FERNANDO VIDAL RAMIREZ

EL ACTO JURIDICO

CUARTA EDICION

GACETA JURIDICA
EDITORES

Prohibida su reproducción
total o parcial

DERECHOS RESERVADOS
D.Leg. N° 822

Cuarta edición
Primera reimpresión
Mayo 1999

© Fernando Vidal Ramírez
© Gaceta Jurídica Editores S.R.L.

HECHO EL DEPOSITO LEGAL
150105.99/1531
Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
Calle Atahualpa 251 - Miraflores
Telf. 446-1787 / Fax 241-2323
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

A Liliana y Fernando, mis hijos, que ya han tomado su rumbo

A Marita, su madre, esposa y compañera de mi vida

PALABRAS PROEMIALES

Al inicio de 1985 publiqué Teoría General del Acto Jurídico, que había comenzado a escribir en la fase final del proceso de la reforma del Código Civil de 1936 y cuando ya el Proyecto del nuevo Código Civil se encontraba sometido al debate público. Durante esta fase asumí, al lado del Dr. José León Barandiarán, la defensa del Libro II del Proyecto y luego la difusión del nuevo Código, pues a mi condición de miembro de la Comisión Reformadora se unía la de ser profesor del curso de Acto Jurídico en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, desde que formalmente empecé mi carrera docente en 1965. Por entonces, y a propósito de la defensa del Proyecto, dejé de dictar otras asignaturas de Derecho Civil y me concentré en la del Acto Jurídico en las Facultades de Derecho de la Universidad Católica, en la que venía ejerciendo docencia desde 1966, y en la de la Universidad de Lima en la que la inicié en 1983.

Aun cuando la fructífera longevidad del maestro no afectaba su serena lucidez ni la agudeza de sus razonamientos, su salud física estaba por entonces quebrantada, impidiéndole una mayor participación en la defensa del Proyecto y luego en la difusión del nuevo Código. Esta circunstancia me aproximó más aún a León Barandiarán y me llevó a trabajar en un libro que pretendí que sirviera de nexo entre el Código que quedaba derogado y el que entraba en vigencia, y que, en alguna medida, complementara el ya clásico Manual del Acto Jurídico, que el maestro había actualizado en 1983, con referencias al Proyecto, en su Curso de Acto Jurídico. El maestro así lo entendió y no sólo me alentaba sino hasta me reclamaba el libro.

Teoría General del Acto Jurídico fue, pues, producto de mis largos años de docencia en San Marcos y de la defensa del Proyecto del nuevo Código Civil. Pero, fundamentalmente, de mi afecto y devoción intelectual por el maestro León Barandiarán, compartida, por lo demás, por todos quienes consideramos que conformamos la Escuela Peruana de Derecho Civil, inspirada en la obra de nuestro querido e inolvidable maestro.

Agotadas la primera edición y su reimpresión, revisé mi trabajo e hice una nueva edición que publiqué en 1989 con el título de El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano, centrado en el Código Civil vigente y que fue también objeto de una reimpresión. Posteriormente, en 1994 la Universidad de Lima hizo posible una nueva edición, actualizada con las enmiendas introducidas por el Código Procesal Civil que se había puesto en vigencia el año anterior.

Habiéndose planteado una revisión del Código Civil de 1984 he aceptado, no obstante, publicar una nueva edición que es el resultado de la revisión y corrección de las anteriores.

Esta nueva edición, como la de 1985, es testimonio de mi afecto y devoción intelectual por el maestro José León Barandiarán y ahora, como entonces, estas páginas pretenden mantener vivo su recuerdo y, por eso, también, reproduzco el Prólogo con el que el maestro me honró.

Lima, mayo de 1998

FERNANDO VIDAL RAMIREZ

PROLOGO

Cuando me solicitó Femando Vidal Ramírez que le prologase un libro referente al Acto Jurídico, pensé que podía incurrir en parcialidad al escribir ese prólogo, dada mi larga y estrecha amistad con Vidal Ramírez, aunque tuve la convicción de que el libro sería bueno, pues a dicho autor lo conozco como un abogado brillante y un profesor universitario brillante en materia jurídica. Cuando él me entregó las páginas que servirían para la publicación quedé impresionado, pues eran numerosas, y me percaté que me encontraba ante un verdadero tratado de Acto Jurídico. El libro se titula Teoría General del Acto Jurídico. Lo he leído detenidamente y debo declarar que el valor del libro ha superado todas la expectativas que yo habría podido tener.

Escribir un libro sobre materia científica es una labor bastante difícil. Y esa labor se ha llevado a cabo, en este caso, desarrollándose un empeño por demás lauto de singular envergadura. Se comprende cuánta cantidad de esfuerzo le ha significado al autor el preparar esta obra. Se intuye que ha ido trabajando paciente, prolija, constantemente durante dilatado tiempo para estudiar toda la temática que la obra comprende.

Por una larga experiencia en la enseñanza universitaria de Derecho Civil he recogido constantemente las indicaciones de ex-alumnos míos que me han afirmado que han considerado el Acto Jurídico como la parte del Derecho Civil más atractiva.

Todo estudio que se haga sobre el Acto Jurídico es propenso a despertar gran interés y ello sobre todo ocurre con motivo del reciente Código Civil nacional puesto en vigencia el 14 de noviembre de 1984. Nuestro autor, al ocuparse de cada una y de todas las figuras del Acto Jurídico, las expone en los caracteres de su mayor suigeneridad. Desfilan los conceptos, pasan las ideas cálamo currente, discurren fluidamente los razonamientos dentro de un temple seguro y una lúcida elocución como propios de quien domina la

materia estudiada, explicándola con natural destreza y con cuidadosa pulcritud.

Por completo el desarrollo del libro está impregnado de estilo firme, ágil y profundo, expuesto de una manera tersa, todo lo que debe decirse sobre los asuntos pertinentes está dicho y se halla dispuesto en el lugar adecuado.

Sobre las figuras jurídicas que pertenecen al Acto Jurídico, después de un planteamiento sesudo, teorizante, acerca de ellas, se ocupa de las soluciones como aparecen en el anterior Código Civil de 1936 y en el actual de 1984, haciéndose atinadas consideraciones.

El libro no es erudito, pero todo planteamiento fundamental se encuentra avalado por opiniones doctrinales de autores reputados.

El procedimiento utilizado consiste en plantearse las cuestiones problemáticas que corresponden a esta parte del Derecho Civil, formulando los pareceres y soluciones que siempre tienen el privilegio de acertar y convencer. El Código actual ha tratado algunas innovaciones dignas de destacar. El autor vigilantemente ha parado mientes en ellas. Entre las innovaciones está en primer término que el Acto Jurídico forme un libro independiente dentro del Código, representando éste una formulación taxonómica sui generis. Otras innovaciones consisten en que dentro de la comprensión del Acto Jurídico no se haya incluido el acto ilícito y tampoco la prescripción extintiva de acciones; que se haya incluido un título sobre la representación y sobre la relación de hermenéutica jurídica, que se haya mejorado el contexto de algunas figuras como ocurre con la simulación y la nulidad de los actos jurídicos, que se haya reformado el sistema sobre el error esencial, estableciéndose la necesidad de la conocibilidad, y que se haya introducido modificaciones atinadas a la acción fraudatoria.

Habent sua fata libelli. Este libro que ahora se prologa nace bajo buenos augurios. El Código Civil de 1984 viene a ejercer una función social trascendental. Su mejor conocimiento es pues así de una enorme utilidad. Para tal propósito el libro de que ahora se trata sólo tiene méritos y por eso debe recibir las debidas alabanzas.

Repetimos que el libro de Vidal Ramírez sobre el Acto Jurídico será de gran provecho en cuanto al conocimiento del nuevo Código Civil. En el campo de publicaciones de naturaleza científica debe tenerse un especial cuidado, pues se adquiere un compromiso al escribir un libro de carácter científico. En esta materia es difícil escribir con eficacia, pero en este ámbito a la sociedad no le interesa que aparezca un libro más sino que se trate de un buen libro. Si después de todo no le faltaba razón a Felipe Pirante cuando advertía que de nada servía un libro del que no se puede aprender algo, qué distinto es el del presente caso con el libro de Fernando Vidal que puede os-

tentar un notorio merecimiento de orden epistemológico. Podría recordarse aquello que decía Horacio: scribendi recte sapere est principium et finis.

Para Fernando Vidal Ramírez con el mejor sentimiento de aplauso y admiración dedico este prólogo y teniendo presente el carácter de colega en las preocupaciones de labores de enseñanza jurídica que nos han preocupado a ambos.

JOSE LEON BARANDIARAN

Capítulo I

LA TEORIA DEL ACTO JURIDICO

Capítulo I

LA TEORIA DEL ACTO JURIDICO

1. GENESIS Y EVOLUCION

La Teoría del Acto Jurídico es una elaboración de la doctrina posterior a la promulgación del Código Civil francés de 1804. No aparece sino hasta el siglo XIX, pues los actos jurídicos bajo una formulación teórica uniforme no fueron concebidos en Roma, como lo admiten la generalidad de los romanistas. Es más, al decir de los romanistas, los jurisconsultos romanos no fueron afectos a la abstracción sino a la consideración de los casos concretos para determinar las situaciones que merecían ser protegidas y las circunstancias en las que debía reconocerse al sujeto de derecho la facultad de entablar sus relaciones jurídicas. Ello no significó, como señala Iglesias[1], que la tendencia hacia la concreción y la tipicidad de los juristas de Roma no haya tenido conciencia de la generalidad de algunos conceptos e instituciones y que, bajo determinados aspectos, haya determinado y aproximado singularizadas figuras en las que encontraban una cierta homogeneidad. Y, es así, como el Derecho Romano legó los principios y conceptos receptados por el Derecho Moderno.

Sin embargo, los precursores y redactores del Código Napoleón no acogieron una formulación teórica para explicar con un concepto lo suficientemente lato, genérico y uniforme, la amplia gama de relaciones jurídicas que puede generar la voluntad privada, limitándose a la convención, de la que hicieron derivar el contrato. Fue, pues, como queda expuesto, la doctrina posterior a la promulgación y vigencia del Código de 1804 la que formuló la Teoría del Acto Jurídico.

La Teoría del Acto Jurídico promovió la formulación de un concepto lo

(1) Derecho Romano, pág. 178.

suficientemente amplio y general como para dar comprensión a toda categoría jurídica y constituirse en fuente de relaciones jurídicas, dando lugar a su regulación, modificación o extinción. Al influjo de la doctrina francesa, la Teoría del Acto Jurídico se constituyó como institución de Derecho Civil, aunque no siempre admitida por la codificación. Por ello, es significativo señalar que en la doctrina francesa contemporánea, según cita Manuel de la Puente[2], parece prevalecer el criterio acogido en el Proyecto de Reforma del Código Civil Francés en cuanto a plasmar legislativamente una Teoría General del Acto Jurídico.

Ahora bien, como hemos advertido, en el Derecho Romano hubo conciencia de la generalidad de algunos conceptos. Tales conceptos han sido el germen de los que desarrolló el movimiento pandectista que floreció a lo largo del siglo XIX, al iniciarse la etapa histórica que se conoce como Derecho Moderno.

Con este antecedente, la misma doctrina francesa encontró que la convención no era suficiente para cubrir toda la gama de relaciones jurídicas que podían originarse en la voluntad privada y buscó un concepto de mayor amplitud, que inclusive abarcara a la convención, y así nació el del acto jurídico.

Pero también los juristas alemanes del siglo XIX hicieron la misma búsqueda y, hurgando en las fuentes romanistas y prescindiendo de los glosadores y de los post-glosadores, no sólo llegaron a la conclusión de que la convención no cubría toda la gama de relaciones jurídicas susceptibles de originarse en la voluntad privada, pues al lado de las convenciones, que son bilaterales, se podían crear relaciones jurídicas nacidas de la voluntad unilateral. Fue así que buscaron un concepto único, que abarcara lo bilateral y lo unilateral, surgiendo la concepción del negocio jurídico como una manifestación de voluntad encaminada a una finalidad práctica que pudiera recibir la tutela del ordenamiento jurídico, dándose lugar a la Teoría del Negocio Jurídico.

Con las vertientes doctrinales francesa y alemana, se produjo una bifurcación de la Teoría y así la conceptuación del acto jurídico, aunque no explicada, fue incorporada en nuestro Código Civil de 1936 y, de él, trasladada al vigente Código de 1984, con el *nomen iuris* de Acto Jurídico no obstante que la doctrina, a partir del Código Civil alemán, ha difundido el concepto de negocio jurídico. De ahí que, en nuestro medio, corresponda referirse al Acto Jurídico.

(2) El Contrato en General, Primera Parte, T. I, pág. 38.

La Teoría del Acto Jurídico pretende explicar el rol de la voluntad privada en la generación de relaciones jurídicas y supone desentrañar la finalidad misma del acto, pues hace radicar su esencia en la manifestación de una voluntad jurídicamente eficiente, establecer los requisitos para su validez y, en general, comprende todas aquellas materias que se vinculan para constituir al acto jurídico en fuente de relaciones jurídicas, de derechos subjetivos y de deberes jurídicos. Pero, como en la actualidad, atendiendo a la gran acogida que los autores contemporáneos brindan a la conceptuación del negocio jurídico y se plantean, como paralelas y sin conjugarse, la Teoría del Acto Jurídico y la Teoría del Negocio Jurídico, de lo que resulta una dicotomía que, en nuestra opinión, no es tal, pues conceptualmente, para nuestra codificación civil, el acto jurídico y el negocio jurídico están en una relación de sinonimia (Infra Nº 11), continuaremos nuestro desarrollo haciendo referencia al acto jurídico.

2. SU UBICACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO Y LEGAL

Por su génesis, la Teoría del Acto Jurídico se entroncó con el Derecho Privado y, legislativamente, se plasmó en la codificación civil. De este modo, quedó ligada, tanto al *facultas agendi,* desde que el acto jurídico es una fuente de derechos subjetivos, como a la *norma agendi,* desde que también sirve de fuente al Derecho Objetivo.

Es sabido que en el Derecho Romano la *summa divisio iuris* de Ulpiano planteó la distinción del Derecho Público del Derecho Privado. Es con esta distinción y en torno a la cual se han sistematizado todos los ordenamientos jurídicos, aunque desde antiguo se debatiera, como se debate hasta la actualidad, el criterio determinante de la distinción que, por eso, sigue siendo uno de los temas medulares de la Teoría del Derecho, máxime si en la actualidad se han acentuado los fenómenos de la "publicización" del Derecho Privado y el de la "privacización" del Derecho Público.

La ubicación de la Teoría del Acto Jurídico corresponde, pues, al Derecho Privado y, la de su plasmación legislativa a la codificación civil, como históricamente ha venido ocurriendo. Sin embargo, no es hiperbólico afirmar que el acto jurídico, insuflado de la voluntad privada, pueda constituirse –nosotros creemos que lo es– en el criterio determinante para la distinción de la *summa divisio iuris*, puesto que toda relación jurídica nacida de la voluntad privada queda dentro de la órbita del *Ius Privatum*, puesto que el *Ius Publicum* está insuflado de la voluntad pública.

3. SU ASENTAMIENTO EN LA CODIFICACION CIVIL

Como lo hemos dejado indicado (Supra Nº 1), la Teoría del Acto Jurídico

es una elaboración de la doctrina posterior a la entrada en vigor del Code Napoleón, con el que se inicia, propiamente, la era de la codificación y la etapa histórica que se conoce como Derecho Moderno. Este mismo Código marca el primer gran hito en la historia universal de la codificación civil y al que han seguido los otros grandes hitos, como son el Código Civil alemán de 1900 y el Código Civil italiano de 1942.

En torno a los grandes hitos de la codificación civil, se han promulgado, bajo su influencia, los Códigos del Perú y de América Latina, de los que vamos a ocuparnos sólo de los que han influido en nuestra codificación civil en relación a la incorporación de la Teoría del Acto Jurídico y su desarrollo legislativo.

3.1. El Código francés

El Código Civil de los franceses, vigente desde 1804, fue el modelo que inspiró la codificación civil durante todo el siglo XIX, desarrollando un rol hegemónico hasta la promulgación del Código alemán. Influyó decisivamente en la codificación civil, tanto europea como americana, del siglo XIX.

Como ya lo hemos advertido, la formulación teórica del Acto Jurídico le fue posterior y por ello el concepto del Acto Jurídico no fue plasmado ni regulado por el Código Napoleón, que se limitó a tomar como el concepto de mayor latitud a la convención y derivar, de él, una amplia gama de relaciones jurídicas, todas ellas sometidas al imperio de la autonomía de la voluntad privada en la medida en que no colisionara con el orden público. Los redactores del Code Civil, como apunta Josserand(3), estuvieron fuertemente influidos por la idea de que todo derecho u obligación tenía su fuente inmediata en la ley y en los contratos, cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos, siendo esta idea posteriormente superada con la formulación de la Teoría del Acto Jurídico.

El Code Civil, como acabamos de señalar, adoptó como concepto genérico el de la convención, estableciéndola como un género respecto del contrato que venía a ser una de sus especies. Así, todo contrato era una convención pero no toda convención era un contrato, y, aunque reunió una serie de aspectos legislándolos como materia propia de la convención, lo que llevaba implícita una teoría general de la misma, la propia doctrina francesa no la encontró suficiente para explicar actos de la voluntad privada, como los unilaterales, toda vez que la convención sólo podía ser explicada en su bilateralidad y, por tanto, sólo aplicada a los actos bilaterales.

(3) Derecho Civil. T. I, Vol. 1, pág. 121.

Los mismos aspectos que fueron considerados como materia propia de la convención, tales como los relativos al consentimiento, el objeto, la causa, la interpretación, la condición, el plazo, la nulidad y otros, por obra de la elaboración doctrinal pasaron a ser considerados como contenido de la Teoría del Acto Jurídico.

3.2. El Código alemán

El Código Civil alemán, cuya vigencia se ha iniciado con el siglo XX, pues promulgado en 1896 sus normas comenzaron a regir desde el 1 de enero de 1900, tuvo como precursores a romanistas de la talla de Savigny y de Ihering y, entre sus autores, a Windscheid, todos partícipes del movimiento pandectista que se caracterizó por hurgar los fundamentos del Derecho Civil Moderno en los genuinos textos del Derecho Romano.

