentido que se producirá una constatación del vicio o de la imperfección, pero que la invalidez existe como estado del negocio sin necesidad de acción o declaración judicial de la nulidad. Mientras tanto, hasta que no se pronuncie la sanción de nulidad, el acto inválido puede pasar como válido en la medida que el vicio no sea manifiesto y tenga el negocio todos sus elementos estructurales necesarios de acuerdo a su especie y tipo. La declaración de nulidad viene *a posterior* y con retroactividad a destruir las apariencias (58). Sobre este particular volveremos al estudiar en el artículo siguiente la acción de nulidad. Veamos ahora las causales que la ley señala.

269. CAUSALES DE NULIDAD

1a.) Falta de manifestación de voluntad.

El enunciado del inciso es ancho porque hay casos de verdadera falta de declaración de voluntad, pero que por propio mandato de otros artículos no acarrean nulidad. Así, por ejemplo, cuando hay error obstativo. En estos supuestos, la ley ha querido disponer que el negocio no sea nulo, sino anulable. Igual ocurre con la incapacidad natural, es decir, cuando el agente, en determinada situación, no ha estado en aptitud de conocer el sentido de su decisión o no la ha expresado de una manera consciente. Así, quien ha declarado una voluntad en estado pasajero de sonambulismo, ebriedad, o bajo la influencia de una droga. Cuando hay incapacidad natural, debe entenderse que nuestra ley le atribuye anulabilidad aunque la doctrina no siempre comparta esta solución. Advertido esto, una sana exégesis del inciso obliga a concluir que la ausencia de declaración no es aquella regulada por otras normas que a tal ausencia atribuyen una sanción diversa, aunque en un plano doctrinario creemos que deba ser muy distinto el tratamiento. (XXII)

En orden con lo dicho, puede haber falta de manifestación de voluntad en el ámbito de este inciso, cuando:

(57) DORAL, José y DEL ARCO, Miguel: "El Negocio . . . ", pág. 327.

(58) CASTRO y BRAVO, Federico: "El Negocio. . . ", pág. 475.

a) El negocio se concluye en nombre de un sujeto jurídicamente inexistente (59). Esta no es la hipótesis del negocio celebrado sin poder de representación, porque como ya hemos dicho en otro lugar en tal caso el negocio es ineficaz, pero no nulo o anulable.

b) Cuando materialmente falta la manifestación de voluntad. En propiedad, es absurda una declaración de nulidad para este supuesto, porque realmente no hay negocio, aunque acaso pudiera pensarse en un acto o un hecho jurídico. El negocio no se ha formado y por tanto, y sólo en esta disquisición, podría hablarse de negocio "inexistente". No ha entrado al mundo jurídico ni al de los hechos. Lo cual, al decir Barbero (60), "es una perogrullada, como lo es la inexistencia de la casa no edificada, o de la persona no nacida".

Cuando no hay declaración de voluntad en el sentido material, no se puede decir, como empieza el artículo, que "el acto jurídico es. . .", porque realmente no es nada; le falta el signo esencial y exterior de la conducta humana dirigida a un fin. Si no es nada, carece de sentido declararlo nulo, porque no produce efectos ni positivos ni negativos en los planos jurídico o social.

De cualquier manera, procede anotar que si se admitiera la conveniencia y utilidad de incluir la ausencia de declaración de voluntad como causa de nulidad, con el mismo criterio debió mencionarse en este artículo la falta de objeto y la falta de causa, que son elementos que configuran la estructura de todo negocio. O, más sencillamente, haberse limitado a un inciso que sancionara con nulidad el acto que no cuenta con los elementos esenciales generales o con los particulares correspondientes a la especie negocial cuyo nombre le atribuyen los agentes o que parece vinculada a la finalidad que apetecen.

c) En la revisión de este inciso nos hemos ya referido a la falta de sujeto y la falta de declaración material. Puede suceder que habiendo sujeto y estando acreditada una declaración de voluntad, se le niegue valor jurídico. Dicho de otro modo, no es que falte manifestación externa de un querer, sino que a tal manifestación que formalmente existe le falta juridicidad idónea o completa (61) para regular intereses y relaciones jurídicas que el ordenamiento ampare y tutele a plenitud.

Son los casos de:

c.1) Las declaraciones de voluntad que, dadas las circunstancias concurrentes, puede determinarse de un modo manifiesto que no corresponden a una decisión realmente querida por los agentes. Constatado el supuesto de hecho , que es el aspecto formal de la declaración, debe verificarse dentro del principio del riesgo de generar confianza en terceros (62), si hubo o no voluntad de declarar con intención vinculante. Por este motivo (y en base a lo apuntado por

(59) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones . . . ". Tomo I, pág. 202.
(60) BARBERO, Doméstico: "Sistema . . . ". Tomo I, pág. 634.
(61) ENNECCERUS: *op. cit.*, Parte General, Vol. II, 2a. Parte, pág. 725.
(62) SANTORO, Francisco: "Doctrinas . . . " pág. 170.

el numeral 2 del Proyecto, que a nuestro entender ha sido innecesariamente suprimido), las declaraciones ejecutadas 'animus ludi' son irrelevantes (63). En todo caso, no obstante la nulidad, las circunstancias especiales podrían aconsejar proteger intereses de terceros.

c.2) La reserva mental conocida por la otra parte.

c.3) Cuando, si la naturaleza del negocio es la bilateralidad, se produce disenso, es decir, disconformidad entre las declaraciones de las partes (64).

c.4) Cuando de la declaración de voluntad, formalmente existente, no puede deducirse, luego de la interpretación practicada, un reglamento de intereses. Tal es la conclusión que debía extraerse del artículo 30 del Proyecto, ahora suprimido (65).

c.5) Cuando hay violencia física absoluta ('vis compulsiva'), tal como hemos precisado en el comentario al artículo 214. La declaración material ha sido arrancada con presión física.

2a) Cuando se hubiera celebrado por persona absolutamente incapaz

Sobre este particular nos remitimos a los comentarios efectuados a propósito del artículo 140. Solamente son incapaces absolutos aquellos expresamente señalados como tales en el artículo 43.

En cambio las incapacidadees especiales y absolutas para celebrar ciertos negocios por razón de la especial situación de quien las realiza, la falta de legitimación legal, deben quedar comprendidas, en nuestra opinión, en el inciso 7º de este artículo.

Ahora bien, con especial relación a la incapacidad del sujeto de que este inciso 2 habla, quedan dos cuestiones adicionales:

a) El primer apartado del artículo 43 estatuye la incapacidad absoluta de los menores de 16 años, "salvo —agrega— para aquellos actos determinados por la ley". (Entre ellos, véanse artículos 455 y 457). Este precepto apunta a negocios concretos, pues indica que no hay tal incapacidad y sí, en cambio, autonomía de voluntad jurídicamente reconocida, para los actos determinados —individualizados— por el ordenamiento positivo. Empero, la rigidez del enunciado se atenúa cuando se relaciona con el numeral 1358, que permite a los menores celebrar contratos relacionados con las circunstancias ordinarias de su vida y, por cierto, de su edad. Será materia de examen investigar y concluir en cada caso si el contrato celebrado es nulo o no, de acuerdo a su importancia, significación, objeto, consecuencias, madurez del menor, etc., sin que sea menester ley expresa que le autorice a celebrar dicho negocio.

(63) DE LOS MOZOS, José Luis: "La inexistencia . . . ", pág. 40.
(64) TRIMARCHI, Pietro: "Istituzioni . . . ", pág. 268.
(65) Vease, supra, número 137 f.

La regla contenida en el artículo 1358 es perfectamente lógica y saludable. Los códigos no pueden ni deben poner oídos sordos a las exigencias de la realidad económica y social, que hay que encauzar y proteger, pero no restringir a ciegas. Por lo demás, la norma es coherente dentro de una teoría de la nulidad afincada no es criterios estrechos sino escrutadora de los intereses en juego y de las apariencias jurídicas de validez que deben cautelarse incluso cuando no se afecte directamente (cfr. artículo 925) el orden e interés públicos y derechos de terceros (66). De cualquier modo, dice Lutzesco, el interés general es noción escurridiza en sede de nulidades y resulta francamente difícil dilucidar en el caso de incapacidad absoluta, si se protege el interés general en sí mismo, o aplicado a un caso concreto (67).

b) El artículo 582, en la Sección de la curatela, apunta que los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente cuando se celebraron los actos. El texto dice literalmente anulación, vinculándolos así estos actos a los anulables y no a los nulos, a pesar que ciertos incapaces absolutos pueden quedar interdictos y ser puestos bajo curatela. Por esta razón, y como procede la curatela tanto para incapaces absolutos como relativos, este artículo 582 debe ser leído y aplicado con amplitud de miras y por tanto se impone opinar que en la hipótesis de preexistencia de la causa antes de la declaración de interdicción, los actos celebrados en tal circunstancia pueden o ser declarados nulos o ser anulados, dependiendo del grado de incapacidad.

Hemos tratado este punto bajo el rubro de incapacidad por razón de conveniencia sistemática. Debe advertirse, sin embargo, que en puridad, antes de declararse la interdicción por incapacidad absoluta no hay incapacidad legal propiamente dicha. De aquí que el argumento para invocar la nulidad absoluta habrá de ser la falta de declaración de voluntad con relevancia jurídica, que hemos ya tratado.

Para concluir este tema, digamos que el artículo 1358, del que ya hemos hablado al aludir a los menores, tampoco invalida los contratos celebrados por mayores incapaces cuando estén relacionados a las circunstancias y al grado de incapacidad. La idea es atractiva, pero resulta difícil imaginar un negocio celebrado por quien no puede expresarse de manera indubitable y también a veces es bastante arduo precisar con certeza el estado psíquico de un débil mental o un senil mental antes de su interdicción. En esos casos será necesario el historial clínico del paciente, hacer peritajes y descartar eventuales intervalos de lucidez y claridad de raciocinio y discernimiento. Locos hay que tal vez sabrían con más diligencia hacer un contrato ventajoso, que otros que andan a sus anchas por el mundo.

3a) El negocio también es sancionado como nulo, cuando su objeto sea indeterminable o físicamente o jurídicamente imposible.

Sobre el tema del objeto ya nos hemos pronunciado al estudiar el artículo 140, inciso 2º. El Artículo 219 que ahora nos ocupa cubre dos hipótesis. La primera alude a la imposibilidad de precisar (determinar) cualitativa o cuantitativamente (68) en qué consiste el reglamento de intereses a que el negocio se refiere (69). Esto envuelve, a su vez, dos aspectos:

(66) GUGGENHEIM, Daniel: "L'invalidité . . .", págs. 93-98.
(67) LUTZESCO, Georges: "Teoría . . .", pág. 242.

a) Que no puede determinarse la conducta materia de la prestación a cargo del agente declarante, de la otra parte, o de ambas. Es decir, que no se sabe a ciencia cierta, ni hay modo de saberlo, cuál es la conducta o situación de hecho o de derecho que satisface el interés que ha sido materia del negocio. La indeterminación puede recaer sobre conductas en general e incluso sobre relaciones jurídicas (70).

b) La indeterminación (véanse artículos 1142 y 1143) puede recaer sobre un bien, o sobre un derecho, o sobre otro elemento negocial imprescindible. Puede verse perfectamente de lo que venimos hablando, con el tan socorrido ejemplo de la compra-venta. Hay indeterminación si se ignora si se quiere realizar la operación sobre el bien A o el Z, y el contenido negocial no aporta datos para poder determinarlo. En cambio, hay indeterminación de otro elemento, que de igual modo hace deficiente el reglamento negocial, si el precio no se ha fijado ni hay criterios fijados por las partes para poder hacerlo sin necesidad de una nueva declaración de voluntad, que en este caso será un nuevo acuerdo entre las partes (71).

El inciso regula igualmente la hipótesis de la imposibilidad del objeto (72). Afortundadamente aquí hay una rectificación del codificador, pues a diferencia del artículo 140.2, no se impone conjuntamente la posibilidad física 'y' jurídica.

La imposibilidad física por regla general debe ser absoluta u objetiva, lo que equivale a decir que no puede ser salvada por nadie. La imposibilidad física se refiere tanto a bienes como a conductas.

Se ha omitido en este inciso toda referencia al objeto ilícito o ilegal. A pesar del silencio, somos del parecer que la nulidad debe comprender estos supuestos.

4a.) Cuando su fin sea ilícito, el negocio es igualmente inválido y sancionado con nulidad.

Sobre la cuestión de la finalidad ya hemos expuesto ampliamente en otro lugar, dejando establecidas las diferencias que advertimos entre causa objetiva y finalidad, que han de servirnos de base ahora. Adrede dejamos entonces dicho que la calificación de licitud sería materia de examen en este apartado de nulidades. No obstante, antes de ocuparnos del aspecto valorativo de lo lícito o ilícito, se impone establecer algunas premisas. Efectiva-

(68) FERRI, Luigi: "Lezioni. . ." pág. 188.
(69) TRIMARCHI, Pietro: "Istituzioni . . . ", págs. 268-269.
(70) Sobre el tema. MARTIN PEREZ, Antonio: "La determinación de la prestación obligatoria". Madrid, 1958.
(71) DIEZ PICAZO, Luis: "El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos". Editorial Bosch. Barcelona, 1957, págs. 38 y ss.
(72) Sobre la imposibilidad parcial: LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios . . .", Tomo I, pág. 327.

mente, creemos, que el concepto de fin ilícito que este inciso regula, merece ser contemplado anchamente y no circunscribirlo solamente a consideraciones finalistas concretas, porque las hipótesis de ilicitud desbordan tan apretado margen. Así, pues, también habrá que estudiar en este apartado la ilicitud de los motivos y la indebida desviación de la causa objetiva del negocio, es decir de su función económico-social, de su razón jurídica de ser del negocio. Nuestro análisis, en conclusión, debe versar tanto sobre la existencia de la causa objetiva y su desfiguración, como de la finalidad concreta pretendida y los motivos que la inspiran. Esto implica descender del plano de la estructura negocial y justificación óntico-jurídica del acto (73) al de las situaciones individualizadas caso por caso.

Antes de entrar en ello, conviene esclarecer el ámbito de la finalidad a que el artículo alude. A nuestro entender, la finalidad que habrá que indagar no es la que cada parte (tratándose de negocios bilaterales o plurilaterales) se representa, sino aquella que empapa y justifica el negocio todo, siendo el nexo de la relación jurídica. Llegamos a esta conclusión por el propio texto del mandato legal: "el acto jurídico es nulo. . . cuando su fin sea ilícito". Esto es, no se refiere al fin o la finalidad de las obligaciones individuales que no contagien e inspiren la completa regulación de intereses (74). En consecuencia, tratándose de contratos, deberá hacerse pesquisa sobre el fin común pretendido (75) de manera que no se confunda con la finalidad individual que no impregna el entero mandato de autonomía privada.

Sentadas estas premisas, veamos por separado A) la ausencia de la finalidad y después su eventual vicio por; B) ilicitud jurídica o C) ilicitud moral.

A) La ausencia de causa puede enfocarse desde dos ángulos diversos: a) la falta de causa objetiva propiamente dicha y a.a) la falta de finalidad jurídicamente relevante.

a) Respecto de lo primero, es labor del juzgado apreciar si el mandato de autonomía privada deriva de un negocio o situación jurídica anterior que le sirve de sustento, o regula nuevos intereses. Esto es posible determinarlo bien por la naturaleza del negocio (la fianza, verbigracia, carecerá de causa si no preexiste una obligación), o por las relaciones de hecho o de derecho inter-partes en mérito de circunstancias preexistentes. En síntesis, si el negocio no cumple el propósito de ser el medio para regular intereses o necesidades de orden económico o práctico o jurídico. Procede aquí citar el negocio absolutamente simulado, la transacción que no impida o termine un litigio, etc.(76).

a.a) Una finalidad jurídicamente no relevante puede asimilarse a la ausencia de finalidad. Esto supone un análisis casuístico que revele que, sin caer necesariamente en ilegalidad o inmoralidad, una determinada finalidad no es digna de protección jurídica.

(73) ALONSO, Mariano: "El error sobre la causa", pág. 52.
(74) CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El Negocio . . ." pág. 491.
(75) BETTI, Emilio: "El Negocio . . . ", pág. 278.
(76) Sobre supuestos de falta de causa, pueden verse: PLANIOL y RIPERT: *op. cit.*, Tomo VI, págs. 367 y ss; CASTRO y BRAVO, Federico : "El Negocio . . . ", pág. 231.

Así, creemos carente de finalidad válida el negocio testamentario por el cual se designe legatarios de los bienes a los animales domésticos del testador. Distinto sería el caso si el legado recayera en la entidad administrativa de un zoológico.

B) A efectos prácticos, la causa ilícita por ser opuesta al orden público o normas imperativas, es una causa contraria a las leyes en general.

Y como dice Ruiz Serramalera (77), no tiene más especialidad que la de que el ordenamiento prohibe un negocio por razones objetivas o en razón de los sujetos que intervienen. De este modo, y como no todo el cuerpo legislativo señala expresamente la nulidad, es necesario interpretar las leyes restrictivamente antes de determinar si su finalidad es francamente la de sancionar con nulidad.

En un plano de pureza conceptual conviene resaltar que quedan excluídos de la ilicitud jurídica de la finalidad los negocios con contenidos ilícito, en los que el vicio no radica en los intereses o fines materia del negocio, sino en las estipulaciones propiamente dichas, vale decir, en el propio reglamento de intereses. Con arreglo a ello, no podría considerarse negocio con causa jurídicamente ilícita aquel testamento en el cual se vulneran las legítimas. Sin embargo, puesto que este artículo 219 silencia toda referencia a objeto o contenido ilegal, es menester interpretar este inciso 4º de ancha manera, para dar cabida no solamente a la intención, que es subyacente, sino al propio contenido negocial. En el orden doctrinario y práctico son aspectos diferentes, porque en un caso la ilicitud aparece del propio contenido y en el otro es menester investigar el interés que inspira tal contenido, que sí puede ser ilícito, pese a no fluir del precepto negocial. Por tanto, a los fines de aplicación de este inciso, creemos que pueden comprenderse ambas hipótesis: por una parte, la del contenido concreto, pero en fraude de ley, con lo cual se satisface una intención o interés prohibidos, patentizándose así el enunciado legal de fin ilícito, o independientemente de la intención o conciencia de burlar la prohibición legal (78); por otra parte, el contenido ilícito en tanto que prohibitivo o no permitido, porque con dicho contenido, por su ejecución, se obtendría un resultado que el ordenamiento reprueba.

Bajo este rubro, por finalidad debemos entender lo que en su lugar hemos denominado causa subjetiva, como los motivos esencialmente relevantes y la intención en tanto que objetivo pretendido. Obviamente, será materia de examen en cada caso la connotación de ilicitud jurídica, pero teniendo presente que: a) si hay fraude de ley se produce una desviación ilícita de la causa objetiva del negocio (su función jurídica); b) si se trata de ilicitud del motivo, ha de ser relevante y relevado (exteriorizado); c) debe ser común a las partes el motivo, si el negocio no es unilateral y al igual que la intención puede evidenciarse de cualquier manera; d) el interés, en cambio, puede no emanar del contenido negocial (79).

C) La finalidad puede ser ilícita por rozar la moral, o lo que la ley denomina buenas constumbres. En este rubro ya no cabe hablar de causa en sentido

(77) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: "El Negocio . . . ", pág. 231.
(78) ENNECCERUS: *op cit.*, Parte General, Vol II, 2a. Parte, pág. 614.
(79) Véase BARBERO, Doménico: "Sistema . . .", Tomo I, págs. 535 y ss.

objetivo, porque el carácter subjetivo reflejado en el negocio es determinante. En propiedad, la función económica o social del negocio no se desfigura, como puede ocurrir cuando se produce un fraude a la ley tipificando la ilicitud jurídica.

Evidentemente, el negocio inmoral está afecto a nulidad sólo en la medida que la ilicitud fluya del negocio. Reproducimos a Enneccerus (80): "En particular, tenemos que el motivo y el fin, en tanto no hayan sido recogidos en el negocio como causa o condición, no dan por sí solos al negocio el carácter de inmoral, sino sólo cuando también han influído sobre el negocio mismo, o sea cuando del contenido, motivo, fin y las circunstancias concurrentes al tiempo de la conclusión del negocio resulte para éste un carácter inmoral en conjunto. Si el contenido del negocio no es inmoral en sí, sino que la moralidad deriva de los motivos y del fin propuesto, tiene que haber una infracción de las buenas costumbres por ambas partes. Si es sólo una parte la que se porta contra las buenas costumbres, el negocio no es inmoral en su totalidad. Hay empero una excepción: cuando la inmoralidad consista precisamente en la conducta de uno de los contrayentes contra el otro, por ejemplo en una explotación. En los negocios unilaterales basta la inmoralidad cometida por el actuante.

También es posible que un negocio, que según su contenido no es inmoral, esté unido con un fin inmoral para formar un todo con éste, por haberlo querido todos los interesados sólo en esta conexión con el fin inmoral. En tal caso, hay que tratar como un todo lo que como tal han querido las partes y, de consiguiente, declararlo nulo a título de inmoral. En cuanto al aspecto subjetivo, vale lo siguiente:

a) Si el negocio es inmoral por su contenido objetivo, es indispensable que las partes conozcan las circunstancias de hecho que hacen inmoral el negocio. No es en cambio necesario que las partes tuvieran conciencia de la inmoralidad del negocio. b) Si la inmoralidad del negocio no dimana ya de su contenido objetivo, sino de la conjunción de contenido, motivo, fin y circunstancias particulares del caso (inmoralidad del carácter conjunto), además del conocimiento de las circunstancias de hecho, se requiere también que el actuante o actuantes tengan conciencia de la inmoralidad del negocio. De otro modo no sería justificado el reproche de inmoralidad en la conducta. En este sentido, la conciencia de la inmoralidad corresponde a la conciencia de la antijuricidad en los actos contrarios a derecho. No es un elemento del dolo, sino de la culpa, es decir, de la calidad de reprobable. Se da, por tanto, incluso cuando el actuante hubiera prestado la diligencia exigible. Esta exigencia subjetiva es lo que distingue la conculcación de las buenas costumbres de la infracción de una ley prohibitiva".

La ilicitud por consideraciones de índole moral no puede estar sujeta a patrones o esquemas limitadores. Deberá indagar el juzgador la conciencia moral de la sociedad, sus normas de valores y la conducta socialmente no reprochada por el común de las gentes, establecido esto último "según el parecer de ciudadanos con conocimiento de causa, y con espíritu de equidad y de justicia" (81). Dice al respecto Stolffi (82) que "el criterio para

(80) ENNECCERUS: *op. cit.*, Parte General, Vol. II, 2a. Parte, págs. 623, 624 y 625.
(81) ENNECCERUS: *op. cit.*, Parte General, Vol II, 2a. Parte, pág. 622.
(82) STOLEEI, Guisseppe: "El Negocio . . . ", págs. 270-271.

juzgar es contingente y no absoluto: a), porque varía según las épocas y ambientes: en un período de relajación de costumbre como el actual se estima irreprensible una línea de conducta que en otros tiempos sería reprobada; entre los comerciantes se permite que uno sustraiga clientes al otro, mas no entre abogados, etc.; b), porque en defecto de una norma que deslinda lo moral de lo inmoral en los actos, la valoración de los mismos en relación con las buenas costumbres se remite en definitiva al prudente arbitrio del juez, al que en sustancia se atribuye el poder de influir sobre el destino del negocio a base de sus propias convicciones".

Con relación a los negocios inmorales se ha debatido intensamente entre los tratadistas la aplicación de la regla *nemo suam turpitudinem allegans auditur*, según la cual no se puede invocar la nulidad por esta causal y menos aún obtener un retorno de las prestaciones al estado anterior (por ejemplo, devolución de lo entregado por soborno). Pero sobre este tema, aunque conviene dejarlo anunciado en este lugar, volveremos al estudiar el artículo siguiente.

La existencia de la causa se presume (83). De esto se desprende que probada por el acreedor la existencia de la obligación misma, corresponde al deudor probar que el acto del cual proviene dicha obligación carece de causa, o que la causa expresada en el instrumento en el cual consta el acto es falsa (84) o ilícita. Compete pues la prueba a quien afirma, no a quien niega. Si se trata de una causa aparente, el deudor, luego de probar que era falsa o ilícita, obtiene la nulidad de la obligación. Pero como la nulidad se fundó en una causa simulada, el acreedor, a su vez, puede probar que existe una causa real, lícita, que restituye a la relación de su validez (85). Debe incumbir la carga al acreedor porque él es ahora quien afirma. El mismo principio se aplica, en cuanto sea posible, a las obligaciones unilaterales (86).

En cuanto a los medios de prueba, se puede hacer uso de todos los medios probatorios que concede la ley (87), sin necesidad de sujetarse únicamente al documento en que se manifiesta el negocio.

5a.) El inciso 5 del artículo 219 declara que el negocio es nulo cuando adolezca de simulación absoluta.

Mejor y más simple hubiere sido decir que es nulo el negocio simulado, pero esta cuestión de redacción no pasa de ser adjetiva.

En el aspecto sustantivo, el mandato es correcto y guarda lógica coherencia con el artículo 190, que ya hemos estudiado y al cual, por tanto, nos remitimos, sin necesidad de reproducir aquí lo dicho en otro lugar. Sin embargo, con fines de claridad, importa hacer dos atingencias.

(83) BETTI, Emilio: *op. cit.*, pág. 156.
(84) ALESSANDRI BESA, Arturo: *op. cit*, págs. 221 y ss.
(85) GOROSTIAGA, Norberto: *op. cit* pág. 45.
(86) MARTY, G: *op. cit.*, Tomo I, págs. 101 y ss.
(87) CASTRO y Bravo, Federico: "El Negocio . . .", pág. 237.

1.— La sanción comprende tanto al negocio simulado, comúnmente conocido como afecto a simulación absoluta, como al disimulante que es aquel que encubre o esconde otro acto verdadero disimulado y que efectivamente se desea.

2.— Respecto del negocio oculto y disimulado permanece válido, pero puede ser nulo cuando no reúne los requisitos de sustancia y de forma. El artículo 191 señala que a falta de ellos —y, agregamos, si estuvieran viciados—, el negocio no surte efectos. Sin embargo, esta calificación de ineficacia es sinónimo de nulidad.
En todo caso, siguiendo con dicho artículo, hay que aclarar que la ausencia de requisitos de validez produce ausencia de efectos típicos jurídico-negociales, aunque los pueda tener en el mundo económico o social. En cambio, la ineficacia por perjudicar derechos de terceros es consecuencia de anulación (artículos 221.3) y por tanto puede el acto producir efectos válidos hasta entonces y sólo por la sentencia con retroacción a la demanda, se priva al negocio disimulado de eficacia ante terceros.

6a.) El negocio es nulo, asimismo, cuando no revista la forma prescrita con carácter necesario por la ley bajo sanción.

El inciso se refiere a la formalidad, es decir, a las solemnidades que deben acompañar la celebración de algunos negocios (88). En principio, no se requiere para la validez del negocio ninguna formalidad especial, pues el agente es libre de expresar su voluntad y el contenido de ella de la manera que prefiera, asumiendo los riesgos que implica. Sin embargo, respecto de ciertos actos, la ley ha querido imponer formalidades *ad substantiam* para garantizar su seriedad y su contenido. En estos casos, por mandato legal, la formalidad tiene función constitutiva (89). Cuando tales actos no cumplen con las formalidades impuestas, aunque hayan tenido efectos prácticos, el Derecho no les reconoce valor. De aquí que algún autor haya dicho que en estos actos la forma es al negocio como la moneda o el billete al dinero (90).