El Código alemán fue un Código innovador en muchos aspectos. En su sistemática, trazó una distinción esencial entre conceptos generales y especiales, basando en los primeros a la denominada Parte General y dando cabida en ella al concepto de negocio jurídico que, al decir de Larenz(4), es uno de los conceptos más generales del Código, pues designa todo acto de voluntad de una o varias personas destinado a producir un efecto jurídico privado.

Al contrario de lo que ocurrió con el Código francés, que no legisló sobre el acto jurídico, el Código alemán sí lo hizo sobre el negocio jurídico, propiciando la bifurcación del rol de la voluntad privada en la generación de relaciones jurídicas entre la Teoría del Acto Jurídico y la Teoría del Negocio Jurídico.

La generalidad del concepto de negocio jurídico permite dar cabida tanto a los bilaterales como a los unilaterales. Esta misma generalidad permite que el negocio jurídico se constituya en un género con diversas especies, entre ellas el contrato, aunque el mismo negocio jurídico resulte ser una especie ante el acto jurídico (Infra Nº 11).

Así como el Código francés sirvió de modelo a la codificación civil del siglo XIX, el BGB ejerció una poderosa influencia en la del presente siglo y hasta la vigencia del Código Civil italiano de 1942.

3.3. El Código italiano

El Código Civil italiano, promulgado el 16 de marzo de 1942, con las

(4) Derecho Civil. Parte General, pág. 38.

modificaciones introducidas en 1944 al producirse el cambio de régimen político en Italia, rige desde el 21 de abril del año de su promulgación. Sin embargo, no obstante el período de su gestación y la fecha de su promulgación, no se le califica de fascista pues sin la menor dificultad ha continuado rigiendo en la Italia democrática, habiéndose constituido en un modelo para las codificaciones que orientan la unificación del *Ius Privatum*, ya que más que un Código Civil es un Código de Derecho Privado.

El Código italiano no ha incorporado el concepto de negocio jurídico a su articulado y, como señalan Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli[5], se ha mantenido en la tradición napoleónica de su Código antecedente de 1865, limitándose a definir la categoría general del contrato, o, como apunta Barbero[6], no dicta más que la disciplina del contrato y de ella la doctrina moderna ha tomado el hilo para construir –o continuar la construcción, nos parece pertinente agregar– de la Teoría del Negocio Jurídico. Galgano[7], considerando que en la construcción del negocio jurídico prevaleció la pandectística alemana del siglo XIX, en el sentido de incluirlo entre las categorías del Derecho Privado y elevarlo a la categoría ordenadora de todo el ámbito de la autonomía privada, lo sitúa en una relación de género a especie respecto al contrato y precisa que con el Código alemán dejó de ser una construcción doctrinal para convertirse en una construcción legislativa y que el Código italiano invirtió la perspectiva del BGB al hacer del contrato una categoría rectora cuyas normas, en cuanto sean compatibles, según el art. 1324, pueden aplicarse a los actos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial. Por ello, el propio Galgano[8] critica a la doctrina que al hablar del negocio jurídico lo hace pensando fundamentalmente en el contrato, pues de ello resulta una evidente contradicción entre el carácter omnicomprensivo del concepto y el limitado material normativo sobre el cual ha sido construido.

De este modo, pues, el concepto de negocio jurídico en el Código italiano no tiene la generalidad que le reconoce el Código alemán, máxime si atendiendo a la autorizada opinión crítica de Galgano y a la norma del art. 1324, la noción de negocio jurídico alcanzaría sólo hasta los actos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial.

3.4. La codificación en América Latina

La codificación civil en América Latina es consecuencia de la gesta emancipadora y la formación de sus naciones. De ella, vamos a considerar

(5) Derecho Civil. T. I, Vol. 2, pág. 584.
(6) Sistema del Derecho Privado. T. I, pág. 436.
(7) Teorías e Ideologías del Negocio Jurídico, págs. 44 y 45.
(8) El Negocio Jurídico, págs, 54 y 55.

el Código Civil Peruano de 1852 –cuya consideración reservamos para más adelante (Infra Nº 3.5.a)– y los Códigos de Argentina, promulgado en 1869, y de Brasil, en 1916, ambos de gran influencia en nuestro Código Civil de 1936 (Supra Nº 3.5.b.).

3.4.a. El Código argentino

El Código Civil argentino, promulgado en 1869, inició su vigencia el 1 de enero de 1871 y la mantiene, aunque con enmiendas y modificaciones, estando actualmente sometido a un nuevo proceso de reforma[9]. Fue redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, siendo la obra de éste, como la de Andrés Bello en Chile, los dos grandes monumentos legislativos del siglo XIX que aún mantienen su vigencia.

La obra de Vélez Sarsfield, entre sus bien logrados méritos, tiene el de la originalidad al haber introducido la Teoría del Acto Jurídico –desarrollando el concepto de acto jurídico conjuntamente con el del hecho jurídico– en su articulado. Sus críticos le acusan, entre sus defectos, el de haber desarrollado legislativamente la teoría de los hechos y de los actos jurídicos en el Libro Segundo denominado "De los Derechos Personales en las Relaciones Civiles", que da cabida a las obligaciones y los contratos, pues debió hacerlo en una "parte general" como después lo hizo el Código alemán (Supra Nº 3.2), ya que, por propia declaración de su art. 944, los actos jurídicos tienen por fin inmediato "establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos", esto es, cualquier relación jurídica, derecho subjetivo o deber jurídico y no solamente relaciones obligacionales y derechos creditorios.

Atendiendo a las propias notas de Vélez Sarsfield al articulado del Código, publicadas con la edición oficial de 1883, la doctrina argentina, como las enumera Abelenda[10], considera como sus fuentes el Derecho Romano y la obra de romanistas como Savigny, impulsor de la pandectística alemana, y Pothier, precursor del Código francés, que también se constituye en fuente, así como las obras de sus comentaristas clásicos; el Esboço de Freitas, como se conoce el Proyecto de Código Civil para el Brasil que por encargo del Emperador Pedro II preparó Augusto Texeira de Freitas; el Código chileno, obra de Andrés Bello, y el proyecto español de Florencio García Goyena.

La particular circunstancia de que el Código argentino, con anterioridad al Código alemán, empleara la denominación de acto jurídico y que su con-

(9) Vide Reformas al Código Civil, de los autores argentinos Isidoro H. Goldemberg y José W. Tobías.
(10) Derecho Civil. Parte General, T. I, pág. 72.

cepto se precisara en los términos en que lo hace el art. 944, ha llevado a la doctrina argentina a considerar que tal concepto se corresponde con el de negocio jurídico, como lo afirma Cifuentes[11], en cuanto a que "la denominación de acto jurídico que emplea el Código Civil argentino, y que también es la utilizada en el Derecho francés, se corresponde, pues, con el concepto de negocio jurídico expuesto en la ley positiva y en la ciencia jurídica italiana y alemana, así como también por la mayor parte de la doctrina española".

3.4.b. El Código Civil brasileño

El Código Civil Brasileño, que tuvo como base el proyecto preparado por Clovis Becvilacqua, fue promulgado en 1916 y está vigente desde 1917. Tiene una sistemática similar a la del Código alemán en cuanto da contenido a una Parte General en la que quedan comprendidos los hechos y los actos jurídicos. A éstos los conceptuó en su art. 81, como *"todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos"*, en evidente similitud con el art. 944 del Código argentino.

Por tratarse de un Código posterior al BGB y que sigue su sistemática, hay doctrinarios que no encuentran justificación a la no incorporación del concepto bajo el *nomen iuris* de negocio jurídico, entre ellos Jorge Eugenio Castañeda[12], para quien la razón estriba en una desafortunada traducción del Código alemán.

Sin embargo, calificados civilistas brasileños, como Da Silva Pereira[13], se mantienen en el uso del *nomen iuris* de acto jurídico, al cual, en *strictu sensu*, le atribuyen también un significado equivalente al del negocio jurídico.

3.5. La codificación civil peruana

Bajo la poderosa influencia del Código Civil Francés, iniciada la vida republicana, recién a partir de 1852 nuestro país contó con un Código Civil de vigencia real y efectiva, pues hubieron antecedentes que no alcanzaron la sanción legislativa o que tuvieron una vigencia fugaz, como el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre, trabajado entre 1834 y 1836, la fugaz vigencia del Código Civil promulgado en 1836 por el Mariscal Santa Cruz durante la Confederación Perú-Boliviana y del promulgado por el Presidente Castilla en 1850[14].

(11) Negocio Jurídico, pág. 119.
(12) El Negocio Jurídico, pág. 189.
(13) Institucoes de Direito Civil, Vol. 1, págs. 302 y sigtes.
(14) Vide, del autor, Introducción al Derecho Civil Peruano, págs. 60 y sigtes.

Al Código del siglo pasado han seguido el de 1936 y el vigente desde 1984.

3.5.a. El Código Civil de 1852

El Código Civil del siglo pasado fue promulgado el 29 de diciembre de 1851 por el Presidente Echenique e inició su vigencia el 29 de julio de 1852. No obstante la inevitable influencia del Código francés, no siguió su sistemática por cuanto "los diferentes modos como se adquiere la propiedad" que es el contenido del Libro Tercero del Código Napoleónico, los consideró en el Libro Segundo, dedicando el Tercero a las obligaciones y contratos, que en un libro especial no había tratado el francés. Según Basadre[15], el plan del Código de 1852 siguió el de las Institutas de Gayo, siendo, por eso, un Código más romanista que napoleónico.

Romanista o napoleónico, el Código de 1852 ignoró la Teoría del Acto Jurídico y no es del caso que abundemos más. Sin embargo, debemos señalar que en el desarrollo legislativo del contrato, como concepto general, se da cabida a materias que después pasaron a conformar el desarrollo legislativo de la Teoría del Acto Jurídico, incorporada recién por el Código de 1936.

El Código Civil de 1852 rigió hasta su derogación por el art. 1823 del Código Civil de 1936.

3.5.b. El Código Civil de 1936

En 1922 se planteó la reforma del Código Civil que venía rigiendo desde hacía 70 años. La Comisión nombrada al efecto trabajó durante 14 años, dándose lugar a la promulgación del nuevo Código el 14 de agosto de 1936, para que iniciara su vigencia el 14 de noviembre del mismo año[16].

El Código Civil de 1936 no adoptó la denominada Parte General pero plasmó legislativamente la Teoría del Acto Jurídico en la Sección Primera del Libro Quinto, que fue dedicada al Derecho de las Obligaciones. Lo hizo bajo el epígrafe de "De los Actos Jurídicos" y la desarrolló a lo largo del articulado comprendido en ocho Títulos, pues los dos últimos –el IX sobre los Actos Ilícitos y el X sobre la Prescripción Extintiva– no correspondían a la Teoría del Acto Jurídico.

El codificador de 1936 ubicó, pues, la Teoría del Acto Jurídico dentro del

(15) Historia del Derecho Peruano, pág. 361.
(16) Vide, del autor, Introducción al Derecho Civil Peruano, págs. 65 y sigtes.

Derecho de las Obligaciones. En una interpretación sistemática la ubicación pudo conducir a considerar al acto jurídico como una categoría subordinada al Derecho de las Obligaciones. Sin embargo, no podía ser así ya que, en todo caso, son las obligaciones las que quedan subordinadas a los actos jurídicos, si es que pensamos en las obligaciones convencionales. El acto jurídico es fuente –ya lo hemos señalado anteriormente– de derechos subjetivos y, por ende, de deberes jurídicos y obligaciones. Es fundamentalmente –como también ya lo hemos señalado– fuente de relaciones jurídicas, sin que éstas deban ser necesariamente de carácter obligacional o patrimonial. De ahí, que la interpretación a que pudo conducir su ubicación en el Código de 1936 hubiera sido absolutamente equivocada, y así lo precisó y orientó León Barandiarán, su más caracterizado comentarista [17].

El ponente de lo que después sería el Libro Quinto fue Manuel Augusto Olaechea, quien ha dejado la huella de sus trabajos y posiciones en las Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora y en su Exposición de Motivos del Proyecto, en las que se comprueba que las fuentes del tratamiento con que se incorporó la Teoría del Acto Jurídico al Código de 1936 fueron los Códigos de Argentina y Brasil y, además, que los codificadores tuvieron en consideración el Código alemán. Y se comprueba, además, que el concepto de acto jurídico fue tomado de la obra de Vélez Sarsfield y del Código brasileño, aun cuando la noción del concepto quedó implícita pues su definición no se plasmó en el articulado definitivo del Código.

En el Acta de la Sesión del 22 de agosto de 1923, Olaechea consideró que el Libro Quinto debía ocuparse ante todo de desenvolver "la teoría general referente al acto jurídico considerado de un modo general *negotium juris;* porque una razón lógica conduce a examinar primeramente las manifestaciones de voluntad desde el punto de vista más complejo de la pluralidad de las voluntades que mediante el consentimiento crean, modifican o extinguen derechos", para señalar luego que "en puridad de verdad jurídica, no existen sino dos grandes causas-fuentes de las obligaciones: la concordia de las voluntades y la ley"[18]. Esta posición fue observada por Pedro M. Oliveira, quien sostuvo que "la exposición sistemática de la teoría general del acto jurídico, a la manera germana, es extraña al derecho de las obligaciones"[19], lo que motivó la respuesta de Olaechea explicando que la Comisión al no haber acordado dividir el Proyecto en parte general y partes especiales, "apartándose del modelo alemán imitado en América por el Código del Brasil", era "un antecedente importantísimo que por sí solo explica la incorpora-

(17) Vide, Comentarios al Código Civil Peruano (1936), la obra medular de León Barandiarán, reeditados bajo el epígrafe de Acto Jurídico.
(18) Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil. Primer Fascículo, pág. 219 y sigtes.
(19) Sesión del 29 de Agosto de 1923. Primer Fascículo, pág. 229.

ción de la teoría general del acto jurídico en el Libro de las Obligaciones" y que "la teoría de los actos jurídicos es por su naturaleza de carácter general, porque comprende nociones que son aplicables no sólo a los contratos, sino a toda operación jurídica susceptible de crear o extinguir derechos"[20].

Consecuente con la posición que tenía asumida, Olaechea presentó su ponencia con el articulado correspondiente a la Sección Primera del Libro Quinto, consignando en el art. 1 la noción de acto jurídico: "Son actos jurídicos los actos voluntarios y lícitos que tengan por fin crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos", indicando que la misma concordaba con el art. 944 del Código argentino [21], el cual a la letra dice: "Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos". La ponencia recibió algunas observaciones de Oliveira, quien llegó a sostener en relación a la norma propuesta que "el concepto del acto jurídico pertenece a la ciencia del derecho positivo. Por eso el Código Civil alemán no lo define"[22]. En su réplica Olaechea insistió en respaldar la fórmula propuesta y basada en el Código argentino[23], lo que volvió a hacer ante una observación de Alfredo Solf y Muro[24].

Si bien la norma propuesta por Olaechea no alcanzó la sanción legislativa, su tenor es indicativo de que originalmente el concepto de acto jurídico fue tomado de la obra de Vélez Sarsfield, para ser tomado posteriormente del art. 81 del Código brasileño, cuyo art. 82 inspiró la fórmula que, en definitiva, adoptó el Código de 1936 en su art. 1075, con el que iniciaba el desarrollo legislativo de la Teoría del Acto Jurídico[25].

3.5.c. El Código Civil vigente

El Código Civil, promulgado el 24 de julio de 1984 y vigente desde el 14 de noviembre del mismo año, ha mantenido el desarrollo legislativo de la Teoría del Acto Jurídico pero ubicándola en el Libro II, dedicado exclusivamente a su tratamiento. Fue la consecuencia del proceso de reforma del Código de 1936 iniciada en 1965[26].

Al legislar sobre la Teoría del Acto Jurídico, el Código Civil vigente no sólo subsana el defecto de sistemática del Código de 1936, sino que le da el

(20) Sesión del 5 de Setiembre de 1923. Primer Fascículo, págs. 237 y 238.
(21) Sesión del 25 de Julio de 1925. Cuarto Fascículo, pág. 208.
(22) Sesión del 12 de Agosto de 1925. Cuarto Fascículo, pág. 277.
(23) Sesión del 27 de Enero de 1926. Quinto Fascículo, pág. 199.
(24) Ibídem, pág. 214.
(25) Sesión del 25 de Julio de 1925. Cuarto Fascículo, pág. 208.
(26) Vide, del autor, Introducción al Derecho Civil Peruano, págs. 79 y sigtes.

realce que su tratamiento legislativo requería, al dar contenido a sus normas independientemente del Derecho de las Obligaciones y en un Libro especial.

El Código Civil de 1984 mantiene el mismo concepto de acto jurídico que inspiró al Código de 1936, pero incorporando su noción en el art. 140, la cual, con el remoto antecedente del art. 944 del Código argentino y evitando pleonasmos, precisa que "es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas".

El Código Civil vigente, siguiendo los lineamientos del Código anterior en el desarrollo legislativo de la Teoría del Acto Jurídico, ha introducido dos materias que no consideró el de 1936 y que son las relativas a la representación y a la interpretación del acto jurídico. A la recepción de los conceptos y sistema del Código de 1936, el Código de 1984 no acusa otra influencia que no sea la del Código Civil Italiano en relación a aspectos muy particulares, como es en el caso del error como vicio de la voluntad (Infra Nº 170 y Nº 171).

La noción del concepto de acto jurídico incorporada al art. 140 reviste, por su generalidad, especial importancia, al igual que la ubicación que se le ha dado al desarrollo legislativo de su Teoría, pues se ha dotado al Código de la noción que faltó en el articulado del Código anterior y se ha subsanado el acusado defecto de sistemática del que adolecía. La Teoría del Acto Jurídico tiene, pues, en el vigente Código, el realce y la relevancia que su tratamiento legislativo requería para reafirmar su institucionalidad y para facilitar su irradiación.

4. LA IRRADIACION DE LA TEORIA DEL ACTO JURIDICO

La Teoría del Acto Jurídico, aun cuando plasmada legislativamente en la codificación civil, se ha irradiado a todo el Derecho Objetivo. Su acogimiento en los textos de la codificación civil no ha sido arbitraria y a ellos llegó por la residualidad que se invocaba para delimitar el ámbito del Derecho Civil como rama, aunque la más importante, del Derecho Privado. Pero en la actualidad, con las corrientes unificadoras que marcan el rumbo, la Teoría del Acto Jurídico es la esencia misma del Derecho Privado, pues el acto jurídico nacido de la autonomía de la voluntad privada es el factor que caracteriza a las relaciones jurídicas para quedar sometidas al *Ius Privatum* y es, a la vez, el criterio determinante para distinguirlas de las que quedan sometidas al *Ius Publicum.*

Pero, además, habiendo dado creación a un concepto lo suficientemente lato y general, como es el del Acto Jurídico, del que se derivan reglas de aplicación uniforme a todos los demás conceptos que queden comprendidos

dentro del concepto de Acto Jurídico, su Teoría asume una finalidad práctica, cual es la de facilitar el aprendizaje y la aplicación del Derecho.

La irradiación de la Teoría del Acto Jurídico trasciende, pues, a todo el Derecho Civil y el Derecho Privado, y ha llegado hasta el Derecho Público. Por ello, puede afirmarse, sin hipérbole, que no hay texto normativo de relaciones jurídicas que no esté insuflado de la Teoría del Acto Jurídico, como ocurre, en nuestro Derecho, con la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, cuando delimita el ámbito conceptual de acto administrativo, y, en el Derecho Internacional, con la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y que constituye la doctrina de los mismos en aplicación de los principios y normas que resultan del concepto lato y general de acto jurídico.

Capítulo II

DETERMINACION CONCEPTUAL DEL ACTO JURIDICO

Capítulo II

DETERMINACION CONCEPTUAL DEL ACTO JURIDICO

5. PREMISA

La determinación conceptual del Acto Jurídico conduce a considerar, previamente, el concepto de hecho jurídico, pues de él deriva el Acto Jurídico con la presencia imprescindible de la voluntad y su manifestación.

Como enseñó León Barandiarán[1], el acto jurídico es una especie dentro del hecho jurídico. Partiendo de esta afirmación es imprescindible, para la determinación conceptual del acto jurídico, precisar primero lo que es el hecho jurídico, para luego, como lo hizo el maestro, arribar al concepto de acto jurídico con los elementos que lo integran.

6. EL HECHO JURIDICO

La noción doctrinaria del hecho jurídico se remonta a Savigny, para quien es el hecho que produce una adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos. De ahí, la generalizada noción de que el hecho jurídico es todo hecho que produce una consecuencia de derecho y a la que se le agrega, como lo hace León Barandiarán[2], como un vocablo más propio, el de jurígeno. Así, pues, hecho jurídico o jurígeno, en la noción generalizada de la doctrina, viene a ser el hecho que por sí, o junto con otros, produce efectos jurídicos y se constituye, mediata o inmediatamente, en fuente de toda relación jurídica o en causa de su extinción.

(1) Acto Jurídico, pág. 37.
(2) Ibídem, pág. 27.

Como puede ya colegirse, no todo hecho es hecho jurídico. Hecho, en general, es todo suceso o acontecimiento generado con o sin la intervención del ser humano y puede o no producir consecuencias jurídicas.

El hecho es jurídico en la medida en que produzca consecuencias jurídicas y sea así calificado por el Derecho. No existe el hecho jurídico *per se* sino en cuanto merece esta calificación. Así, por ejemplo, un deslizamiento de tierras no es un hecho jurídico sino en cuanto afecte el derecho de propiedad de alguien o cause la muerte de una persona. Son las consecuencias, pues, las que determinan el carácter jurídico del hecho y por eso puede hablarse de una causalidad jurídica en cuanto que, para que se produzca el efecto jurídico, es necesario que exista un nexo entre el hecho y el efecto mismo. El hecho jurídico, para sintetizar, es la causa de efectos jurídicos y por esta relación de causalidad puede resultar más apropiada la denominación de hechos jurígenos que la de hechos jurídicos.

El hecho jurídico o jurígeno es, como lo dejamos ya advertido, el resultado de una calificación del Derecho Objetivo y, por eso, sus efectos tienen el carácter de jurídicos. León Barandiarán[3] explicó el hecho jurídico señalando que todos los hechos tienen la virtualidad de interesar al hombre, sea el nacimiento de un semejante o la vibración de la brizna de paja agitada por el viento, pero que le interesan desde diferentes puntos de vista y que cuando lo aprecia en relación a un sistema de normas determinadas que forma el Derecho, el hecho es subsumido dentro de la categoría de lo jurídico. Manteniendo mi adhesión al desarrollo del maestro, considero que es acertada la noción de Albaladejo[4], para quien el hecho jurídico es todo acontecimiento o estado, en general todo suceso o falta del mismo –ya que también hay hechos negativos– al que por su sola realización, o juntamente con otros, liga el Derecho Objetivo la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por el Derecho Objetivo.

No puede, pues, concebirse el hecho jurídico como algo puramente fáctico, desligado de una calificación jurídica de la que resulte el carácter de sus efectos. Ya nos hemos referido a que entre el hecho jurídico y sus efectos existe una relación de causalidad, por lo que es necesario precisar que no es suficiente el hecho sino la calificación de jurídico que el ordenamiento jurídico le da y le reconoce. Por eso, participamos del criterio doctrinal que considera que tanto el hecho como la norma son igualmente necesarios para la producción del efecto jurídico y, como razona Albaladejo[5], la norma, al atribuir efectos a determinados hechos, crea una serie de causas jurídicas por

(3) Ibídem, pág. 26.
(4) El Negocio Jurídico, págs. 5 y 6.
(5) Ibídem, pág. 10.

lo que, sin norma que lo disponga, no se daría el efecto y si el hecho lo produce es porque existe la norma: ésta no es la causa sino la creadora de una relación de causalidad entre hecho y efecto. Como explica Barbero[6], el atributo de jurídico es una calificación *a posteriori* del hecho en cuanto de éste deriven consecuencias para el Derecho.

Por lo que dejamos expuesto, el hecho jurídico lo es en cuanto es condicionante de los efectos jurídicos previstos en la normativa y tales efectos se dan porque la norma los causa. Como expresa Barbero[7], la fuerza jurídica del hecho se expresa en términos de relevancia jurídica, por lo que todo efecto jurídico tiene su causa eficiente en un comportamiento normativo que se expresa en un *ita ius esto*, así sea el derecho, de conformidad con la relevancia atribuida a un hecho.

El Código Civil, como tampoco su antecedente de 1936, no ha desarrollado una teoría del hecho jurídico. No existe en nuestro Derecho un criterio legislativo y se ha dejado su tratamiento a la doctrina, dentro de la cual, entre nosotros, tiene especial relevancia el criterio que ha dejado sentado León Barandiarán. Por ello, siguiendo al maestro, conceptuamos el hecho jurídico con la mayor generalidad y como causa de efectos jurídicos, considerando, además, que su integración al Derecho es el resultado de una calificación desde la perspectiva de la normativa jurídica.

Considerando, entonces, el hecho jurídico como un género, pues resulta más comprensivo de lo que su enunciado parece indicar, puede conceptuársele como todo suceso o acontecimiento, o conjunto de éstos, que produce efectos jurídicos, los cuales pueden ser de una variedad extraordinaria. Resulta, así, que el hecho jurídico puede estar constituido por un acontecimiento de la naturaleza y también por sucesos originados por la intervención humana.

Por lo que dejamos expuesto, es necesario detenerse en el origen de los hechos jurídicos, según sean consecuencia de fenómenos naturales o de la intervención de la voluntad humana pues, atendiéndose a ese origen, es como se sustenta el criterio dominante de la doctrina para su clasificación, la que es útil desarrollar para llegar a la determinación conceptual del Acto Jurídico.

(6) Sistema de Derecho Privado, T. I, pág. 392.
(7) Ibídem, pág. 333.

6.1. Los hechos naturales

Los hechos naturales son los hechos que se producen independientemente de la voluntad humana, cuya causa radica en fenómenos de la naturaleza, pero cuyos efectos deben ser considerados necesariamente para la calificación del hecho como jurídico.

La cuestión que se plantea es si los hechos naturales pueden interesar al Derecho o si le son irrelevantes. Si el hecho da lugar a una adquisición, modificación o extinción de un derecho será necesariamente un hecho jurídico. Por el contrario, será irrelevante al Derecho si no produce ninguna consecuencia jurídica. En el primer caso, será jurídico el hecho natural que, como un movimiento sísmico, produce la desaparición de bienes, lo que acarrea la pérdida del derecho sobre los mismos; no lo será, si con su producción no genera consecuencias como la señalada, como puede ser un alud en una zona desértica no ocupada por seres humanos.

Debe advertirse, sin embargo, que no basta la generación natural del hecho pues los hay en cuya producción se presenta, de manera mediata o indirecta, la intervención de la voluntad humana, como puede ocurrir con una onda sísmica originada por un experimento atómico o nuclear. Por ello, el hecho jurídico será natural o humano según la causa principal que lo genera y esta identificación es imprescindible para la calificación de los efectos, pues siendo jurídicos pueden dar lugar a una imputación de responsabilidad.

Dentro de los hechos naturales, el transcurso del tiempo es el hecho que reviste la mayor importancia y trascendencia jurídica, pues todo está inmerso en el transcurso del tiempo, como la vida misma de los seres humanos. En unos casos, el simple transcurso del tiempo puede acarrear consecuencias jurídicas, como puede ocurrir con la caducidad de algunos derechos y, en otros, el devenir del tiempo requiere de la concurrencia de otros hechos, como ocurre con la prescripción extintiva y la prescripción usucupativa. Messsineo[8] ha escrito, por eso, que el hecho jurídico, que es el tiempo en su transcurrir, es la sucesión de sus diversos momentos, enfatizando que, desde el punto de vista jurídico, es un hecho de orden natural que se contrapone a los hechos humanos.

Puede, pues, resumirse el hecho jurídico en el transcurso del tiempo, sea natural o humano, pues todos los hechos jurídicos son una sucesión en el tiempo.

(8) Manual de Derecho Civil y Comercial, T. II, pág.328.

6.2. Los hechos humanos

Los hechos humanos son los hechos que se producen por intervención de la voluntad humana y que, por ello, le son dependientes. Por esta presencia de la voluntad humana son, necesariamente, hechos jurídicos.

Es generalizado el criterio de que los hechos humanos pueden ser voluntarios e involuntarios, pero ambos caracterizados por la voluntariedad, entendiéndose ésta como el aspecto activo y dinámico de la vida humana, como su fuerza animadora dirigida hacia algo o contra algo. Por ello, los hechos humanos voluntarios son aquellos que se quieren voluntariamente, aunque sus efectos puedan o no haber sido previstos, mientras que los hechos humanos involuntarios son aquellos que se realizan sin intención, y aun sin discernimiento, pero con voluntariedad, derivándose una consecuencia no deseada ni prevista.

Como ya lo hemos advertido, no existen criterios absolutos para distinguir entre hechos naturales y hechos humanos. Así, por ejemplo, la muerte considerada en sí misma es siempre un hecho natural, pero que puede configurar un hecho humano cuando se trata de un homicidio. Para el Derecho, recogiendo ideas de Albaladejo[9], el hecho natural es un acontecimiento de la naturaleza o es una unidad formada por varios acontecimientos de la naturaleza, mientras que el hecho humano consiste en la realización por la conducta humana de un resultado, aun cuando la conducta sea omisiva.

Los hechos humanos son, entonces, necesariamente voluntarios, en razón de la voluntariedad. Lo voluntario así entendido puede prescindir del discernimiento, mas no para la determinación conceptual del acto jurídico que requiere, necesaria e imprescindiblemente, de una voluntad integrada con el discernimiento y que tenga los demás requisitos que permitan calificarla como voluntad jurídica, esto es, como voluntad capaz de dar formación a un acto jurídico (Infra Nº 10).

Para la determinación conceptual del acto jurídico debe dejarse de lado, en consecuencia, el hecho jurídico involuntario y sólo considerarse el hecho jurídico voluntario. Con esta advertencia y atendiendo a que el concepto de acto jurídico fue tomado del Código argentino por el Código Civil de 1936 (Supra Nº 3.5.b) y que nuestro vigente Código Civil lo mantiene, incluso con el *nomen juris*, vamos a utilizar la terminología de la obra de Vélez Sarsfield y de la doctrina argentina.

(9) El Negocio Jurídico, pág. 21.

7. EL HECHO JURIDICO VOLUNTARIO

Como ya hemos señalado (Supra Nº 3.4.a), nuestra codificación civil no ha legislado, como lo hace el Código argentino, sobre los hechos jurídicos, limitándose el art. 140 de nuestro vigente Código a sólo dar una noción del acto jurídico. Por ello, por el entroncamiento del Código argentino con nuestro Código de 1936, es inevitable hacer referencia a la obra de Vélez Sarsfield, según la cual "los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad" (art. 897). Brebbia[10], comentándolo, considera que los hechos voluntarios, a diferencia de los involuntarios, son atribuibles al sujeto juntamente con sus consecuencias y que esta atribución encuentra su fundamento en que el sujeto lo ha querido, lo que supone que ha estado en condiciones de valorar el alcance de su acción (discernimiento); que ha tenido el propósito de realizarlo tal y conforme lo llevó a cabo (intención); y que lo ha realizado libre de presiones internas (libertad).

Los hechos voluntarios pueden ser distinguidos en lícitos e ilícitos, según guarden conformidad o contravengan el ordenamiento legal.

Los hechos voluntarios ilícitos son los que causan daño y la imputabilidad al agente o sujeto que los produce se da en razón de su dolo o culpa, configurando, según sea el caso, el ilícito civil o el ilícito penal, o ambos. La ilicitud del hecho determina la responsabilidad civil contractual (inejecución de las obligaciones) o extracontractual, con la consiguiente obligación de indemnizar el daño causado; y la responsabilidad penal, que acarrea la punición correspondiente. Estos hechos son intrínsecamente ilícitos y las consecuencias que producen, por ello, son necesariamente ilícitas. Esta misma ilicitud los descarta para la determinación conceptual del acto jurídico.

Para avanzar, entonces, en la determinación conceptual del acto jurídico, deben tomarse en consideración los hechos voluntarios lícitos, los cuales, *per se*, originan consecuencias jurídicas lícitas. Sin embargo, también pueden suscitar efectos calificables como ilícitos como, por ejemplo, la inejecución de una obligación convencional y dar lugar a una responsabilidad contractual; o la sola conducción de un automóvil, que plantea una responsabilidad por riesgo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y que, en caso de producirse el evento dañoso, puede hasta dar lugar a responsabilidad penal.

En este punto debemos detenernos para hacer una aclaración importante. En la doctrina que preconiza la Teoría del Negocio Jurídico, al hecho jurí-

(10) Hechos y Actos Jurídicos. T. I, págs. 51 y 52.

dico voluntario, sea lícito o ilícito, se le considera como acto jurídico, en cuanto que el vocablo acto es comprensivo del hecho voluntario, de una determinación de la voluntad, para luego, partiendo de este concepto, cuando el acto es lícito, llegar al concepto del negocio jurídico. Pero no es éste el significado del acto jurídico en el sentido del art. 944 del Código argentino, y tampoco en el del art. 81 del Código brasileño y, por ello, no es el concepto que ha tomado asiento en la codificación civil peruana. El acto jurídico al que se refiere el art. 140 de nuestro vigente Código Civil debe ser necesariamente lícito.

Con esta aclaración, debemos precisar que el concepto de acto jurídico incorporado a nuestra codificación civil y contenido en la noción que contiene el art. 140 del Código vigente, requiere necesariamente de la licitud y que ella está implícita en la manifestación de la voluntad que se destina a la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

8. LA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD

La manifestación de la voluntad, esto es, la exteriorización de lo que el sujeto quiere, es imprescindible para que el hecho jurídico lícito permita la determinación conceptual del acto jurídico. No basta la licitud, aunque es imprescindible para que el hecho jurídico voluntario llegue a ser un acto jurídico pues, además es indispensable que la voluntad se exteriorice, que se manifieste.

De lo expuesto se infiere que es de absoluta necesidad la exteriorización de la voluntad, pues su intimidad es insuficiente y se requiere de su manifestación al mundo exterior del sujeto, que es el que interesa al Derecho. La voluntad manifestada viene a ser la voluntad jurígena, al decir de Abelenda[11]. Así, pues, la manifestación, como exteriorización consciente de la voluntad del sujeto, es la que permite constituir el acto jurídico. Pero, además, es también imprescindible generar un efecto jurídico que debe ser el querido y perseguido con la manifestación, ya que ésta debe responder a la voluntad interna del sujeto.

La manifestación de la voluntad será estudiada con mayor extensión y detenimiento, al considerar los requisitos de validez del acto jurídico (Infra Nº 34).

(11) Derecho Civil. Parte General. T. II, pág. 264.

9. LA EFICACIA DE LA MANIFESTACION: LOS EFECTOS QUERIDOS

Para la determinación conceptual del acto jurídico, los efectos queridos por el sujeto son la consecuencia necesaria de la manifestación o exteriorización de su voluntad. Deben ser los efectos queridos y perseguidos por el sujeto mediante la manifestación de su voluntad y cuya eficacia debe coincidir o no contravenir el ordenamiento jurídico y legal.

Los efectos queridos por el sujeto deben estar contenidos en la manifestación de voluntad y ellos deben originarse en la voluntad interna, dentro del proceso formativo de la denominada voluntad jurídica (Infra Nº 35). Entre la manifestación de la voluntad y sus efectos debe existir una perfecta correlación, sin que se presenten factores que puedan producir una divergencia, consciente o inconsciente. De esta correlación nos ocuparemos al considerar la manifestación de voluntad como requisito de validez del acto jurídico (Infra Nº 38), así como de los factores que pueden producir su divergencia inconsciente al hacerlo de los denominados vicios de la voluntad (Infra Nº 170) y también de la divergencia consciente entre lo que se manifiesta y lo que se quiere, cuyo caso más importante es el de la simulación (Infra Nº 147).

10. EL CONCEPTO DE ACTO JURIDICO

Establecidos los conceptos previos, a manera de premisas, la conclusión que se infiere, como determinante del concepto, es que el acto jurídico es un hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de la voluntad y efectos queridos que respondan a la intención del sujeto de conformidad con el Derecho Objetivo. Compartimos, así, la formulación de León Barandiarán[12].