Con todo, el nuevo cuerpo civil no ofrece una ordenada disciplina en esta materia de la formalidad. Con la salvedad de aquellos artículos que expresamente establecen la nulidad por defecto formal (entre otros, arts. 1625, sobre donaciones; 1650, relativo al mutuo entre cónyuges; 1871, sobre fianza y 1910 sobre el compromiso arbitral)., surgen serias dudas sobre la gravedad de la inobservación de formalidad en otros actos. Así, verbigracia, el 296, sobre modificación del régimen patrimonial del matrimonio "para cuya validez del convenio serán necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro Personal". Al margen de que este artículo

(88) Sobre las especialidades nulidades por defecto formal del negocio testamentario, puede verse sobre todo, CICU, Antonio: "El Testamento". Ideasa, Madrid, 1959, especialmente págs. 51 y ssy 130 y ss.
(89) BARBERO, Doménico: "Sistemas. . .", Tomo I, pág. 459.
(90) Recientemente, sin embargo, hay una fuerte corriente doctrinaria en contra del carácter que impone la nulidad absoluta con todos sus efectos. En este sentido, se privaría de validez jurídica al negocio, pero admitiendo su convalidación o ratificación con retroactividad.

mezcla la validez con la ineficacia por la falta de inscripción, tendrá que aclararse si la necesidad de registro que estatuye es sinónimo del carácter esencial que impone este inciso 6º. Personalmente no creemos que este convenio sea nulo, sino simplemente inoponible a terceros.

Similar problema de interpretación suscitan otros artículos tales como el 448, el 1205, el 1207, el 1304 —diciendo sobre éste que la comunicación al juzgador sólo es condición de eficacia—. En todos ellos, y en los que hayamos omitido mencionar, para los cuales no haya prohibición de forma, deberá determinarse por vía de interpretación legal si la formalidad es o no esencial al negocio. Y esta interpretación no puede hacerse sino investigando la razón jurídica del precepto y los motivos del codificador para indicar una formalidad aunque silenciando su carácter. Porque nos parece que ninguna especial negocial requiere *per se* formalidad como elemento esencial y constitutivo indispensable; antes bien la formalidad es un agregado impuesto por razones de política legislativa. Con todo, y ya en el campo práctico, conviene tener en cuenta el principio de que si la falta de formalidad no es sancionada con nulidad, solamente es medio de prueba del negocio. Esto significa aplicar la nulidad absoluta con criterios de interpretación normativa (91) restrictivos, porque si la libertad de forma es la regla, las excepciones deben ser claras (92) y no aplicarse arbitrariamente y a discreción, sino sólo cuando irrefutables consideraciones jurisprudenciales, legales y doctrinarias lo aconsejen. En defecto de ellas, que los agentes negociales cargen con el riesgo y la responsabilidad, dentro de un espíritu de utilidad y conservación (93) del negocio y sin desmedro del derecho de terceros.

7a.) El inciso 7º de este artículo 219 señala que son nulos también aquellos actos a los que la ley así declare.

Este inciso es cajón de sastre de los actos inválidos y permite la declaración de nulidad de todos aquellos negocios o estipulaciones que no encajando en ninguna de las anteriores causales, no merecen tutela legal. En realidad, puede ser discutible, desde el punto de vista de correcta técnica legislativa, un precepto como los que ahora analizamos, pues bien mirado, la invalidez puede incorporarse dentro de la ilicitud del objeto, imposibilidad jurídica del mismo, falta de legitimación del agente en relación a un determinado contenido negocial como ocurre con las condiciones (94), o causa ilícita o carente de relevancia o dignidad jurídica. En cambio, la comodidad y seguridad se consideran preferentes y de aquí la simple remisión.

Ahora bien, donde dice que la ley lo declare nulo, no ha de leerse que forzosamente el texto debe contenerse precisamente la palabra nulidad.

Tal como hemos señalado, esta es la sanción, pero no la situación jurídica del negocio, que es la invalidez, en virtud de criterios valorativos derivados del esquema legislativo. Así, pues, en varios lugares se utilizan otros vocablos que, a estos efectos, pueden ser asimilados a la nulidad o invalidez.

(91) FERRI, Luigi: "Lezioni. . .", pág. 123.
(92) GUGGENHEIM, Daniel: "L'invalidité. . .", pág. 159.
(93) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones. . .", Tomo I, pág. 198.
(94) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones. . .", Tomo I, pág. 203.

Nulidades virtuales

Todo lo dicho hasta aquí sobre este inciso no vale para las llamadas nulidades virtuales. En la doctrina moderna, en contra del clásico adagio francés "pas de nullité sans texte" que posibilitó el florecimiento de la teoría de la inexistencia, en la doctrina actual, decimos, se admiten las nulidades virtuales (95) que es la manera de nominar la sanción para aquellos negocios que, sin haber sido previamente castigados, son inválidos por oponerse a normas imperativas.

Sobre estas nulidades virtuales poco habría que añadir a lo ya dicho en la doctrina nacinal por Cornejo y por León Barandiarán. Abundando en lo señalado por ellos, Llambías (96) sugiere razones que creemos de igual mérito en nuestro ordenamiento y cuya argumentación adaptamos en lo necesario:

a) Desde el punto de vista textual, es obvio que se admite la nulidad implícita o virtual. Las normas imperativas evidentemente son tales porque deben ser cumplidas. De lo que sin esfuerzo se infiere que el negocio que las vulnere se ha excedido del límite de autonomía privada que la ley permite. No puede prevalecer la voluntad negocial sobre el propio ordenamiento y de aquí que tal negocio deba declararse nulo por inválido, salvo que la norma violada establezca una pena diferente a la de la nulidad.

b) Consideración de orden axiológico. El temor al trastorno de la legislación civil que podría derivar de las nulidades implícitas, no resulta justificado por la experiencia judiciaria universal. Los jueces siempre han desentrañado del ordenamiento jurídico causas no explícitas de nulidad y a este hecho no ha seguido cataclismo alguno.

Las nulidades virtuales —también llamadas tácitas— son aquellas que se inducen de los principios generales de la nulidad y de las causales previstas para dar origen a la sanción. Pero estas nulidades virtuales también tiene su asidero legal, porque reposan en el principio recogido en la misma ley de que no se puede pactar contra normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Sólo dentro de este contexto cabe declarar la nulidad del negocio contra regla imperativa (97). No auspiciamos una interpretación en sentido diverso, de lo que derivamos que si la norma imperativa está dictada para tutelar un interés privado, no puede ni debe invocarse para declarar la nulidad (absoluta). Desde luego, será labor judicial interpretar la norma imperativa vulnerada examinando su propósito y su contexto en el ordenamiento jurídico general (98), pero no aplicar mecánicamente el texto de la misma que es imperativo por propia naturaleza como toda regla legal. Es de aplicación la nulidad aunque del precepto no se lea la palabra 'nulo'. Basta simplemente con que se prohiba el negocio o una parte de él, o que se utilice la locución 'no valdrá' o 'no tendrán validez' para que el resultado sea el mismo: aplicar los principios del sistema, aunque el dispositivo no haga alusión directamente a la nulidad (99). Certeras resultan entonces las palabras con que Messineo resume la nulidad tácita al decir que tienen lugar "cuando aún no

(95) GUGGENHEIM, Manuel: "L'invalidité. . .", págs. 171-179.
(96) LLAMBIAS, Jorge Joaquín: "Efectos. . .", pág. 23.
(97) GHESTIN, Jacques: "Droit Civil. Le Contrat", pág. 625.
(98) ENNECCERUS: *op. cit.*, Parte General, Vol II, 2a. Parte, pág. 602.

resultando la nulidad de una sanción expresa, pueda deducirse de la función de la norma que ha quedado inobservada el carácter imperativo de ésta" (100).

Caso de nulidad virtual, en este caso total o parcial, es el que resultaría de aplicar el artículo 1595: "Es irrenunciable e intransmisible por acto entre vivos el derecho de retracto". El negocio o estipulación en cuestión serán nulos aunque la ley no lo diga expresamente.

8a.) Es nulo el negocio jurídico que contenga estipulaciones o efectos contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

No reclama el inciso mayor comentario respecto de la sanción de nulidad. El problema no reside en ello, sino en determinar otros aspectos que, en cada caso, deberán ser objeto de análisis:

— Si el negocio se opone a una ley —o sea a una norma efectivamente existente.

— Si dicha ley interesa al orden público y/o a las buenas costumbres.

Lo cual, a su vez, salvo que la ley lo diga, debe ser asunto de examen en cada momento y lugar históricos, dependiendo de la conciencia social imperante.

Orden público no puede confundirse con interés social o general, aunque coincidan en varios extremos.

— En defecto de ley expresa, la costumbre y la jurisprudencia son fuentes integrativas del ordenamiento jurídico. Consecuentemente, ellas han de tenerse en consideración a la hora de calificar la posible validez de un negocio para aplicarle la sanción respectiva.

> "ARTICULO 220.— La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.
> Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.
> No puede subsanarse por la confirmación".

270. LA ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA. CONCEPTOS GENERALES

Celebrado un negocio jurídico pueden ocurrir dos cosas: que el negocio sea perfectamente válido (no necesariamente eficaz, como ya hemos visto), o que por cualquier motivo resulte viciado. Si la nulidad es absoluta y total, o que sin afectar al conjunto no pueda ser subsanada ni separada del íntegro la parte nula, los interesados, atendiendo al estado de invalidez del negocio pueden hacer como si éste nunca se hubiera celebrado, o considerar el negocio como eficaz (aunque precario) y no tener interés en solicitar la declaración de nulidad (101). Hasta aquí la acción de nulidad no tiene importancia ni trascendencia para las partes. Pero cuando alguna de ellas estima que es el

(99) COLIN y CAPITANT: *op. cit.*, Tomo II, pág. 185.
(100) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 491.
(101) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .", Tomo I, pág. 336.

único camino para resolver discrepancias sobre si el negocio en que intervino está afecto a la sanción y quiere que se constate su carencia de valor obligatorio o vinculante, entabla entonces la acción de nulidad absoluta a fin de que se certifique y declare judicialmente la nulidad del negocio, porque el acto, aunque invalido *ab origine* y de pleno derecho, requiere de sanción judicial y nadie puede hacerse justicia por sí mismo (102). La misma vía puede ser utilizada por el Ministerio Público y por quien tuviera legítimo interés (con ciertas excepciones, como se verá). Pero veamos primeramente qué es esto de la acción de nulidad y después veremos quiénes pueden hacer uso de ella.

En pocas palabras, la acción de nulidad es el medio que ofrece la ley para obtener a través de un juicio la declaración de nulidad de un negocio que se estima inválido. Se trata de una acción personal aunque en segundo grado persiga o produzca efectos reales, y se traduce en la presentación de la correspondiente demanda ante el tribunal competente (103). De lo dicho se colige que la acción de nulidad, a la postre, no solamente pretende la verificación y ulterior declaración de nulidad, sino que fundamentalmente y básicamente pretende impedir o destruir los efectos, con apariencia de valor jurídico de un negocio jurídico que se estima nulo (104). Vista la acción de nulidad de esta manera, es fácil percatarse de que la esencia del sistema que la acción pone en movimiento no es neutralizar el negocio como concepción orgánica, sino herirlo por sus efectos. Y en la medida que la supresión de sus efectos sea mayor o menor, la nulidad será total o parcial.

Puesto que la acción mira a impedir o destruir los efectos negociales, se puede notar de ello mismo que cuando se interpone la acción, tal vez los efectos prácticos pueden haberse obtenido íntegramente, parcialmente, o quizá todavía no se han producido ningún género de consecuencias prácticas ni jurídicas típicas propias, porque, como dijimos, el negocio nulo produce efectos como válido hasta la sentencia judicial que lo sancione.

Cuando la acción de nulidad tiene como objeto impedir los efectos del negocio que se reputa nulo, impedir porque aún no ha sido ejecutado, la acción se denomina preventiva. Si la acción se interpone cuando el negocio ya ha sido llevado a cabo en todo o en parte, la acción recibe el nombre de *post-factum*. Establecer el distingo entre ambos tipos de acciones es importante porque las consecuencias por ejecución de la resolución declaratoria serán también distintas según se trate de una u otra acción.

La acción de nulidad debe ser tipificada como un juicio con procedimiento contencioso porque puede tener su origen en un doble conflicto: 1) por un lado existe conflicto entre el negocio jurídico inválido y el ordenamiento jurídico que ha sido trasgredido; 2) por otro lado puede haber conflicto entre los que celebraron el negocio o entre éstos y terceros. Entonces, a iniciativa de cualquiera de ellos, se enfrentan ante la justicia a fin de que ésta dirima y declare la certeza de la nulidad, para decirlo con palabras de Messineo (105).

El conflicto entre el negocio y la ley no puede faltar. Pero no siempre es necesario que cuando demanda un tercero, la acción de nulidad responda a

(102) GUGGENHEIM, Daniel: "L'invalidité...", pág. 84.
(103) ALESSANDRI BESA, Arturo: *op. cit.*, pág. 621.
(104) LUTZESCO, Georges: *op. cit.*, pág. 277.

un conflicto previo. Tal es el caso de la nulidad ejercida por acción preventiva que se sustenta precisamente en lo contrario: interés de evitar un conflicto o los efectos dañosos que surgirían por la ejecución del negocio.

La acción de nulidad absoluta no se entabla, como equivocadamente sostiene Alessandri Besa (106), contra las personas que han celebrado el negocio. Si bien es cierto que la demanda se interpone frente a ellas no necesariamente se dirige en su contra; antes bien, el reclamo al Juez es contra el negocio y sus consecuencias. Y nadie al iniciar una acción de nulidad reclama o pide algo o tal o cual persona, pide al Juez la sanción del negocio. Los sujetos que intervinieron en la formación del negocio o que motivaron su causal, son en este caso simples medios y no fines de la acción. Otra cosa es que si la acción es *post factum* se solicite con la demanda de nulidad absoluta la restitución o reinvindicación de lo que constituye la prestación.

Estas restituciones o reinvindicaciones se reclaman, sí, a varias personas. Pero es necesario advertir que el pedido de devolución de prestaciones no es consubstancial a la acción de nulidad puesto que sus propósitos son distintos. Aún más, para que prospere este ulterior pedido es menester que previamente se ampare la acción de nulidad declarándola fundada.

La acción no sólo debe proponerse contra quien mantenga la validez del acto, sino también citarse todos a aquellos a quienes pueda afectar la declaración de nulidad (107).

No constituye obstáculo para entablar la acción de nulidad absoluta la renuncia previa a este derecho por parte de los otorgantes. Conste la renuncia en el instrumento en que se plasmó el contenido negocial o conste por cualquier otro modo, la acción de nulidad es irrenunciable (108). En cambio sí puede ser óbice para gozar de todos los efectos de la declaración de nulidad absoluta —efectos solamente, porque la ley no impide incoarla— cuando quien la alega contribuyó a la formación o ejecución del negocio ilícito o inmoral sabiendo o debiendo saber el vicio o causal que lo aquejaba.

Esto en lo que toca a las personas. Respecto del negocio, no puede servir de argumento en contra de la acción de nulidad el hecho de que de alguna manera el negocio haya sido materia de una sentencia judicial. Pensamos, por ejemplo, en un proceso judicial seguido para el otorgamiento de escritura en el que el Juez termina extendiéndola en rebeldía del demandado. Inclusive en este supuesto, cabe demandar la nulidad absoluta del negocio, porque el Juez sólo puede declarar la nulidad cuando ésta resulte manifiesta.

Por último, nadie está impedido de interponer acción de nulidad aunque la causal haya desaparecido. Alessandri Besa (109) cita en abono de esta tesis un interesante caso en que la jurisprudencia chilena resolvió que la compra-venta de una cosa embargada celebrada sin autorización judicial ni consentimiento del acreedor, fue declarada nula, aun cuando después de efectuada la transferencia fue levantado el embargo.

(105) MESSINEO, Francisco: "Manual...", Tomo II, pág. 492.
(106) ALESSANDRI BESA, Arturo: *op. cit.*, pág. 623.
(107) GULLON BALLESTEROS, Antonio: "El Negocio...", pág. 198.
(108) Véase sobre el particular ep ígrafe 266.
(109) ALESSADRI BESA, Arturo: *op. cit.*, pág. 628.

271 TITULARES DE LA ACCION DE NULIDAD

El artículo 220 del Código preceptúa que la nulidad absoluta puede ser alegada por los que tengan interés y por el Ministerio Público.

Desde luego que, aunque la ley no lo diga expresamente, son las partes contratantes a quienes debemos contar en primer lugar como legitimados para incoar una acción de nulidad absoluta. Pueden, asimismo, intentar esta acción los terceros que no obstante no haber intervenido en la formación del negocio, hayan contribuido de una u otra manera a su ejecución. De igual modo, a cualquier persona le está permitida la acción de nulidad siempre y cuando tenga interés económico o moral (con la limitación establecida en el artículo VI del Título Preliminar) en hacerlo. Cita también la ley al Ministerio Público, facultándole para intervenir haciendo caso omiso de este Ministerio como representante del interés social, cosa que subyace en el texto.

Existen, sin embargo, ciertos actos inválidos cuya declaración de nulidad sólo puede ser instada por ciertas personas.

Cabe señalar aquí que por el número de personas a quienes el artículo 220 autoriza para demandar la nulidad absoluta, se puede hacer una importante distinción entre ésta y la anulabilidad antes llamada nulidad relativa. Porque la segunda sólo es susceptible de ser solicitada por la parte afectada, sus representantes legales y sucesores. El motivo por el cual la nulidad absoluta es accesible a más personas (aparte del Ministerio Público y del Juez) se apoya en su carácter de sistema defensor y protector de intereses superiores (110) amparados por el Derecho. De tal suerte que a mayor cantidad de personas que pueden ejercer la acción, mayor posibilidad habrá de velar por dichos intereses. Conviene, además, tener en consideración que la vida precaria del negocio constituye una menaza permanente para los terceros vinculados a él o con quienes lo suscribieron y es necesario permitirles el uso de la acción para que se declare nulidad.

a) El interés para accionar

El interés que la ley exige para poder alegar la nulidad no puede ser cualquier interés, al menos si se quiere accionar a título propio. Sumamente parca es la ley en ciertas ocasiones, como ahora; pero en esta oportunidad la teoría general del proceso civil puede sacarnos del aprieto. En efecto, se nos dice que son cuatro requisitos que debe tener el interés de quien solicita: dos son de orden material y dos formales, según terminología de Alzamora Valdez (111). En cuanto a los requisitos materiales, el interés debe ser patrimonial o moral; tocante a los formales el interés debe ser actual y directo. Pero, además, el interés de aquel que recurre al Juez para solicitar la nulidad absoluta debe estar protegido por la ley, esto es, ser legítimo.

Respecto del interés actual es preciso decir que no necesariamente significa que las consecuencias del negocio estén afectando al actor al momento de interponer su acción. Al decirse que es actual se debe entender que tiene importancia presente para el demandante el lograr la nulidad absoluta del negocio, ora para resguardarse de consecuencias futuras, ora para obtener la destrucción de efectos pasados y poder volver al *statu quo ante*.

(110) Que no es lo mismo, por cierto, que interés general. Este último es propio de ambas especies de nulidad; el sistema de la relativa protege el interés general personificado en el interés privado de quien le haga valer.

(111) ALZAMORA VALDEZ, Mario: "Teoría General del Proceso Civil". Lima, 1967, pág. 58.

En estas líneas de pensamiento, no comulgamos con Alessandri Besa cuando éste expresa que se puede pedir "la nulidad absoluta cuando haya de obtenerse un provecho patrimonial con la anulación del acto o contrato; por consiguiente, las meras expectativas no constituyen el interés . . ." (112). No podemos compartir su opinión por tres motivos. En primer lugar, porque él cifra el interés en la obtención de un provecho utilizando esta locución, según parece, en el sentido de enriquecimiento económico. Si bien no podemos descartar la posibilidad de que así lo sea muchas veces, no lo es siempre, por lo que no debe ser criterio determinante. Bien puede ocurrir, y creemos que es lo más frecuente, que quien invoca la nulidad lo haga justamente no para enriquecerse sino para evitar una disminución de su patrimonio que le sobrevendría como consecuencia de los efectos del negocio que se reputa nulo.

En segundo lugar, considera Alessandri (113) que el provecho, si lo hubiera, debe ser patrimonial y que por eso el interés para accionar también debe tener igual conotación. Tampoco suscribimos este segundo aserto, ya que cuando alguien acciona reclamando la nulidad porque el objeto del negocio es inmoral, el interés con que actúa es más moral que patrimonial. Puede haber interés ideal, como dice León Barandiarán (114), con quien coincidimos en esta materia. Es el caso, supongamos, de la construcción de un lupanar colindante a la casa del actor, ocasionando grave perjuicio moral a sus hijos.

Por último, creemos que las expectativas bien pueden constituir el interés requerido por la ley cuando se pueda presumir fundadamente que el negocio habrá de lesionar los intereses —económicos o morales— del accionante. La acción será procedente si esta presunción puede ser probada demostrando que los efectos pasados o futuros del negocio serán dañinos. Negar la posibilidad de pedir la nulidad absoluta en estas circunstancias sería una sin razón, pues habría que aguardar hasta la comisión del daño para la admisión del recurso. Si así fuera se estaría desnaturalizando el sistema de la nulidad, cuya finalidad es la cautela de los intereses de aquellos a quienes la ley contempla contra los efectos del negocio. En todo caso, la acción preventiva no tendría sentido.

En apretada síntesis: el interés de quien solicita la nulidad absoluta de un negocio debe reunir las características que a continuación se enumeran: actual (aunque se sustente en expectativas), directo, patrimonial o moral y cuya causa sea la obtención de la nulidad del negocio.

Para terminar, la acción de nulidad no puede interponerse, a pesar de interés fundado, cuando ya se ha resuelto sobre la validez del negocio impugnado.

(112) ALESSANDRI BESA, Arturo: *op. cit.*, pág. 550.

(113) De igual parecer OSPINA, G. y OSPINA, E.: "Teoría. . .", pág. 465.

(114) LEON BARANDIARAn, Jose, "Comentarios. . .", Tomo I, pág. 337.

b) Las partes

Ya dijimos que el artículo 220 no menciona expresamente a los agentes como titulares de la acción de nulidad pero que, sin embargo, pueden iniciarla. Tiene que ser de esta manera, puesto que son ellos los que están en mejores posibilidades de justificar el interés con que actúan.

Lutzesco (115) presenta una atinada objeción respecto de la acción de nulidad como medio ofrecido a las partes para destruir el negocio y los resultados subsecuentes. Dice él que puesto que las partes, o al menos una de ellas, se han colocado fuera de la ley, parecería contradictorio, en principio, que ellas mismas pudiesen ser beneficiarias de la acción de nulidad (116). Pero también atinadamente concluye que al establecerse la nulidad no se ha querido castigar a las personas sino "impedir el establecimiento de reglas ilícitas". Nosotros añadiríamos algo más. Y es que desde el momento en que una de las partes solicita la declaración de nulidad del negocio en que intervino, debe suponerse una especie de arrepentimiento por el hecho de haber infringido y vulnerado la ley, el marco dentro del que se debe mover la autonomía de voluntad. Dado este supuesto debe concedérsele el poder de accionar, en todo caso; haciendo la salvedad, cuando hay finalidad ilícita, que la sanción al negocio es independiente de la restitución, en cuyo supuesto puede aplicarse la regla *nemo auditur* a la parte culpable.

Sobre la base de lo que llevamos diciendo, se presume el interés legítimo, patrimonial o moral, actual y directo de quien como parte del negocio solicita su anulación. Debe, en consecuencia, ser la parte contraria, quien sostenga la validez, quien pruebe la falta de interés del demandante. Además, como anota Ghestin, conviene conceder la acción a la parte culpable, pues la nulidad favorece al interés general (117).

c) Los terceros

Los terceros son aquellas personas que no han intervenido en la celebración del negocio como parte de él, pero que pueden verse perjudicados por sus efectos ya sea en virtud de haber contribuido a su ejecución, ya porque sus consecuencias pueden lesionarles económica o moralmente aunque el negocio les sea totalmente ajeno. Los terceros, pues, están autorizados para alegar la nulidad absoluta de un negocio mediante la acción preventiva o la acción *post-factum*.

En los terceros la existencia del interés a que alude el artículo no se supone, pero agregamos que no hace falta este requisito si la nulidad es manifiesta (118). Si no fuera, el interés particularizado (que no se confunde con personalización del interés general) debe ser probado judicialmente por quien reclama la nulidad (119). Y además de probar la existencia del interés,

(115) LUTZESCO, Georges: *op. cit.*, pág. 278.
(116) Esta tesis ha sido recogida por el Código argentino, cuyo artículo 1047, segundo párrafo, impide instar la nulidad "ha quien ha ejecutado sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida". Igual el Código Civil de Colombia, arts. 1525 y 1746 y de España, Arts. 1305-1306.
(117) GHESTIN, Jacques: "Droit Civil. Le contrat", pág. 655.
(118) GUGGENHEIM, Daniel: "L'invalidité. . .", pág. 101.
(119) WEILL et TERRE: "Les obligations", pág. 348.

debe demostrarse asimismo que reúne todos los requisitos de legitimidad, actualidad, etc.

El artículo VI del Título Preliminar concede acción a quien posea legítimo interés económico o moral. Sin embargo, tratándose de este último, limita la acción cuando se vea afectado el actor o su familia, salvo disposición contraria de la ley. No existiendo excepción a esta norma en sede de nulidades, si el interés es moral, los terceros solo podrán accionar si se encuentran afectados a título personal o familiar.

Existe un aspecto importante en relación a la acción interpuesta por un tercero que no debe dejar de reseñarse. Y es que cuando alguien ajeno al negocio pone en movimiento el mecanismo judicial del sistema para penar el negocio, no necesariamente lo hace fundado en la preexistencia de un derecho que puede ser conculcado por el negocio o sus consecuencias. En estos casos los terceros apoyan su acción en la facultad que tienen de dirigirse a la justicia. Para ellos, sobre todo en la acción preventiva, que no tienen vinculación directa con el negocio, no habría razón ni derecho aparente que les faculte a entablar la acción de nulidad (120). Pero poseen un derecho de crítica frente al negocio y sus efectos, que se ejercita ante los tribunales y que ha sido establecido en beneficio de quienes pudieran ver en peligro o menoscabados sus derechos o intereses. Basta que el tercero estime que ha sido o pueda ser perjudicado (121) y que así aparezca razonablemente de la demanda.

Puesto que la acción procesal generalmente obedece a la finalidad de ver protegido un derecho, debemos buscar en la acción de nulidad otro justificativo para los que utilizan la vía preventiva.

El derecho que llamamos de crítica satisface el por qué del actuar, ya que el tercero aún no ha visto perjudicado su derecho subjetivo, aún no hay conflicto directo, aún no hay litigio a ser resuelto por el Juez. Bien dice Lutzesco: no siempre es posible descubrir un derecho subjetivo como base de la acción de nulidad (122). En estos supuestos entra a tallar el derecho de crítica apoyado en un interés de seguridad "dirigido contra los efectos del acto" (123).

d) El Ministerio Público

Poco elocuente es en este punto el primer párrafo del artículo 220. Se limita a decir que la nulidad absoluta puede ser alegada por el Ministerio Público. Creemos que el espíritu del enunciado es notoriamente amplio. Si el Ministerio Público representa el interés social y le corresponde velar por el cumplimiento de las leyes, le atañe intervenir cuando se atente contra el interés social (lo que implica orden público y buenas costumbres); cuando un negocio jurídico se celebre en contra de una prohibición expresa y cuando la ley le faculte expresamente para ser parte en el proceso. En este orden de ideas, el Ministerio Público podría alegar la nulidad absoluta

(120) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 39.
(121) LUTZESCO, Georges: *op. cit.*, pág. 274.
(123) JAPIOT, citado por BORJA SORIANA, Manuel: *op. cit.*, Tomo I, pág. 118.

de un negocio cuando haya incurrido en cualquiera de las causales previstas en el artículo 219 del Código Civil, pues teóricamente todas ellas son de orden público.

Hay, además, otra razón para sustentar nuestro punto de vista. Quien no tiene interés protegido por la ley y con todos los requisitos que anunciamos más arriba, no podría, según el precepto, invocar la nulidad de un negocio, aunque conociera su flagrante ilegalidad. En este supuesto, el Ministerio Público hace suya la acción de quien no estando autorizado para accionar directamente, sabe del vicio que pesa sobre el negocio. Resulta así que el Ministerio Público es un intermediario imprescindible cuando se quiere que la nulidad absoluta sea aplicada prontamente para una rápida destrucción del negocio. Tiene que admitirse esta posibilidad por la propia lógica del sistema (124). Quizá un ejemplo contribuya a esclarecer la idea.

Pensamos en un negocio cuyo objeto es ilícito porque atenta contra las buenas costumbres o el orden público económico. Sin embargo, este objeto no aparece de manifiesto en el negocio sino que el tercero ha tomado conocimiento de ello por mera casualidad. A este tercero la ejecución del negocio no habrá de suponerle ningún perjuicio directo ni indirecto, mas entiende de buena fe que el pacto ha infringido las disposiciones que sobre la validez consignan las leyes. Entonces, puesto que no puede el Juez declarar de oficio la nulidad porque no resulta manifiesta ni el tercero puede solicitarla a título propio, cumple con poner en conocimiento del Ministerio Público el hecho del que se ha enterado circunstancialmente.

Con todo, la jurisprudencia francesa (125) ha precisado que incluso en casos como el propuesto, el fiscal no puede intervenir a menos que directa y principalmente el negocio vulnere el orden público.

El Ministerio Público no está sujeto, como sí el Juez, a que la nulidad sea manifiesta. Está autorizado para indagar cuanto estime necesario y para reunir todas las pruebas del caso y demostrar oportunamente que el negocio merece la sanción de nulidad absoluta.

e) El Juez.

Según el segundo párrafo de este artículo, el Juez puede declarar (126) de oficio la nulidad cuando resulte manifiesta. Por razones prácticas tratamos del tema aquí bajo este rubro de acción de nulidad, aunque propiamente el Juez no acciona en el sentido de instar la actividad jurisdiccional.

Una primera cuestión a señalar es que no cualquier Juez puede hacer la declaración de oficio. Así, pues, si un magistrado de instrucción, en el curso

(124) GUGGENHEIM, Daniel: "L'invalidité. . .", pág. 100: "cette déduction este en effet dans la logique du système, car il s'agit simplement de constater une situación juridique préexistante, de rappeler la véritable situación juridique; or il est normal que chacun puisse se mettre ainsi au service de la vérité juridique".

(125) GHESTIN, Jacques: "Droit Civil. Le contrat"., pág. 661.

(126) Es importante aquí señalar la diferencia entre esta norma y el numeral 1421 del Código Civil italiano, que sólo autoriza al Juez a señalar la nulidad, más no a declarar. De esto se deriva que no se admitira una demanda basada en negocio nulo, pero el Juez, a menos que sí se lo pidan, no puede decretar la nulidad.

de sus investigaciones, llegara a conocer un negocio jurídico que reputa nulo, no está facultado para declararlo así. Su función, en todo caso, se limitará a ponerlo en conocimiento del agente fiscal y éste será quien accione. Solamente, pues, podrá de oficio declarar la invalidez quien en razón de sus funciones puede conocer por materia y cuantía de un juicio de esta naturaleza.

Por nulidad manifiesta se conoce aquella que no requiera de otro examen o información diferente a la constante en el documento que instrumente el negocio o aquella a la que el Juez haya accedido en el curso de un procedimiento en el cual el negocio haya surgido, si bien no como cuestionado en su validez. Así, por ejemplo, si se estuviera discutiendo el cumplimiento (127) de un contrato, no su validez, y el Juez lo encuentra celebrado sin la formalidad requerida por ley a la cual, cuando no admite pacto en contrario, el Juez debe dar cumplimiento incluso sin que las partes lo invoquen (128). Dada la redacción del artículo 1358, no creemos que el Juez pueda declarar nulo de oficio el negocio celebrado por un incapaz. En este caso, de nulidad, manifiesta, debería ser evidente el perjuicio económico o social dadas las circunstancias actuadas.

La norma dice que el Juez "puede". La palabra admite ser interpretada de dos distintas maneras: a) que el Juez, si quiere, puede declarar la nulidad notoria, pero que no está obligado a hacerlo; b) que la ley le da la posibilidad de declararla si en el curso de un juicio tomara conocimiento de ella, lo que equivale a decir que la declaración no está limtitada solamente al fiscal, las partes y terceros que acrediten su interés.

Nosotros abogamos por esta última posición, en cuyo caso poder es sinónimo de posibilidad procesal, pero se traduce como un deber, porque el Juez no puede permanecer impasible ante un negocio, por ejemplo, inmoral o ilegal. Esta tesis, que obliga al Juez a declarar nulo el acto manifiestamente inválido, no tiene nada de extraño; concuerda con lo establecido en el artículo 275 (129), y está aceptada por varios ordenamientos legislativos, algunos tan cercanos como el argentino, el brasileño, el colombiano y el español. En la doctrina de las nulidades, la tesis tampoco es novedosa (130).

272. EXCEPCION DE NULIDAD.

La Exposición de Motivos del Código Civil de 1936 era sumamente escueta, pero no por ello menos acertada, al referirse a la excepción de nulidad. "En el fondo —dice— la acción y la excepción son la misma cosa" y a continuación aclaraba la idea al explicar que la excepción "es la acción presentada a la inversa". En otras palabras, la excepción de nulidad es un modo de alegar la nulidad ante los tribunales a modo de defensa (131).

(127) CARBONIER, Jean: "Derecho Civil". Tomo II, Vol. II, pág. 357.

(128) FLOUR et AUBERT: "Les Obligations". Vol. I, No. 336.

(129) Dicho artículo, en su parte pertinente, dispone que la acción de nulidad puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual. Debe serlo por el Ministerio Público. Si la nulidad fuera manifiesta, el Juez la declarará de oficio. . .

(130) SOLON, V.: quien escribió su tratado sobre la nulidad en 1835, ya decía que la nulidad absoluta que es manifiesta, reposa en presunciones legales *juris et de jure* y no depende del Juez acoger o desestimar la nulidad, sino que "no puede dejar de pronunciarla". Citado por LLAMBIAS, Jorge: "Efectos. . .", pág. 33, nota 8.

(131) PLANIOL y RIPERT: *op. cit.*, Tomo VI, pág. 418.

Suele presentarse la excepción cuando una de las partes, sabiendo del vicio que aqueja al negocio que suscribió, deja de cumplir su correspondiente prestación. Mas la contraparte, observando que la obligación ha dejado de cumplirse o simplemente no se ha cumplido, exige judicialmente la ejecución del acuerdo. Es en estas circunstancias que quien sabe del vicio deduce cepción de nulidad. (XXIII)

La denominación de excepción no significa que se admita con dicho carácter procesal.

273. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA DECLARACION DE NULIDAD

La nulidad absoluta es sustancialmente una sanción establecida para aquellos negocios jurídicos que incumplan ciertas disposiciones imperativas, —entre ellas el propio artículo 219—, situándose de este modo fuera del ámbito amparado por la ley. Y en tanto la nulidad es una sanción, debe encuadrarse dentro de ciertos marcos. El primero de estos es que la nulidad esté prevista —incluso virtualmente— en una norma que, por ende, condene al negocio incurso en causal. La segunda es que, como toda sanción, debe ser impuesta y ejecutada en virtud de una sentencia judicial. Mientras no haya tal sentencia, es decir mientras no haya declaración judicial de certeza de nulidad, el negocio podra producir todo tipo de consecuencias 'como si' fuera válido. Por lo tanto, si el negocio no ha sido declarado nulo, es inválido y la sanción sólo existe en potencia o como posibilidad y sus efectos (de la sanción) inoperantes. Se requiere entonces que para que la sanción prevista por la ley surta todos sus efectos sea declarada mediante sentencia judicial.

Sentencia constitutiva y declarativa.

Hasta ahora hemos dicho declaración de nulidad, pero la doctrina se ha preguntado si la sentencia tiene efectos declarativos o consitutivos. Desde luego que si aceptamos que el acto es inválido desde que incurre en la causal, la sentencia será declarante de un estado anterior y en tal sentido se limita a constatar y reconocer la invalidez. Pero incluso desde esta óptica, una reciente doctrina sostiene que la sentencia tiene también carácter constitutivo. porque sólo a partir de entonces —aunque con efectos retroactivos— se restaura la verdad jurídica y se suprime la posible apariencia de validez que el negocio tuviera (132): Otros autores (133) opinan que la sentencia es declarativa, y a la vez constitutiva y de condena.

Constatada y declarada judicialmente la nulidad absoluta, la sanción tienen un efecto primordial que se puede desdoblar: negar valor jurídico a las consecuencias del negocio. Debe ser así porque si bien el negocio nulo no produce sus efectos jurídicos propios declarados queridos por los agentes, es decir, que no se ha modificado la situación jurídica anterior (134), sí lo puede haber hecho en apariencia que hay que destruir.

Y hemos dicho desdoblar proque sobre estas consecuencias caben dos alternativas: imposibilitarlas mediante la nulidad del negocio si todavía no se

(132) GUGGENHEIM, Daniel: "L'invalidité. . .", págs. 18-20 y 85-87.
(133) ORTEGA, Ramón: "Nulidades civiles en Derecho Colombiano". Ed. Temis. Bogotá, 1975, pág.
(134) SANTORO, Francisco: "Doctrinas. . .", pág. 301.

han producido a lo han producido o lo han sido sólo en parte, o destruirlos si ya los hubo.

Retorno al estado anterior.

En cuanto a la restitución de las cosas al estado en que se encontrarían de no haberse celebrado al negocio, debemos decir que no es un efecto directo de la naturaleza de la declaración de nulidad absoluta. Así es: las consecuencias que en el terreno de los hechos o en el plano jurídico —poseedor de buena fe, matrimonio putativo, etc.— haya podido producir el negocio nulo, no son imputables de suyo al tal negocio (135) que no es idóneo para producir sus efectos jurídicos típicos y propios, sino al acto jurídico (entendido ampliamente) en cuanto derivado de una conducta humana que ha influído social o económicamente sin que la ley lo permita y que se debe remediar poniendo los medios al alcance de los interesados. En el plano conceptual, la restitución conviene demandarla de manera acumulada o en otra acción, porque es la aplicación o la implementación de lo que reputamos una de las características generales del sistema: la retroactividad. Ortodoxamente el efecto de la sanción se constriñe, insistimos, a la condenación jurídica de las consecuencias del negocio según el grupo a que pertenezca, debiendo sustraerse de esta condenación toda alusión a la restitución o reinvindicación, que son incorporadas a la retroactividad como materialización de un principio ajeno a la nulidad, cual es el de que nadie debe enriquecerse o beneficiarse indebidamente a expensas o en detrimento de otro. Aún más, a raíz de la sanción de nulidad quien lo celebró sabiendo o debiendo saber del vicio que invalidaría al negocio, además de restituir lo percibido, está obligado a resarcir el daño que causó a la otra parte (136), por aplicación de *culpa in contrahendo*, —aunque se disputa si la responsabilidad sería contractual o extracontractual (137). Pero todo esto de ninguna manera nos parece que sea consecuencia directa de la sanción sobre el negocio.

Esta sanción afecta a las partes contratantes y a los terceros (con excepciones, respecto de éstos), pero siempre de una manera mediata porque el castigo está en función del negocio, no de las personas. La sanción cabe oponerla o tenerla en cuenta en contra también a favor de cualquiera (138). Y son los resultados los que repercuten sobre las partes invadiendo la obligación nacida entre ellas en mérito del acuerdo de voluntades, e inciden (aunque no siempre) sobre los terceros en la medida que éstos pactaron sobre el supuesto de un negocio aparentemente válido.

A. Efectos respecto de las partes.

Consentida la sentencia declaratoria de nulidad, se priva de efectos jurídicos al negocio incurso en la causal, o causales, que motiva la sanción. De esta manera, y sólo indirectamente, las partes perciben las consecuencias de la sanción. En efecto, si el negocio tiene como meta la obtención de un resultado querido por las partes y previsto como intención práctica, se requiere previamente que éstas se obliguen entre sí. Es fácil apreciar entonces que

(135) LLAMBIAS, Jorge: "Efectos. . .", pág. 33.
(136) MESSINEO, Francisco: "Doctrina. . .", Tomo II, pág. 288.
(137) Sobre el tema, muy ampliamente, SACCO, Rodolfo: "Il Contratto", págs. 916-927.
(138) DE CASTRO, Federico: "El Negocio. . .", pág. 477.

también la nulidad del negocio jurídico se configura también como un medio de extinguir obligaciones (139), resultando de esta manera que la extinción es uno de los efectos de la declaración de nulidad. Nunca, eso sí, podrá ser considerada como un efecto primario o primordial, porque no ocurre en todos los casos. Pensamos en los supuestos en que solamente se declara la nulidad parcial del negocio. Pero como ya lo hicimos notar en su oportunidad, el Juez debe atender a la común intención de las partes sobre la importancia que puedan atribuir a lo que ha sido declarado nulo. O, por decirlo con palabras de Cariotta Ferrara, "sería preciso que resultase que el negocio no se habría celebrado sin aquella parte afectada de invalidez" (140). Si los interesados no reputan lo que ha sido sancionado, como razón determinante de su declaración de voluntad y, consecuentemente, de su afán de obligarse la obligación principal no tiene por qué extinguirse.

Habíamos dicho que la sanción que recae sobre el negocio y sus efectos se puede desdoblar, según que el negocio jurídico haya sido ejecutado en todo o en parte o aún no se haya cumplido.

Si aún no se han cumplido las prestaciones a que se obligaron mutuamente las partes, "la nulidad declarada sólo tiene como resultado extinguir sus efectos (los del negocio), es decir, los derechos y obligaciones a que dió origen" (141), en caso de que la nulidad sea total. Las obligaciones, por tanto, dejan de ser exigibles entendiéndose como si nunca hibiesen existido. No ofrece, pues, mayor problema la nulidad absoluta de un negocio que no ha tenido aplicación.

Distinta es la situación, y por lo demás también más frecuente, cuando el negocio se ha cumplido en todo o en parte. En este supuesto la consecuencia de la sanción es la invalidación y destrucción jurídica de todos los efectos del negocio celebrados con anterioridad a la causal sobreviniente, si fuera el caso. Estos efectos se tienen, en lo posible, como no producidos en el plano jurídico, lo que implica cierta retroactividad, propia de la lógica de todo el sistema (142).

Como corolario de esta retroactividad, y para volver a un estado de equidad originaria, las partes pueden reclamarse el deber de restitución de las prestaciones mutuas; sólo una a otra si el negocio no fue bilateral o sinalagmático o si acaso solamente una de las partes ha cumplido su obligación. Este principio de retroacción tiene la excepción de la regla *nemo auditur*, a la cual ya hemos hecho alusión, que impide al culpable la recuperación de lo suyo, ya que la cesión deviene nula por inválida en razón de ilicitud moral o jurídica. Dice de Castro (143) que la regla ha originado un mal disimulado desconcierto en la doctrina civil, ya que por su aplicación puede resultar favorecido uno de los culpables a costa de otro. Sobre el tema Gullón (144) apunta lo siguiente:

(139) Por ejemplo, véase artículo 1345 del Código Civil.
(140) CARIOTA FERRARA, Luigi: *op. cit.*, pág. 301.
(141) ALESSANDRI BESA, Arturo: *op. cit.*, pág. 1083.
(142) ALSINA ATIENZA, Dalmiro: "Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos". Revista de Jurisprudencia Argentina, 1950.
(143) CASTRO y BRAVO, Federico: "El Negocio...", pág. 251.
(144) GULLON BALLESTEROS: Antonio: "El Negocio...", pág. 196.

1.a) Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa, si esa ilicitud constituye un delito o falta común a ambas partes, se procederá contra ellas, dándose, además, a los cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

1.b) Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituye delito ni falta, únicamente se impone el efecto general: carencia de acciones entre las partes del negocio, que se describe legalmente así: ninguna de ellas podrá repetir lo que ya hubiere entregado, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiere ofrecido.

Si el hecho constituye delito o falta por parte de uno de los contratantes, el inocente tiene acción contra el culpable para reclamar lo que hubiese dado, pero no puede ser obligado por éste a cumplir lo que hubiese prometido, siendo culpable una de las partes solamente de la torpeza.

Es decir, que en estos casos se da acción al inocente contra el culpable para exigir la devolución de lo que entregó exclusivamente. La negación de acción para exigir el cumplimiento del negocio tiene una razón clara: los Tribunales no pueden ponerse al servicio de intereses canallescos o indignos para defenderlos o mediar en el conflicto entre partes.

Todo este planteamiento está recogido en el principio por el cual no se puede repetir lo que se pagó para obtener un fin inmoral o ilícito. En otras palabras, no hay norma que impida la acción de nulidad, pero sí se impide la repetición de las prestaciones en ciertos casos.

El retorno al *statu quo ante* topa con diversos inconvenientes; imposibilidades materiales especialemnte. En estas circunstancias, cuando hay imposibilidad, aunque la nulidad sea absoluta y sea total la destrucción de los efectos del negocio ya producidos, el retorno solamente podría ser parcial con indemnización equivalente por el resto (145). Entre estas imposibilidades de orden material merecen citarse las relativas a los negocios de tracto sucesivo. Asimismo, la pérdida o imposibilidad de devolución de un objeto (146) y la restitución de los frutos de una cosa o intereses (juzgando en uno y otro caso la responsabilidad y la buena o mala fe), consitutuyen a veces imposibilidades materiales que hacen pensar en la dificultad existente para aplicar en todos los casos sin excepción la regla del retorno de las cosas al orden previo a la celebración del negocio.

Obviamente, si la sentencia ordena la restitución de las prestaciones, mientras una de las partes no realice la devolución de aquello a lo que viene obligado, no puede la otra ser constreñida a cumplir lo que le incumbe (147).

Lo dicho nos da la pauta para volver a insistir en la relatividad del aforiamo romano que establece que *quod nullum est, nullum effectum produ-*

(145) PLANIOL y RIPERT: *op. cit.*, Tomo VI, pág. 443. Opinan, sin embargo, que a quien alega la nulidad no se le concede la anulación si no puede devolver las prestaciones que le correspondieron.
(146) BARROS, Washington de: "Curso...", Tomo I, pág. 295.
(147) ALBADALEJO, Manuel: "Invalidez e ineficacia del negocio jurídico".

cit; relatividad al extremo de que ni la ejecución de la sanción logra evitar del todo la aparición o la persistencia de ciertos efectos extra-negociales o prácticos como los que un negocio válido hubiera podido producir. Inclusive, a veces, para proceder a una justa liquidación de las prestaciones, es necesario considerar como válido el negocio, sólo a los fines de la liquidación. Así, el contrato de sociedad (148). Es fácil percatarse que no en todos los casos los negocios jurídicos sancionados no deben producir efectos. E inclusive esto admite excepciones. Basta recordar la nulidad de los negocios constitutivos de sociedades. Aunque estén afectos a la pena, la disolución y liquidación de la sociedad puede y debe hacerse en concordancia con lo dispuesto en el pacto social, siempre y cuando sean legítimas las reglas al respecto.

Cuando el retorno material al *statu quo ante* no fuere pronunciado por el Juez (porque nada legalmente le obliga a hacerlo si las partes no lo piden), la nulidad judicialmente declarada puede dar origen a una acción reinvindicatoria. También puede sustentarse en ella una acción por enriquecimiento sin justa causa. Tratadistas han habido que han considerado a estas acciones como efectos de la sanción de nulidad. Nosotros no compartimos esa opinión. La finalidad del sistema de nulidad no es otra que la de sancionar un negocio en precaución de los efectos que éste pudiera producir; busca, además, el respeto de la ley. Pero es por otro lado, un instrumento auxiliar de apoyo de otras reglas jurídicas ajenas al sistema. En este orden de ideas, el apoyo que pudiera prestar se pone de manifiesto de modo peculiar cuando mediante la sanción del negocio, y de paso de los efectos, sirve de base para que se restablezca el equilibrio, la equidad. A este equilibrio se dirigen las acciones de restitución y reinvindicación. Pero ellas no pueden ser incorporadas a la teoría de la nulidad a menos que se admiten solamente de una manera tangencial. Su estudio es competencia de la teoría de las obligaciones y así está plasmado en el oredenamiento positivo peruano.

B. Los terceros.

Un principio reconocido sin mayor discusión señala que la nulidad del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe.

Desde un ortodoxo punto de vista, la nulidad y la anulación deben tener como consecuencia la ineficacia *erga omnes* desde la existencia del vicio (original o sobrevenido: por ejemplo, restricción, luego de celebrado el negocio y antes de su ejecución, a la comercialidad de ciertos bienes). Esto implica que, constatado el defecto, decaen todos los derechos asentados en el negocio inválido. Es la aplicación de la regla *nemo plus juris in aliud transferre potest quam ipse habet*, por la cual no se puede trasmitir un derecho, o derecho mejor o más amplio que el que se tiene. Y, viceversa, tampoco se puede adquirir.

El Código no se ha adherido a esta tesis, que tiene excepciones bien marcadas, ya reguladas en los capítulos de simulación y de fraude. El principio también es válido en materia de nulidad y el codificador más que tutelar la confianza parece que no ha tomado partido por la teoría de la apariencia de validez. Para quienes propugnan esta escuela no hay que diferenciar propiamente entre actos nulos o anulables, sino entre los que tienen apariencia

(148) LARENZ, Karl: "Tratado...". Parte General, pág. 625.

de validez, o no la tienen. Sobre esta apariencia, sostienen, deben asentarse las situaciones de los terceros. Esta tesitura nos parece excesiva y el legislador no la reconoce a plenitud.

Para una adecuada comprensión de las situaciones que pueden presentarse, es menester deslindar facetas y analizar las distintas causales. Dejamos de lado la hipótesis de la simulación, ya que tiene tratamiento particular que hemos visto en su lugar.

b.1) Falta de declaración de voluntad.— Si el negocio se celebra en nombre de un sujeto jurídicamente inexistente, no hay negocio y la nulidad afecta al tercero, pero éste podrá repetir contra el falso representante, prescindiendo del título y de la buena fe: Obviamente, y con igual alcance, también afecta al tercero la nulidad por falta de declaración material.

Tratándose de declaraciones *animus iocandi*, carentes de voluntad con intenciones vinculantes, no hay regla uniforme. Se juzgará dependiendo de las circunstancias y en función del grado de apariencia que el declarante hubiera podido generar. Asume, en consecuencia, el riesgo de una posible negligencia.

En el supuesto de reserva mental conocida por la otra parte, el negocio es nulo; sin embargo, no alcanza al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe; tampoco hay razón, además, para posibilitar la reivindicación del bien a quien declaró bajo reserva. En los casos de disenso y de imposibilidad de interpretar la declaración negocial, no creemos que haya que proteger al tercero.

b.2) Incapacidad absoluta.— Si el declarante era incapaz absolutamente, debe estudiarse si el tercero estaba en aptitud de poder conocer tal circunstancia. Por tanto, aunque haya adquirido sus derechos a título oneroso y de buena fe, ha actuado negligentemente, si pudiendo saberlo, no llegó a conocer los antecedentes de quien su causahabiente recibió el derecho. A esta razón se debe agregar que el ordenamiento protege a los incapaces que por un acto indebido han dispuesto de sus derechos. Si se trata de un insano, por ejemplo, debe prevalecer su derecho sobre el del tercero.

b.3) Cuando el negocio sea nulo en razón de que su objeto sea indeterminable o imposible.— Evidentemente no hay manera de que el tercero adquiera un derecho en estas circunstancias.

b.4) Finalidad ilícita.— No vemos razón para que el tercero asiente su derecho en un negocio nulo y que el ordenamiento repudia. La intención ilegal o inmoral expresada en el negocio, el motivo relevante que a la ética o al Derecho repugnan, la ilegalidad previas, en suma, no pueden constituir sustento válido del derecho del tercero por ningún concepto o causa eximente.

b.5) Ausencia de formalidad *ad validatem* o uso de formalidad prohibida.— El tercero no tiene mayor derecho que una política legal y expresamente prevista que no atribuye a estos negocios relevancia jurídica, porque la declaración de voluntad se tiene como no emitida. Hay excepciones, como la prevista sobre invalidez del matrimonio. En cambio, si un tercero adquiere a título oneroso y de buena fe, fiándose de un derecho

derivado de una transacción carente del requisito legal, no ha actuado diligentemente, aunque no haya tenido mala fe.

b.6) Nulidad por mandato legal.— Habrá que investigar caso por caso. Por ejemplo, no podrá prevalecer el interés del tercero contra normas que declaran la nulidad de las condiciones potestativas, o ilícitas o imposibles, siempre suspensivas.

En nuestra opinión, el criterio de apariencias de validez del negocio jurídico debe estar supeditado a la idea que inspira la nulidad absoluta, que es la de tutelar ciertos intereses superiores. Nos parece, más allá de toda duda, que el ordenamiento no puede salvaguardar derechos de terceros, aunque legítimos, cuando se vulneran otros intereses mayores. El nuevo ordenamiento concede implícitamente al Juez la facultad de hacer respetar los derechos de terceros adquiridos de buena fe y título oneroso; quedará a su buen criterio decidir adecuadamente. Nosotros, desde luego, hubiéramos preferido un artículo expreso cauto, porque —salvo contadísimas excepciones— defectos de estructuras y de contenido del negocio, no pueden legitimar derechos de terceros y, menos aún, ser preeminentes o prevalecer estos derechos sobre un interés público o privado que el Derecho tiene la función de proteger (el de los absolutamente incapaces por ejemplo).