Sin embargo, como ya lo hemos anticipado al ocuparnos del hecho jurídico voluntario (Supra Nº 7), no podemos dejar de mencionar que en la doctrina del negocio jurídico al hecho jurídico voluntario se le denomina acto jurídico y se le conceptúa como una conducta humana generadora de efectos jurídicos que pueden ser lícitos o ilícitos. El acto jurídico bajo este concepto es, pues, resultado de una conducta humana productora de efectos jurídicos precisos y previstos en la ley, lo que lo diferencia del negocio jurídico que produce los efectos porque el sujeto los ha querido y perseguido voluntariamente y así, dentro de este orden de ideas, en el acto jurídico los efectos se producen *ex lege* mientras que en el negocio jurídico se producen *ex voluntate.*

(12) Acto Jurídico, págs. 37 y sigtes.

Pero, como también ya lo hemos anticipado (Supra Nº 7), no es ese el criterio informante en nuestro sistema jurídico ni el concepto incorporado a nuestra codificación civil (Supra Nº 3.5.b), como lo hemos dejado expresado en la Exposición de Motivos del Código Civil vigente[13] ni tampoco es el que dejó formulado León Barandiarán. Escribió el maestro, en relación al Código Civil de 1936[14], que el acto jurídico es una especie dentro del hecho jurídico, pues aquél descarta la involuntariedad y la ilicitud, lo que es indudable; que la palabra acto es indicativa de una determinación de voluntad y que, aunque algunos eran de opinión que el término acto jurídico debía comprender el hecho voluntario, tanto el lícito como el ilícito, este parecer era inaplicable dentro de la sistemática del Código de 1936, que asignaba el carácter de licitud al acto jurídico. Agregó el maestro que respetaba la terminología del Código nacional respecto al acto jurídico, como hecho voluntario y lícito, aunque para el Derecho alemán se distinguía el negocio jurídico del acto jurídico.

Durante el proceso de la reforma del Código Civil de 1936 que culminó con la promulgación del vigente Código de 1984, es indudable la decisiva influencia del pensamiento de León Barandiarán y, por eso, el actual ordenamiento civil tiene por fuente y antecedente, fundamentalmente, el Código de 1936, que tuvo en el querido maestro a su más calificado exégeta y al constructor teórico de la noción de acto jurídico. Y en este sentido es conveniente recordar que León Barandiarán consideró que el acto jurídico, en la implícita noción del Código Civil de 1936, no alcanzaba al acto ilícito, que era utilizado para significar la responsabilidad extracontractual, por lo que el acto jurídico comprendía sólo al acto lícito y cuyo fin era crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos[15].

Conviene, entonces, destacar que la voluntad que genera el acto jurídico es la voluntad privada. Es la voluntad declarada por un sujeto que, con plena conciencia, la destina a producir un efecto jurídico. Por ello queda comprendida en el ámbito del Derecho Privado, máxime si el declarante no la emite ejerciendo una investidura o función pública, pues no es la voluntad del sujeto investido de una potestad jurisdiccional ni la del que por la función que ejerce da lugar a un acto administrativo; en ambos casos, citados *ad exemplun*, los actos quedan comprendidos en el ámbito del Derecho Público. De la voluntad de la que se trata es la voluntad de quien, actuando como un sujeto sin investidura o potestad pública, configura un acto que queda comprendido en el campo del Derecho Privado. La voluntad que genera el acto jurídico es la de un sujeto que actúa simplemente como tal, como un su-

(13) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.IV, págs. 271 y sigtes.
(14) Acto Jurídico, pág. 37 y sigtes.
(15) Ibídem.

jeto privado y por eso el acto jurídico incide sobre toda clase de relaciones jurídicas, sean patrimoniales o extra-patrimoniales, o trátese de derechos creditorios o reales, sucesorios o de familia.

Ahora bien, atendiendo a que el propio León Barandiarán[16] había señalado en sus comentarios al Código Civil de 1936 que el art. 1075 –con el que se iniciaba el tratamiento legislativo de la teoría del acto jurídico– era diminuto al no dar contenido a una noción, durante el proceso de su reforma se pretendió salvar la omisión con la fórmula propuesta por Manuel de la Puente y Susana Zusman según la cual "el acto jurídico es la declaración de una o varias voluntades destinadas a crear, regular o extinguir relaciones amparadas por el Derecho"[17], concluyéndose en la fórmula definitiva adoptada por la Comisión Revisora del Proyecto[18] y contenida en el art. 140 del Código vigente, con el cambio del vocablo declaración por el de manifestación.

Según el acotado art. 140, "el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas". La noción corresponde al concepto implícito incorporado al adoptarse la teoría del acto jurídico a nuestra codificación civil y a su entroncamiento con los Códigos argentino y brasileño (Supra Nº 3.5.b). Además, guarda conformidad con la moderna doctrina que ve, en el acto jurídico o en el negocio jurídico, una delegación del Derecho Objetivo en la voluntad privada de la facultad de autorregulación de los propios intereses jurídicos, esto es, de permitir a los sujetos que van a constituirse en parte de la relación jurídica, o que ya lo son, la posibilidad de, precisamente, crearla o de regularla, modificarla o extinguirla. De este modo, el concepto de acto jurídico explicitado en el art. 140 supone reconocer imperio a la autonomía de la voluntad en la medida en que no colisione con el orden público (Infra Nº 15), siendo necesario dejar establecido, por ello, que la voluntad requiere del amparo legal en la misma medida en que el ordenamiento jurídico, para tomar en cuenta el efecto jurídico producido, requiere de la voluntad, pues no puede concebirse el reconocimiento y tutela de actos jurídicos con finalidad contraria al ordenamiento legal.

El acto jurídico tiene, pues, una finalidad específicamente jurídica. Es su nota característica, relievante, y su rasgo distintivo. Por eso, al explicar la irradiación de la Teoría del Acto Jurídico (Supra Nº 4) la hemos justificado en la afirmación de que el acto jurídico constituye la esencia misma del Derecho Privado, pues nacido de la voluntad privada es el factor que caracteriza a las

(16) Ibídem, pág. 67.
(17) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, pág. 140
(18) Ibídem, pág. 139.

relaciones jurídicas que le quedan sometidas y es, además, el criterio determinante para distinguirlas de las que quedan sometidas al *ius publicum.*

El concepto de acto jurídico, en la noción incorporada al art. 140 del Código Civil, tiene una latitud y una comprensión que justifican su presencia en nuestra codificación civil y en general en nuestro Derecho Privado, pues da cabida a los actos con y sin contenido patrimonial, lo que determina que su amplitud sea mayor que la del negocio jurídico, cuyo concepto, en la doctrina que sigue a la italiana, está orientado a lo patrimonial y sirve de sustento teórico a la contratación. Por ello, es imprescindible hacer una comparación entre el acto jurídico y el negocio jurídico, y referirla a nuestra codificación civil.

11. EL ACTO JURIDICO Y EL NEGOCIO JURIDICO EN NUESTRA CODIFICACION CIVIL

Delimitado el concepto de acto jurídico en el significado y sentido con los que ha sido incorporado a nuestra codificación civil, resulta imprescindible, como lo hemos ya indicado, trazar un paralelo con el concepto de negocio jurídico, puesto que ambos, para nuestro sistema de Derecho Privado, llegan a tener una relación de sinonimia conceptual.

Al ocuparnos de la génesis y evolución de la Teoría del Acto Jurídico (Supra Nº 1) hemos hecho referencia a que por obra de la pandectística germana que se desarrolló a mediados del siglo XIX se elaboró la Teoría del Negocio Jurídico y se dio origen al concepto de negocio jurídico que pasó de una elaboración doctrinal a una elaboración legislativa en el Código alemán vigente desde 1900 (Supra Nº 3.2) y que, luego del Code Napoleón de 1804 (Supra Nº 3.1), constituye un hito fundamental en el desarrollo de la codificación civil, ejerciendo una gran influencia en los códigos que siguieron a su vigencia.

La doctrina, por iniciativa de los autores alemanes y posteriormente seguida por los italianos y españoles, ha planteado el concepto de negocio jurídico como la declaración de voluntad orientada a conseguir una finalidad práctica, lícita y amparada por el ordenamiento legal, el que lo reconoce como un factor voluntario eficiente para entablar relaciones jurídicas, regularlas, modificarlas o extinguirlas, presentándosele, en este orden de ideas, como una especie del acto jurídico, que viene a ser el género, y dejando librada su noción, como lo hemos ya indicado (Supra Nº 7 y Nº 10), a todo hecho voluntario que produce efectos jurídicos, sean lícitos o ilícitos, lo que no guarda conformidad con el esquema trazado por León Barandiarán y que hemos utilizado para su determinación conceptual.

El acto jurídico, como lo hemos advertido, fue el resultado de una elaboración de la doctrina francesa, pues el acto jurídico no fue una elaboración legislativa ni con esa nomenclatura fue incorporado al Código Napoleón, que lo ignoró. La doctrina francesa conceptuó el acto jurídico como toda manifestación exterior de voluntad con la finalidad de producir efectos jurídicos y así lo definen, por ejemplo, Josserand[19] y los Mazeaud[20], calificados exponentes de la doctrina francesa de las últimas décadas.

El *nomen iuris* de acto jurídico, como aparece en la traducción de las obras de los autores franceses, parece ser que presenta una confusión lingüística. Luis Alcalá-Zamora y Castillo[21], traductor de la obra de los Mazeaud, advierte, en relación a la observación de estos autores franceses, en cuanto a que no debe confundirse el acto jurídico como toda manifestación de voluntad hecha por una o varias personas con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho y que designa al negocio jurídico *(negotium),* con el acto jurídico en el sentido de instrumento de prueba de la operación *(instrumentum).* Advierte el mismo traductor de una posible confusión lingüística que se derivaría de los vocablos acto y acta, pues este último, en la lengua francesa es de género masculino y así, por defecto de traducción, se habría equiparado, en el texto de los Mazeaud, acto con negocio jurídico para distinguirlo del acta (documento). Federico de Castro y Bravo, en cita de Jorge Muñiz Ziches[22], considera también que la nomenclatura utilizada por la doctrina francesa obedece, más que todo, a una dificultad léxica ante la imposibilidad de usar el término *affaire juridiqué* para traducir el de negocio jurídico.

Como ya hemos indicado, el concepto de negocio jurídico fue incorporado al Código alemán. Enneccerus[23], uno de sus más calificados comentaristas, explica el concepto de negocio jurídico exponiendo que las consecuencias jurídicas tienen su elemento principal en los hechos jurídicos, en los cuales, cuando participa la voluntad, se derivan los actos jurídicos, a los cuales distingue en declaraciones de voluntad, en actos conformes al Derecho y en actos contrarios al Derecho: las primeras, cuando están dirigidas a producir un efecto jurídico generan el negocio jurídico, pues en los actos conformes al Derecho los efectos son determinados por la ley y, en los contrarios al Derecho, por su ilicitud, también la ley determina sus efectos. De este modo, para el tratadista alemán, el negocio jurídico es el acto jurídico en el que el contenido de la declaración de voluntad da lugar a las consecuencias jurídicas en cuanto a la creación, modificación o extinción de derechos[24].

(19) Derecho Civil, T. I, Vol. 1, pág. 123.
(20) Lecciones de Derecho Civil, Parte I, Vol. I, pág. 339.
(21) Ibídem.
(22) Interpretación de los Contratos Civiles, pág. 45.
(23) Tratado de Derecho Civil, T. I, Parte Genoral II, Vol. 1, págs. 8 y sigtes.
(24) Ibídem, pág. 64.

Larenz[25], otro calificado exponente de la doctrina alemana, explica el concepto de negocio jurídico incorporado al BGB como "un acto, o una pluralidad de actos entre sí relacionados, ya sean de una o de varias personas, cuyo fin es producir un efecto jurídico en el ámbito del Derecho Privado, esto es, una modificación en la relaciones jurídicas entre particulares". Por medio del negocio jurídico, según el tratadista alemán, el individuo configura por sí sus relaciones jurídicas con otros, siendo el negocio jurídico el medio para la realización de la autonomía privada. Según el mismo Larenz, la autonomía privada requiere de una manifestación, esto es, de una declaración de voluntad, para dar a conocer que el efecto jurídico debe originarse según esa voluntad, pues la declaración de voluntad viene a ser, al mismo tiempo, manifestación de voluntad y actuación de la voluntad dirigida a la producción del efecto jurídico, conformándose así el negocio jurídico, que se distingue del acto jurídico en cuanto que éste puede ser lícito o ilícito y por ello sus efectos están previstos en la ley, mientras que en aquél es la declaración de la voluntad la que genera los efectos jurídicos.

Como ya hemos expuesto (Supra Nº 3.3), el Código Civil Italiano no ha incorporado a sus textos, explícitamente, el concepto de negocio jurídico, por lo que la doctrina italiana lo mantiene como una elaboración doctrinal pero tomando de la alemana la distinción entre acto jurídico y negocio jurídico, y manteniendo la distinción de género a especie, justificando también esta distinción en que el negocio jurídico está referido a los de contenido patrimonial. Veamos los planteamientos de algunos de sus más calificados exponentes.

Messineo[26] explica el negocio jurídico partiendo también del hecho jurídico al que califica como aquel acontecimiento o situación que produce una modificación de la realidad jurídica y, por eso, es jurídicamente relevante, ya que sin él, el ordenamiento jurídico permanecería inerte y no nacerían efectos jurídicos. Estos hechos, según el autor italiano, interesan al Derecho en cuanto están referidos al ser humano o se generan con la voluntad humana, calificando al acto jurídico como un acto de la voluntad humana realizado conscientemente y del cual nacen efectos jurídicos, porque el sujeto, al realizarlo, quiere determinar un resultado y tal resultado es tomado en consideración por el Derecho: este acto puede ser lícito o ilícito. El negocio jurídico, según el mismo autor italiano, es una especie del acto jurídico que consiste en una declaración de voluntad o varias, dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos y que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza en los límites de la correspondencia o coherencia entre los efectos y la voluntad que los persigue, pero siempre que se trate de efectos lícitos.

(25) Derecho Civil. Parte General, págs. 421 y sigtes.
(26) Manual de Derecho Civil y Comercial, T. II, pág. 321.

Barbero[27], en su desarrollo conceptual para llegar a la delimitación del negocio jurídico, lo distingue del hecho jurídico y del acto jurídico, señalando que los rasgos característicos de estas figuras provienen de la relevancia o irrelevancia que en cada una de ellas adquieren los elementos que denomina la "fenomenicidad exterior" del evento, la "voluntariedad" de él y la "intención". Si la "fenomenicidad" es relevante y son irrelevantes la "voluntariedad" y la "intención", se tiene el hecho jurídico; si son relevantes la "fenomenicidad" y la "voluntariedad" se tiene el acto jurídico; y, si son relevantes la "fenomenicidad", la "voluntariedad" y la "intención", se tiene, entonces, el negocio jurídico. El acto jurídico, según el tratadista italiano, es el comportamiento voluntario de un sujeto productor de efectos solamente porque ha querido causarlos, ya que tales efectos pueden ser también contrarios a los perseguidos por el sujeto y pueden representar, incluso, una reacción del orden jurídico contra la intención del sujeto y, así, define el acto jurídico, no ya como una "manifestación de voluntad", sino como una manifestación o un comportamiento voluntario del sujeto al que el derecho vincula determinados efectos jurídicos sólo porque es voluntario[28]. El negocio jurídico, según el desarrollo de Barbero, es la manifestación voluntaria de una intención: la "manifestación" representa el hecho, el evento o el acontecimiento exterior, la "voluntariedad" determina su configuración en calidad de "acto" y la "intención" caracteriza a este acto en su calidad de "negocio", por lo que el negocio jurídico es la "manifestación voluntaria de la intención a la cual el orden jurídico vincula los efectos reconocidos o convenientes para su mejor realización jurídica"[29].

Para Galgano[30], el negocio jurídico es, en el mundo del Derecho, el momento final de una secuencia conceptual que parte de la categoría más amplia de hecho jurídico. El hecho jurídico, para el mismo autor italiano, es todo acontecimiento natural o humano, a cuya realización el Derecho atribuye un efecto jurídico constitutivo, modificativo o extintivo de relaciones jurídicas. El acto jurídico lo distingue del hecho por tratarse de un hecho voluntario, al que el Derecho no atribuye el efecto jurídico a un acontecimiento material sino al ulterior requisito de la voluntariedad del acontecimiento, de forma que el efecto jurídico no se produce si el hecho no consiste en el comportamiento voluntario y consciente del hombre. El negocio jurídico lo define sobre la base del papel específico que cumple la voluntad del hombre, pues el Derecho no atribuye el efecto jurídico, como ocurre en el acto jurídico en general, a la mera voluntariedad del comportamiento sino al ulterior extremo de la llamada "voluntad de los efectos", no bastando, como para el acto jurídico en general, que el sujeto haya querido el acto, pues para que el efecto

(27) Sistema de Derecho Privado, T. I, pág. 341.
(28) Ibídem, págs. 422 y 423.
(29) Ibídem, págs. 433 y 434.
(30) Teoría e Ideologías del Negocio Jurídico, págs. 39 y 40.

jurídico se produzca hace falta que el sujeto haya querido también el efecto.

La moderna doctrina española, pese a que su Código Civil hace referencia al acto jurídico, también ha acogido la figura del negocio jurídico por obra de Valverde, según apunta Puig Peña[31]. El negocio jurídico viene a ser la declaración, o declaraciones, de voluntad privada encaminadas a conseguir un fin práctico jurídico, a las que el ordenamiento jurídico, bien por sí sola o en unión de otros requisitos, reconoce como base para producir determinadas consecuencias jurídicas, según acotación de Espín Cánovas[32]. Además, los civilistas españoles enfatizan en el desarrollo de la noción del negocio jurídico el poder de autorregulación de los intereses jurídicos por los propios sujetos, y siguen a la doctrina italiana en cuanto a la distinción entre acto jurídico –como hecho jurídico voluntario– y negocio jurídico. Así, por ejemplo, Albaladejo[33] y García Amigo[34] y, en general, los civilistas españoles de nuestros días. Sin embargo, un tratadista de la talla de Federico de Castro y Bravo, citado por Manuel de la Puente[35], se ha referido a los riesgos de la utilización del concepto de negocio jurídico en el Derecho español.