274. IMPOSIBILIDAD DE CONFIRMACION.

Cierra el artículo 220 su redacción diciendo que el negocio nulo no puede subsanarse por confirmación. La confirmación, como su nombre enseña, equivale a corroborar, ratificar (aunque con diferencia de matriz), o revalidar. Por ello, la naturaleza jurídica del instituto reclama que haya algo que en esencia admita ser saneado. Dentro de este principio, se ha limitado la confirmación a los negocios anulables, considerándose que en estos no hay intereses generales que tutelar. El artículo 220 cierra el camino de la confirmación para los negocios nulos, y sus obligaciones no pueden afianzarse (149).

Ahora bien, aunque no pueden ser confirmados, ¿hay otra manera de solucionar el vicio y permitir que el acto despliegue sus efectos y que estos tengan protección jurídica?. La respuesta es negativa, incluyendo aquí la conversión, que el codificador se ha negado a admitir, a pesar de figurar en el Proyecto.

Lo antedicho sobre el saneamiento del negocio nulo, tiene sin embargo, su excepción en las reglas matrimoniales. Por la propia y peculiar naturaleza del matrimonio, se admite en ciertos casos la convalidación del mismo.

275. LA CONVERSION.

Pocas son las figuras en el capítulo de los negocios jurídicos que haya tardado tanto como la conversión de encontrar siquiera mediana aceptación doctrinaria y legislativa. Incluso, habiendo estado admitida y regulada por la Comisión Reformadora, no la reconoce —al menos en el plano legal— el

(149) Artículo 1875.

texto final de la Comisión Revisora. Nos parece, sin embargo, una institución útil y recomendable que conviene tratar con cierto detenimiento. Efectivamente, la conversión se sustenta en la voluntad privada enfocada a resultados prácticos y jurídicos lícitos y no ha sido prohibida por el nuevo ordenamiento. Creemos, pues, en su legitimidad utilidad sustancial así como que su aplicación no distorsiona ni contradice la disciplina formal y legal del negocio y las nulidades.

En aras de la pureza conceptual que hoy se busca y para determinar concretamente sus alcances, la genuina conversión debe ser distinguida de otros tipos semejantes que, por estar cobijados bajo el mismo nombre, pueden inducir a error. En este orden de ideas, resulta útil hacer una breve reseña de los diversos conceptos de conversión que, como queda dicho, guardan notable similitud con la auténtica o material.

Por conversión material o auténtica debemos entender aquella en virtud de la cual "un negocio nulo de un tipo determinado que contiene en sí los elementos sustanciales y formales del otro" (150) se convierte en este otro de forma de especie o tipo disitintos (151) habida consideración a la finalidad perseguida por la parte o partes. Messineo agrega: siempre que debe entenderse que la misma, o mismas, habrían querido la conversión si hubiesen conocido la nulidad (152). Esta especie de conversión también suele ser llamada sustancial o total.

Existe también la conversión formal, figura más limitada que la anterior y con efectos aparentemente idénticos, a la que algunos autores (153) también denominan impropia. En aplicación de ella, el negocio nulo ya no se convierte en otro de especie distinta modificando su naturaleza jurídica en la que habrá que apreciar la intención o voluntad hipotética de las partes (154); antes bien, continúa siendo un negocio de la misma especie en el que sólo cambia la formalidad externa, trocándola por la de otro negocio del mismo tipo con formalidad distinta (155). La conversión formal o impropia no afecta, pues, a la sustancia del negocio jurídico (156).

Se habla también de conversión voluntaria y de conversión legal. Ambas merecen una líneas, pues tampoco responden al concepto de conversión sustancial.

La conversión legal, tal como la anuncia el vocablo, se produce por imperio de la ley en mérito de una norma contra la que no cabe pacto en contrario. Pensamos, por ejemplo, en el supuesto contenido en el artículo 703 del Código Civil. Esta norma preceptúa que si el testamento cerrado presentado resulta nulo por vicio formal, el Juez resolverá que valga como ológrafo si reúne los requisitos de éste. Se aprecia entonces que con la sola voluntad del Juez, en aplicación de un mandato legal, se ha originado una conversión

(150) RUGGIERO, Roberto de: "Instituciones de Derecho Civil". Tomo II, pág. 114.
(151) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Donación, condición y conversión". En Anuario de Derecho Civil. Madrid, 1952, pag. 1302.
(152) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 493.
(153) COVIELLO, Nicolás: "Doctrina General. . .", pág. 360.
(154) STOLFFI, Guisseppe: "Teoría del Negocio Jurídico", pág. 94.
(155) CASTRO y BRAVO, Federico de: "El Negocio . . .", pág. 487, reduce esta especie de conversión sólo al ámbito de la formalidad documental, no de otra solemnidad.
(156) VALVERDE, Calixto: "Tratado de Derecho Civil Español". Tomo I. págs. 579.

que reviste las características de la formal o impropia, pues el testamento nulo no ha visto alterada su naturaleza jurídica; sigue siendo testamento, ya no cerrado sino ológrafo.

La conversión voluntaria, aunque su nombre parezca inducir a una opinión distinta, tampoco es conversión auténtica o material, aunque ésta siempre tenga que ser voluntaria, como oprtunamente veremos. El calificativo de conversión "voluntaria" resulta poco feliz, por lo que significa, sugiriendo así inconvenientes paralelismos y provocando innecesarias confusiones. Conversión voluntaria, decíamos, resulta un nombre poco acertado para el concepto al que se refiere, porque alude al de aquellos supuestos en los que las partes, al celebrar un negocio jurídico, y en previsión de una eventual nulidad, disponen que pueda revestir la figura de otro distinto. Un breve análisis de la idea nos revela de inmediato dos diferencias fundamentales. La primera de ellas, ya mencionada, es la previsión de la nulidad que pudiera afectar al negocio que se celebra, cuando la conversión auténtica reclama que no se conozca ni se prevea la nulidad del negocio (157). Por otro lado, tampoco es conversión en el sentido estricto que designa a esta figura ya que esta conversión voluntaria implica una nueva declaración de voluntad para formar otro negocio, declaración a la que se está obligado en virtud del primero que devenía nulo. Esta especie de conversión, como acertadamente ha señalado más de un tratadista, más se asemeja al supuesto que se presenta en las obligaciones alternativas, que al de la conversión material.

Líneas más arriba hemos hecho también referencias a la conversión simple y a la compleja. Solamente al hablar de conversión compleja nos estamos refiriendo a la figura auténtica, a la material o sustancial. La conversión simple no debe confundirse con ella, puesto que no alude a un cambio en la calificación jurídica del negocio, como dice Betti (158) provocando así el nacimiento de otro negocio, distinto. La conversión simple, si bien sigue el mismo principio que en mayor o menor medida inspira todos aquellos fenómenos a los que genéricamente se designan como conversión, esto es, el principio de la conservación del interés y voluntad de las partes, tiene una esfera de acción más limitada no sólo cuantitativamente, sino sobre todo cualitativamente (159) que permite distinguirla de las restantes.

En efecto, su aplicación solamente es posible en aquellos casos en los que no cabe la conversión material proque el negocio nulo no reúne los requisitos de otro; entonces, conservando el negocio sin aquella parte que motivaría la nulidad, pervive éste aunque con efectos más limitados, si ello satisface e interesa a las partes contratantes. No se ha producido un cambio de un negocio en otro de especie distinta, como en la conversión material; tampoco ha ocurrido adaptación a otro de la misma especie, como en la impropia, sino que el negocio nulo permanece, suprimiendo aquella parte que acarreaba indefectiblemente la nulidad. Consiste más bien en un mecanismo de conservación del negocio en aplicación de la nulidad parcial. No se trata, como dice Barbero (160) de la utilización de una declaración de voluntad

(157) Decía la Exposición de Motivos del Proyecto del B.G.B.: "la voluntad de las partes, al concluir el negocio nulo, no necesita dirigirse, ni siquiera eventualmente, al otro negocio jurídico de aquel contenido".
(158) BETTI, Emilio: "Teoría General del Negocio Jurídico", pág. 375.
(159) TRIMARCHI, Pietro: "Instituzione. . .", pág. 278.
(160) BARBERO, Doménico: "Sistema. . .", Tomo I, pág. 459.

—que por sí es incapaz de dar vida a un negocio y obtener los efectos de éste— para otro negocio diferente, sino que la conversión simple actúa como mecanismo de reducción (161) de los efectos negociales.

Estas son las distintas especies de conversión de que hablan los tratadistas. Establecidas y bosquejadas brevemente sus diferencias conceptuales ocupémonos ya, como nos corresponde, de la conversión material.

Como se aprecia de lo que venimos diciendo, mediante la conversión material se produce un cambio, una modificación de la estimación jurídica del negocio. Pero no se transforma solamente el aspecto estructural del mismo, no; la conversión es harto más profunda pues genera asimismo un cambio en los efectos deseados por las partes en el negocio original en virtud de la corrección de la calificación jurídica del negocio (162). Los efectos, pues, del negocio convertido no son siempre necesariamente los mismos que los previstos por las partes para el negocio original y que la ley atribuye a cada negocio en función del tipo al que está adscrito. Éstos efectos pueden asemejarse, ser más limitados o incluso fácticamente idénticos, pero jurídicamente no lo son porque tienen su origen en un negocio cuya naturaleza es distinta. Empero, el carácter sustantivo y peculiar de la conversión material estriba en que, a pesar del cambio de los efectos en cuanto propios de cada negocio, se adecúan en lo esencial al fin previsto y ansiado en el primero de ellos. La conversión es un instrumento al servicio de la equidad (163). Por eso un testamento secreto no se convierte en sentido estricto en un testamento ológrafo; no se ha producido el cambio de calificación jurídica, pues siguen siendo testamentos, aunque se haya modificado su forma externa, la forma de la protocolizacion varíe ligeramente y los efectos finales de transmisión de un patrimonio *mortis causa* se verifiquen de todos modos.

Ahora bien, según ya ha quedado indicado la conversión no es nunca un medio tan perfecto para obtener, mediante el nuevo negocio, los fines perseguidos por los otorgantes en el negocio original declarado nulo. En efecto, si los fines que anhelaban las partes se hubiesen obtenido con idéntica o igual perfección mediante el negocio convertido, no hubieran celebrado inicialmente el negocio nulo sino aquel al cual se convierte. Pero ello no es óbice para que sea requisito de la conversión al atender al fin inicial deseado, aunque los efectos del negocio convertido sólo correspondan al interés práctico preliminar parcialmente "o de un modo no tan perfecto" (164).

Aunque es indudable que para que proceda la conversión debe existir primeramente un negocio nulo y así lo presupone el concepto mismo de la figura, no consideramos que, según dicen Alessandri y De los Mozos (165), la conversión sea un efecto o una consecuencia de la nulidad absoluta. Y no puede ser tal porque la conversión es una figura independiente del sistema de la nulidad, pese que se encuentre íntimamente ligada. Al margen de esto, conviene señalar en abono de la idea de que no hay relación de causa-efecto

(161) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones. . .", Tomo I, pág. 199.
(162) BETTI, Emilio: *op. cit.*, pág. 375.
(163) MANRESA, José: "Comentarios. . .", Vol. V, pág. 596.
(164) MANRESA, José: "Comentarios. . .", Vol. V, pág. 596.
(164) ENNECCERUS, Kipp y Wolf: "Tratado de Derecho Civil". Tomo I, Vol. II, pág. 372.
(165) ALESANDRI, Arturo: "La Nulidad. . .", pág. 1121. DE LOS MOZOS, José Luis: "La conversión. . .", pág. 43.

entre la nulidad y la conversión, el hecho de que la nulidad es una sanción que se produce por imperio de la ley, cuando por el contrario la conversión material debe ser aceptada por las partes. Tiene que serlo porque resultaría notoriamente injusto el imponer a los intervinientes en el negocio nulo unos efectos que por ser distintos o más reducidos pueden no interesarles. No se acomodan a la voluntad de resultado por ellos querida y así expresada.

Para seguir con Alessandri (166), creemos necesario advertir que la conversión no se produce "por imperio de la ley", como se anuncia en la definición que proporciona Moyano y que él transcribe y hace suya. Más bien debería decirse que la conversión se hace al amparo de la ley, en uso de un medio que ésta concede a las partes para que obtengan, siquiera en cierta medida, el fin deseado aunque por medios diversos de los originales. Por eso es que los artículos 239 y 1424 del Código Civil protugués y del Civil y Comercial italiano, respectivamente, hacen uso de la locución "puede" al referirse a la facultad de transformación negocial de que gozan los interesados.

No obstante lo expuesto, la facultad que tienen las partes para convertir el negocio nulo en otro válido se encuentra limitada. Para que proceda la conversión se precisa la existencia de ciertos requisitos sobre los que mayoritariamente están de acuerdo los tratadistas y legislaciones que se ocupan de esta figura, requisitos que han sido confirmados por algunos casos prácticos en los cuales los tribunales extranjeros han sentado jurisprudencia.

Se enumeran así cuatro requisitos principales:

1º) El negocio jurídico nulo (167), al convertirse en otro debe aportar los elementos sustanciales que se requieren para el nuevo;

2º) La conversión debe realizarse entre las mismas partes que celebraron el negocio nulo. Si los sujetos intervinientes son distintos no se trata de conversión, sino de la celebración de un nuevo negocio en el que hay una nueva manifestación volitiva;

3º) Que haya voluntad de conversión manifestada de manera expresa o tácita indubitable; y

4º) Es menester también que se sepa si la voluntad de las partes habría querido los efectos del negocio nuevo si hubiesen sabido que podría resultar nulo el negocio que habían celebrado.

En lo que respecta al primero de los requisitos citados debe señalarse solamente que se refiere tanto a los elementos sustanciales o esenciales generales, como a los esenciales particulares, también llamados naturales y que contribuyen a tipificar una determinada especie negocial. En otras palabras, el negocio jurídico nulo debe aportar al nuevo convertido, los elementos esenciales propios de todos los negocios jurídicos, esto es, la declaración de voluntad, el objeto y la causa, así como los propios del nuevo negocio.

(166) ALESSANDRI, Arturo: *op. cit.*, y *loc. cit.*

(167) Debe equipararse al negocio jurídico nulo de antemano, el negocio jurídico que, siendo válido adolecía de ineficacia pendiente y ha pasado a ser definitivamente ineficaz. LARENZ, Karl: "Tratado...", Parte General, pág. 642.

En referencia al segundo presupuesto de la conservación, es menester hacer algunas anotaciones. El negocio jurídico bilateral tiene como finalidad vincular a dos partes para la obtención de un fin que resulta común a los intereses de los intervinientes. De ello se deriva que surgen obligaciones recíprocas que deben ser satisfechas. Cuando estas obligaciones son *intuito personae* o existe un pacto singular, no pueden ser cedidas ni modificadas sin consentimiento del acreedor, por lo que de resultar nulo el negocio y aceptando ambas partes la conversión del mismo en otro distinto en el cual la obligación permanece exigible al mismo deudor, la figura de la conversión ha operado ligando a las mismas partes del negocio original. Puede ocurrir, sin embargo, que nulo el primer negocio y deseosos los interesados de convertirlo en otro con el objeto de obtener, al menos aproximadamente, la misma finalidad practica del negocio original, se integra en el nuevo una nueva parte. En este caso, no puede hablarse en sentido estricto de conversión puesto que las obligaciones que emanan del nuevo negocio jurídico ya no van enfocadas directamente a las mismas personas del negocio original. Y en el caso de las partes y que es novada por cambio de acreedor o deudor, tampoco se está hablando de conversión, no procediendo una interpretación extensiva.

Se requiere para la conversión que haya voluntad exteriorizada de manera expresa o tácita indubitable. No amerita detenerse sobre el particular, salvo para indicar que si es el Juez quien admite la conversión del negocio, debe interpretar la voluntad de las partes. Cariotta Ferrara (168) asevera que debe hacerlo a la luz de una voluntad hipotética cuyo alcance no llegamos a entender si se la enfoca solamente con los conceptos de la teoría de la conservación de la voluntad. Pero sobre esta materia nos ocuparemos ampliamente más adelante. Bástenos decir entonces, por ahora, que es menester el consentimiento de las partes para la transformación del negocio nulo en otro válido.

Decíamos también que es preciso conocer si el nuevo negocio, aunque no haya sido querido efectivamente por las partes al celebrar el nulo, puede acomodarse a los efectos perseguidos con éste. En otras palabras, que el resultado empírico del negocio nuevo sea deseado por las partes atendiendo a que tal resultado no puede obtenerse con el negocio nulo. Esto implica, claro está, que este cambio en la calificación jurídica del negocio —al convertirse en otro— sea querido por las partes (pues las partes querían obligarse); pese a que con el cambio el resultado empírico no sea idéntico en ambos negocios, pues el segundo sustituye al primero en la medida de lo posible, salvaguardando con ello hasta el límite el fin perseguido por las partes (169).

Los cuatro requisitos así enumerados y someramente explicados han sido divididos en la doctrina para fines didácticos en dos grupos. De un lado los requisitos de carácter objetivo, entre los que se cuentan los dos primeros, se refieren a la estructura externa del negocio. Los otros dos restantes, subjetivos, resultan de una identificación algo más dificultosa, porque requieren como premisa una indagación, un análisis de la voluntad de las partes con el

(168) CARIOTTA FERRARA: "El Negocio Jurídico", pág. 311.

(169) DE LOS MOZOS: *op. cit.*, pág. 159

objeto de determinar "no sólo acerca de lo que lo que entendieron pactar, sino también respecto a lo que habrían estipulado si hubiesen conocido la nulidad" (170).

Pero no obstante los requisitos enumerados, la conversión debe contar con otras particularidades. Entre ellas hay que apuntar que la conversión no funciona cuando el negocio nulo fue absolutamente simulado. La razón es obvia: la conversión persigue la obtención de derechos jurídicos queridos por las partes y protegidos por el Derecho. Aceptar la conversión cuando hay simulación sería sostener un absurdo y franquear el paso a una incongruencia porque justamente la simulación absoluta mira a la no producción de efectos. Otros motivos por los que no sería aceptable la conversión son la presencia de un objeto inmoral, imposible o indeterminable. Asimismo la causa inmoral vicia la conversión. Tampoco sería aceptable la aplicación de esta figura cuando el efecto perseguido por las partes al celebrar el negocio nulo no es obtenible a través de otros negocios jurídicos. Todas estas limitaciones, sumadas a los cuatro requisitos que como elementos subjetivos u objetivos configuran a la conversión hacen que esta figura no sea, como temen algunos, obstáculo para la seguridad y el tráfico jurídicos, sino por el contrario un medio para agilizarlo, guardando los límites en los que debe actuar la voluntad.

La conversión del negocio tiene efectos retroactivos, y por el cambio de calificación se imputan al nuevo negocio las consecuencias habidas en la medida que lo consienta la especie negocial atribuida. Dicen Delgado, López y Morero (171) que técnicamente "no ocurre que un contrato que primero era inválido se convierta luego, en virtud de acontecimiento posterior, en un contrato distinto, sino que desde el principio se enjuicia no según la calificación directa que merecía —de acuerdo con la cual sería inválido—, sino según una calificación corregida (correcta) que le salva de la invalidez a cambio de producir efectos algo distintos, en general, más limitados o más débiles".

El sólo hecho de la conversión de un negocio nulo en otro, no concede automáticamente validez al segundo. Si se para mientes en que la nulidad es un sistema que debe ser perpetuo y qué se dirige a la previsión contra efectos perjudiciales es de admitir que también es utilizable contra los negocios convertidos, en particular cuando la causal de nulidad es sobreviniente.

Establecidas las premisas necesarias para que se justifique y proceda legalmente la conversión, interesa ahora ocuparnos de los fundamentos que se han esbozado con el objeto de dotar de respaldo doctrinario a la conversión.

La posibilidad y fundamento de la conversión ha estado apoyada generalmente en el principio de conservación de la voluntad de las partes y así lo ven Cariotta Ferrara (172), Messineo (173), Enneccerus (174) y Loewenwarter (175). Aunque no dejan de tener razón, la teoría pura de la conservación en abstracto de voluntad negocial debe complementarse con el resultado práctico pretendido originalmente. La teoría de la conservación no es suficiente para justificar la conversión porque está formulada sobre la base de que la conversion hubiese sido querida de haberse sabido el vicio causal de la nulidad. Pero este razonamiento flaquea si se atiende a que las partes no se pondrían en la circunstancia de la conversión de conocer el vicio sino que, más bien, de haber conocido la nulidad (que es el presupuesto de la teoría de la conservación) hubiesen tratado de remediarla y no de convertir el negocio en otro distinto de efectos más restringidos. Por eso nos parece que la teoría de la conservación de la voluntad no se la puede mirar como suficiente porque la voluntad negocial, responde siempre a un fin (salvo el acto absolutamente simulado). Y es en virtud de este fin práctico querido por las partes y que implica un juicio de hecho remitido "al honesto discernimiento del Juez" (176), y del rol de instrumento que es el negocio en función de un interés económico-social que la ley le atribuye, que se justifica la conversión. De otro lado, la conversión apoyada solamente en el afán de mantener la voluntad lo más incólume posible tropieza con el inconveniente de entrar a un campo sumamente subjetivo. Pero cuando se incorpora la idea de fin se ilumina el campo y se permite la conversión a la luz de la función económico-social del negocio original que es similar a la del negocio al cual se quiere convertir. Sin descartar las teorías voluntaristas (de la voluntad real o la hipotética) la teoría subjetivista tiene la ventaja de que la interpretación de la voluntad se ve encuadrada dentro de ciertos márgenes que prestan mayor seguridad, para otorgar una primacia del contenido sobre la forma (177).

En efecto, pese a que la voluntad hubiera querido tales o cuales resultados de haber conocido la nulidad, estos resultados deben alcanzarse a través de los elementos objetivos de otra especie negocial y del contenido que lo tipifica. No basta, pues, la sola voluntad para justificar la conversión.

(170) STOLFFI: *op. cit.*, pag. 93.
(171) En "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", ya citado. Tomo XVII, Vol. 2, pág. 326.
(172) CARIOTTA FERRARA: *op. cit.*, pág. 310 y ss.
(173) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", *op. cit.*, Tomo II, pág. 492 y "Doctrina General del Contrato", Tomo II, pág. 274.
(174) ENNECCERUS: *op. cit.*, Tomo I, Vol. II, pág. 372.

SECCION TERCERA

LA ANULABILIDAD

"ARTICULO 221.— El acto jurídico es anulable:
1) Por incapacidad relativa del agente;
2) Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación;
3) Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de terceros;
4) Cuando la ley lo declara anulable".

Según habíamos apuntado en las Consideraciones Generales previas al estudio de este tema, la nulidad tiene diversos grados. De la nulidad absoluta, o simple nulidad, ya hemos hablado. Este artículo 221 y los sucesivos norman la anulabilidad, cuyas características se irán desgranando a medida del estudio de los preceptos legales correspondientes. Para seguir la secuencia del artículo, examinemos cuáles causales pueden originar la sanción

(175) LOEWENWARTER: "Derecho Civil Alemán", Tomo I, pág. 70.
(176) BARBERO, Doménico: "Sistema. . .", Tomo I, pág. 459.
(177) BOFFI, Luis: "Tratado de las Obligaciones". Tomo I, pág. 471.

276. CAUSALES DE ANULABILIDAD.

1a.) Incapacidad relativa del agente

Son relativamente incapaces los así sindicados en el artículo 44. Creemos, igualmente, que pueden incluirse en este inciso los casos de incapacidad natural. No tiene este apartado mayor complejidad, salvo la derivada de concordar esta regla con las que vengan contenidas en otros numerales.

En especial, son de considerar los artículos 582 y 1358. El propósito que inspira estos artículos radica en la presunción de validez de los negocios celebrados por quienes estando incursos en alguna de las hipótesis previas en los incisos 2º a 7º del artículo 44, no han sido declarados incapaces. Hay presunción de validez y, por ende, plenitud de efectos jurídicos del negocio, en tanto que permanezca vigente el principio de que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. El negocio, por ello, tiene una legítima apariencia jurídica de validez que no hay razón para destruir si el negocio no perturba los intereses del incapaz.

2a.) Por vicio resultante de error, dolo, violencia e intimidación

Los vicios de la voluntad que el inciso apunta son vicios del elemento subjetivo negocial en cuanto creador de una voluntad. El estudio de los mismos en los capítulos precedentes nos ha revelado que el negocio tiene todos sus elementos estructurales adecuadamente conformados, pero que éstos pueden estar disminuidos. La disminución llega a la anulación total de valor en el caso del error obstativo, pero el legislador le ha dado el mismo tratamiento que los otros vicios. Respecto de la violencia ya hemos defendido en otro lugar que, si es absoluta y compulsiva, ocasiona la nulidad por falta de declaración de voluntad, y no su simple anulabilidad.

3a.) Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica derechos de terceros.

Una atenta lectura de este apartado suscita dos cuestiones que deben verse por separado, ya que dificultan profundamente la comprensión del mismo:

A) La regla, dice el texto, alude a la simulación del acto verdadero que lo contiene. Esto es indescifrable. En el fenómeno de la simulación pueden presentarse dos posibilidades: a) la simulación *sensu stricto* con un único acto jurídico fantasma,que nada oculta; b) la disimulación, que consiste en dos actos: uno disimulante, que es nulo por imperativo del artículo 219.5 y otro acto que ha sido ocultado y disimulado. El primero o disimulante, contiene al segundo y siempre es nulo, por lo que no es necesaria su anulación. Pero, además, el acto falso es el continente o disimulante y el verdadero es el acto contenido o disimulado. No es posible hablar en sede de simulación del "acto real que lo contiene", porque este acto que contiene a otro siempre es falso.
Salvando este grave problema de redacción, la norma acaso debería leerse: "el negocio es anulable por simulación, cuando el acto verdadero u oculto perjudica derechos de terceros". Empero, este asunto también ofrece reparos. Y he aquí la segunda de las cuestiones.

B) Así es, el acto verdadero u oculto es el que los agentes efectivamente quisieron que tuviera efectos. Como acto real y querido sale a luz por consecuencia de la declaración de nulidad absoluta (178) del acto que lo ocultaba. En esta circunstancia, descubierto el negocio disimulado, desvelada la simulación, dicho negocio queda en la misma situación jurídica que cualquier negocio que nunca se hubiera escondido tras de otro. Si este razonamiento es correcto, no encontramos motivo atendible para un tan diferente tratamiento. Es decir, si un negocio en perjuicio de terceros no se encuentra incurso en alguna de las causales previstas en el artículo 219, ni en las señaladas en los dos primeros apartados de este numeral 221; si este negocio, decimos, que nunca fue ocultado, no puede ser anulado aunque perjudique derechos de terceros ¿por qué sí puede anularse el disimulado luego de revelada la simulación?. Ambos negocios son verdaderos y no se explica un régimen diferente.

En cualquier caso, si el derecho de tercero está vigente y deriva no de un pacto sino de la ley, no hace falta el enunciado del inciso que ahora cuestionamos, porque ese tercero podrá demandar la nulidad al amparo del artículo 219 por objeto o finalidad ilícitas (ilegales) o en mérito de una nulidad virtual que el último inciso de dicho numeral 219 posibilita. Es el caso de los herederos legitimarios, cuyo perjuicio se evidenciaría si bajo una venta se ocultara una donación en exceso de la posibilidad de disposición libre. Pero, insistimos, este no sería causa de anulación del contrato verdadero (donación) sino de nulidad (parcial por el exceso).

Si fuera un tercero diferente, un acreedor, por ejemplo, tendrá derecho a solicitar la ineficacia del negocio, es decir, su inoponibilidad respecto de él, pero no la anulación *erga omnes* del negocio que fue oculto y ha salido a la luz.

Puede ocurrir, también, que una donación esconda una compra-venta para evitar el derecho de retracto. Pues bien, en este supuesto el interesado retrayente solicitará la nulidad de la donación simulante y ante la venta aparecida procederá no a pedir su anulación, sino que actuará como si nunca hubiera habido donación: ante una transferencia onerosa ejercerá el derecho de sustitución que la ley le confiere.

En síntesis, si el acto verdadero no puede invalidarse por otra vía de nulidad o con otra causal de anulación, este precepto 221 es francamente inútil, incoherente en el sistema, e injusto. Con toda razón dice León Barandiarán que la situación o nulidad del acto que fue secreto, se juzga según su naturaleza propia."En relación a tal acto no entra en juego la simulación" (179). Que los terceros invoquen ineficacia del acto verdadero ante ellos u otras alternativas que legalmente tengan en

---

(178) Desde luego, nuestro ordenamiento no reconoce el parecer de DE PINA, Rafael, cuando apunta que el negocio relativamente simulado es inexistente, ni creemos que esta sea la doctrina imperante. Dice el autor mexicano: "el acto simulado se considera inexistente, tanto en lo que se refiere a la simulación absoluta como a la relativa. Esta posición se encuentra bastante generalizada". *op. cit.*, Vol.II, págs. 224-225.

(179) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . ." Tomo I, pág. 344.

virtud de la especie negocial a que el acto verdadero pertenezca, o que demanden daños y perjuicios, pero no es coherente el precepto que ahora criticamos. Deriva del Código del año treintiséis que en el régimen de nulidad relativa incluía conjuntamente la simulación y la disimulación y no regulaba correctamente el fraude a los acreedores (180).

De todos modos, esta norma 219.3 no puede concordarse con el numeral 191, el cual no establece la anulación sino la ineficacia y sólo alude a la nulidad entre las partes. Para nada se refiere a restricciones de nulidad o anulación ante terceros, lo cual es obvio.

No obstante, existe este precepto que permite a terceros instar la anulación del acto disimulado, y desgraciadamente a él habrá que atenerse. Empero, no abdicamos de nuestros reparos y sostenemos que deberá merecer una muy restrictiva aplicación y no debe bastar cualquier perjuicio alegado por tercero para imponer una tan severa sanción, sobre todo si el perjuicio puede compensarse de otra manera sin desmedro del mantenimiento del acto impugnado.

4a.) Cuando la ley lo declare anulable

Los casos que hemos encontrado expresamente previstos en el Código son los referidos en los artículos 163, 166, 277, 687 en relación con el 808 809 y 812.

> "ARTICULO 222.– El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.
> Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley".

277. RETROACTIVIDAD

El artículo 1126 del Código de 1936 declaraba que los actos anulables "se tendrán por nulos desde el día en que quede ejecutoriada la sentencia que los invalide". Comentando este texto apuntaba León Barandiarán que su correcto significado debía ser que declarada judicialmente la anulación del acto sus efectos se retrotraen a la fecha de su celebración (181).

El artículo 89 del Proyecto adoptó un criterio diferente, al señalar que "el acto jurídico anulable deja de tener validez desde el día de la citación con la demanda, en el juicio en que quede ejecutoriada la sentencia que lo anule". La retroactividad, pues, era parcial.

La fórmula definitivamente adoptada estatuye la retroactividad total (182) haciéndose eco del parecer del ilustre maestro nacional. Obsérvese, sin

(180) El Anteproyecto presentado por los Dres. de la Puente y Zusman no incluía entre las causales de anulación la del acto disimulado. En su esquema propuesto, creemos entender, el acto disimulado lícito, con requisitos de sustancia y de forma, sería válido pero ineficaz ante terceros si les perjudicara.

(181) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .". Tomo I, pág. 346.

(182) Sobre el tema, ALSINA ATIENZA, Dalmiro: "La retroactividad. . .", artículo ya citado, que trata de la materia con profusión de argumentos y de bibliografía.

embargo, que no atribuye al negocio afectado una tacha originaria, sino que, "por efecto de la sentencia" el negocio se hace nulo, atribuyéndole esta connotación a la fecha de su celebración. Esta puntualización legal deja entrever una singular diferencia entre la nulidad y la anulación. Mientras que a los actos afectos a la primera de las sanciones el Derecho no les reconoce aptitud de generar efectos jurídicos negociales, los segundos tienen un régimen distinto, que es importante resaltar.

Los negocios anulables —gramaticalmente: susceptibles de ser anulados— ingresan a la vida jurídica con un estado de pendencia o de eficacia provisional. El vicio de voluntad o la incapacidad legal o natural que aqueja a una de las partes no fulminan al negocio desde su nacimiento dejándolo definitivamente inhábil, pero tal circunstancia confiere derecho para poder hacerlo El afectado por el vicio posee tres opciones: o invoca la anulación, o confirma el negocio, o deja transcurrir el plazo para instar la anulación. El Derecho, en otras palabras, permite la subsistencia del negocio, porque el resultado que con él se quiso no repugna a la ley o a la moral. De ello se deriva que si el fin pretendido es querido por el propio afectado (expresa o tácitamente) sin desmedro de intereses superiores, sus efectos se afianzan. El negocio absolutamente nulo, por el contrario, no es querido por el ordenamiento, que decreta que carece de valor jurídico *ab origine*, aunque tarde en formalizarse el decreto.

Consecuencia de todo lo anterior y del propio mandato del artículo es la siguiente: en el negocio anulable la sanción se impone para tutelar el interés de un particular afectado y deriva "como efecto de la sentencia" que acoge una pretensión privada. Esto es diferente de lo que ocurre con la nulidad absoluta, cuya sanción está en la propia ley: normalmente nace nulo (la nulidad sobreviniente es excepcional).

Es importante hacer las anteriores declaraciones porque conducen a evidenciar que el negocio nulo nunca puede ser válido (aunque pueda parecerlo); el anulable tiene a su favor una presunción legal de validez, que solamente decae con la demanda de anulación y de un modo definitivo con la sentencia. Pero el decaimiento surte efectos retroactivos y a la fecha de celebración, porque a esa fecha existía el vicio que el accionante invoca y que el Derecho admite como legítimo. Insistamos, pues, en lo siguiente: los efectos del acto anulable, mientras no haya sentencia condenatoria, son provisionalmente válidos. Tal incertidumbre, tal provisionalidad, quedará resuelta al concluir los plazos para anular o al producirse la confirmación. Entonces la validez de los efectos quedará consolidada.

De todos modos, fundamento de la retroactividad no es solamente la existencia de un vicio inicial. También hay un principio de equidad. Dice Guggenheim: "La raison pour laquelle on admet l'effet rétroactif d'un jungement ou d'une déclaration de volonté doit être trouvée ailleurs que dans le caractere originaire de l'invalidité de l'acte. Elle se trouve a vrai dire dans une idée de politique juridique, a savoir que dans certaines hyphotheses les parties doivent être traitées comme si l'acte n'avait jamis existé. Elle se fonde done sur une idée de "restitutio in integrum" qui n'est qu'une application particuliere du principe géneral en vertu duquel la partie victime de un dommage doit recevoir la réparation la plus adéquate. L'annulation, dans cette hyphothese, a un caractere de réparation et ses modalités, dont la rétroacti-

vité est l'une des plus importantes, doivent donc, comme toute réparation, être adéquates" (183).

La presunción de validez termina cuando sea notificado el demandado o la demanda se inscriba, si ello es posible. Sobre el particular caben ciertas reflexiones. La primera de ellas viene dada por la hipotética situación de dos o más demandados enterados con la demanda en fechas diferentes. Puede optarse por tres posiciones: a) se considera la fecha de la primera notificación válida; b) la de la última; c) para cada demandado opera la fecha de su notificación. Si se opta por la primera, puede resultar perjudicial para una parte; si se decide por la segunda, ser beneficiosa para un demandado en desmedro del otro, sobre todo si tienen intereses contrapuestos; la más razonable es la tercera, que determina la buena o mala fe del demandado para cualquier comportamiento futuro.

Otra cuestión que surge, viene dada por la no ignorancia del vicio, especialmente cuando ya ha sido denunciado por la parte afectada. El asunto no es trascendental si se piensa que el acto es válido a plenitud (aunque provisionalmente) hasta la demanda, pero es de singular importancia si se admite la tesis de la validez precaria y la retroactividad plena *inter partes*, que es la tesis que abona el artículo. En este predicamento es obvio que si la parte afectada notifica a la otra denunciando el vicio, esta otra carecerá de buena fe, si estando sobre aviso, ejecuta la prestación a su cargo o dispone del bien o derecho adquirido.

278. EFECTOS DE LA ANULACION

a) Entre las partes.– Consecuencia de la anulación y de la retroactividad de la sentencia que el artículo postula, es que el negocio se tiene como no concertado (184). A pedido de una de las partes, el Derecho considera inválido el negocio desde su origen, reputa que el vicio impregna judicialmente la voluntad declarada y, por tanto, priva de valor jurídico los efectos causados por el negocio. Las partes deben devolverse sus prestaciones, salvo que exista otro título para retener la prestación recibida (185).

Los frutos generados con posterioridad a la demanda (o a la denuncia fehaciente del vicio, o su conocimiento) son debidos a la parte reclamante de la anulación, desde que entonces no opera la buena fe. Obviamente, también correrán intereses.

Con relación a las mejoras, las útiles y necesarias que se hayan agregado al bien por el poseedor de buena fe, son reembolsables por el beneficiario de la anulación. No así los gastos de conservación normal ni mejoras de recreo.

b) Respecto de los efectos de la anulación ante terceros, también hay un régimen diferente aplicable a la simulación y sobre lo que hemos reseñado nuestros profundos reparos. Por tanto, no lo repetiremos en este lugar.

(183) GUGGENHEIM, Daniel: "L'invalidité. . .", pág. 108.
(184) STOLFFI, G.: "El Negocio. . .", pág. 99.
(185) LLAMBIAS, Jorge Joaquín: "La Nulidad. . .", pág. 92.

Los negocios anulables actúan como válidos hasta que no se produzca sentencia anulatoria y en este caso los efectos de la sentencia se retrotraen a la demanda.

El tercero adquirente a título oneroso y además de buena fe, está protegido contra la sentencia de anulación, aunque haya adquirido después de la demanda si no le ha sido notificada. Ambos requisitos deben concurrir.

El tercero adquirente después de la demanda a título gratuito o de mala fe, queda perjudicado por la anulación.

En opinión de Messineo (186), la buena fe se presume. A los fines de la anulabilidad, nosotros no coincidimos con esta impresión. Creemos que debe probarse, porque el daño siempre será mayor para el actor demandante y una presunción no debe prevalecer contra un vicio de la voluntad debidamente acreditado o una situación de incapacidad. Por añadidura, la carga de la prueba debe recaer en quien sostiene la validez, pues no basta con probar la ausencia de buena fe, sino la diligencia y cuidado idóneos del adquirente de cerciorarse de las situaciones posibles. En el marco, pues, de la buena fe, sebe demostrarse que ni sabía, ni debía, ni podía conocer el vicio del negocio. Con todo, si fuera el caso, el tercero siempre podrá apoyarse en la fe registral.

Concluyamos con Trabucchi (187): "Hay que tutelar igualmente la posición del sujeto agente, así como la de los terceros. Si de un acto suscrito con mi firma resulta la enajenación de un bien de mi propiedad, y luego se prueba que la firma es falsa o que se me ha forzado a ponerla por quien violentamente me llevaba la mano, es justo que el primero en ser protegido deba ser yo; y lo seré en todo ordenamiento jurídico pertinente.

Por consiguiente, la protección de la buena fe de las partes o de los terceros, confiados en la apariencia contractual, se llevará a cabo dentro de ciertos límites. Repitamos: se trata de principios opuestos que, con sus respectivos fundamentos, deben ser armónicamente coordinados y aplicados en la vida concreta del derecho. Y la coexistencia de esos principios se logra, en puridad, limitando en la práctica su aplicación". (XXIV)

279. BENEFICIARIOS DE LA ACCION

El segundo apartado del artículo carece de complejidad. Desde luego, también puede ser invocada la anulación en vía de excepción. En todo caso, sólo convendría agregar que las personas a que el texto alude, pueden ser una sola, física o jurídica, varias personas (consejo de familia), por ejemplo, o un colectivo de personas (188). La nulidad que se declare beneficia tanto a quien lo solicite como a quienes sean solidarios con el actor o la obligación sea indivisible.

(186) MESSINEO, Francisco: "Doctrina. . .", Tomo II, pág. 285.
(187) TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones. . .", Tomo I, pág. 210.
(188) GHESTIN, Jacques: "Droit Civil. Le contrat", págs. 646-653.

SECCION CUARTA

NORMAS COMUNES

"ARTICULO 223.– En los casos en los que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial de acuerdo con las circunstancias".

"ARTICULO 224.– 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 éstas sean sustituidas por normas imperativas.
La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal".

280. NULIDAD PARCIAL

Los artículos 223 y 224 tratan de la nulidad parcial y por ello es recomendable estudiarlos en conjunto, si bien comenzando por el artículo 224 y, respecto de él, dejando para el final del análisis su segundo párrafo, que es un principio reconocido por la moderna doctrina, aunque con reservas.

La razón de la invalidez puede afectar el negocio entero, o solamente a una de sus cláusulas. Por esta razón, como no siempre recoge el negocio una sola estipulación, se procura salvar de la sanción aquello que dentro del conjunto de intereses reglamentados pueda servir sin el acuerdo inválido y no resulte contaminado por el vicio (189). Así, por ejemplo, un contrato de mutuo celebrado por escrito, en garantía del cual se pacta la hipoteca de un inmueble del deudor. El mutuo puede subsistir, pero no la hipoteca, que no se encuentra extendida por escritura pública, salvo que la garantía real haya sido razón determinante para la concesión del crédito en cuyo caso todo el negocio será nulo.

El espíritu que anima al artículo 224, como se ve, obedece básicamente a una idea de fin (190). Es decir, se trata de que el negocio produzca todas las consecuencias que corresponden al intento práctico de los agentes (191) mientras sus efectos no sean perjudiciales; en aquella parte del negocio en que lo son, se trata de evitarlas. Messineo ilustra claramente lo que venimos diciendo: "En tal caso —cuando la nulidad afecta solamente en parte al

(189) Desde este punto de vista, es correcta la opinión de ARAUZ y de LLAMBIAS, *op. cit.*, Tomo I, pág. 403, cuando anotan que la distinción entre nulidad parcial y total sólo reviste importancia cuando las estipulaciones son independientes entre sí.
(190) Sobre las distintas teorías o fundamentos que justifican la nulidad parcial, GOMEZ MARTINHO, A.: "'La nulidad parcial. . ."
(191) De conformidad al criterio de la buena fe objetiva. DE LOS MOZOS, José Luis: "El principio de la buena fe", pág. 138 y ss.

contenido del negocio— quedan a salvo los efectos que dependan de la parte o de la cláusula del negocio que queda válida" (192). Es el mismo supuesto de la máxima romana que rezaba: *utile per inutile non vitiatur* (lo inútil no vicia lo que es útil).

El pandectista suizo Von Thur citado por León Barandiarán expone las causales de la nulidad parcial. "El negocio jurídico —dice— puede ser parcialmente nulo por ser imposible una parte de la prestación o porque parte del negocio exige la aprobación de otra persona y ella falta; finalmente, la nulidad parcial puede ser causada por impugnación" (193). Sin embargo, nosotros consideramos restrictiva esta enumeración de las causales, porque la nulidad parcial puede ser el resultado de un vicio en el objeto o en la causa o ser el fruto de una expresa prohibición legal. De esto último bien sirvan de ejemplo los artículos del Código Civil que se refieren, respectivamente el primero a la prohibición de enajenar y el segundo al pacto comisorio.

Mas la regla de la nulidad parcial no es tan simple como lo aparenta a simple vista. Subsiste el problema de saber hasta qué punto la nulidad parcial es realmente parcial. Para resolver la cuestión se ha recurrido a la regla de la separabilidad. Es menester precisar el verdadero alcance, el verdadero campo de aplicación de la doctrina de la nulidad parcial, porque un acto es nulo parcialmente cuando el acto o contrato de que forma parte integrante puede subsistir sin dicha claúsula: en otras palabras, cuando es ella independiente de las demás que constituyen el acto y cuando no es esencial a él, o sea, cuando no contiene la declaración o estipulación principal del acto o contrato (192). Se trata, en consecuencia, para saber si la nulidad de una o más disposiciones no perjudica a las otras, cuándo son separables.

El tema de la separabilidad ya había sido ampliamente estudiado por León Barandiarán al comentar el artículo 1127 del Código antiguo, que es idéntico al primer y tercer párrafos del actual 224. Según el connotado tratadista nacional, este artículo omite referirse al rol de las partes para determinar la trascendencia de la parte nula en el conjunto negocial. La observación es correcta: es insuficiente que la separabilidad o inseparabilidad se encuentre referida a un dato de consideración estrictamente objetiva (195). Este dato, dice, bien pudiera ser erróneo o desventajoso para los interesados, quienes acaso desistirían de todo el negocio por el sólo hecho de que una de las estipulaciones fuera nula aunque separable y accesoria, pero importante para ellos. Por esta razón sostiene León Barandiarán —quien cita en abono de esta idea a Func y a Bibiloni— que, al momento de declararse la nulidad parcial, es conveniente atender a la intención de los intervinientes. Bien dice entonces Betti que la nulidad de las estipulaciones puede ser no solamente por indivisibilidad lógica y objetiva sino también psicológica y subjetiva (196).

Asimismo Giorgi (197), quien admite desde una óptica teórica pero no práctica la nulidad parcial, opina que existe notable dificultad para deter-

(192) MESSINEO, Francisco: "Manual. . .", Tomo II, pág. 491.
(193) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .", Tomo I, pág. 347.
(194) ALESSANDRI, Arturo: *op. cit.*, pág. 80.
(195) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .", Tomo I, pág. 348.
(196) BETTI, Emilio: "El Negocio. . .", pág. 362.
(197) GIORGI, Giorgio: *op. cit.*, Tomo VIII, pág. 278.

minar la separabilidad o dependencia de las cláusulas de un mismo negocio en caso de prescindirse de la voluntad de las partes.

¿Cómo se determina la voluntad de las partes en este ámbito?. El Juez ha de indagar si el agente habría celebrado el negocio de todas maneras sin la parte afectada de nulidad en su contenido. A tal fin, sin descuidar la intención del agente que pudiera quedar reflejada en el negocio o en otras pruebas auxiliares, ha de averiguarse si el negocio conserva utilidad para el declarante.

Cuando se trata de negocios bilaterales imperan otros criterios, que son más amplios. Dice Trimarchi (198) que este supuesto no se trata de reconstruir una voluntad efectiva de las partes, sino de encontrar a dicha voluntad un valor jurídico que realice los intereses de las partes de manera objetivamente justa y conforme, en la medida que sea posible, con el equilibrio de las prestaciones.

El artículo 224 es la aplicación de todo lo que antecede a los negocios plurilaterales cuyas prestaciones persigan un fin común (contratos de sociedad o de asociación, por ejemplo).

281. SUSTITUCION POR NORMAS IMPERATIVAS

El segundo párrafo del artículo 224, dispone que la nulidad de disposiciones singulares, —léase: estipulaciones, cláusulas, acuerdos—, no importará la nulidad del acto, cuando sean sustituidas por normas imperativas. Ejemplos de preceptos sustituídos los hay varios: precios o tarifas máximas legalmente estatuidas, a los que deben acomodarse los contractualmente pactados, que serán nulos; estipulaciones sobre arrendamientos urbanos, o agrícolas; plazo máximo de los contratos de opción, con reducción al legal; plazo máximo del pacto de retroventa, también en la retroventa el exceso en la devolución del precio; etc.

Estas hipótesis, que explican el párrafo que analizamos, la estipulación introducida en el negocio no deja de ser nula, pero su vicio no inpregna, por taxativa disposición legal, el resto del precepto de intereses. Sobre la cláusula nula prima un interés de ley que limita la autonomía de la voluntad. Pero el espíritu que inspira esto artículo 224, 2º párrafo, va más allá y prescinde de la importancia que la estipulación nula pueda tener, según las partes, en el contexto negocial. En otras palabras, a los agentes no les estaría dado tener por nulo todo el negocio por la supresión de una cláusula y modificación de la misma por mandato legal (199). Tal es la conclusión a que se llega con la lectura de este párrafo del artículo. (XXV).

Doctrinariamente creemos que pueden existir fundadas razones para excluir estos supuestos de la teoría de la nulidad parcial o que, a lo mínimo justificaban un artículo separado. Nos parece fuera de duda que la nulidad parcial descansa en una interpretación de la intención de las partes, operación que no rige cuando se aplica el segundo párrafo del artículo 224. En un

(198) TRIMARCHI, Pietro: "Instituzione. . .", págs. 275 y 276.
(199) Sobre el tema, CASELLA, Mario: "Nullità parziale del contrato e inserzione automática di clausole". Ed. A. Guiffré. Milán, 1974. Desde otra óptica, GORDILLO, Antonio: "La nulidad parcial del contrato con precio ilegal". Anuario de Derecho Civil, Enero-Marzo, 1975.

caso, la voluntad de las partes es decisiva; en el otro ni siquiera se la toma en consideración. La disposición 224 que estamos analizando, debe aplicarse con el mismo espíritu que inspira el artículo 1355 que circunscribe la imposición de reglas o limitación de contenido a "consideraciones de interés social, público o ético". En otras palabras que la entrada obligatoria de la norma de sustitución en el reglamento negocial, sólo puede producirse cuando así resulte por las referidas consideraciones, o por el texto de la disposición legal, que ordene expresamente la inserción de un nuevo contenido por vía de integración sustitutiva o correctiva.

(Ha de señalarse, no obstante su misma justificación, que los artículos 224 y 1355 regulan hipótesis diferentes, aunque se complementen. El primero regula la sustitución por nulidad en un negocio ya celebrado; el segundo impone en un contrato por celebrar. Por tanto, el posible conocimiento por las partes de las circunstancias juega un rol diferente, que puede influir en una voluntad negocial errada).

Creemos, en definitiva, que el artículo 224 que ahora estudiamos, ha de ser aplicado con diligencia y cuidado, ya que si bien el Juez debe aplicar la ley, no puede sin más sustituir obligatoriamente la voluntad de las partes y mantener firme la vigencia del negocio a menos que la propia ley expresamente lo ordene. Veamos tres diferentes hipótesis:

a) Responde a un cierto interés económico-social o público evitar los intereses usurarios directos o indirectos (artículo 1664). Se explica así que la cláusula excesiva se anule y continúe vigente el negocio, previa reducción del interés al máximo permitido. Otro tanto puede decirse de la estipulación que, en el pacto de retroventa, obliga a la devolución de un precio superior al de la venta. Se considera, en estos supuestos, que hay una ilegítima ganancia de una de las partes y que la ley debe evitar, sin perjudicar el interés del mutuatario o del retrovendedor. Por ello, el convenio se debe sustituir, aunque el interés del mutuante o del vendedor hubiera sido no celebrar el contrato en defecto de uno de estos pactos.

b) No vemos, en cambio, ni interés social, ni ético o ni de otra especie que prevalezca sobre el privado, en el caso del plazo máximo de la opción y que torne obligatoria la promesa con reducción de plazo. Tal vez podría explicarse, desde un punto de vista económico, la nulidad de la opción con un largo plazo, pero no se explica cuál es la consideración social, pública o ética para el sostenimiento del contrato. Dicho de otro modo, si bien pueden existir intereses superiores para prohibir un negocio o ciertas estipulaciones —lo que no cuestionamos—, para aplicar el artículo 224 y segundo párrafo, deben existir también intereses superiores para obligar a la celebración y mantenimiento del acuerdo modificado (200). Este interés general para mantener el convenio no lo captamos en el caso de la opción, por citar sólo un ejemplo.

c) Situación diversa es la que ofrece el artículo 1688 sobre el plazo del arrendamiento. Específicamente se ha querido proteger a una de las partes, el arrendador. De aquí se deriva que el arrendatario no pueda

(200) SACCO, Rodolfo: "El Contratto", pág. 867 y ss.

solicitar la nulidad de la locación por reducción del plazo, pero entendemos que al arrendador sí podría interesar la nulidad si probara que, dadas ciertas circunstancias, sólo le interesaba alquilar por largo plazo, superior al legal. Si tal fuera, y el contrato versara sobre un local dedicado al comercio, a falta de leyes de excepción para estos locales, no vemos cuál sería el interés social, público o ético que habría que proteger en el arrendatario o el arrendador para la vigencia del contrato con plazo impuesto y no querido por el propietario que objetivamente sólo quería ese plazo y no otro. En todo caso, es evidente que el arrendador no podría invocar error de la norma, ya que este tipo de error de Derecho no es aceptable.

El problema que aquí se analiza es indudablemente grave, y excede de la naturaleza de este trabajo: la ley reconoce autonomía para regular los propios intereses y establecer sus límites en un marco de libertad con intereres sociales que respetar,más allá del cual no se puede actuar. Pero, nos preguntamos, ¿puede imponerse obligatoriamente un determinado reglamento negocial con un contenido no querido? Dicho de otro modo: en un ordenamiento jurídico de libertad se justifican las restricciones a la autonomía de voluntad y de formular el contenido del negocio caprichosamente; no se explica tan fácilmente, en cambio, la sustitución obligatoria de la voluntad imponiendo un reglamento no querido que a juicio de una parte distorsiona del todo su interés (201).

282. REGLAS GENERALES

Conclusiones que extraemos de estos dos artículos 223 y 224 sobre la nulidad parcial son las siguientes:

1.— La nulidad parcial es el principio; sólo por excepción el contrato es nulo completamente (artículo 224, primer párrafo); (202).

2.— Las disposiciones son separables, salvo que otra cosa se deduzca dela naturaleza del negocio, de la intención de las partes y de las circunstancias concurrentes (artículos 223 y 224);

3.— La nulidad de las obligaciones accesorias puede llevar consigo la de la principal o principales, de conformidad con las reglas anteriores;

4.— Para determinar la inserción automática de cláusulas modificatorias del contenido negocial por mandato legal, y que además el contrato subsista, debe prevalecer un expreso interés ético, social o público sobre el privado. A falta de dicho interés que obligue a las partes a negociar así y no de otra manera, sostenemos que las partes pueden instar la nulidad total si la vigencia global del negocio es contraria a sus intenciones. La ley puede prohibir que un contrato tenga eficacia con cierto contenido pero no puede imponer en el negocio un contenido legal por cierto y

(201) Esta cuestión ha merecido un análisis incluso desde el ámbito del Derecho Constitucional. Véase PAVONE LA ROSA, Antonio: "Autonomía privada e formazione eteronoma del reglamento contrattuale". En Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues. Madrid, 1971.

(202) Así, pues, principio inverso al establecido en el artículo 139 del B.G.B.

permitido a todos, pero no querido en el caso concreto, salvo que existan, legalmente y taxativamente calificados como tal, unos intereses superiores dignos de protección que obliguen a mantener el contrato.

> "ARTICULO 225.— No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo".