En el Perú, por obra de Jorge Eugenio Castañeda, a partir de 1972, los estudios se han inclinado en favor del negocio jurídico como denominación del concepto. Castañeda[36], civilista de notabilísimo cuño y antiguo maestro de San Marcos, expuso la sospecha de que una desafortunada traducción del Código Civil alemán fue la causa de que los juristas brasileros, y sus seguidores en el Perú, instalaran en sus respectivos Códigos disposiciones sobre acto jurídico y no sobre negocio jurídico y, por ello, propuso que el *nomen iuris* de negocio jurídico fuera incorporado en la reforma del Código Civil de 1936[37]. Sin embargo, debemos advertir que un calificado autor brasileño como Da Silva Pereira[38] no hace alusión alguna en cuanto a que la adopción del acto jurídico en el Código de su país se debiera a un problema de traducción, pues el mismo se ocupa del negocio jurídico y es del paracer que ambos conceptos están vinculados por una relación de sinonimia.

Influido por Jorge Eugenio Castañeda, Raúl Ferrero Costa[39] tomó partido por la denominación de negocio jurídico. Y, posteriormente, Juan Guillermo Lohmann, quien primero realizó un interesante y documentado trabajo en

(31) Tratado de Derecho Civil Español. T. IV, Vol. II, pág. 457.
(32) Derecho Civil Español. Vol. I, pág. 505.
(33) El Negocio Jurídico, pág. 42.
(34) Instituciones de Derecho Civil I. Parte General, págs. 649 y sigtes.
(35) El Contrato en General. Primera Parte. T. I, pág. 41.
(36) El Negocio Jurídico. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 36, No. 1, Lima, 1972.
(37) Ibídem, pág. 189.
(38) Instituicoes de Direito Civil. Vol. I, págs. 302 y sigtes.
(39) El Negocio Jurídico. Lima, 1974.

base al Proyecto de la Comisión Reformadora publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y del Proyecto publicado por el Ministerio de Justicia[40], para luego, iniciada la vigencia del Código Civil de 1984, publicar un enjundioso estudio[41], que ha reeditado enriquecido y actualizado[42].

Pueden citarse también otros trabajos de menor envergadura, como el de Ricardo La Hoz Tirado, quien publicó una monografía sobre Negocio Jurídico y Declaración de Voluntad[43], pero sin plantear distingos entre negocio jurídico y acto jurídico y, más bien, tratándolos como conceptos de igual contenido, así como el de Carlos Peña Gálvez[44] que, en su ingenioso Manual de preguntas y respuestas, utiliza indistintamente las denominaciones de acto jurídico y de negocio jurídico, y otros trabajos difundidos en artículos de revistas especializadas en materia jurídica.

La obra más importante es la de Lohmann, por su actualidad y densa doctrina. Lohmann, identificado con la doctrina europea y particularmente la española, parte de la distinción entre acto jurídico y negocio jurídico y, en cuanto a éste, sostiene que no se está refiriendo exactamente a una institución del Derecho sino 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 al sistematizar principios ordenadores. Conceptúa el negocio jurídico como la declaración o declaraciones de voluntad de Derecho Privado que, por sí o en unión de otros hechos, están 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, es decir, una proyección de la voluntad sobre el ámbito del Derecho[45].

La cita que hemos hecho de Lohmann, madurada respecto de su trabajo primegenio de 1982, cuando el proceso de la reforma del Código de 1936 estaba llegando a su culminación, así como la monografía de Jorge Eugenio Castañeda publicada en 1972, pudieron significar que la doctrina nacional comenzaba a enrumbarse hacia la adopción del negocio jurídico, por lo menos como *nomen iuris* sustitutorio del de acto jurídico y que vendría el desarrollo conceptual que distinguiría uno de otro, como lo hizo la doctrina iniciada por los precursores y comentaristas del Código alemán. Pero no ha ocurrido así.

(40) El Negocio Jurídico. Primera Parte, Lima, 1982.
(41) El Negocio Jurídico, Lib. Studium, Lima, 1986.
(42) El Negocio Jurídico. Ed. Jurídica Grijley, Lima, 1994.
(43) Revista de Jurisprudencia Peruana. No. 232, Lima, 1963.
(44) Manual del Acto Jurídico en Preguntas y Respuestas, Lima, 1984.
(45) Negocio Jurídico, Ed. Grijley, Lima. 1994, págs. 45 y 46.

No puede soslayarse, sin embargo, la presencia de la idea del negocio jurídico durante el proceso de reforma del Código de 1936, que concluyó en 1984. Lo que ocurrió es que, pese a ello, la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 mantuvo el acto jurídico, y a la plasmación de su normativa dedicó un Libro Especial, que vino a ser el Libro II. Por ello, es imprescindible establecer las fuentes y fundamentos que llevaron al codificador de 1936 a incorporar el concepto de acto jurídico y, a mantenerlo, al codificador de 1984.

Como ya se ha indicado (Supra Nº 3.5.a), el Código Civil de 1852 ignoró la Teoría del Acto Jurídico por lo que, instalada en 1922 la Comisión Reformadora, uno de los planteamientos iniciales más importantes fue el relativo a su inclusión en el Proyecto que se convertiría en el Código Civil de 1936 (Supra Nº 3.5.b). Consta en las Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora que Manuel Augusto Olaechea[46] –a quien se le había encargado la formulación de la parte relativa a las Obligaciones, a la postre el Libro Quinto– opinó que, ante todo, debía desenvolverse la teoría referente al acto jurídico, considerado de un modo general *negotium juris*. De este modo, puede inferirse que en la mente del codificador nacional estuvo la idea de equiparar el acto jurídico con el *negotium juris*.

El término negotium, que en sus raíces etimológicas significó el "no ocio", adquirió el significado de ocupación o negocio. En Roma, la locución *negotium,* era utilizada para designar, en el acto jurídico, la operación en la cual el acto consistía, porque de la misma locución deriva *negociare*, que significa tratar, comerciar. En el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua *negotium* es el antecedente etimológico de negocio, vocablo al cual le atribuye diversas acepciones como las relativas a ocupación, quehacer o trabajo; dependencia, pretensión, tratado o agencia, así como todo lo relativo a una ocupación lucrativa o de interés.

La unión de los vocablos *negotium* y *iuris* tampoco tiene el significado que actualmente se le atribuye, lo que confirma Iglesias[47], para quien el término *negotium* en Roma no tuvo el significado actualmente atribuido. Petit, citado por Raúl Ferrero Costa[48], establece la diferencia de significado entre el negocio jurídico de la moderna doctrina y el *negotium juris* romano: éste estaba referido a lo procesal y, en todo caso, era un vocablo tan amplio que trascendía la esfera del Derecho Privado. Muñiz[49] es del parecer que también debe tomarse en consideración que el término *negotium* que utilizó

(46) Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil. Primer Fascículo, Sesión de 22 de agosto de 1923, págs. 219 y sigtes.
(47) Derecho Romano, pág. 178.
(48) El Negocio Jurídico, págs. 61 y 61.
(49) Interpretación de los Contratos Civiles, pág. 81.

el jurista romano Gayo para determinar las acciones procesales, fue ampliado a un término que implicaba "acciones" en el sentido de actos y hechos humanos por juristas del siglo XVI y que, por ello, también puede considerarse que la referencia de Olaechea estuvo tomada de la acepción introducida por esos juristas, concluyendo en que dentro del planteamiento de la Comisión Reformadora (la del Código de 1852), la referencia al acto jurídico implicaba la del negocio jurídico y que, quizás, por la influencia del Código Civil Brasileño, nuestro codificador adoptó el *nomen iuris* de acto jurídico.

De lo que dejamos expuesto, lo importante de destacar es que el concepto de acto jurídico adoptado por la Comisión Reformadora del Código de 1852 fue de una generalidad y amplitud suficientes como para dar comprensión a todos los actos voluntarios lícitos susceptibles de crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos. Está probado documentalmente, como lo hemos dejado ya establecido (Supra Nº 3.5.b), que el concepto fue tomado originariamente de la obra de Vélez Sarsfield y luego confrontado con el del Código brasileño, pues así consta en las actas de las sesiones de la Comisión Reformadora(50), si bien el tenor de la norma extraída del art. 944 del Código argentino y del art. 81 del Código brasileño no tuvo plasmación en el Proyecto de Código Civil que alcanzó la sanción legislativa en 1936.

Por lo que seguimos dejando expuesto, es conveniente precisar también que los codificadores de 1936 trabajaron con el Código alemán, como lo ha dejado de manifiesto el propio Olaechea(51), aunque probablemente nunca se despojaron de la influencia francesa en su formación jurídica. Por ello, el alcance que se pretendió darle al acto jurídico lo confundía con el del negocio jurídico, tan es así, que lo legislaron en el Libro Quinto dedicado a las Obligaciones y a los Contratos, en cuya Sección Primera, dedicada a los actos jurídicos, se legisló también sobre los actos ilícitos en una manifiesta incongruencia dado el necesario carácter de licitud que deben revestir los actos jurídicos en el concepto incorporado a nuestra codificación civil. Esta dualidad en la nomenclatura permite deducir, sin hesitaciones, que los codificadores de 1936 concibieron los actos jurídicos en sentido amplio, como hechos jurídicos voluntarios necesariamente lícitos y susceptibles de generar, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, distinguiéndolos de los actos ilícitos causados por el dolo o la culpa de su autor, siendo lamentable que este aspecto no haya sido debidamente aclarado por Olaechea.

(50) Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil. Sesiones de 5 de Setiembre de 1923 (Primer Fascículo, págs. 237 ysigtes.), de 25 de Julio y de 12 de Agosto de 1925 (Cuarto Fascículo, pág. 208) y de 27 de Enero de 1926 (Quinto Fascículo, págs. 199 y sigtes).

(51) Acta de la sesión de 25 de Julio de 1925 (Cuarto Fascículo, pág. 208) y Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto del Código civil, pág. 4.

Es León Barandiarán el constructor teórico definitorio del acto jurídico en nuestro Derecho. Promulgado el Código Civil cuya vigencia se inició el 14 de noviembre de 1936, se constituyeron en sus más renombrados comentaristas Angel Gustavo Cornejo[52] y José León Barandiarán, con su profícua obra.

Pero fue León Barandiarán, como acabamos de precisar, quien hizo la construcción teórica definitoria del acto jurídico para nuestro Derecho[53]. Después de conceptuar el hecho jurídico y hacerlo entender, en su sentido amplio, como toda causa capaz de generar un efecto de derecho, concluyó en que el acto jurídico es el hecho jurídico, voluntario, lícito, con declaración de voluntad y efectos queridos por el agente (Supra Nº 10). Destacó que la palabra acto era indicativa de una determinación de voluntad y que pese a la opinión de Enneccerus en el sentido de que el término acto jurídico debía comprender el hecho voluntario, tanto el lícito como el ilícito, consideró que tal parecer era inaplicable dentro de la sistemática del Código de 1936, que asignaba el carácter de licitud al acto jurídico. El acto jurídico es, pues, el hecho jurídico de carácter voluntario y lícito, cuyo efecto es querido directamente por el agente, y en el cual existe una declaración de voluntad, pero efecto querido sólo capaz de devenir eficaz en virtud de lo dispuesto en la norma de Derecho Objetivo. Advirtió León Barandiarán que en el Derecho alemán se distinguía el negocio jurídico del acto jurídico y que éste es toda decisión de voluntad con idoneidad para crear efectos jurídicos lícitos o no y que el negocio respecta sólo al hecho lícito, pero se adhirió al concepto del Código Civil de 1936 en cuanto al acto jurídico como hecho voluntario y lícito. Agregó que dentro de la categoría del acto jurídico no sólo había de comprenderse la relación que crea o extingue un derecho, según la concepción de Savigny, sino también toda relación que además de transmitirlo y modificarlo, lo conserva. Por último, en cuanto a la eficacia del acto jurídico, León Barandiarán señaló que actuaba en los derechos creditorios, en donde tiene su aplicación más general y común, por los contratos y declaraciones unilaterales de voluntad; en los derechos reales, como pasa en las relaciones creadoras de *iure in re aliena;* en los derechos sucesorios, como es el caso de los testamentos, la aceptación y la renuncia de la herencia; en los derechos de familia, conforme se constata del matrimonio, esponsales, reconocimiento de hijos, adopción; y, en fin, tanto en los derechos de la personalidad, como en la creación de asociaciones, en la constitución de domicilio por declaración de voluntad, pudiéndose también hacer convenciones eficaces ante el criterio legal, que respectan a la persona jurídica.

(52) Código Civil. Exposición Sistemática y Comentario. Lima, 1937.

(53) Comentarios al Código Civil Peruano. T. I. Acto Jurídico (Primera edición, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1938 y EDIAR, Buenos Aires, 1954). Esta obra, conjuntamente con las demás, como obras completas, han sido editadas como Tratado de Derecho Civil (WG Editor, Lima, 1991), cuyo T. II, dedicado al Acto Jurídico ha sido reeditado con el epígrafe de Acto Jurídico (Gaceta Jurídica Ed., Lima, 1997).

Así, pues, el acto jurídico tomó asiento en nuestra codificación a partir del Código Civil de 1936 . Sin embargo, es conveniente anotar que en algunos numerales este Código utilizó el vocablo negocio, pero referido a los contratos, como en el art. 1333, referido a la concertación del contrato, y en el art. 1627, que daba una noción del contrato de mandato y según el cual "Por el mandato una persona encarga el desempeño de ciertos negocios a otra que los toma a su cargo..." dando al vocablo las acepciones que hemos dejado indicadas líneas arriba. Al respecto, León Barandiarán[54] explicó que el precepto hablaba de negocios, los que debían ser entendidos restrictivamente, pues "no se trata de cualquier negocio sino de encargos para la realización de actos jurídicos". Estas referencias permiten colegir que, en el Código de 1936, el negocio jurídico guardaba una relación de sinonimia con el acto jurídico y, además, que el acto jurídico podía ser tomado en los sentidos amplio y estricto que hemos dejado indicados, y que es en este último sentido en el que se presentaba la coincidencia conceptual con el negocio jurídico.

Existen también otras referencias concretas al negocio jurídico en la legislación nacional, como la del art. 195 de la Ley Nº 16587, Ley de Títulos-Valores, en el que se contrapone el negocio jurídico al acto ilícito, que, como se sabe, es el que resumía la responsabilidad civil extracontractual en el Código de 1936. El sentido de esta referencia al negocio jurídico, como en otras, confirma, a nuestro parecer, la afirmación que venimos sosteniendo en cuanto a que el concepto de acto jurídico incorporado a nuestra codificación civil, en su sentido estricto, se identifica con el del negocio jurídico.

La opinión que venimos exponiendo es coincidente con la de Jorge Muñiz Ziches y la de Manuel de la Puente. Según Muñiz[55] la fuente que inspiró el sistema del acto jurídico adoptado por el codificador de 1936 no fue el sistema del negocio jurídico de la doctrina alemana, ni aun el sistema del acto jurídico de la doctrina francesa, sino el sistema del acto jurídico que desarrolló el Código Civil argentino. En sustento de su aseveración cita los arts. 896, 897, 898, 913, 917 y 944 del Código de Vélez Sarsfield y que Olaechea utilizó en su Anteproyecto, particularmente el Art. 944, donde se definen los actos jurídicos "como los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas y crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos". Manuel de la Puente[56] sostiene esta misma opinión y agrega que la construcción jurídica del Código Civil Argentino tiene un notable y hasta sorprendente parecido con la Teoría del Negocio Jurídico.

(54) Contratos en el Derecho Civil Peruano. T. II, pág. 123.
(55) Interpretación de los Contratos Civiles, pág. 91.
(56) Estudios sobre el Contrato Privado. T. I, págs. 96 y 97.

Ahora bien, como ya lo hemos advertido, el tenor del art. 944 del Código argentino no fue receptado por el Código de 1936, pero es incuestionable que inspiró la noción del acto jurídico inmerso en sus normas. El propio desarrollo para la determinación del concepto seguido por León Barandiarán así lo demuestra, pues es evidente que sigue los lineamientos de la doctrina argentina. Por ello, vamos a detenernos en algunos de sus más calificados exponentes.

Arauz Castex y Llambías[57] al comentar el art. 944, sostienen que el concepto de acto jurídico, ya bajo esta denominación o la de negocio jurídico, utilizada en Alemania, Italia y España, es una elaboración de la ciencia jurídica universal que muestra unánime coincidencia, agregando, después de hacer una compulsa de opiniones entre autores franceses, alemanes, italianos y españoles, que el concepto de acto jurídico adoptado por Vélez Sarsfield coincide con el de los autores franceses, así como con el del negocio jurídico de los autores alemanes, italianos y españoles, y que, por ello, puede usarse la denominación de negocio jurídico en estricta sinonimia con la de acto jurídico. Salvat[58] fue aún más categórico, pues llegó a sostener que el Código Civil alemán legisla sobre los actos jurídicos en la Sección Tercera del Libro Primero, pese a que dicha Sección lleva como epígrafe el de Negocios Jurídicos. Para Aguiar[59] los actos jurídicos son también llamados negocios jurídicos por los modernos juristas. Boffi Boggero[60] considera que en la terminología de los negocios jurídicos se comprende a los actos jurídicos del Código argentino. Brebbia[61] asimila los actos y los negocios jurídicos a la definición del art. 944. Abelenda[62], también asimila los actos jurídicos del art. 944 a los negocios jurídicos. Bueres[63], equipara el negocio jurídico al acto jurídico en base a la noción que en relación al primero suministra Santoro Passarelli y que para el autor argentino concuerda con la del art. 944, según la cual el negocio es un acto de voluntad autorizado por el ordenamiento para perseguir un fin propio. Por último, Cifuentes[64] plantea un esclarecimiento terminológico entre el Código argentino y la doctrina moderna y explica que "los actos jurídicos a los que se refiere el art. 944 no son los actos jurídicos que la moderna doctrina extranjera conceptúa como aquellos en los que el agente ha querido el acto pero que la ley se desentiende de si además quiso o no los efectos, pues los actos jurídicos a los que se refiere el art. 944 son aquellos en los que el autor tuvo por fin inmediato la consecución de los efectos jurídicos y, por ello, su concepto se corresponde con el

(57) Derecho Civil. T. II, págs. 150 y 151.
(58) Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General II, pág. 161.
(59) Hechos y Actos Jurídicos en la Doctrina y en la Ley. I. La Voluntad Jurídica, pág. 25.
(60) Estudios Jurídicos, pág. 69.
(61) Hechos y Actos Jurídicos. T. I, pág. 61.
(62) Derecho Civil. Parte General. T. II, pág. 212.
(63) Objeto del Negocio Jurídico, págs. 22 y 23.
(64) Negocio Jurídico, págs. 118 y 119.

de negocio jurídico, expuesto en la ley positiva y en la ciencia jurídica italiana y alemana así como también en la mayor parte de la doctrina española".