283. LA DOCUMENTACION DEL ACTO Y LA NULIDAD

Valen, respecto de este numeral los comentarios hechos sobre las formalidades y la nulidad del negocio por defecto de ellas. La razón del artículo es explicable, y hace bien en decir que el negocio 'puede' subsistir, ya que también pueden ser diferentes las hipótesis:

a) Que el negocio, sin necesidad legal, haya sido reflejado en un documento. En estos negocios que se formalizan documentando la declaración de voluntad, el documento *contiene* la declaración pero no *es* la declaración. El documento, a lo sumo, es la forma de transmitir la declaración, o de reproducirla.

b) Por expresa disposición legal otros negocios requieren que la declaración quede documentada. Así, la fianza respecto de la cual se considera que no la hay hasta que no se escriba. La declaración de afianzar no tiene virtualidad mientras no se documente.

   Empero, y esto es lo significativo, para probar la fianza no hay que acreditar el documento en concreto, sino que en su día fue documentada. De conformidad con esto, aunque se haya extraviado el documento, si constara copia auténtica del mismo o por otros medios se verificara la fianza y sus alcances, el negocio es válido, porque en su día fue documentado.

   Con diferencias de matiz, otro tanto puede decirse de los negocios que deben escriturarse. Pueden declararse nulos el testimonio o la copia, pero el negocio será válido si fue escriturado.

c) Diferente, en cambio, es el tratamiento de los títulos valores. La nulidad del título perjudica la relación negocial, porque no sólo no hay modo de acreditarla, sino tampoco de hacerla valer con ciertos derechos. Desde luego, este no impide hacer uso de la eventual relación causal.

> "ARTICULO 226.— La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común".

284. ALEGACION DE INCAPACIDAD

Este artículo tiene su predecesor en el 1078 del Código de 1936. Ya León Barandiarán había hecho notar (203) que la norma "incurría en de-

(203) *op. cit.*, Tomo I, págs. 70-71.

fecto" y que, además, era "algo obscura'. Puesto que el artículo no se ha modificado, el defecto subsiste y la oscuridad no se ha esclarecido.

¿En qué consiste el defecto?. Consiste en limitar la hipótesis a la incapacidad (se da por entendido que debe ser relativa, porque la absoluta puede instarla siempre cualquiera de las partes). El principio que el artículo apenas recoge parcialmente es el siguiente: la acción de anulabilidad solamente puede invocarla la parte perjudicada. Es decir, en el supuesto de una compra-venta celebrada por un incapaz relativo que actuara como vendedor, el adquiriente —persona capaz— no puede demandar la anulación alegando que el vendedor era incapaz. Esta regla no admite cuestionamiento y es unánimemente reconocida.

Ahora bien, como el artículo sólo alude a la incapacidad, ¿quiere esto decir que el adquiriente sí podría pedir la anulación sosteniendo que el vendedor había incurrido en error, o que había declarado influído por dolo o forzado por violencia o intimidación? No parece razonable sostener tal postura. La justificación social y jurídica que avala el precepto respecto de la incapacidad, obliga a interpretar analógicamente y concluir que comprende los casos de vicio de voluntad previstos en el inciso 2 del artículo 221. En tales casos, la contraparte tampoco esta activamente legítimada para iniciar la acción.

En concordancia con lo expuesto, el alcance de la norma es el siguiente: no está favorecida ni se permite instar la anulación a la parte que no fuera incapaz o no tuviera su consentimiento viciado por error, dolo, intimidación o violencia (siempre, se comprende, al momento de celebrar el negocio). El vocablo beneficio, por cierto, no debe significarse como ventaja moral o patrimonial: se refiere a que no se tiene el beneficio de iniciar la acción.

Todo lo anterior, según la redacción del dispositivo, tiene una excepción. Y he aquí la obscuridad que anunciaba León Barandiarán. Más que obscuridad, creemos que produce franca desorientación.

En efecto, la regla del primer párrafo no tiene doctrinariamente excepciones ni salvedades y es tajante: sólo el incapaz o aquel con consentimiento viciado, o sus representantes o causahabientes pueden pedir la anulación. La contraparte del negocio, es decir, el otro polo de la relación jurídica no puede intentar la anulación basándose en un defecto de capacidad o de consentimiento de la otra parte. Se podrá replicar que esto priva de defensa legal a quien, por ejemplo, se vería perjudicado por la incapacidad de la otra parte. Pero el argumento se responde del siguiente modo: si desconocía la incapacidad, puede invocar el error; si la conocía y a pesar de eso contrató, debe afrontar las consecuencias.

Lo que la segunda parte del artículo quiere decir es esto: cuando dos o más personas constituyen un solo lado de la relación jurídica que el negocio crea, asumen una posición común. Por decirlo de alguna manera, están conjuntamente enfrente del otro polo o parte de la relación jurídica (que, a su vez, pueden ser varias personas). Caso claro sería el de la enajenación de un bien por varios vendedores a varios compradores. Pues bien, lo que esta frase del artículo 226 indica es que uno de los integrantes de un polo de la relación jurídica, sí podrá invocar la incapacidad —o error, o dolo, etc.— de su co-parte, cuando fuese indivisible el objeto del derecho de la obligación común.

La obligación común no debe ser confundida con ser partícipe de un mismo lado en el mismo contrato, a menos que haya responsabilidad común, o del negocio se infiera que la incapacidad o vicio imprima las prestaciones de los otros obligados.

La obligación indivisible y la solidaria son claros supuestos de lo tenido en mente por el legislador. En tales casos, la co-parte podrá invocar la anulación, aunque la causal haya que encontrarla en otra persona.

En síntesis, la causal de anulación sólo puede ser invocada por el afectado de ella (o representantes o causahabientes) o por su co-parte si la obligación fuera común o el bien debido indivisible.

> "ARTICULO 227.– Las obligaciones contraídas por los mayores de dieciseis años y menores de dieciocho, son anulables cuando resulten de actos practicados sin la autorización necesaria".

285. OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR CIERTOS MENORES

Esta norma debe concordarse con el mandato previsto en el apartado 1) del artículo 221, alusiva a la incapacidad relativa del agente. El artículo 44, inciso 1º, señala que son relativamente incapaces las personas mayores de dieciseis y menores de dieciocho años de edad.

Nos remitimos a lo comentado cuando hemos tratado de los artículos 221 y 140, sobre la incapacidad relativa.

> "ARTICULO 228.– Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiera convertido en su provecho".

286. ACCION DE REPETICION CONTRA INCAPAZ

El provecho a que se refiere es el obtenido por el incapaz.

El texto del artículo habla de "obligación anulada", Se reproduce así el antiguo texto contenido en el artículo 1130 del Código de 1936, no obstante la impropiedad de la locución, pues en puridad no se anulan obligaciones, sino actos jurídicos que establecen tales obligacones. Puede surgir la duda de si al hablar de anulación se refiere única y exclusivamente a los actos anulables, o comprende también los nulos. La cuestión ya fué disipada por León Barandiarán (204) quien indicó que el beneficio de la norma aprovecha a todo el que sufre de incapacidad, sea absoluta o relativa. La norma, desde luego, constituye excepción al principio de retroactividad y restitución de las prestaciones, de aplicación a ambas especies de nulidad.

Se ha argumentado en defensa de la norma que este artículo contiene, que se respalda en la presunción legal de que el incapaz no puede adminis-

---

(204) LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios. . .". Tomo I, pág. 354.

trar adecuadamente sus bienes y que, por tanto, la protección de sus intereses que posibilita la anulación del negocio resultaría inútil si el incapaz hubiera perdido o malgastado por culpa suya la cosa recibida, quedando en consecuencia obligado a devolver lo equivalente en aplicación del principio de retroactividad. En otras palabras, que por efecto de la restitución derivada de la sanción de nulidad o anulación, se vería el menor obligado a reponer, con su propio patrimonio, el equivalente de lo recibido. Este argumento no cabe duda que es válido, si el problema se juzga desde el punto de vista del incapaz, pero resulta a todas luces insuficiente si se contempla el negocio jurídico como un conjunto y especialmente se piensa que el artículo está previsto fundamentalmente para los negocios jurídicos con prestaciones recíprocas. Si esto es así, se dirá con toda razón que el argumento reseñado explica la protección de los intereses del incapaz, pero en modo alguno explica la razón por la cual la otra parte se vería castigada al no poder recuperar lo entregado al incapaz. Sin embargo, esta política legislativa también tiene su explicación: y es que la ley da por supuesto que el contratante capaz actúa con la diligencia adecuada para constatar con quién contrata y, si contrató con un incapaz sin darse cuenta, se le supone falto de diligencia, que no amerita la restitución, en detrimento del patrimonio del incapaz; si, por el contrario, el capaz era consciente de la incapacidad de la otra parte, procedió de buena fe con ánimo de aprovechamiento o, a lo sumo, si no hubo aprovechamiento, sí hubo desventaja o pudo haberla en las condiciones de negociación entre un capaz y un incapaz. Entre el perjuicio que experimenta la parte capaz, pero negligente ode mala fe, que no puede obtener la restitución de su prestación, y el perjuicio de la parte incapaz, la ley opta por dar preferencia a esta última.

La norma alude a los incapaces, sin distinción de la naturaleza de la incapacidad. Tan amplio enunciado, sin embargo, justificará una restringida aplicación. De un lado, no creemos que quienes sean relativamente incapaces por sufrir pena de interdicción civil, merezcan la protección que este artículo estatuye; tampoco beneficia este precepto a quienes son incapaces para celebrar ciertos actos que dan lugar a anulabilidad.

Por la propia naturaleza del precepto y de la finalidad que lo inspira, la reclamación de restitución es impedida solamente en la medida que la causal de nulidad o anulación invocada en juicio haya sido precisamente la incapacidad. Siendo esto así, se impide, por ejemplo, que si un contrato se hubiera declarado nulo por falta de formalidad esencial a petición del propio incapaz o de sus representantes, éste o éstos no podrán invocar el artículo que analizamos para negarse a la restitución, porque el defecto invocado no ha sido el de proteger los intereses del incapaz en virtud de su inadecuado raciocinio y comprensión de las circunstancias y alcances del contrato celebrado. Evidentemente, este argumento es válido tanto si la nulidad fue obtenida a petición de la otra parte, del fiscal, de terceros o fue declarada de oficio. La conclusión es una: el incapaz o sus representantes pueden restituir, si lo desean, pero no están obligados a hacerlo solamente cuando la anulación o la nulidad fueran consecuencias de una única causal de invalidez, que es precisamente la propia incapacidad.

¿Cuál debe ser la situación si ambas partes son incapaces?. El artículo es amplio en dicho sentido, pues se no circunscribe al supuesto de una parte capaz y la otra incapaz.Por lo tanto , ambos contratantes pueden alegar la nulidad o la anulación, y ambas partes, recíprocamente, se encuentran amparadas por el precepto y sólo están obligadas a la restitución en aquella parte que les hubiera aprovechado.

El artículo que ahora estudiamos deriva del 1130 del Código anterior y éste, a su vez, del 1312 del Código francés, que específicamente alude a provecho del incapaz. Provecho, sin embargo, no es aquí sinónimo de cualquier conveniencia, utilidad, beneficio o ventaja en términos generales, sino que queda restringido a enriquecimiento patrimonial, bien positivo (aumento de patrimonio), bien negativo (evitación de una reducción superior). Al respecto, puntualiza Jesús Delgado Echeverría que: "no supone enriquecimiento la mera recepción de la cosa o cantidad y no basta que ese valor haya sido entregado al incapaz, sino que hay que demostrar un incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en la satisfacción de sus necesidades. Y sigue el mismo autor señalando que: ' utilidad y enriquecimiento existen no sólo cuando haya habido un aumento del activo patrimonial o cuando se ha evitado un gasto, sino también cuando haya venido a satisfacerse una necesidad de la persona o del patrimonio del incapaz. Por ello, si el contrato anulado versaba sobre cosas necesarias o útiles al menor que las recibió, debe éste responder por su valor real (205).

Para terminar con el análisis de este artículo, digamos con el último de los autores citados que habrá que atender al enriquecimiento existente en el patrimonio del incapaz en el momento en que dejó de serlo, y no en el momento del ejercicio de la acción, pues de lo dilapidado o destruído por el incapaz una vez alcanzada su capacidad, responde como cualquier otro sujeto capaz.

> "ARTICULO 229.– Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad".

287. MALA FE DEL INCAPAZ

El texto de la norma no presenta problemas especiales ni de fondo ni de forma. Es clara la intención del legislador de imponer como requisito negativo de la acción de nulidad que usualmente se concede a los incapaces, una conducta maliciosa por parte de éstos. Es decir, no basta simplemente por parte del incapaz la afirmación de que no tiene restricciones a su capacidad de obrar (por ejemplo,simple declaración de un menor en el sentido de que es mayor de edad), sino que es menester una conducta preordenada a la ocultación de la incapacidad, y que esta conducta induzca a la otra parte a la celebración del negocio.

A los fines de este artículo, quien se oponga a la acción de nulidad o de anulación del incapaz, deberá acreditar no solamente la mala fe, su deliberado propósito de no revelar la verdad ocasionando engaño, sino que además será necesario acreditar que dicha ocultación tenía como propósito inducir a la otra parte a la celebracion del negocio, que de otra manera no hubiera aceptado por estar impuesto de la minoría de edad o de otra forma de incapacidad.

---

(205) Comentarios al Código Civil, Tomo XVII, Volumen II, pág. 300.

SECCION QUINTA

LA CONFIRMACION

"ARTICULO 230.– Salvo el derecho de tercero el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo"

"ARTICULO 231.– El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad".

"ARTICULO 232.– La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma".

288. LA CONFIRMACION

Se ha discutido profundamente sobre la naturaleza de la confirmación, apuntándose diferentes teorías (206). No es nuestra intención, dado el propósito de este trabajo, entrar al análisis de las mismas. Si acaso, al hilo del comentario de las normas que se dedican a este tema, haremos de paso alguna referencia a ellas.

Considerando que la confirmación es una categoría jurídica unitaria, hemos preferido tratar los tres artículos en conjunto, si bien a los efectos de exposición veremos por separado distintos problemas, sobre todo prácticos, que pueden presentar los artículos en cuestión.

1) Definición. Características. Finalidad

El artículo silencia una definición de la confirmación. Y ha de confesarse que, por nuestra parte, es difícil hacerlo, pues forzosamente lo que de la confirmación se diga debe incrustarse en el ámbito de la anulabilidad que, a nuestro modesto entender, no es tema de muy afortunado tratamiento legislativo en este Libro de los Actos Jurídicos. De nada sirve una adecuada legislación sobre la confirmación del acto anulable si éste ha sido inadecuadamente legislado. A nuestro entender, este infeliz tratamiento normativo ha terminado por despojar a la confirmación de su nota de negocio convalidante. Por lo visto, nuestro legislador coincide con Messineo (207) cuando este autor italiano —con quien tantas veces condordamos, pero no ahora— asevera que la confirmación "es, esencialmente, una renuncia a hacer valer la anulabilidad". La confirmación es una modalidad de convalidación (208) del negocio. Otras modalidades —distintas— que convalidan, son la renuncia y el transcurso del tiempo para ejercer la acción de anulación.

(206) CLAVERIA GOSALVEZ, Luis: "La confirmación del contrato anulable". Bolonia, 1977. págs. 57-73; SERRANO ALONSO, Eduardo: "La confirmación de los negocios jurídicos". Madrid, 1976, págs. 50-70.

(207) MESSINEO, Francisco: "Doctrinas. . .", Tomo II, pág. 280.

Analicemos qué se entiende por confirmación y cuáles son sus características y efectos y veamos después cómo podemos hacer coincidir ello con nuestro ordenamiento positivo. Llamamos confirmación al negocio jurídico (pues es un acto de declaración de voluntad) accesorio y por medio del cual quien está facultado para solicitar la anulación sanea el negocio y suprime la nota de validez precaria que lo caracteriza al expresar su conformidad con su declaración negocial anterior y con el valor vinculante del contenido de dicha declaración anulable. De esta manera, puede decirse que por la confirmación se corrobora la declaración anterior; el confirmante manifiesta su intención de sentirse vinculado por el negocio que, siendo viciado, no quiere que lo sea. No se trata simplemente que el confirmante renuncie a instar la anulación, que es un hecho negativo, o se abstenga de iniciar la acción, sino que por un hecho positivo (expreso o tácito) destruye el vicio que afectaba al negocio, porque la ley entiende que este vicio no es de trascendental importancia y los interesados pueden actuar como si no hubiera existido. En otras palabras, en un primer grado se produce una renuncia a hacer valer el propio vicio; pero teóricamente —aunque renunciado— el vicio subsiste y entonces se declara conformidad (se confirma) la voluntad de declarar y lo declarado. De estos pasos y sólo como consecuencia, no como premisa, se deriva que se renuncia a la anulación.

Sobre la base de lo expuesto, enunciemos esquemáticamente las características de esta definición.

a) La confirmación es un negocio unilateral y recepticio, cuando es expresa. Es unilateral en la medida que para su perfección solamente se requiere la voluntad de la parte legitimada para accionar su anulación. Eventualmente la confirmación puede documentarse en acto bilateral (por ejemplo, a cambio de una contraprestación), pero no es indispensable.

   La declaración de voluntad de confirmar es recepticia, cuando la confirmación es expresa. Los autores han discutido sobre este particular y en nuestro ordenamiento cabe la misma duda, porque no puntualiza si para la eficacia del negocio confirmado, es necesario que se ponga en conocimiento de la otra parte. Nosotros creemos que en la medida que la confirmación afecta los intereses y derechos del otro contrayente, y en tanto que incida sobre la validez de un negocio precario que vincula a dos partes, debe ser receptivo. Pongamos por caso que una parte no ha cumplido su prestación al percatarse del vicio que invalidó la voluntad del otro contrayente, ¿qué sentido tendría la confirmación expresa, pero hecha en secreto?. La parte no víctima seguiría sin cumplir su prestación. Dice acertadamente Claveria (209): "creemos que la declaración expresa de confirmación es un acto recepticio. Nos parece que la finalidad de la citada declaración no se cumpliría si no llegase a conocimiento de la otra parte". Y puntualiza diciendo que la confirmación se halla destinada a conferir certidumbre a una relación caracterizada por la falta de ella; la confirmación es una declaración hecha "en favor" de una determinada parte del contrato anulable, precisamente la que no estaba legitimada para invocar la anulabilidad; esta parte es la especialmente interesada en que la incertidumbre, la precariedad sean suprimidas;

(208) LEON BARANDIARAN, José: "Manual . . .", pág. 73, identifica ambos conceptos, a nuestro entender distintos. La confirmación es una de las maneras de convalidar.

(209) CLAVERIA, Luis Humberto: "La confirmación. . .", pág. 218.

tras la confirmación, no podrá temer el ejercicio de la acción de anulación de la parte legitimada para ella.

Además, la esfera jurídica del otro contratante queda afectada por la confirmación: los derechos que adquirió en virtud del contrato anulable, consolidada la eficacia de éste, devienen definitivos e inatacables; y las expectativas sobre los bienes de los que se desprendió por obra del citado contrato quedan totalmente extinguidas".

b) La confirmación es una institución esencialmente diversa de la conversión. Aparte de que una se aplica a los negocios anulables y la otra respecto a los nulos, hay que destacar que, por vía de interpretación finalista de la voluntad de los declarantes, la conversión modifica *ab initio* la calificación jurídica del negocio; es decir, lo que de una manera sería nulo, de otra manera es válido. La confirmación, en cambio, no es un acto de interpretación de voluntad, sino un negocio que actúa *a posteriori* convalidando el vicio.

c) En líneas generales; se admiten en doctrina los efectos retroactivos del acto de confirmación. Lo que era precario ha dejado de serlo; la eficacia del negocio, provisional y destruible, ha quedado asegurada; los efectos producidos entre la celebración del negocio y la confirmación —que por ser inseguros y jurídicamente inciertos no son los auténticamente queridos (210)— queden consolidados.

d) Al dar valor al acto viciado, la confirmación implica renuncia los daños y perjuicios civiles que la víctima del dolo, intimidación o violencia hubiera sufrido.

La confirmación , por esencia, persigue el propósito de declarar una voluntad conforme con el mantenimiento del negocio. Es la expresión positiva de un querer continuar vinculado por un negocio. Pero, con todo, es una declaración de contenido que revela una intención de compromiso.

La renuncia pura a la acción no tiene, evidentemente, estas particularidades propias de la confirmación genuina. No pretende la renuncia convalidar el negocio bajo el espíritu de continuar con las obligaciones o derechos que se asumen, ni de dotar al negocio de un valor jurídico pleno de que carecía. Indudablemente, renunciar a la anulación no supone tampoco renunciar a reclamar daños y perjuicios. El vicio subsiste,no queda suprimido, pero no se quiere hacerlo valer. La renuncia tan sólo es la abdicación de un derecho. Mas por propia naturaleza esta renuncia no implica regularizar en su vicio original un acto anterior. Por decirlo de alguna manera, la confirmación mira hacia atrás porque da validez a lo anterior y en consecuencia a todo lo que de ello deriva. La renuncia mira al futuro porque el acto no queda subsanado; únicamente se declara no querer ejercer el derecho de impugnarlo.

Aunque la confirmación y la renuncia a la acción de anulación tienen puntos en común y ciertos efectos prácticos equivalentes, también poseen, como está dicho, notas diferenciales que no permiten equiparar ambas figuras.

(210) GUGGENHEIM, Daniel: "L'invalidité. . .", pág. 67.

Surge aquí la pregunta de si es válida la renuncia a la acción de anulabilidad. Obsérvese que el primer párrafo del artículo 231, no obliga a manifestar dicha intención de renuncia en la confirmación expresa, siendo así que reclama, tratándose de confirmación tácita, hechos concluyentes que pongan de manifiesto tal voluntad abdicativa. En adición, ha de citarse el numeral 218, que fulmina con nulidad absoluta (parcial) la estipulación de renuncia a la acción (de anulación, se entiende) por error, dolo, violencia o intimidación. ¿Cómo puede concordarse todo esto entre sí?.

En nuestra opinión, el artículo 218 quiere decir que no es válida la renuncia a esta acción cuando se formula de manera paralela a la declaración inválida. En otras palabras, cuando el agente todavía se encuentra sometido al vicio de voluntad, bien porque no se percate que está errado, bien porque el tercero que le presiona le obliga a declarar tal renuncia. Todavía, pues, está bajo el influjo del vicio invalidante.

Creemos, en conclusión, que puede admitirse la renuncia a la acción de anulación si el agente así lo quiere y declara y lo hace actuando libre de toda presión o todo vicio o incapacidad.

2) Requisitos

En los artículos se enumeran varios requisitos para la confirmación. Algunos son comunes a la expresa y a la tácita. Otros solamente se exigen para una de las modalidades. Veremos por separado cada una de estas exigencias, indicando oportunamente su vigencia para la expresa o para la tácita.

a) Titulares del derecho

Según la ley, puede confirmar la parte a quien corresponde el derecho de solicitar la anulación. Hay que remitirse, pues, al artículo 222 *in fine*, que dice que la anulabilidad "no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la hubiera establecido la ley". Se trata, entonces, de determinar quiénes son los beneficiados. La ley, por cierto, nada dice, pero de las causales de anulación apuntadas en el numeral 221 se infiere que son el relativamente incapaz y las víctimas de error, dolo, violencia (no física) e intimidación. Desde luego, y por las razones apuntadas en su lugar, no creemos correcto que el tercero perjudicado por el acto disimulado esté en aptitud de instar la anulación y, por cierto, de confirmar un negocio del que no fue parte. Tan exigua información resulta desde luego insuficiente.

En primer lugar, legitimados para confirmar no están solamente los sujetos incapaces una vez que dejan de serlo, o las víctimas del vicio. También lo están sus representantes, causahabientes y cesionarios. Es decir: puede ser una persona (individuo) distinta.

En el capítulo de representantes hay que citar a los voluntarios con poderes suficientes y a los legales. Respecto de estos últimos, ocasionalmente puede requerirse la autorización judicial o del consejo de familia. La confirmación no valdrá a falta de tal permiso.
Tratándose de causahabientes de quien celebró un contrato anulable, está fuera de duda que pueden confirmarlo. El problema se ofrece, empero, cuando se trata de herencia indivisa, son varios herederos y surge

disparidad de criterios. Clavería (211) sugiere que en tal supuesto las decisiones se adopten por mayoría. Nosotros no concordamos con este parecer; de acuerdo al artículo 971, debe examinarse la naturaleza del acto y si es de disposición o de administración de bienes en copropiedad —que es el caso de comunidad hereditaria indivisa. Con razón debe reclamarse unanimidad para la confirmación, cuando garantiza y consolida un negocio que puede no ser de administración, sino de disposición o gravamen de bienes.

En caso de cesión de posición contractual, igual se admite la confirmación por el cesionario.

b) Causal de anulabilidad

Es menester que el agente confirmante conozca la causa que invalida el negocio. Ahora bien, además de conocer el vicio, ¿es necesario saber que el derecho posibilita la anulación?. La respuesta parece que tiene que ser afirmativa, pues se supone que el confirmante ha optado entre varias alternativas que se le ofrecen y, obviamente, debe conocer las implicancias de cada una.

En el derecho comparado el artículo 288, apartado 2 del Código portugués, señala que para la eficacia de la confirmación su autor debe tener conocimiento del vicio "e do direito a anulacao".

Tratándose de confirmación expresa, es requisito 'sine qua non' hacer referencia o mención a la causa invalidente. Si fuera confirmación tácita, la investigación es más difícil ya que la norma impone que el agente conozca la causa de anulabilidad. No basta con que ejecute la prestación o que ya la haya recibido; es objetivamente necesario acreditar que lo conocía (o, en su caso, que lo ignoraba). Evidentemente,esto entraña una tarea de interpretación que habrá de ceñirse a las reglas ya estudiadas en otro lugar y a lo que ya tenemos dicho sobre la declaración tácita.

c) Ausencia de vicios

Por regla general, todos los negocios deben estar exentos de vicios que puedan limitar su validez y su eficacia. Esto es particularmente imprescindible en la confirmación. De ello se deriva que solamente será válido el negocio de confirmación cuando, si se trata del mismo agente, haya terminado su incapacidad y no esté bajo error u otro influjo disturbador de su voluntad.

El artículo 1444 del Código italiano es muy claro cuando precisa que la confirmación no tendrá efecto si quien la realiza no estuviera en condiciones de celebrar válidamente el negocio.

d) Instrumento y forma

El artículo 232 establece que el instrumento de confirmación debe guardar las mismas formalidades que se requirieron para la validez del negocio confirmado. Obviamente se alude a la confirmación expresa;

(211) CLAVERIA, Luis Humberto: "La confirmación. . .", pág. 129.

para la tácita no hace falta ninguna formalidad. Es claro que la confirmación expresa tampoco reclama solemnidad si el acto que se confirma era válido sin necesidad de formalismos 'ad substantiam' determinados por ley o por voluntad de las partes.

La doctrina y legislación extranjeras están divididas en lo que a esta exigencia atañe. Parece lógico pensar, sin embargo, que es conveniente la formalidad cuando se ha de confirmar otro acto formal.

3) La confirmación y los terceros

El artículo 230 reza que el negocio anulable puede ser confirmado, salvo el derecho de tercero. Se sobreentiende que se trata de derechos adquiridos del confirmante antes de la confirmación. No se admite otra interpretación (212). Esta salvedad viene heredada del Código de 1936 el cual, a su vez, la tomó del Código francés. Algunos códigos más recientes guardan silencio al respecto y no aluden a los terceros. El portugués, en cambio, en su numeral 288 expresamente apunta que la eficacia retroactiva de la confirmación opera incluso contra terceros. Obviamente tales terceros pueden iniciar acciones de indemnizaciones. En caso, por ejemplo, de confirmarse un negocio (A) de venta de un bien, que luego se vendió (B) antes de la confirmación, el segundo adquiriente según el negocio (B), por efecto de la confirmación habría adquirido un bien que no era del vendedor. Por tanto, correspondería aplicar el principio sobre venta de cosa ajena.

Leon Barandiarán, al comentar el Código de 1936, se inclinó por la bondad del mandamiento. Puntualizó que el tercero titular de un derecho firme adquirido después del acto anulable y por un título inatacable, no debe quedar perjudicado por la confirmación, con lo cual decaería su derecho en favor de otro que había adquirido por un negocio anulable (213). Sus razones son inatacables a la luz de la legislación anterior que incluía entre los anulables el celebrado con fraude de terceros. Con la nueva legislación, que fija para el fraude una nueva y mejor disciplina, la protección que el ordinal 230 dispensa a los terceros tiene poco sentido.

De un lado, el tercero acreedor podrá invocar la acción pauliana de ineficacia en algunos casos, o en otros casos, subrogándose en los derechos del deudor pero en nombre de él, iniciar una acción de anulación para dejar sin efecto un acto de disposición anulable por causa prevista en el artículo 221. Es decir, antes de esperar que su deudor confirme el negocio anulable, es acreedor diligente debe impedir verse perjudicado y utilizar la acción pauliana o la oblicua.

(212) FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean-Luc: *op. cit.*, Tomo I, pág. 269.
(213) LEON BARANDIARAN, José: "Manual. . .", pág. 74.

APENDICE

I. LA DOCTRINA NACIONAL.

La doctrina nacional sobre el acto y el negocio jurídicos dista mucho de ser armónica, como recientemente ha puesto de manifiesto el Dr. Fernando Vidal. En su claro y compendioso estudio ("Teoría del Acto Jurídico", Lima, 1985) sobre el tratamiento de esta materia en el nuevo Código, presenta Vidal los pareceres expuestos por quienes en este país nos hemos ocupado de explorar el tema. Entre quienes profesamos la tesis de la distinción conceptual y práctica y consideramos que acto y negocio son categorías distintas, menciona a León Barandiarán, Castañeda, Ferrero Costa y al que escribe estas líneas. Entre los que, en su opinión, abogan por la conveniencia de mantener la denominación de Acto Jurídico como idónea para lo que el Código regula en este Libro II, cita a Vega García, De la Puente y Zusman y a Muñiz. También ubica a La Hoz Tirado en la línea de los que no hacen distinción entre acto y negocio.

Vidal también expone su criterio, que estima amparado por el texto normativo. Considera, en síntesis que no "existe diferencia sustancial, de fondo, entre el acto y el negocio jurídico" (pág. 36); que "es la misma idea fundamental alrededor de la cual giran ambos conceptos" (pág. 36); "que entre ellos existe una evidente relación de sinonimia" (pág. 43). Concluye apuntando que la cuestión ya está dilucidada —aunque presumimos que sólo se refiere al ordenamiento positivo.

Contrariamente a lo que deja entender Vidal, por nuestra parte creemos que el problema importa mucho más que la denominación. No se trata de optar entre dos nombres para lo mismo. Antes bien, lo que otros y este autor defendemos es que acto y negocio no describen lo mismo, sino fenómenos y situaciones socio-jurídicas diversas, cuyas notas globales deben ser categorizadas por separado. Una cosa es actuar con efectos jurídicos y otra diferente es declarar una voluntad con intención de compromiso y de resultado vinculante. Por lo tanto, si se admite que difieren cobrar un alquiler o consignar un pago o votar en una junta de accionistas, de la voluntad de donar y de la transacción, justo es que reciban distinto tratamiento. En consecuencia, también diferente nombre: llamemos actos a los tres primeros y negocios a los dos segundos.

Por cierto que todo negocio es un acto jurídico; pero no todo acto jurídico es un negocio. Lo demás es abundar. No es que la dogmática del acto y la del negocio sean contrapuestas. Pero tampoco podemos hablar de identidad o de sinonimia. Y la idea sobre la que giran ambos conceptos no es la misma, porque la del acto es más ancha que la del negocio. La disciplina del primero incluye a la del segundo, siendo ésta la especial y aquélla la general.

De otro lado, si acto y negocio fueron vocablos sinónimos para describir declaraciones de voluntades como las referidas en el artículo

140, ¿cómo debemos llamar a los comportamientos y omisiones que sean jurídicos, mas en los que no se persiga manifestar una voluntad de relación vinculante?

Lo que ocurre —y en esto a Vidal le asiste parte de razón es que implícitamente el Libro II del Código contiene disposiciones que no son exclusivas para los negocios jurídicos y que no toda declaración de voluntad tiene propósito negocial. Pero esta circunstancia no amerita en lo absoluto haber titulado a todo el Libro II con la denominación Acto Jurídico, porque hay que reconocer que no estatuye régimen alguno para la generalidad de los actos no negociales. El nombre, pues, resulta amplio para el contenido. Y que dicho nombre se haya mantenido por razones de tradición jurídica —como se ha sostenido— es otro asunto. Asunto que nada tiene que ver con la fidelidad a la pureza del vocabulario jurídico.

II. Véase la clasificación y comentarios de VIDAL, Fernando, en op. cit. págs. 60—67.

III. Al tratar del objeto, en op. cit., pág. 108 y ss. VIDAL —que fue miembro de la Comisión Reformadora— tampoco ofrece información complementaria. Consideramos que comparte la posición que aquí expresamos y que expusimos en nuestro estudio sobre el Proyecto de dicha Comisión, pues en su obra no sostiene un parecer disidente.

IV. Creemos entender que ARIAS SCHREIBER ("Proyectos y Anteproyectos". pág 472) y VIDAL ("Teoría. . .", págs. 124 y 125) no sustentan distinción fundamental entre finalidad, motivo y causa. Por las razones que en los numerales 32, 33, 34 y siguientes exponemos, el análisis sistemático de los textos legales obliga a diferenciar claramente los tres conceptos.

V. Como bien apunta VIDAL, op. cit., pág. 86, citando a Coviello, no debe confundirse el medio de manifestar la voluntad con el medio de prueba de tal manifestación.

VI. LEON BARANDIARAN, José ("Comentarios. . .", pág. 236, Tomo I) y VIDAL, Fernando ("Teoría. . .", pág. 518) sostienen un parecer diferente. En su opinión, la sanción legal ha de ser de nulidad plena y no sólo anulabilidad.

VII. Para completar estas Consideraciones Generales sobre la formalidad, una corta precisión a tener en cuenta aquí y para el entendimiento del artículo 225. Debemos distinguir entre formalidades de la declaración, las internas no declarativas requeridas por la ley para la estructura del negocio y las externas necesarias para su eficacia. Por ejemplo, en el testamento por escritura pública, se reclaman solemnidades estructurales, como los testigos y lectura del testamento, aunque la declaración haya sido verbal expresa y el testador no sepa o no pueda firmar. En otros negocios, basta que la declaración se formalice por escrito, sin nada externo que añadir a la estructura. En otros, por último, se requiere publicidad o inscripción registral para la perfección externa del negocio.

VIII. Conviene aclarar esta idea a la luz de lo expuesto en la Nota (VII) precedente. Las formalidades ad solemnitatem no sólo son exigibles para dotar de eficacia constitutiva al negocio en cuanto cumplen con el requisito de validez legal o convencionalmente impuesto, sino eventualmente también a la declaración en sí misma, como vehículo que es para dar a conocer la dirección de la voluntad.

IX. Contra nuestra opinión en el sentido que para ser representante no se requiere mayoría de edad sino que basta discernimiento o capacidad de entender y querer, VIDAL (op. cit. pág. 174) parece discrepar. Considera que para actuar en representación voluntaria de otro es necesaria la capacidad de ejercicio, lo que a nuestro modo de ver supone mayoría de edad.

X. Estima VIDAL que la presunción que establece el artículo 147º admite prueba en contrario (op. cit., pág. 178). Pero, agregaremos nosotros, procede distinguir dos planos en la naturaleza y la prueba de la presunción. En la relación interna entre el poderdante y sus representantes para reclamar eventuales responsabilidades por haber actuado uno sólo cuando las facultades eran conjuntas, podrán utilizarse los medios de prueba usuales que permitan establecer en detalle el alcance de las atribuciones conferidas. Aquí si coincidimos con VIDAL.

En cambio, disentimos de él en lo que toca a la presunción ante terceros. Al respecto consideramos que la ratio legis del precepto es, precisamente, conceder una protección al tercero con presunción que obra en su favor juris et de jure, posibilitando la validez de la representación indistinta cuando nada deba hacer suponer que expresamente deba ser conjunta.

El artículo, a estar por su redacción y por su finalidad de tutelar la confianza del tercero en tratos con el representante, impone al representado una carga en su declaración de voluntad de apoderamiento: si desea representación conjunta debe indicarlo expresamente (o sea, claramente). De lo contrario, el tercero está autorizado legalmente para entender como si la representación fuera individual o indistintamente ejercida por cada representante. Y ello sin admitir otra prueba en contrario que la propia declaración expresa en el poder.

XI. Fernando VIDAL en su "Teoría...", pág. 200 señala que el artículo 148 "trata de la responsabilidad sólo frente al representado". Coincidimos con él en que eso es lo único que dice la literalidad de la norma. Pero puesto que el poder de representación está por propia naturaleza destinado a ser utilizado ante terceros y por ellos será conocido y revisado, lo lógico es que los representantes que actúen frente a tales terceros respondan solidariamente.

XII. En opinión de VIDAL, que se apoya en el artículo 162, además de indemnización el tercero "puede exigir la prestación correspondiente a quien celebró el contrato con él" careciendo de representación (""Teoría..., pág. 204). Discrepamos en esto.

efectivamente. Si el falso representante cumple la prestación, lo hará como prestación propia y sin afectar legítima o jurídicamente el patrimonio de su falso representado. En este caso, es obvio que si cumple la prestación prevista a satisfacción del tercero, éste carece de justificación para reclamar indemnización, porque no habría sufrido quebranto alguno. Ahora bien, si el falso representante cumple la prestación caben dos posibilidades: o simula que la cumple en nombre de su representado (con lo cual el tercero ya nada puede exigir), o voluntariamente la cumple como propia con anuencia del tercero (lo que implica un acuerdo de voluntades que deja sin efecto el negocio anterior celebrado con falsa representación).

En ningún caso, nos parece, el negocio con falsa representación otorga título legal al tercero para conminar al falso representante a que cumpla como propia una prestación que había asumido para otro. Reparación de daños y perjuicios sí, pero no otra cosa.

De otro lado, el artículo 162 nada dispone sobre el cumplimiento de la prestación por el representante espúreo. Sólo alude a resolución del acto. Insistimos: el tercero podrá demandar la resolución del negocio, la indemnización que proceda y, si fuera el caso, la devolución de la contraprestación. Pero cumplimiento por el representante de la prestación prevista para quien figuraba como representado, no hay nada que lo ordene. Y tampoco dentro de la dogmática de la representación habría sustento para reclamarlo.

Con todo, y sobre este particular, nos remitimos a lo dicho en el número 115.

XIII. Comparte también esta opinión sobre la obligatoriedad de las reglas de interpretación VIDAL, en op. cit., pág. 237.

XIV. La buena fe (objetiva) es también criterio de invalorable utilidad para la integración negocial. Al respecto pueden consultarse: DE LOS MOZOS, José Luis, "El Principio de la Buena Fe", Bosch, Barcelona 1965; FERREIRA RUBIO, Delia, "La Buena Fe", Editorial Montecorvo, Madrid 1984.

XV. Precisamente este modo de exteriorización permite descubrir la orientación finalista de la voluntad declarada, en función de su propósito y de la naturaleza del negocio, integrándolo cuando fuera menester con los efectos típicos que pudieran corresponder. No está de más traer a colación aquí el artículo 1732 del Código Civil etíope de 1960: "Los contratos deben ser interpretados de buena fe teniendo en cuenta la lealtad y confianza que debe existir entre los contratantes de conformidad con los usos admitidos en las declaraciones negociales".

XVI. Por lógica el juicio debería seguirse bajo el procedimiento de menor cuantía. Si el artículo 182º in fine señala esta vía para determinar la duración del plazo, con mayor razón debe servir para determinar su caducidad.

XVII. La omisión del Código autorizando la demanda o exigencia de cumplimiento también ha sido advertida por VIDAL, en op. cit. pág. 315.

Empero, la no autorización no significa prohibición. Se impone, en cualquier caso, una clara indagación de la voluntad del imponente del cargo y la influencia del mismo en el conjunto de la disposición patrimonial, a fin de colegir si el incumplimiento tiene o no relevancia y si causa o no algún tipo de perjuicio. Sólo en supuestos extremos, cuando bajo la modalidad del cargo se oculte una condición y evaluando el ánimo del disponente y las razones del incumplimiento, procederá reclamar la revocación de la liberalidad.

XVIII. Una más meditada lectura del inciso nos obliga a ampliar el significado del objeto al que la norma alude. En efecto, restringir el objeto a la cosa que es materia de prestación, puede resultar concepción estrecha.

Pensamos que "la esencia o cualidad del objeto" puede también versar sobre el asunto, tema, materia o conducta a que el negocio se refiere. Por ejemplo: que exista error en la esencia de la materia controvertida que constituye el objeto de un compromiso arbitral.

XIX. VIDAL, op. cit. pág. 422 piensa distinto: "nosotros —dice— consideramos que se trata de causa convencional, es decir de la causa en su moderna teoría y, como tal, confundible con el motivo".

Nuestra tesis es radicalmente opuesta, porque la causa objetiva siempre es inmutable con cada especie, luego no afectable por el motivo. A su vez, la causa subjetiva es calificada en el nuevo ordenamiento como finalidad del acto y, por lo tanto, también distinguible del motivo personal. Puede haber error sobre ambas especies de causa y error en el motivo determinante, pero no se confunden entre sí.

XX. Comentando el artículo 207, acertadamente puntualiza VIDAL, op. cit. pág. 439, que la indemnización sólo se excluye entre las partes, pero que ambas deben responder ante terceros que hubieren confiado en la plena validez del negocio.

XXI. Es útil precisar un poco más esto de la pertinencia de la aplicación de los artículos anteriores a este 208. Respecto de la aplicación de los numerales 203, 206 y 207 no se ven de momento especiales problemas.

En cambio, francamente, resulta difícil saber cuál es la directa pertinencia del error de cálculo, o de cantidad, o del error en el motivo con relación al que se padezca al declarar la naturaleza del acto, el objeto de la declaración o la identidad de la persona. Tampoco encontramos pertinencia o semejanza entre errores sobre apreciación mental de las cualidades de una cosa o de una persona, y los que se cometan al identificarlas al momento de efectuar la declaración.

Por lo tanto, ¿cómo conciliar internamente el texto del artículo 208?; ¿cómo conciliar el hecho de que primero se admitan como aplicables, en cuanto sean pertinentes, los supuestos de los artículos

202, 204 y 205 y acto seguido se circunscriba el error en la declaración a otros supuestos concretos?

Es un problema de difícil comprensión de la norma. A nuestro modo y manera de ver, lo que el legislador habría querido decir es que cabe que el error en la transmisión de la voluntad pueda recaer sobre la esencia o cualidad del objeto, las cualidades de la persona, el cálculo o la cantidad y el motivo.

XXII. Véase VIDAL, op. cit. pág. 518. Nosotros coincidimos con él en el plano teórico.

Sin embargo, concordando el artículo 221. inciso 1º con el artículo 44, inc. 3º, creemos que la incapacidad natural está considerada en nuestro ordenamiento en tema de anulabilidad, no de nulidad absoluta.

XXIII. VIDAL, op. cit. pág. 528, también sostiene la posibilidad de deducir la excepción de nulidad aunque el Código no la reconozca expresamente.

XXIV. En op. cit. pág. 533 opina VIDAL que tratándose de incapaces relativos también puede accionar la anulabilidad el Ministerio Público. Nosotros no compartimos este parecer. No es su misión. Para ello existen los representantes legales del incapaz.

XXV. Discrepamos con VIDAL cuando en op. cit. pág. 544 califica de superflua la norma contenida en la segunda frase del artículo 224 y considera la sustitución imperativa como un caso de conversión.

La importancia y conveniencia del mandamiento es indudable. La utilidad es incuestionable y su complejidad no radica en la idea positiva que la norma legal incorpora, sino en la aplicación de la misma.

Sobre lo de la conversión nos remitimos a lo dicho en el numeral 275. El caso de sustitución que este artículo regula más parece integración forzosa en la voluntad negocial de los declarantes, que genuina conversión material.

BIBLIOGRAFIA CITADA

AGUIAR, Henoch: "Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley". Buenos Aires. 1959.

AGUILERA, Tomás: "Actos de administración, de disposición y de conservación". Madrid, 1973.

ALBALADEJO, Manuel: "Derecho Civil". Barcelona, 1973.

ALBALADEJO, Manuel "Ineficacia e invalidez del negocio". Revista de Derecho Privado. Madrid, 1950.

ALBALADEJO, Manuel: "El negocio jurídico". Barcelona, 1958.

ALBALADEJO, Manuel y otros: "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales". Madrid, 1980.

ALESSANDRI BESA, Arturo: "Nulidad y rescisión en el Código Civil". Sgo. de Chile, 1949.

ALONSO, Mariano: "El error sobre la causa". En Estudios en honor del Prof. Castan.

ALPA, Guido: "L'interpretazione del contratto". Milano, 1983.

ALSINA ATIENZA, Dalmiro: "Retroactividad de la anulación de los Actos Jurídicos". Revista de Jurisprudencia Argentina, 1950.

AMICO, Mateo: "La forma de los actos jurídicos". Tesis, Lima, 1975.

ARAUZ y LLAMBIAS: "Derecho Civil" Buenos Aires, 1955.

AURICCHIO, Alberto: "La simulazione nel negozio giuridico". Nápoles, 1957.

BARASSI, Ludovico: "Instituciones de Derecho Civil". Barcelona, 1955.

BARBERO, Doménico: "Sistema del Derecho Privado". Buenos Aires, 1967.

BARRO, Washington de: "Curso de Direitto Civil". Sao Paulo, 1972.

BAUDRY LACANTINERIF, G: "Precis de Droit Civil". París, 1895.

BELTRAN DE HEREDIA, José: "El Cumplimiento de las Obligaciones". Madrid, 1956.

BELTRAN DE HEREDIA, José: "En torno a la condición potestativa". Revista de Derecho Privado. Madrid, Mayo, 1963.

BETTI, Emilio: "Interpretación de los negocios y de los actos jurídicos". Madrid, 1975.

BETTI, Emilio: "Teoría General de las obligaciones". Madrid, 1969.

BETTI, Emilio: "Teoría General del negocio jurídico". Madrid, s/f.

BOFFI, Luis: "Obligaciones". Buenos Aires, 1968.

BOFFI, Luis: "Teoría general del hecho jurídico". Buenos Aires, 1962.

BONET, Ramón Francisco: "Compendio de Derecho Civil". Madrid, 1959.

BONNECASSE, Julian: "Elementos de Derecho Civil". México, 1945.

BORDA, Guillermo: "Manual de Derecho Civil". Buenos Aires, 1970.

BORJA SORIANO, Manuel: "Teoría General de las Obligaciones". México, 1959 y 1982.

CAMARA, Héctor: "La simulación en los Actos Jurídicos". Buenos Aires, 1958.

CAPITANT, Henry: "De la causa de las obligaciones", Madrid, 1927.

CARBONNIER, Jean: "Derecho flexible". Madrid, 1974.

CARBONNIER, Jean: "Derecho Civil". Barcelona, 1970.

CARIOTTA FERRARA, Luigi: "El negocio jurídico". Madrid, 1941.

CARRANZA, Jorge: "El dolo en el Derecho Civil y Comercial". Buenos Aires, 1973.

CASELLA, Mario: "Nullitá parziale del contratto e inserzione automatica di clausole". Milán, 1974.

CASTAN TOBEÑAS, José: "Derecho Civil español, Común y Foral". Barcelona, 1971.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: "El derecho de los contratos". Lima, 1966.

CASTRO Y BRAVO, Federico: "La acción pauliana y la responsabilidad patrimonioal". En Revista de Derecho Privado. Madrid, 1930.

CASTRO Y BRAVO, Federico de: "Condiciones generales del contrato y eficacia de las leyes". Madrid. 1975.

CASTRO Y BRAVO, Federico de: "La representación". Madrid, 1972.

CASTRO Y BRAVO, Federico de: "El negocio jurídico". Madrid, 1971.

CATAUDELLA, Antonino: "Sul contenuto del contratto". Milano, 1974

CELICE, Raymond: "El error en los contratos". Madrid, 1922.

CLAVERIA, Luis: "La confirmación del contrato anulable". Bolonia, 1977.

COLIN, A y CAPITANT, H: "Curso de Derecho Civil Francés". Madrid, 1941.

COLMO' Alfredo: "De las Obligaciones en general". Buenos Aires, 1961.

CORNEJO, Angel Gustavo: "Código Civil - Exposición sistemática y comentario". Lima, 1937.

CORVETTO VARGAS, Aníbal: "Manual de Derecho Civil". Lima, 1956.

COVIELLO, Nicolás: "Doctrina general de Derecho Civil". México, 1938.

CHEVALIER, H.: "Inexistence, nulité et anulabilité". París, 1965.

DANZ, Frich: "La interpretación de los negocios jurídicos". Madrid, 1955.

DE DIEGO, Clemente: "Dictámenes Jurídicos". Barcelona, 1958.

DE LOS MOZOS, José Luis: "Concepto de obligación". Revista de Derecho Privado. Madrid, Octubre de 1980.

DE LOS MOZOS, José Luis: "El objeto de los negocios jurídicos". Revista de Derecho Privado. Madrid, 1960.

DE LOS MOZOS, José Luis: "El principio de la buena fe". Barcelona, 1965.

DE LOS MOZOS, José Luis: "La inexistencia del Negocio Jurídico". Madrid, 1960.

DE LOS MOZOS, José Luis: "La conversión de los Negocios Jurídicos". Madrid, 1959.

DE SIMONE, Mario: "Los negocios irregulares". Madrid, 1956.

DIAZ AMBRONA, Dolores: "El Negocio Jurídico 'per relationem' ". Madrid, 1982.

DIEZ PICAZO, Luis: "Fundamentos de Derecho Civil patrimonial". Madrid, 1974.

DIEZ PICAZO, Luis: "La representación en el derecho privado". Madrid, 1979.

DIEZ PICAZO, Luis: "El arbitrio de un tercero en los Negocios Jurídicos". Barcelona, 1957.

DIEZ PICAZO, L y GULLON, Antonio: "Sistema de Derecho Civil". Madrid, 1980.

DORAL, José y DEL ARCO, Miguel: "El negocio jurídico". Madrid, 1982.

DGUIT, León: "Tratado de Derecho Constitucional". París, 1921.

ENGEL, Pierre: "Traité des Obligations en Droit Suisse". Neuchatel, 1977.

ENNECCFRUS, KIPP y WOLFF: "Tratado de Derecho Civil". Barcelona, (varias ediciones).

ESPINAR LAFUENTE, Francisco: "El negocio jurídico". Madrid, 1963.

FALZEA, Angelo: La condizione e gli elémenti dell'atto giuridico". Milano, 1941.

FERRARA, Francisco: "La simulación de los negocios jurídicos". Madrid, 1960.

FERREIRA RUBIO, Delia: "Reflexiones acerca de la relación jurídica". En Revista de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Julio, 1982.

FERRERO Raúl: "El negocio jurídico". Lima, 1974.

FERRI, Luigi: "La autonomía de la voluntad". Madrid, 1968.

FERRI, Luigi: "Lezione sul contratto". Bolonia, 1982.

FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean Luc: "Droit Civil. Les obligations". París, 1975.

GARCIA AMIGO, M.: "Cláusulas limitativas de responsabilidad contractual". Madrid, 1965.

GARCIA AMIGO, M.: "Condiciones generales de los contratos". Madrid, 1969.

GARCIA VALDECASAS, Guillermo: "Parte General del Derecho Civil español". Madrid, 1983.

GARRIGUES, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil". Madrid, s/f.

GARRIGUES, Joaquín: "Tratado de Derecho Mercantil". Madrid, 1963.

GARRIGUES, Joaquín: "Negocios fiduciarios en Derecho Mercantil". Madrid, 1978.

GASPAR ALFARO, Javier: "La representación indirecta". Estudios de Derecho Privado. Madrid, 1962.

GENTILI, Aurelio: "Il contratto simulato". Napoli, 1982.

GHESTIN, Jacques y otros: "Traité de Droit Civil". París, 1980.

GHESTIN, Jacques: "La notion d'erreur dans le droit positive actuel". París, 1972.

GIORGI, Giorgo: "Teoría de las Obligaciones". Madrid, 1909.

GOMEZ MARTINHO, A.: "Nulidad parcial de los negocios jurídicos". En Estudios de Derecho Privado. Madrid, 1962.

GORDILLO, Antonio: "La representación aparente". Sevilla, 1978.

GOROSTIAGA, Norberto: "La causa en las Obligaciones". Buenos Aires, 1944.

GORLA, Gino: "El contrato". Barcelona, 1959.

GUGGENHEIM, Daniel: "L'invalidité des actes juridiques en Droit suisse et comparé". París, 1970.

GULLON, Antonio: "El negocio jurídico". Madrid, 1969.

GUTIERREZ, Ernesto: "Derecho de las Obligaciones". 5a. ed. México s/f.

HAUSER, Jean: "Objetivisme et subjetivisme dans l'acte juridique". París, 1970.

HERNANDEZ GIL, Antonio: "Obligaciones". Madrid, 1960.

HUPKA, José: "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Madrid, 1930.

JAPIOT, René: "Des nullites en matiére d'actes juridiques". Tesis. Dijon, 1909.

JORDANO BAREA, Juan: "Mandato para enajenar". En Anuario Derecho Civil. Madrid, 1950.

JOSSERAND, Louis: "Derecho Civil". Buenos Aires, 1950.

KELSEN, Hans: "Teoría pura del Derecho". Buenos Aires, 1970.

KIPP, Theodor: "Impugnación de actos in fraudem creditorum". En Revista de Derecho Privado. Madrid, 1924.

LACRUZ, José Luis: "Elementos de Derecho Civil". Barcelona, 1974.

LAFAILLE, Héctor: "Curso de contratos". Buenos Aires, s/f.

LAFAILLE, Héctor: "Tratado de las Obligaciones". Buenos Aires, 1947.

LALAGUNA, Enrique: "Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos". Madrid, 1978.

LARENZ, Karl: "Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos". Madrid, 1956.

LARENZ, Karl: "Tratado de Derecho Civil alemán". Madrid, 1978.