La posición de la doctrina argentina se resume, actualmente, en la adoptada por la Comisión que viene trabajando para introducir nuevas reformas a la obra de Vélez Sarsfield y cuyos trabajos se vienen publicando bajo la dirección de Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana(65).

Planteada la reforma del Código Civil de 1936, León Barandiarán que, en sus Comentarios(66), como ya se ha expuesto, advirtió sobre la distinción entre acto jurídico y negocio jurídico, decidiéndose por el mantenimiento del *nomen iuris* de acto jurídico, ratificó su posición con la ponencia presentada a la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936. En igual sentido aportó también Jorge Vega García(67) y de la misma manera, Manuel de la Puente y Susana Zusman(68), coautores de un Anteproyecto, quienes optaron por la nomenclatura de acto jurídico, advirtiendo que "por razones de tradición jurídica", pero señalando que ante la variedad de opiniones doctrinales respecto a la naturaleza y efectos del acto jurídico consideraban conveniente destacar que tanto la teoría general del negocio jurídico como la del acto jurídico tratan de explicar lo mismo, o sea la actuación de la autonomía de la voluntad, variando únicamente las expresiones utilizadas para aplicar dicho principio. Manuel de la Puente ha reiterado esta posición en sus Estudios sobre el Contrato Privado, "atendiendo principalmente a una inalterable tradición peruana"(69) y ha sido aún más explícito en su obra El Contrato en General(70).

Al trazar la determinación conceptual del acto jurídico (Supra Nº 10), hemos recordado que durante el proceso de la reforma del Código Civil de 1936 se consideró necesario incorporar una noción de acto jurídico y así se generó el art. 140, cuyo tenor –"El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas"– evidencia el entroncamiento conceptual con los arts. 944 del Código argentino(71) y 81 del Código brasileño(72).

(65) Reformas al Código Civil. 1, págs. 193 y sigtes.
(66) Acto Jurídico, pág. 38.
(67) Arias Schreiber, Max. Comentarios al Proyecto de nuevo Código Civil, pág. 11.
(68) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T. II, pág. 41.
(69) Ibídem. T. I, pág. 96.
(70) Primera Parte. T. I, págs. 39 y sigtes.
(71) Art. 944 del Código Civil Argentino: "Son Actos Jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".
(72) Art. 81 del Código Civil Brasileño: "Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico".

Puede afirmarse, pues, que en nuestra codificación civil la diferencia entre el acto jurídico y el negocio jurídico es una cuestión ya dilucidada. El Código Civil de 1936 no formuló una noción de acto jurídico, pero lo concibió como todo hecho voluntario y lícito, con manifestación de voluntad y efectos queridos, según el esquema desarrollado de León Barandiarán. El vigente Código Civil no presenta dudas en cuanto a que no acoge la denominación de negocio jurídico y da una noción de acto jurídico en su art. 140 con la que confirma su extracción conceptual tanto del Código argentino como del Código brasileño, y se aproxima al concepto de negocio jurídico, de manera tal que permite reiterar lo que hemos venido sosteniendo en cuanto a que, para nuestra codificación civil, entre el acto jurídico en la noción del art. 140 de nuestro Código vigente y el negocio jurídico existe una evidente relación de sinonimia conceptual(73).

La sinonimia conceptual se funda también en la consideración del acto jurídico como un género y del negocio jurídico como una especie y, de este modo, inferir que todo negocio jurídico es un acto jurídico, pero que no todo acto jurídico es un negocio jurídico, lo que permite distinguir los actos jurídicos en negociales y en no negociales. El concepto de acto jurídico, tal como lo hemos delimitado (Supra Nº 10), en su sentido lato no es el coincidente con el del negocio jurídico, sino en su sentido estricto, como acto negocial. El acto jurídico, en su acepción negocial y no negocial, tiene como sustrato la voluntariedad que requiere de la licitud y de una manifestación de la voluntad que produzca efectos correlativos a los perseguidos deliberadamente por el sujeto. Y es este concepto de acto jurídico –que, por lo demás, es el que corresponde a la noción contenida en el acotado art. 140– el que puede, en unos casos, ser utilizado indistintamente, como vocablo sinónimo, con el de negocio jurídico.

Por último, de la sinonimia conceptual entre el acto jurídico y el negocio jurídico existente en nuestra codificación civil, tanto en la de 1936 como en la de 1984, así como de la justificación del *nomen iuris* de acto jurídico, participan otros autores nacionales, como Aníbal Torres Vásquez(74) y es explicada por Manuel de la Puente, para quien "los actos jurídicos de la teoría del negocio jurídico vienen, en realidad, a representar los hechos jurídicos de la teoría del acto jurídico" y que "la noción de acto jurídico tiene, en el fondo, dentro de su propia teoría, el mismo contenido que la del negocio jurídico en la teoría de éste, y que ambas cumplen adecuadamente su rol en el ámbito de sus respectivas teorías"(75). Además, este reputado autor nacional ha expuesto un razonamiento que es plenamente válido en relación al proceso de

(73) Vide, del autor, Teoría General del Acto Jurídico, Lima, 1985, pág. 43.
(74) Derecho Civil. Parte General, pág. 518.
(75) El Contrato en General. Primera Parte. T. I, pág. 40.

elaboración del Código Civil vigente ya que, en efecto, "no habría tenido sentido que, existiendo en el Perú una inalterada tradición de aplicar la teoría del acto jurídico, con resultados plenamente satisfactorios, se introdujera el concepto de negocio jurídico, con el evidente riesgo, ya destacado por la doctrina, de utilizar una noción jurídica fuera de su propio Derecho"[76].

(76) Ibídem, pág. 41.

Capítulo III

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y EL ORDEN PUBLICO

Capítulo III

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y EL ORDEN PUBLICO

12. PREMISA

En la delimitación del concepto de acto jurídico (Supra Nº 10) hemos destacado que la voluntad que lo genera es la voluntad privada manifestada con la finalidad de producir los efectos queridos y perseguidos por el sujeto. El acto jurídico viene a ser, así, una manifestación de la autonomía de la voluntad generadora de relaciones jurídicas, pues además de crearlas, puede regularlas, modificarlas y extinguirlas. De ahí, que el ordenamiento jurídico deba reconocer, y reconozca, eficacia suficiente a la voluntad de los sujetos cuando con ella generan y norman sus relaciones jurídicas, autorregulando sus propios intereses en ejercicio de una delegación del Derecho Objetivo para hacerlo.

Lo expuesto es la idea básica y fundamental en torno al principio de la autonomía de la voluntad, que se vincula indesligablemente al orden público, en razón de las limitaciones que éste le impone.

13. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad es un principio que, llevado al Derecho Privado, se constituye en su característica fundamental, al extremo que, en nuestra opinión, puede ser considerado como el factor determinante para que las situaciones y relaciones jurídicas queden comprendidas en su ámbito, razón por la cual se le denomina también autonomía privada. No ha recibido una noción legal y ello lo hace ser un principio no escrito. Su noción, por ello, es puramente doctrinaria.

13.1. Origen y evolución del principio

El origen remoto del principio de la autonomía de la voluntad se remonta al Derecho Romano. Sin embargo, según reseña Puig Peña[1], en los primeros tiempos del Derecho Romano, la voluntad no tenía *per se* una potestad creadora y todo lo más que podía hacer era, dentro de los prototipos establecidos *a priori,* aceptar las fórmulas sacramentales del simbolismo. Todo lo que fuera emanación de un *animus* sólo alcanzaba efectos jurídicos en la medida en que se incorporara al formalismo, cuya rigidez no permitía señalar matices en la voluntad declarada por el sujeto.

Con la evolución del Derecho Romano, que determina una reacción contra la rigidez del simbolismo, y el nacimiento de los contratos reales, que suponen la entrega del bien al otro contratante, la voluntad privada alcanza una mayor eficacia. Posteriormente, con el advenimiento del consensualismo, *solus consensus obligat,* se va destacando a la voluntad como potencia creadora, si bien se hace precisa su consignación por escrito en los formularios contractuales. De este modo, el simbolismo fue perdiendo su rigidez inicial y la manifestación de voluntad incorporada al documento se va concretando, según las notas características de la voluntad interna del sujeto y así, luego de la codificación del Derecho Romano, siguió acentuándose el poder creador de la voluntad para desembocar en el principio de su autonomía.

El principio de la autonomía de la voluntad, que venía informando la práctica jurídica, fue receptado por el Código Civil francés de 1804. Como lo destacan Ospina y Ospina[2], la formulación del Código Napoleón se dio en el marco racionalista e individualista de la Enciclopedia y de la Revolución, que constituyó al ciudadano en ámbito y medida de la vida común y sus instituciones, que concibió a la sociedad como el producto artificial de un imaginario contrato social y que redujo al Estado a la simple condición de gendarme, cuya función únicamente debía consistir en garantizar las libertades omnímodas de los ciudadanos.

La concepción racionalista e individualista de la autonomía de la voluntad, destacada por los citados autores colombianos, determina que la voluntad individual sea la causa eficiente y la fuente de todos los efectos jurídicos, debiendo la norma legal buscar el fundamento de su validez normativa en el consenso que le presten los individuos, quienes deben aceptar restringir sus libertades y autorizar al legislador a dictar normas obligatorias para todos en la medida en que éstas favorezcan, por igual, el ejercicio de la libertad. Así, la eficacia de los actos jurídicos deriva directamente de la voluntad de los su-

(1) Tratado de Derecho Civil. T. I. Vol. II, pág. 463 y sigtes.
(2) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, págs. 7 y sigtes.

jetos, a quienes corresponde, por derecho propio y según su conveniencia, organizar sus relaciones, determinar la naturaleza y alcance de ellas y estipular sus condiciones y modalidades, correspondiendo al legislador, tan sólo, una misión tutelar de la voluntad privada.

En el orden de ideas expuesto, el Código Napoleón pretendió condensar el sistema racionalista e individualista y sus comentaristas clásicos arribaron a la fórmula dogmática según la cual el orden público quedaba sometido a la voluntad individual debiendo el legislador, en cuanto tuviese un origen democrático, determinarlo mediante un conjunto de normas imperativas y prohibitivas, de obligatoria observancia por los ciudadanos y los poderes públicos, y el Estado ser el gendarme encargado del cumplimiento de ese orden público legal e inmutable. Dentro de esta concepción, como señala Cancino[3], el orden público fue entendido como un catálogo de conducta que jugaba dentro de la sociedad el papel de barrera que impedía –o por lo menos tratar de impedir– el conflicto entre los ciudadanos por razón del uso de las amplias libertades que el Estado respetaba y estaba obligado a tutelar.

Iniciada la vigencia del Código Napoleón, a mediados del siglo XIX se presentaron fenómenos sociales que generaron una reacción contra la concepción racionalista e individualista de la autonomía de la voluntad, concibiéndose un ordenamiento jurídico que comenzó a traslucir la función social del Derecho y generando un nuevo concepto del orden público. Estos mismos fenómenos, dentro de su característica circunstancia histórica continúan presentándose y gravitan de tal manera que producen una permanente confrontación de la autonomía de la voluntad con el orden público.

13.2. El concepto de la autonomía de la voluntad

El concepto de la autonomía de la voluntad debe enfatizarse con una nota que tiene una especial relevancia, como es la libertad, porque la vigencia del principio implica un reconocimiento a la libertad individual y a su tutela jurídica. Viene, por eso, a ser la libertad humana y el poder jurídico que el Derecho Objetivo reconoce a los sujetos para la regulación de sus propios intereses, aunque habría que aclarar que los intereses deben ser entendidos en un significado muy lato, como todo aquello susceptible de recibir la tutela del Derecho, sin un significado necesariamente patrimonial.

La libertad que hemos enfatizado como nota de especial relevancia debe entenderse, pues, como presupuesto de la autonomía de la voluntad para

(3) Estudios de Derecho Privado, pág. 27.

la autorregulación de sus intereses por el propio sujeto y en virtud de la cual le da contenido al acto jurídico que celebra. Es la libertad para la celebración del acto jurídico y para relacionarse jurídicamente con las formalidades libremente adoptadas, para disponer de los bienes o testar, que, desde luego, no es irrestricta. Esta libertad, que es esencial al ser humano, deriva del Derecho Objetivo y es una autolimitación que se impone para delegar en los particulares el poder de normar sus relaciones jurídicas.

El ejercicio de esta libertad viene a ser, entonces, la autonomía de la voluntad o autonomía privada. Pero, la misma autonomía de la voluntad significa, además, la fuerza vinculante de la voluntad del sujeto en su vida de relación.

En efecto, la autonomía de la voluntad es libertad y fuerza vinculante al mismo tiempo, ya que la voluntad libremente exteriorizada mediante el acto jurídico crea la relación jurídica, la regula, la modifica o la extingue, sin que el sujeto, salvo los actos *ad nutum*, pueda sustraerse de los efectos vinculatorios que genera la manifestación de su voluntad.

La fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad es un poder jurídico que el Derecho Objetivo reconoce a todo sujeto para la regulación de sus intereses, sean o no patrimoniales, con los que el sujeto queda vinculado. En este sentido, *ad exemplun*, el sujeto que participa como vendedor en un contrato de compraventa queda obligado a transferir la propiedad del bien y quien participa como comprador a pagar el precio, o, los contrayentes, a aceptar los deberes que nacen del matrimonio luego de haber manifestado su voluntad de celebrarlo.

En conclusión, la autonomía de la voluntad implica que la voluntad manifestada adquiera su propia validez entitativa, al extremo que la voluntad testamentaria, luego de la muerte del testador lo sobrevive y debe ser acatada y cumplida pues, de no ser así, puede ponerse en movimiento, al igual que en los ejemplos anteriores, el aparato jurisdiccional del Estado.

14. EL ORDEN PUBLICO

El orden público, como ya hemos advertido en la premisa (Supra Nº 12), impone limitaciones a la autonomía de la voluntad, por lo que ésta será eficaz en la generación de relaciones jurídicas y en su regulación, modificación o extinción, en la medida en que no colisione con las normas del Derecho Objetivo destinadas a la coexistencia social pacífica.

El orden público se origina en la organización social y se expresa en el ordenamiento legal. Por eso marcha paralelo a la autonomía de la voluntad

y, por eso también, como acabamos de indicar, están en una permanente confrontación, pues mientras la autonomía de la voluntad es inherente a la libertad humana, el orden público es mutable en cuanto es determinado por los fenómenos sociales, políticos y económicos que producen cambios en el ordenamiento legal del que deriva el poder jurídico para la autorregulación de sus intereses por los propios interesados. De ahí, que la doctrina le atribuya un contenido variable al concepto de orden público.

La más generalizada noción del orden público lo hace entender constituido por el conglomerado de normas destinadas a regular las relaciones individuales y las de la sociedad en su conjunto, así como por la suma de principios religiosos, morales, políticos y económicos predominantes en una sociedad determinada y que son indispensables para la coexistencia social. Constituye el instrumento adecuado para que el Estado –tutelador del bien común– pueda cumplir su función fundamental por conducto de todos sus órganos de expresión jurídica, y no exclusivamente del legislador, como apuntan Ospina y Ospina[4].

Con el inicio del Derecho Moderno, a partir del Código Napoleón, los ordenamientos legales han oscilado entre la autonomía de la voluntad y el orden público, es decir, a establecer la hegemonía de la autonomía de la voluntad frente al orden público, o viceversa, o a su equilibrio.

El Código francés, que fue producto de la reacción contra el absolutismo monárquico y de la exacerbación del individualismo, preconizando la hegemonía de la autonomía de la voluntad, vio atenuada tal hegemonía por obra de sus comentaristas, particularmente la de los del presente siglo. Los Mazeaud[5] señalan que aun cuando las doctrinas individualistas condujeron a los redactores del Code a afirmar la índole primordial de la voluntad, estableciendo que cada cual debía ser libre de modificar a su antojo su propia situación jurídica y que en ello consistía el principio de la autonomía de la voluntad, en la misma época ese mismo principio no era absoluto ante el desarrollo de la noción del orden público. Ripert y Boulanger[6], por su parte, sostienen que si bien todas las leyes tienen carácter obligatorio, las partes están en libertad de colocarse fuera de la aplicación de las que han sido dictadas únicamente para regular las situaciones de aquellos que no han previsto su régimen por sí mismos, pero, cuando el legislador por medio de una ley imperativa establece un orden que se impone a todos, que es un orden público, ya no puede tolerar que esas personas lo alteren instituyendo para su propio uso un orden privado.

(4) Teoría General de los Actos Negocios Jurídicos, pág. 11.
(5) Lecciones de Derecho Civil. Parte I. Vol. I, pág. 403.
(6) Tratado de Derecho Civil. T. IV, pág. 72.

La codificación civil posterior a la napoleónica ha considerado la confrontación de la autonomía de la voluntad y del orden público y ha buscado fórmulas de equilibrio.

El Código argentino –para citar a los que han influido en la codificación nacional en la incorporación de la teoría del acto jurídico–, en su art. 21 precisa que "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". El Código alemán no contiene una norma general pero, como explica Larenz[7], en él la autonomía privada no es ilimitada, pues no es el único principio jurídico sobre el que se basa la normativa de las relaciones privadas, ya que niega validez a los contratos y otros negocios jurídicos cuando su contenido infringe una prohibición legal o es contrario a las buenas costumbres (arts. 134 y 138 del BGB). El Código brasileño tampoco contiene una norma general pero resulta obvio que, de acuerdo a su modelo, la autonomía de la voluntad no puede considerarse ilimitada pues necesariamente está sujeta a las restricciones impuestas por el orden público.

Por lo que dejamos expuesto, la autonomía de la voluntad cede ante el orden público. Así ha sido desde el Derecho Romano, en el que en la concepción del *ius cogens* el individuo debía quedar sometido a la norma contra la cual no podía pactar. En el Derecho moderno, la necesidad de dar vigencia activa a principios superiores que organizan ordenadamente la vida social y de cuya aplicación y observancia depende la coexistencia pacífica, ha dado lugar a una presencia gravitante de normas cogentes que disminuyen las posibilidades de la voluntad privada para crear, aisladamente, sus relaciones jurídicas, regularlas, modificarlas o extinguirlas.

La conclusión a la que hemos arribado tiene el sustento de la moderna doctrina pudiéndose sumar a la desarrollada por los Mazeaud y por Ripert y Boulanger, la de autores italianos como Messineo y Betti. Messineo[8] explica que la autonomía de la voluntad no es ni puede ser ilimitada, sino por el contrario, está sometida a límites dirigidos a la tutela de los intereses generales (aspecto social de la autonomía de la voluntad) y de los intereses de los terceros, los cuales no se pueden dejar a merced de la libertad del individuo. Según Betti[9], la autonomía de la voluntad es reconocida en el campo del Derecho Privado como presupuesto y fuente generadora de normas jurídicas, es decir, es reconocida como actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva de relaciones jurídicas, pero cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes.

(7) Derecho Civil. Parte General, pág. 56.
(8) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 340.
(9) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 47.

En nuestro medio, León Barandiarán[10], dejó establecido también que la libertad convencional no es ilimitada, pues de otro modo conduciría al desenfreno y a la arbitrariedad, o sea, a la negación del Derecho mismo y que, por eso, la autonomía de la voluntad tenía los límites impuestos por el orden público y las buenas costumbres, concluyendo en que hay una esfera intransitable para la libertad de las partes en sus negocios jurídicos, un ámbito inviolable, ciertas reglas que no pueden ser derogadas por la voluntad privada porque la ley pone un atajo, como una legítima defensa, en salvaguarda de ciertas estructuras y ciertos intereses fundamentales que no deben ser afectados por la simple determinación de los individuos.

Para concluir, el orden público se expresa, como hemos ya indicado, en el ordenamiento legal, pero, para ser más precisos, en sus normas imperativas.

Como se sabe, las normas legales pueden ser objeto de diversos criterios de clasificación. De tales criterios extraemos la clasificación que consideramos más importante y que las distingue en normas imperativas y en normas dispositivas. Las imperativas derivan de las normas del orden público establecido por el Estado para cautelar el interés público, el bien común y la moral social, teniendo el antecedente romanista del *ius cogens*. Las dispositivas son las que operan en ausencia de la voluntad de las partes, la suplen, cuando existen vacíos en la manifestación de la voluntad y derivan del antecedente romanista del *ius dispositivum*. De las normas imperativas derivan las normas preceptivas y las prohibitivas, siendo las primeras las que establecen una consecuencia jurídica necesaria y forzosa y, las segundas, las que establecen prohibiciones. De las normas dispositivas derivan las normas interpretativas y las normas supletorias, siendo las primeras las que coadyuvan a la determinación del sentido de la manifestación de la voluntad y, las segundas, las que, en defecto de la manifestación de la voluntad, integran sus vacíos.

Ahora bien, las normas imperativas, sean preceptivas o prohibitivas, como son normas que dimanan del orden público, prevalecen sobre la autonomía de la voluntad, pues ésta opera entre las partes celebrantes del acto jurídico siempre que no colisionen con las normas impuestas para la preservación del orden social, esto es, del orden público.

(10) Curso Elemental de Derecho Civil Peruano, págs. 44 y 45.

15. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y EL ORDEN PUBLICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL

El Código Civil de 1852, que recibió significativa influencia del Código francés, declaraba, en el art. III de su Título Preliminar, que "A nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley", y, en el art. VII del mismo Título, que "ningún pacto exime de la observancia de la ley; sin embargo, es permitido renunciar a los derechos que ella concede siempre que sean meramente privados y que no interesen al orden público ni a las buenas costumbres". En atención a estos preceptos no se puede considerar a nuestro Código del siglo XIX como plenamente afiliado a la concepción racionalista que inspiró al Código Napoleón.

Entre los últimos años de la vigencia del Código de 1852 y los inmediatamente anteriores a la del de 1936, se promulgó la Constitución Política –el 9 de abril de 1933– que rigió hasta el 28 de julio de 1980. Sus artículos 24 y 27 preceptuaron, como garantía constitucional, que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" y que "el Estado reconoce la libertad de asociarse y la de contratar", agregando que "las condiciones del ejercicio de esta libertad están regidas por la ley". Castañeda[11] ha considerado que por estos preceptos, particularmente el segundo, la autonomía de la voluntad se convirtió en principio constitucional, considerando, además, que a dicho principio se le dio contenido en el art. 1328 del Código Civil de 1936, en tanto disponía "que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos" y que "deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes". Sin embargo, el Código de 1936 adoptó una acentuada restricción a la autonomía de la voluntad.

En efecto, el art. III de su Título Preliminar lo impregnó de una acentuada restricción a la autonomía de la voluntad al preceptuar que "No se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres". León Barandiarán[12] explicó la norma calificándola de conveniente y la justificó en razones de defensa de la estructura misma del orden legal, así como en imperativos de índole moral[13]. La gravitación de este precepto fue decisiva, pues puso coto a toda interpretación orientada hacia la autonomía de la voluntad como un principio absoluto, que quedó impregnado de la noción de orden público, de la que no podría ya sustraerse.

La Constitución Política de 1979, destacó, entre los Derechos Funda-

(11) El Derecho de los Contratos. Tomo Primero, pág. 15.
(12) Tratado de Derecho Civil. T. I, págs. 37 y sigtes.
(13) Curso Elemental de Derecho Civil, pág. 44.

mentales de la Persona (art. 2), los de asociación con fines lícitos (inc. 11) y de contratación tambien con fines lícitos y agregando que la ley debía regular el ejercicio de este derecho (inc. 12) y reiteró el apotegma, como derecho a la libertad, de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (ap. a del inc. 20), haciendo extensivos estos derechos fundamentales a las personas jurídicas (art. 3).

Con estos antecedentes, veamos como está tratado el principio de la autonomía de la voluntad en el Código Civil, vigente desde el 14 de noviembre de 1984.

15.1. La autonomía de la voluntad y el orden público en el Código Civil vigente

El art. V del Título Preliminar del Código Civil preceptúa que "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres", manteniendo, así, el mismo principio general de su antecedente, el art. III del Título Preliminar del Código Civil de 1936. Sin embargo, introdujo una notoria diferencia ya que no preceptúa tan sólo una prohibición, sino también el efecto de la contravención a las normas de orden público, con lo que, a no dudarlo, subordina el acto jurídico, que nace de la autonomía de la voluntad, al orden público.

Durante el proceso de reforma del Código Civil de 1936, Manuel de la Puente y Susana Zusman[14] formularon una propuesta en relación al orden público y expusieron que es más fácil sentir que definir el orden público, pero que se tiene consciencia de que él está ligado a un conjunto de normas que, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, no pueden ser apartadas por las convenciones y constituyen una barrera infranqueable a la voluntad individual. Y, en lo que se refiere a las buenas costumbres, expusieron que están ligadas a la conformidad que debe existir entre los actos humanos y la moral, que es cambiante, y que, por tanto, su apreciación tiene necesariamente que quedar librada al arbitrio del juez, quien debe fundarse en las normas morales que puedan ser aplicables en su momento.

La norma del art. V del Título Preliminar, que fue introducida por la Comisión Revisora modificando el Proyecto de la Comisión Reformadora[15], ha sido comentada por León Barandiarán[16], quien expuso que en lo que concierne al orden público "se trata de las decisiones legales establecidas con

(14) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T. I, pág. 70.
(15) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág. 4.
(16) Ibidem. T. IV, pág. 27.

carácter cogente, porque consagran y defienden ciertos intereses y fines sociales que el legislador quiere que sean respetados necesariamente. En el Derecho se da el encuentro de dos grandes principios, que son como los fundamentos ontológicos para el hombre en cuanto se haya inserto en el mundo del Derecho. Y estos dos principios son: la libertad y el orden. El sujeto jurídico puede actuar en su existencia con libertad, pues existe el axioma de que nadie está prohibido de hacer lo que la ley no le prohíbe. En consecuencia, funciona la llamada autonomía de la voluntad. El sujeto puede, en términos generales, celebrar pactos según su voluntad lo quiera. Pero esta libertad no es absoluta, pues ello representaría la arbitrariedad y esto no puede ser consentido por el Derecho, ya que aquélla es algo connaturalmente opuesto a éste. A esta virtud no se admiten pactos que se opongan a lo que la ley establece de un modo ineluctable; pues son contrarios al principio de un orden, y aquí el orden público, que para ciertos asuntos y cuestiones hace que la ley ponga un veto a la libertad de pactación, de modo, pues, que debe prevalecer necesariamente lo establecido por las normas respectivas con imperatividad forzosa". En el mismo comentario al art. V concluyó el maestro en que las buenas costumbres también constituyen un límite a la autonomía de la voluntad, puesto que con ellas "se quiere significar un elemento existencial acorde con la moral, entendida como la moral social, y ello corresponde a la apreciación que haga el Juez en su caso, tomando una posición axiológica. El Derecho resulta vinculado a la ética, en cuanto se determina que el pacto se ciña a las exigencias de la moral".

Como podemos apreciar, la noción de orden público, si bien se coordina con el principio de la autonomía de la voluntad, en el Código Civil vigente también prevalece sobre ella como no podría ser de otra manera, máxime si ella va a determinar la validez de todo acto jurídico, salvo que la propia ley establezca una sanción diversa a la nulidad (inc. 8 del art. 219) (Infra Nº 223.8).

Por lo demás, la Constitución Política vigente desde 1993 que consagra también los Derechos Fundamentales de la Persona, enumera, entre ellos, el de asociación en el inc. 13 de su art. 2, en cuanto a que su ejercicio no requiere de autorización previa pero que debe hacerse con arreglo a ley, y, el de contratar, en el inc. 14, siempre que se contrate con fines lícitos y que no se contravengan leyes de orden público, regulando este derecho en el precepto contenido en el art. 62, según el cual "la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato ...". Como no podía ser de otro modo, el apartado a) del inc. 24 del mismo art. 2, reitera el apotegma de que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe", lo que lleva a la conclusión de que el orden público debe emerger de las normas y que cuando éstas son prohibitivas deben ser expresamente taxativas.

La norma del art. V del Título Preliminar ha sido comentada por Marcial Rubio[17], quien, con agudeza, ha puesto en evidencia su redacción equívoca. Según Rubio, el acotado art. V en relación a las buenas costumbres debe interpretarse en el sentido de que "es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres" y no –como resulta de su texto– que "es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan a las buenas costumbres", pues según el texto sería necesario que las buenas costumbres estén recogidas en normas legales, en tanto que en la primera interpretación "la buena costumbre adquiere autonomía normativa y no será necesario que se halle recogida expresamente en la legislación", con lo que estamos de pleno acuerdo.

El Código Civil hace prevalecer, pues, el orden público sobre la autonomía de la voluntad, al extremo que el acto jurídico es nulo si su contenido le es contrario (Infra Nº 223.8), y aun su forma, cuando es prescrita por la ley (Infra Nº 223.6).

Por la misma prevalencia del orden público cuyas normas, por serlo, son de carácter imperativo, hace también que el Código haga prevalecer tales normas. Así, en materia contractual, por ejemplo, el art. 1354 permite a las partes determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo y, con este mismo acentuado carácter de prevalencia del orden público sobre la autonomía de la voluntad, el art. 1356 preceptúa que las disposiciones de la ley sobre los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas. Max Arias-Schreiber[18] en su exégesis de las normas citadas expone el mismo criterio.

De la confrontación entre la autonomía de la voluntad y el orden público en nuestro Código Civil, se pone de manifiesto que su ordenamiento se integra, de manera clara y terminante, con normas imperativas, con la noción de orden público incorporada a ellas *(ius cogens)*, que pueden ser preceptivas o prohibitivas, y con normas dispositivas *(ius dispositivum)*, que pueden ser interpretativas o supletorias. La autonomía de la voluntad permite constituir el acto jurídico y producir los efectos jurídicos queridos, pero siempre que no colisionen con las normas imperativas; las normas dispositivas amparan la autonomía de la voluntad, coadyuvando a su interpretación o supliendo los vacíos de la declaración.

Para terminar, consideramos conveniente dejar establecido que cuando una norma está impregnada de un carácter imperativo, por lo general ella misma advierte que el pacto que la contraríe tiene sanción de nulidad y,

(17) Para Leer el Código Civil III. Título Preliminar, pág.92.
(18) Código Civil Peruano de 1984. Exégesis. Contratos: Parte General, T. 1, págs. 101 y sigtes.

cuando quiere destacar que no tiene tal carácter, permite el pacto en contrario. Sin embargo, no toda norma cogente hace tal advertencia, por lo que para su interpretación hay que reparar si en su tenor usa las expresiones debe o deberá, lo que nos debe conducir a su carácter imperativo, pues si usa las expresiones puede o podrá no tiene ese carácter, y, a falta de expresión que permita interpretar el carácter de la norma, será necesario establecer su sentido en función de si interesa o no al orden público.

Capítulo IV

CLASIFICACION DEL ACTO JURIDICO

Capítulo IV

CLASIFICACION DEL ACTO JURIDICO

16. SENTIDO DE LA CLASIFICACION

Sin pretender abarcar toda la clasificación que del acto jurídico ha formulado la doctrina, vamos a establecer las distinciones que, en mayor medida, se suelen utilizar. Se aplicarán, así, los más importantes criterios para la clasificación del acto jurídico, reservando las características de un acto en particular para cuando se le estudie en relación a una figura jurídica concreta.

Debemos advertir que los criterios para la clasificación son oponibles entre los actos que quedan comprendidos dentro de uno de ellos, como, por ejemplo, los actos o son unilaterales o bilaterales (Infra Nº 17), *inter vivos* o *mortis causa* (Infra Nº 18), pero que los criterios de clasificación son concurrentes cuando se aplican a categorías distintas de actos, pues un mismo acto puede ser unilateral (Infra Nº 17), *mortis causa* (Infra Nº 18) y de forma prescrita (Infra Nº 19).

17. ACTOS UNILATERALES, BILATERALES Y PLURILATERALES

La distinción radica en el número de manifestaciones de voluntad que se requieren para la formación del acto jurídico. Si basta una sola manifestación de voluntad el acto es unilateral, si se requiere de la conjunción o confluencia de dos manifestaciones el acto es bilateral, y, si se requieren de más de dos el acto es plurilateral.

Es necesario aclarar que el criterio de distinción vincula la manifestación de voluntad a la parte o partes que celebran el acto jurídico y que la parte o las partes no están constituidas necesariamente por un solo sujeto, sino que pueden ser varios. De este modo, la unilateralidad, la bilateralidad y la pluri-

lateralidad no se determinan por el número de personas manifestantes de su voluntad, sino por el número de partes necesarias para celebrar el acto jurídico. Por ello, los términos usados en la distinción guardan conformidad con su significado etimológico, pues derivan del latín *lateralis*, lo que está al lado, y, así, unilateral viene de *ex uno latere*, bilateral de *ex duobus lateribus* y plurilateral de *ex pluribus lateribus*.

El acto unilateral se forma con la sola manifestación de voluntad de un sujeto, como por ejemplo el otorgamiento de un testamento, en el que el acto jurídico se forma con la sola voluntad del testador, que es la parte única en el acto testamentario. Sin embargo, la unilateralidad no depende de que la manifestación de voluntad provenga de una sola persona, pues es también unilateral el acto aun cuando la declaración provenga de una pluralidad de sujetos, como es el caso del acuerdo adoptado por un conjunto de personas que expresan su voluntad de constituir una asociación, o por un conjunto de personas que integran un cuerpo colegiado, sea una Junta Directiva o un Directorio, ya que el acto jurídico constitutivo de la asociación o el acuerdo adoptado, se celebra por una sola parte constituida por todos los manifestantes de la voluntad. Por lo expuesto, el acto unilateral puede ser simple o complejo, según se forme con una declaración singular, como en el acto testamentario, o, según se forme con la intervención de varias voluntades individuales, todas orientadas en un mismo sentido, como en el caso del acto constitutivo de una asociación o en el acuerdo adoptado por una Junta Directiva o por un Directorio.

Los actos unilaterales es necesario distinguirlos también en recepticios y no recepticios, según la manifestación se dirija o no a persona determinada. Así, es recepticio el reconocimiento de una obligación (art. 1205 del Código Civil), pues la manifestación de voluntad se dirige a la persona que se reconoce como acreedor y con ella se ha entablado la relación jurídica; es no recepticio, por ejemplo, la promesa de pública recompensa (art. 1959 del Código Civil), pues la manifestación de voluntad se dirige a personas indeterminadas y por ello no se entabla la relación jurídica hasta que no aparezca de manera determinada la persona que, habiendo cumplido con la prestación, puede exigir la recompensa.

El acto bilateral se forma con la confluencia de dos manifestaciones de voluntad, cuyos respectivos manifestantes se constituyen en las correspondientes partes, como en el contrato de compraventa, que se forma con la confluencia de las voluntades del vendedor y del comprador, o, como en el matrimonio, que requiere de la confluencia de la voluntad de los contrayentes que la manifiestan para constituirse en cónyuges.

El acto bilateral es, genéricamente, una convención y cuando ésta tiene un contenido patrimonial y va a servir de fuente de obligaciones deviene en

contrato. De este modo, todo contrato es una convención pero no toda convención es un contrato, aunque sí toda convención es un acto jurídico sin que todo acto jurídico sea una convención. La convención es, pues, una especie de acto jurídico, como el contrato es una especie de la convención. Así, en los ejemplos propuestos, el matrimonio es una convención, la compraventa es un contrato y ambos son actos jurídicos. Pero no todo contrato es siempre un acto bilateral, pues puede también ser plurilateral, conforme a la noción contenida en el art. 1351 del Código Civil, que lo conceptúa como "el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

El acto plurilateral deriva, precisamente, de la noción de contrato que contiene el acotado art. 1351 y que ha sido tomada del art. 1321 del Código Civil italiano. En relación al acto plurilateral no existe un criterio uniforme en la doctrina, pues mientras un sector lo asimila a los actos bilaterales, otro sector, particularmente la doctrina italiana, pretende darle una categoría distinta, que es la que ha adoptado nuestro Código Civil.