LASARTE, Carlos: "Sobre la integración del contrato". En Revista de Derecho Privado. Madrid, 1980.

LEHMANN, H. y HEDEMANN J. W.: "Tratado de Derecho Civil". Madrid, 1956.

LEON BARANDIARAN, José: "Comentarios al Código Civil peruano". Buenos Aires, 1954.

LEON BARANDIARAN, José: "Contratos en el Derecho Civil peruano". Lima, 1975.

LEÓN HURTADO, Avelino: "El objeto de los actos jurídicos". Sgo. de Chile, 1958.

LEON HURTADO, Avelino: "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos". Sgo. de Chile, 1965.

LIGEROPOULO, Alexander: "Defensa del Derecho contra el fraude". En Revista de Derecho Privado. Madrid, 1930.

LOEWENWARTER, Víctor: "Derecho Civil alemán". Sgo. de Chile, 1935.

LOPEZ Y LOPEZ, Angel M.: "Retención y Mandato". Universidad Albornotiana. Bolonia, 1976.

LOPEZ VILAS, Ramón: "El subcontrato". Madrid, 1973.

LUCES GIL, Francisco: "El fraude a la ley". En Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Battle. Madrid, 1978.

LUTZESCO, Georges: "Teoría y práctica de las nulidades". México, 1945.

LLAMBIAS, Joaquín: "Efectos de la nulidad y la anulación de los Actos Jurídicos". Buenos Aires, 1953.

LLAMBIAS, Joaquín: "Tratado de Derecho Civil". Buenos Aires, 1980.

MANRESA, José: "Comentarios al Código Civil". Madrid, 1967.

MARTIN BALLESTEROS, Luis: "La causa en los negocios jurídicos". Madrid, 1956.

MARTIN BERNAL, José: "El abuso del derecho". Madrid, 1982.

MARTIN PEREZ, Antonio: "Determinabilidad de la prestación obligatoria". Madrid, 1958.

MARTY, G.: "Teoría general de las Obligaciones". México, 1952.

MAZEAUD, Henry, León y Jean: "Derecho Civil". Buenos Aires, 1959.

MESSINEO, Francisco: "Doctrina general del contrato". Buenos Aires, 1952.

MESSINEO, Francisco: "Manual de Derecho Civil y Comercial". Buenos Aires, 1971.

MINERVINI, Gustavo; "El mandato". Barcelona, 1957.

MIQUEL , Juan: "Una aportación al estudio del error in substantia". En Anuario de Derecho Civil. Madrid, 1963.

MOSCO, Luigui: "La representación". Barcelona, 1963.

MUCIOS SCAEVOLA, Quintus: "Código Civil", Madrid, 1957.

MUÑIZ ZICHES, Jorge: "La interpretación de los contratos civiles". Tesis. Lima, 1975.

NATOLI, Ugo: "Azione revocatoria". En Enciclopedia del Diritto Giuffre. Vol. IV.

NATOLI, Ugo: "La rapprasantanza". Milano, 1977.

NUÑEZ LAGOS, Rafael: "La ratificación". Revista Derecho Notarial, Madrid, Marzo 1958.

OERTMANN, Paul: "Introducción al Derecho Civil". México, 1953.

OGAYAR AYLLON. Tomás: "El incumplimiento de las obligaciones". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Marzo 1981.

ORTEGA. Ramón: "Nulidades civiles en Derecho Colombiano". Bogotá, 1975.

OSPINA, Guillermo: "Obligaciones". Bogotá, 1976.

OSPINA, G. y OSPINA, F.: "Teoría general de los actos o negocios jurídicos". Bogotá, 1980.

OTERO LASTRES, José: "La autoentrada de los agentes de cambio y bolsa". En "Estudios de Derecho Mercantil en honor del Prof. Antonio Polo". Madrid, 1981.

PELAYO HORE, S.: "Condición Resolutoria". En Revista de Derecho Privado. Madrid, 1948.

PELLICANO, Aldo: "Causa del contratto e circolazione del beni". Milán, 1980.

PERELMAN, Ch.: "La lógica jurídica". Madrid, 1980.

PIETROBON, Vittorino: "El error en la doctrina del negocio jurídico". Madrid, 1971.

PINA, Rafael de: "Derecho Civil mexicano". México, 1932.

PLANIOL y RIPERT: "Tratado práctico de Derecho Civil francés". La Habana, 1932.

PLANITZ. Hans: "Prinipios de Derecho Civil germánico". Barcelona, 1973.

PONCELET, F.F.: "Motifs et discours prononces lors de la publication du Code Civil" París, 1850.

PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la: "Estudios sobre el contrato". Tesis de doctorado. Lima, 1976.

PUIG BRUTAU: "Fundamentos de Derecho Civil". Barelona, 1959.

PUIG PEÑA, Federico: "Compendio de Derecho Civil español". Pamplona, 1971.

PUIG PEÑA, Federico: "Derecho Civil español". Barcelona, 1966.

PUIG PEÑA, Federico: "Teoría de la Acción Pauliana". En Revista de Derecho Privado. Madrid, 1945.

QUINTERO, Gonzalo: "El alzamiento de bienes" Barcelona, 1973.

RAMIREZ, José A.: "La Quiebra". Barcelona, 1959.

RIEG, Alfred: "Le ròle de la volonte dans l'acte juridique en droit civil francais et allemand". París, 1961.

ROCA SASTRE, Ramón: "Derecho Hipotecario". Barcelona, 1968.

ROJINA VILLEGAS, Rafael: "Derecho Civil mexicano". México, D.F., 1981.

ROMAN, Antonio: "El Precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial". Madrid, 1983.
ROMERO ROMAÑA, Eleodoro: "Derechos reales". Lima, 1947.
ROSELLO, Rafael: "El Fraude de los Actos Jurídicos". Tesis bachiller, Lima, 1974.
RUBINO, Domenico: "El negocio jurídico indirecto". Madrid, 1953.
RUGGIERO, Roberto de: "Instituciones de Derecho Civil". Madrid, s/f.
RUIZ MARTINEZ, Francisco: "La condición y sus aledaños". R.C.D.I. Madrid, 1950–1951.
RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: "El negocio jurídico". Madrid, 1980.
RUSSO, Ennio: "Il termini delNegozio Giurídico". Milán, 1973.
SACCO, Rodolfo: "Il Contratto". Torino, 1975.
SANCHO REBULLIDA, Francisco: "Notas sobre la causa de la obligación". Madrid, 1971.
SANTORO PASARELLI, Francisco: "Doctrinas generales de Derecho Civil". Madrid, 1964.
SANTOS BRIZ, Jaime: "Derecho Civil", Madrid, 1975.
SANTOS BRIZ, Jaime: "La contratación privada". Madrid, 1966.
SARACIVI, Eugenio: "Il termini e la sua funzioni". Milano, 1979.
SAVATIER, Rene: „Cours de Droit Civil", París, 1949.
SCIALOJA,Vittorino: "El Negocio Jurídico". Sevilla, 1942.
SERRANO, Eduardo: "La confirmación de los negocios jurídicos". Madrid, 1976.
SIMONETTO, Ernesto: "Los contratos de crédito". Barcelona, 1958.
SOTO NIETO, Francisco: "Aspectos fundamentales de la representación". Barcelona, 1974.
SOTO NIETO, Francisco: "Jurisprudencia comentada' . Madrid, 1971.
SPOTA, Alberto: "Tratado de Derecho Civil". Buenos Aires, 1957.
STOLFFI, Giuseppe: "Teoría del negocio jurídico". Madrid, 1959.
TORRALBA SORIANO, Vicente: "El modo en el Derecho Civil". Madrid, 1967.
TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones de Derecho Civil". Madrid, 1967.
TRAVIESAS, Miguel: "La representación voluntaria". Revista de Derecho Privado. Madrid, Julio de 1922.
TRIMARCHI, Pietro: "Instituzioni di Diritto Privado". Milano, 1981.
URIA, Rodrigo: "Derecho Mercantil". Madrid, 1973.
VALLET de GOYTISOLO, Juan,: "Donación, condición y conversión". Anuario de Derecho Civil. Madrid, 1952.
VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: "Tratado de Derecho Civil". Valladolid, 1935.
VILLAR PASALI, José: "La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos". Madrid, 1975.
VON THUR, Andréas: "Tratado de las Obligaciones". Madrid, 1934.
WEILL, Alex y TERRE, François: Droit Civil. Les obligations". París, 1980.
WIEACKER, Franz: "El principio general de la buena fe". Madrid, 1977.

INDICE GENERAL

Página

PREFACIO 7

CAPITULO I.— EL HECHO JURIDICO, CONSECUENCIAS DE DERECHO Y RELACION JURIDICA 11

1. Premisa 11
2. Relación jurídica 12
3. Calificación jurídica de los hechos 14
4. Supuesto jurídico 16
5. El hecho jurídico. Definición 18
6. Clasificación de los hechos jurídicos 19
7. Efectos jurídicos 21
8. Fuentes del hecho jurídico 21

CAPITULO II.— EL ACTO JURIDICO 27

9. Concepto clásico 27
10. Posición contemporánea 29
11. Clasificación 33

CAPITULO III.— EL NEGOCIO JURIDICO 35

12. Consideraciones generales 35
13. Características de la definición 36
14. El negocio como especie de acto jurídico 41
15. Elementos del negocio jurídico 44
16. Clasificación de los negocios jurídicos 46

CAPITULO IV.— ELEMENTOS DE VALIDEZ 49

o Artículo 140 49
17. Consideraciones generales 49

Sección Primera (a). Capacidad 50
18. Consideraciones generales 50
19. Incapacidad absoluta 52

Sección Primera (b) 55
20. Incapacidad relativa 55
21. Incapacidades especiales 56
22. Ley aplicable y validez del negocio 57

Sección Segunda. El objeto 57
23. Consideraciones generales 57
24. El objeto del negocio jurídico. Precisión 59
25. El objeto del artículo 140 60
26. Requisitos 61
27. Licitud 62
28. Posibilidad física 62
29. Posibilidad jurídica 63
30. Determinabilidad 64

31. Conideración patrimonial 64

Sección Tercera. La finalidad 66
32. Consideraciones generales 66
33. Significado del inciso 67
34. La causa 69
35. La teoría objetiva 72
36 La teoría subjetiva 73
37. Concurrencia de causa 74
38. Los motivos 75

CAPITULO V.— MANIFESTACION DE VOLUNTAD 79

Sección Primera. Consideraciones generales 79
39. Consideraciones generales 79
40. Las teorías sobre la voluntad 81
41. Función de la declaración de voluntad 82

Sección Segunda. La declaración de voluntad 84
42. La declaración de voluntad 84
43. Declaración de voluntad y voluntad de declarar 85
44. Voluntad presunta 86
Artículo 141 86
45. Formas de declaración 87
46. Declaraciones expresas o tácitas 87
46. a) Declaración expresa 88
46. b) Declaración tácita 89
47. Actos de voluntad 90
48. Voluntad expresa legalmente impuesta 91
48. bis. Reserva o declaración en contrario 91
o Artículo 142 92
49. El silencio 92

Sección Tercera. Vicisitudes de la declaración 94
50. Disposición no querida 95
51. Reserva mental e intención no declarada 96
51.a) Reserva mental 96
51.b) Intención oculta 97
52. Consecuencias 97
52.a) Nulidad 97
52.b) Indemnización 98
52.c) Responsabilidad del declarante 98
53. Falta de entendimiento y conciencia. Incapacidad natural 98
54. Fuerza física 100

CAPITULO VI.— LA FORMALIDAD 101
o Artículo 140.4º 101
o Artículo 143 101
o Artículo 144 101
55. Consideraciones generales 101
56. Función de las formalidades 103
57. Libertad de formalidades 104
58. Formalidades 'ad solemnitatem' y 'ad probationem' 104
59. El negocio preparativo. Formalidad 106
60. Formalidad por convenio y prueba 108
61. Determinación de formalidad convencional o legal. Duda 109

CAPITULO VII.— EFECTOS DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS 111
62. Consideraciones generales 111
63. Efectos reales u obligacionales 114
64. Efectos accesorios, inmediatos o suspendidos 115
65. Efectos regulares o irregulares 115
66. Efectos legales y voluntarios 116
67. Efectos esenciales y naturales 116
68. Efectos familiares o patrimoniales 116
69. Efectos directos o reflejos 117
70. Efectos ante terceros 117

CAPITULO VIII.— LA REPRESENTACION 119

Sección Primera. Consideraciones generales 119
71. Consideraciones generales 119
72. La representación como respuesta jurídica. Características 121
73. Concepto 122
74. El nuncio 123
75. Representación indirecta 124
76. Las personas jurídicas 125

Sección Segunda. El apoderamiento 127
o Artículo 145 127
77. El apoderamiento 127
78. Representación legal 128
79. Representación voluntaria 130
80. Diferencias entre representación y mandato 131
81. Características de la representación voluntaria directa 133
82. El interés del representado 134
83. La abstracción causal del poder 135
84. La capacidad en la representación 137
a) El representado 137
b) El representante 139
o Artículo 146 141
o Artículo 147 141
85. Pluralidad de representantes 141
o Artículo 148 143
86. Solidaridad 143
o Artículo 156 144
87. Emisión de la declaración 144
88. La formalidad 146
o Artículo 167 147
o Artículo 169 148
89. Obligaciones en la representación 148
90. Obligaciones del representado 148
91. Obligaciones del representante 150
a) Deberes de conducta 150
b) Deberes de información. Rendición de cuentas 151
c) Otros deberes 153
92. Acreditación de facultades 153

Sección Tercera. Objeto, alcances y efectos de la representación 154
o Artículo 160 154
93 Los efectos del negocio celebrado en representación 154
94 Idéntica actuación del representado y del representante 155

o Artículo 155 156
95. Alcance de la representación 156
a) Poderes especiales 156
b) Poderes generales. Actos de administración 156
c) Poderes expresos 157
o Artículo 165 157
96. Poderes del dependiente 157
97. Casos de mayor relevancia 158
a) Factores 158
b) Dependientes 159
c) Mancebos 159
98. ¿Quiénes son dependientes? 159
99. La presunción 160

Sección Cuarta. Vicisitudes de la representación 160
o Artículo 161 160
100. Supuestos comprendidos 160
101. Responsabilidad ante terceros 161
a) Falta de poder 161
b) Exceso en uso de facultades 161
d) Situación del tercero 162
102. Responsabilidad ante el dominus 163
a) Falta de poder 163
b) Exceso de atribuciones 163
c) Uso abusivo del poder 163
103. Situación jurídica del acto 163
o Artículo 163 164
104. Voluntad viciada 164
105. Buena fe. Conocimiento 165

Sección Quinta. El negocio consigo mismo 167
o Artículo 166 167
106. El 'autocontrato' 167
107. Posición legal 169
108. El 'autocontrato' y la representación 170
108. bis.- El negocio en favor de sí mismo 171
109. El 'autocontrato'. Requisitos de validez 171
110. Impugnación 173

Sección Sexta. La ratificación 174
o Artículo 162 174
111. Ideas generales 174
112. Ratificación y confirmación 175
113. Formalidades 176
114. Efectos retroactivos 177
115. Resolución e indemnización 177

Sección Séptima. Cuestiones adicionales 178
116. Modificación del poder 178
a) Ampliación 178
b) Reducción o restricción 178
o Artículo 157 179
o Artículo 158 179
o Artículo 159 179
117. La sustitución del poder 179
o Artículo 149 181

o Artículo 150 181
o Artículo 151 182
o Artículo 152 182
118. La revocación 182
119. Supuesto de varios representados 183
o Artículo 153 184
120. El poder irrevocable 184
o Artículo 154 185
121. La renuncia 185

CAPITULO IX.— LA INTERPRETACION 187
122. Consideraciones generales 187
123. Naturaleza de las normas de interpretación. Obligatoriedad 188
124. Destinatarios de las normas de interpretación 189
125. Definición de interpretación de los negocios jurídicos 190
126. Utilidad y función de la interpretación 191
a) Función declarativa 192
b) Función complementaria 192
c) Función reconstructiva 192
127. La actitud del intérprete. Fases de la interpretación 193
128. Clases y métodos de interpretación 195
129. Principios de la interpretación 196
o Artículo 168 198
130. El precepto negocial como materia de interpretación 198
131. Lo expresado se interpreta para conocer la intención del declarante 200
132. La buena fe como criterio de interpretación 202
o Artículo 169 204
133. Interpretación sistemática 204
134. Contradicción entre estipulaciones 206
o Artículo 170 206
135. Interpretación finalista 206
o Artículo 1401 207
136. Cláusulas generales y condiciones preestipuladas 210
137 Otros criterios de interpretación 210
A) Interpretación lógica 211
B) La analogía no es norma interpretativa de los n.j. 212
C) Los usos y las costumbres 214
D) Principios de utilidad y de conservación 215
E) Dudas extremas 217

CAPITULO X.— MODALIDADES DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS 217
138. Consideraciones generales 217
139. Diferencia entre condición y plazo 218

Sección Primera. La condición 219
140. Ideas generales 219
141. 'Conditio facti' y 'conditio juris' 220
142. Función de la condición 221
143. El hecho jurídico como condición 221
143. bis.- Hecho positivo o negativo 222
144. Condición impropia. Incertidumbre subjetiva 222
145. Prueba 225
146. El tiempo en la condición 226

147. Diferencia con otras figuras 227
148. Clases de condiciones 228
o Artículo 171 228
149. Condición suspensiva 228
150. Justificación de la distinción 228
152. Las condiciones y la capacidad de los agentes 229
153. Condiciones ilícitas. Consecuencias 229
154. Imposibilidad física 232
155. Imposibilidad jurídica 233
156. La aplicación del artículo 171 233
156. bis.- Las condiciones y la novación 234
157. Condiciones potestativas 235
o Artículo 173 236
158. Régimen de pendencia de la condición 236
159. Repetición de lo pagado 237
o Artículo 174 238
160. Condición indivisible 238
o Artículo 175 239
161. Tiempo en la condición 239
162. Cumplimiento irregular o incumplimiento de la condición 240
o Artículo 177 241
163. Retroactividad 241

Sección Segunda. El plazo 244
164. Ideas generales 244
165. Diferencias entre plazo y término 246
166. Características 248
167. Plazo expreso, plazo tácito 249
168. Interpretación 249
169. Retroactividad 250
170. El término esencial. Ideas generales 250
o Artículo 178 251
171. Plazo suspensivo 251
172. Plazo resolutorio 253
173. Plazo en negocios traslativos de propiedad 254
174. Actos conservatorios 254
o Artículo 179 255
175. El beneficio del plazo 256
o Artículo 181 258
176. Repetición del pago 256
177. La ignorancia 257
o Artículo 181 258
178. Pérdida del plazo 258
178. bis.- Cuestión adicional sobre el pago anticipado 263
o Artículo 182 264
179. Fijación judicial del plazo 264
o Artículo 183 264
o Artículo 184 265

Sección tercera. El cargo 265
185. Ideas generales 265
o Artículo 185 269
o Artículo 186 269
181. Aceptación. La obligación 269
182. Beneficiarios 271

183. El cumplimiento 272
o Artículo 187 272
184. Límite de la obligación. Cargo excesivo 273
o Artículo 188 273
185. Cumplimiento del cargo por los herederos 274
o Artículo 189 279
186. Cargo ilícito o imposible 274

CAPITULO XI.— LA SIMULACION 275
187. Consideraciones generales 275
188. Características de la simulación 276
o Artículo 190 279
189. Alcances y significado del precepto 279
190. Licitud e ilicitud de la simulación 280
191. Simulación absoluta y relativa 281
o Artículo 191 284
193. El negocio ocultado 284
194. Efectos ante terceros 285
195. Efectos entre las partes 287
o Artículo 192 287
196. Datos o elementos inexactos. Simulación parcial 287
197. Interpósita persona. Su distinta intervención 288
197. bis.- Negocios fiduciarios 289
o Artículo 193 293
199. La acción judicial contra la simulación 293
o Artículo 194 295
200. Eficacia de la simulación. Los terceros 295
201. Cuestiones complementarias 296
A) Cumplimiento del acto simulado 296
B) Efectos de la sentencia declarativa de simulación 293
C) Prescripción de acciones 298

CAPITULO XII.— FRAUDE DE LOS ACTOS JURIDICOS 301
202. Consideraciones generales 301
A) Negocios en fraude de ley 301
B) Negocios en fraude de acreedores 303
203. Fraude a los acreedores. Alcances y características 303
204. El fraude y sus remedios 306
o Artículo 195 307
205. La acción pauliana. Diferencias con la subrogatoria 307
206. Definición de la acción pauliana 308
207. Fundamento del control pauliano 310
208. Características complementarias 311
a) Función conservativa 312
b) Acción personal 312
209. Cuestiones adicionales 312
210. Objeto de la acción pauliana 314
La ineficacia: concepto, beneficiarios y alcance 316
211. La ineficacia como pretensión procesal 318
212. La naturaleza del crédito garantizado. Condición y plazo 320
213 El ejercicio procesal de la pretensión. Las partes 321
214. Presupuestos de la acción. El perjuicio 321
215. El acto materia de impugnación. Carácter objetivo del perjuicio .

16. Requisitos subjetivos. Actos onerosos . . . 325
17. Actos gratuitos . . . 328
o Artículo 196 . . . 328
18. Garantías. Se refiere a las reales . . . 328
19. Oportunidad del otorgamiento . . . 329
o Artículo 197 . . . 329
20. Derechos de tercero subadquirente . . . 329
21. Actos no revocables . . . 331
22. Obligaciones naturales . . . 332
o Artículo 199 . . . 332
23. Limitaciones al derecho del adquirente . . . 332
o Artículo 200 . . . 333
24. Revocación de los actos del quebrado . . . 334
25. Cuestiones complementarias . . . 334
A) Efectos de la acción pauliana . . . 334
B) Hipótesis de indemnización . . . 335
C) Retroactividad de la sentencia . . . 335
D) Prescripción . . . 336

APITULO XIII.— VICIOS DE LA VOLUNTAD . . . 337

ección Primera. El error . . . 337
26. Consideraciones generales . . . 337
A) La ignorancia . . . 338
B) Principios del tratamiento legislativo . . . 339
C) Error obstativo . . . 340
D) Error vicio . . . 341
o Artículo 201 . . . 341
o Artículo 202 . . . 341
o Artículo 203 . . . 341
27. El error vicio . . . 341
28. La razón determinante . . . 342
29. Error esencial . . . 343
— Inciso 1º . . . 344
— Inciso 2º . . . 346
— Inciso 3º . . . 348
30. Error conocible. El problema del dolo . . . 249
31. Criterios de recognoscibilidad . . . 350
o Artículo 204 . . . 353
32. Error de cantidad y error de cálculo . . . 354
o Artículo 205 . . . 355
33. Motivos determinantes . . . 355
o Artículo 206 . . . 357
34. Rectificación del negocio . . . 357
o Artículo 207 . . . 359
35. Indemnización . . . 359
o Artículo 208 . . . 359
36. Error en la declaración . . . 359
37. El disenso . . . 362
88. Tipos de error en la declaración . . . 362
o Artículo 209 . . . 365
39. Error no viciante . . . 365

ección Segunda. El dolo . . . 365
40. Consideraciones generales . . . 365

o Artículo 210 . . . 366
241. La conducta del engañante . . . 367
242. La conducta del afectado por el engaño . . . 369
243. Naturaleza del engaño . . . 369
244. La razón determinante . . . 370
245. Dolo de un tercero . . . 370
246 El beneficio como conveniencia o provecho . . . 371
o Artículo 211 . . . 372
247. Dolo incidental . . . 372
248. La mala fe . . . 373
o Artículo 212 . . . 373
249. El dolo omisivo . . . 373
o Artículo 213 . . . 374
250. Dolo bilateral . . . 374

Sección Tercera. Violencia e intimidación . . . 375
251. Consideraciones generales . . . 375
o Artículo 215 . . . 376
252. Las intimidaciones y sus características . . . 376
o Artículo 214 . . . 377
253. El autor de la violencia o intimidación . . . 377
254. Daños y perjuicios . . . 377
255. Clases de violencia: compulsiva e impulsiva . . . 378
o Artículo 216 . . . 379
256. Apreciación subjetiva del daño . . . 379
o Artículo 217 . . . 379
257. Amenazas de ejercer un derecho . . . 379
258. Temor reverencial . . . 380
o Artículo 218 . . . 380
259. Renuncia de la acción de anulabilidad . . . 380

CAPITULO XIV.— NULIDAD Y CONFIRMACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS . . . 381
260. Consideraciones generales. La terminología . . . 381
261. Ineficacia . . . 382
262. Invalidez . . . 384
263. Nulidad . . . 384
264. Inexistencia . . . 385

Sección Primera. Las nulidades . . . 388
265. Definición y función . . . 388
266. Características de las nulidades . . . 391
267. Las especies de nulidad . . . 392

Sección Segunda. Nulidad (absoluta) . . . 392
o Artículo 219 . . . 392
268. Ideas generales . . . 393
269. Causales de nulidad . . . 393
— 1a. Falta de manifestación de voluntad . . . 393
— 2a. Agente absolutamente incapaz . . . 395
— 3a. Objeto indeterminable o física o jurídicamente imposible. 396
— 4a. Finalidad ilícita . . . 397
— 5a. Simulación absoluta . . . 401
— 6a. Formalidad incumplida . . . 402
— 7a. Cuando la ley así lo declara . . . 403
— 8a. Actos contrarios al orden público o buenas costumbres . . 405

o Artículo 220
270. La acción de nulidad absoluta 405
271. Titulares de la acción de nulidad 408
a) El interés para accionar 408
b) Las partes 410
c) Los terceros 410
d) El Ministerio Público 411
e) El Juez 412
272. Excepción de nulidad 413
273. Naturaleza y efectos de la declaración de nulidad 414
A) Respecto de las partes 415
B) Respecto de terceros 418
274. Imposibilidad de confirmación 420
275. La conversión 420
Sección Tercera. La anulabilidad 427
o Artículo 221 427
276. Causales de anulabilidad 428
– 1a. Incapacidad relativa del agente 428
– 2a. Vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación 428
– 3a. Simulación en perjuicio de terceros 428
– 4a. Cuando la ley lo declare anulable 430
o Artículo 222 430
277. Retroactividad 430
278. Efectos de la anulación 432
279. Beneficiarios de la acción 433
Sección Cuarta. Normas comunes 634
o Artículo 223 434
o Artículo 224 434
280. Nulidad parcial 434
281. Substitución por normas imperativas 436
282. Reglas generales 438
o Artículo 225 439
283. La documentación del acto y la nulidad 439
o Artículo 226 439
284. Alegaciones de incapacidad 441
o Artículo 227 441
285. Obligaciones contraidas por ciertos menores 441
o Artículo 228 441
286. Acción de repetición contra incapaz 441
o Artículo 229 443
287. Mala fe del incapaz 443
ección Quinta. La confirmación 444
o Artículo 230 444
o Artículo 231 444
o Artículo 232 444
88. La confirmación 446
1. Definicion. Características. Finalidad 444
2. Requisitos 447
a) Titulares del derecho 447
b) Conocimientos de la causal de anulidad 448
c) Ausencia de vicios al confirmar 448
d) Instrumento y forma 448
3. La confirmacion y los terceros 449
PENDICE 451
BLIOGRAFIA 457