En atención a la fuente del acto o negocio plurilateral queremos explicarla en opinión de autores italianos. Así, Messineo[1] considera el negocio plurilateral como el que resulta de más de dos declaraciones simultáneas de voluntad y que produce efectos para todas las partes, caracterizándolo porque las declaraciones de voluntad van dirigidas por cada parte a cada una de las demás, por la interdependencia de las declaraciones, por la finalidad propia de cada declaración –lo que lo distingue del acto unilateral complejo en el que las declaraciones tienen una finalidad común– y por la multiplicidad de efectos que produce, los mismos que recaen sobre todas las partes. Para Barbero[2], el negocio plurilateral se caracteriza porque cada una de las partes manifiesta su propia intención a cada una de las otras, cuya intención es diferente, lo que también es una nota distintiva de los actos unilaterales complejos.

Con las ideas expuestas, pueden considerarse actos plurilaterales en el Código Civil, *ad exemplum*, la cesión de posición contractual (art. 1435) y el subarrendamiento (art. 1692), en cuanto que tales actos deben celebrarse con las manifestaciones de voluntad de no menos de tres partes, pues en el primero intervienen una parte cedente, una parte cesionaria y una parte cedida, y, en el segundo, una parte arrendadora, una parte arrendataria y una o más partes subarrendatarias.

(1) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 343.
(2) Sistema de Derecho Privado. T.I, pág. 488.

18. ACTOS ENTRE VIVOS Y POR CAUSA DE MUERTE

La distinción radica según el acto jurídico deba producir sus efectos en vida de las personas que lo celebraron o al producirse su muerte. Los actos por causa de muerte, en realidad, se resumen en el acto testamentario, pues todos los demás actos jurídicos son entre vivos.

Es necesario precisar que los actos *mortis causa* no son aquellos que se hacen depender del fallecimiento de una persona, como podría ser, por ejemplo, un contrato de seguro de vida, pues este acto produce sus efectos desde su celebración, ya que el asegurado debe pagar la prima estipulada y es a su muerte que el asegurador debe pagar el monto del seguro a los beneficiarios designados. Por ello, sólo debe entenderse como acto *mortis causa* cuando la muerte es la generadora de todos los efectos jurídicos, es decir, cuando éstos se producen como consecuencia de tal acontecimiento. De ahí, que el acto testamentario sea el único acto *mortis causa*, pues con dicho acto el testador dispone de sus bienes y ordena su propia sucesión dentro de los límites de la ley, pudiendo además dictar otras disposiciones, sean o no de caracter patrimonial (art. 686 del Código Civil).

19. ACTOS DE FORMA PRESCRITA Y DE FORMA VOLUNTARIA

La distinción radica según que la ley prescriba las formalidades o las deje libradas a la voluntad de las partes.

La ley precisa, para determinados actos, que éstos se revistan de formalidades. Estos son los actos de forma prescrita, formales o solemnes, a diferencia de aquéllos para los cuales la ley no señala formalidades y la adopción de éstas depende de la voluntad de los celebrantes. Así, en el Código Civil, son formales, entre muchos otros, el matrimonio (arts. 248 y sigtes.), el testamento (arts. 691 y sigtes.) y las donaciones de bienes muebles de valor considerable (art. 1624) o la donación de bienes inmuebles (art. 1625), porque para todos estos actos jurídicos la ley prescribe formalidades. Son de forma voluntaria, de forma no prescrita, no formales o no solemnes, en el Código Civil, también entre muchos otros, los esponsales (art. 239), la compraventa, que es, tradicionalmente, un contrato consensual, o la donación de bien mueble de escaso valor (art. 1623).

Como hemos visto, a los actos de forma prescrita se les llama también formales o solemnes y, a los de forma voluntaria, actos de forma no prescrita, no formales o informales, no solemnes o consensuales. Hemos preferido enfatizar la denominación de actos de forma prescrita y de actos de forma voluntaria, pero debemos advertir sobre el equívoco que puede suscitar la segunda denominación, ya que todo acto tiene forma independientemente

de la voluntad de las partes, pues no existen actos sin forma. Lo que ocurre es que la ley delega en las partes la adopción de la forma, las que en ejercicio de la autonomía de su voluntad deciden revestir el acto de las formalidades que juzguen convenientes en pro de su certeza y seguridad. De ahí, la importancia de enfatizar que la distinción, su fundamento *divisionis*, radica, únicamente, según la ley prescriba o no una formalidad específica.

De la forma se tratará más adelante, cuando nos detengamos en ella como requisito de validez del acto jurídico (Infra Nº 57).

20. ACTOS NOMINADOS E INNOMINADOS.

La distinción radica según los actos reciban o no un *nomen iuris*, puedan estar o no previstos en la ley y que, como consecuencia de estar previstos, les sea aplicable un régimen legal determinado. Con este mismo criterio se distingue también a los actos jurídicos en típicos y atípicos.

Son actos jurídicos nominados, en el Código Civil, por ejemplo, el matrimonio, el testamento, la compraventa, la donación, el mutuo y, en general, todos los actos jurídicos a los cuales la ley les reserva un *nomen iuris.*

Lo mismo no ocurre con los actos innominados, en relación a los cuales no existe la posibilidad de dar ejemplos pues, como es obvio, si se les presentara con una nominación dejarían de ser innominados. Pero es importante destacar que es en los actos innominados donde se pone de manifiesto, con mayor vigor, la autonomía de la voluntad, pues quienes celebran un acto jurídico de estas características determinan los efectos que deben producir y sus alcances. Como señaló León Barandiarán[3], su amparo legal radica en el respeto que se merece la voluntad humana como fuente generadora de efectos jurídicos.

Tradicionalmente se han considerado como actos innominados a las convenciones *do ut des, do ut fascias, fascio ut des* y *fascio ut fascias,* que en nuestro Derecho han dejado de ser actos innominados pues el Código Civil las considera modalidades de la prestación de servicios y las ha sometido a su régimen legal (art. 1757). Sin embargo, el mismo Código Civil ha previsto la existencia de contratos innominados y los somete a las reglas generales de los contratos (art. 1353).

(3) Acto Jurídico, pág. 45.

21. ACTOS CONSTITUTIVOS Y DECLARATIVOS

La distinción radica según los efectos del acto jurídico sean o no constitutivos de derechos o deberes desde su celebración.

El acto constitutivo es el que genera efectos jurídicos dando creación a derechos o deberes, o a ambos, desde el momento de su celebración, los que rigen a partir de entonces y para el futuro, como ocurre con la adopción, a partir de la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea (art. 377), o, la compraventa, a partir de la cual surgen las obligaciones para el vendedor de transferir la propiedad del bien al comprador y, para éste, de pagar su precio en dinero (art. 1529), o el mutuo disenso, a partir del cual las partes que han celebrado un acto jurídico lo dejan sin efecto (art. 1313).

El acto declarativo es el que reconoce derechos y deberes ya existentes, esto es, anteriores a su celebración, y, por eso, sus efectos jurídicos son retroactivos, como ocurre con el reconocimiento de un hijo extramatrimonial o el reconocimiento de una obligación.

22. ACTOS SIMPLES Y COMPUESTOS

La distinción radica según generen una relación jurídica de una misma naturaleza o varias relaciones jurídicas de distinta naturaleza.

El acto simple es el que origina una relación jurídica sin complejidades, como la relación originada por el contrato de compraventa, que genera una relación obligacional entre el vendedor y el comprador.

El acto compuesto es el que origina una relación jurídica compleja, como la relación conyugal originada por el matrimonio que tiene aspectos de naturaleza patrimonial, como los deberes y derechos que dimanan de la sociedad de gananciales y los alimentarios, y de naturaleza no patrimonial, como son los deberes de fidelidad y de asistencia.

23. ACTOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS

La distinción radica según los actos estén o no vinculados por una relación que genera dependencia. Su importancia radica en la aplicación de la regla *accesorium sequitur principale.*

El acto principal es el que puede existir por sí mismo, pues no está en una relación de dependencia respecto de otro y a él no le es aplicable la re-

gla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, como es el caso de cualquier acto jurídico que no sea accesorio de otro.

El acto accesorio es el que para existir requiere de otro que le es principal y con el que está vinculado en una relación de dependencia, siéndoles de aplicación la regla *accesorium sequitur principale*. Existen actos propiamente accesorios, por naturaleza, como son los constitutivos de garantías, pues éstas no pueden subsistir sin una obligación que se mantenga válida y vigente como lo dispone el Código Civil para la fianza (art. 1875), la prenda (art. 1062), la anticresis (arts. 1091 y 1096) o la hipoteca (arts. 1097 y 1099, inc. 2).

24. ACTOS PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES

La distinción radica según los actos tengan por contenido intereses de orden económico, pecuniario o patrimonial, o que no lo tengan, o que por lo menos y en lo fundamental, su contenido no tenga relación a tales intereses, como es el caso del matrimonio, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial o la adopción.

Esta clasificación es de gran latitud. Los actos jurídicos, como las clasificaciones anteriormente consideradas, están dentro de esta dicotomía, en una u otra, pues o son patrimoniales o son no patrimoniales.

La gama de actos patrimoniales es mayor que la de los no patrimoniales, pues comprende a todos los contratos y a los actos relacionados a los derechos reales, a los creditorios u obligacionales y a los participatorios, así como a los actos relacionados a los derechos de familia y sucesorios, cuando tienen una significación económica o apreciable en dinero. Por ello, dan lugar a las clasificaciones que siguen.

25. ACTOS DE DISPOSICION, DE OBLIGACION Y DE ADMINISTRACION

La distinción radica según los actos transmitan la propiedad, la posesión u otros derechos reales, o que sirvan para generar obligaciones, o correspondan al cuidado y conservación de bienes o de un patrimonio. La distinción es importante y para aplicarla debe tomarse en consideración que el Código Civil ha superado la tradicional clasificación de los contratos en reales y consensuales, y ha adoptado posición definitoria respecto de los contratos en cuanto que éstos son fuentes de obligaciones.

Con la advertencia hecha, son actos de disposición los que transmiten la propiedad de un bien, mueble o inmueble, extinguiéndose el derecho para quien lo celebra, por lo que también quedan comprendidos dentro de estos

actos aquellos que son extintivos de obligaciones, como la condonación (art. 1295) o abdicativos de derechos, como la transacción (art. 1302). Por eso, se distinguen los actos de disposición en traslativos o enajenativos, cuando con ellos se transfiere la propiedad de un bien, y en constitutivos, cuando con ellos se extingue una obligación o se da creación a un nuevo derecho.

Si bien son actos de características distintas, el Código Civil asimila a los actos de disposición los actos de gravamen, que son aquellos con los cuales se afectan bienes en garantía real, sea prendaria (art. 1055), anticrética (art. 1091) o hipotecaria (art. 1097).

Son actos de obligación aquellos por los cuales una persona, que se constituye en deudora, se obliga a una prestación de dar, de hacer o de no hacer en favor de otra, que se constituye en acreedora. Los actos que generan obligaciones de dar pueden tener implicancia con los actos de disposición. Los actos que generan obligaciones de hacer y de no hacer son típicos actos de obligación.

Son actos de administración aquellos que se orientan al cuidado y conservación de bienes o de un patrimonio y en cuya ejecución se puede llegar a la celebración de actos de disposición o de obligación, siempre que tales actos correspondan a la gestión normal y ordinaria del cuidado y conservación de los bienes o del patrimonio. Se comprenden dentro de estos actos los que tienen por finalidad hacer producir a los bienes o al patrimonio sus frutos (arts. 890 y 891) y sus productos (art. 894).

26. ACTOS ONEROSOS Y GRATUITOS

La distinción radica según se generen prestaciones para ambas partes o para una sola de ellas. La clasificación queda comprendida dentro de los actos de obligación.

Los actos onerosos son de prestaciones recíprocas, pues a la prestación debe seguir una contraprestación y, lo que es prestación para una de la partes es contraprestación para la otra, como ocurre con la compraventa, en la que el vendedor y el comprador asumen sus respectivas prestaciones y que deben cumplir en reciprocidad: el vendedor la de dar el bien que vende y el comprador la de pagar el precio pactado. Se les llama también actos sinalagmáticos, en razón, precisamente, de la reciprocidad de derechos y de obligaciones que generan.

A los actos onerosos, en doctrina ya superada, se les consideraba actos bilaterales en razón de la reciprocidad de las prestaciones, pero la doctrina

actual ha reservado la bilateralidad para los actos que requieren de la confluencia de dos voluntades (Supra Nº 17).

Los actos gratuitos son aquellos en los que sólo una de las partes se obliga al cumplimiento de una prestación, sin contraprestación, como ocurre con la donación, en la que sólo el donante se obliga a la prestación consistente en la entrega del bien que dona.

A los actos gratuitos se les llama también actos de liberalidad, pues la parte que asume la prestación libera a la otra de la prestación que pudiera corresponderle. Se les distingue en actos de beneficencia, cuando se trata de un desplazamiento patrimonial que implica empobrecimiento para una de las partes y enriquecimiento para la otra, como ocurre con la donación, y, en actos simplemente desinteresados, cuando se trata de una prestación consistente en un servicio o en la ejecución de una prestación que, sin disminuir patrimonialmente a la parte que la hace, la otra se favorece, como ocurre con un servicio no remunerado.

La clasificación de los actos en onerosos y gratuitos no determina que los actos, por sus características, sean de una u otra clase, necesariamente. Un acto oneroso puede devenir en gratuito, como, por ejemplo, un mutuo en el que se pacta que no se abonarán intereses (art. 1663 del Código Civil). Pero lo más importante de la clasificación radica en los efectos frente a terceros, pues un acto gratuito está más expuesto a la impugnación por éstos, que un acto oneroso; los actos onerosos confieren un derecho más firme y mejor defendible, pues los gratuitos confieren un lucro, por lo que al contraponerse el lucro al daño que pueda causar la liberalidad se debe sacrificar el lucro para evitar el daño, conforme al aforismo romano que constituye un principio general de Derecho.

27. ACTOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS

La clasificación queda comprendida dentro de los actos onerosos, radicando la distinción en las características de las prestaciones.

Acto conmutativo es el acto oneroso en el cual las prestaciones recíprocas tienen una relación de equivalencia y no existe incertidumbre en cuanto a una de las prestaciones o de ambas, por cuanto su factibilidad puede preverse desde el momento mismo de la celebración, como en la compraventa, cuando existe una relación de equivalencia entre el bien que se vende y el precio que se paga, y cuando es previsible la factibilidad de las prestaciones.

Por el contrario, es aleatorio el acto oneroso que implica un riesgo que afecta la equivalencia de las prestaciones que las partes deben cumplir, al

ser imprevisible el beneficio o pérdida que el acto puede reportar, como, en el Código Civil, es el caso de la venta de bien futuro (arts. 1534 y 1535) y de la venta de la esperanza incierta (art. 1536). Existen, además, actos típicamente aleatorios, como el contrato de juego y de apuesta (art. 1942).

28. ACTOS DE EJECUCION INMEDIATA Y DE EJECUCION CONTINUADA

La distinción radica en la oportunidad del cumplimiento de las prestaciones, sea el acto oneroso o gratuito.

El acto de ejecución inmediata o instantánea es aquel en el que las prestaciones deben ser cumplidas o ejecutadas en el momento mismo de su celebración, ejecutándose plenamente, como es el caso de la compraventa, en la que se pacta que el precio se pague conjuntamente con la entrega del bien en el momento mismo de su concertación.

El acto de ejecución continuada o de tracto sucesivo es aquel en el que las prestaciones deben ser cumplidas o ejecutadas periódicamente, luego de su celebración, como es el caso de la venta a plazos o del arrendamiento de bienes con renta pactada para ser pagada periódicamente.

29. ACTOS PUROS Y MODALES

La distinción radica según los actos jurídicos pueden o no admitir la inserción de una modalidad (Infra Nº 122).

Es puro el acto cuya eficacia no puede quedar sometida a una modalidad, sea ésta una condición (Infra Nº 123) o a un plazo (Infra Nº 129), ni se le puede imponer un cargo (Infra Nº 138), como ocurre con el matrimonio, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, la adopción y, en general, los actos no patrimoniales que deben ser necesariamente puros.

Es modal el acto cuya eficacia puede someterse a una modalidad, sea a una condición o a un plazo, o al que se le pueda imponer un cargo, como puede ocurrir con la compraventa, el arrendamiento y, en general, con los actos patrimoniales, con la advertencia de que el cargo sólo es posible imponerlo en los actos de disposición cuando son gratuitos.

Capítulo V

ESTRUCTURA DEL ACTO JURIDICO

Capítulo V

ESTRUCTURA DEL ACTO JURIDICO

30. LOS ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA

El acto jurídico, si bien, como concepto amplio y general, es una abstracción jurídica, no por ello deja de requerir de una estructura, la cual, por serla, requiere también de componentes. La doctrina no ha uniformizado criterios para la denominación de estos componentes, aunque la más generalizada es la de elementos, que es la que nosotros vamos a usar.

En el desarrollo que viene vamos, entonces, a considerar la estructura del acto jurídico en base a sus elementos, los cuales se distinguen en tres órdenes: esenciales, naturales y accidentales, que, por lo demás, constituyen su clasificación tradicional, aunque ya cuestionada por la doctrina moderna como veremos al ocuparnos de cada uno de ellos. Es con esta reserva que emprendemos su consideración.

31. LOS ELEMENTOS ESENCIALES

Los elementos esenciales, los *essentiala negotii*, son los componentes imprescindibles que le dan carácter definitorio al acto jurídico, o sea, que han de estar presentes para que el acto jurídico alcance existencia jurídica, sin que la autonomía de la voluntad pueda soslayarlos o enervarlos. Todo acto jurídico los necesita como requisitos para su validez y eficacia.

Pero, además, es necesaria la presencia de otros elementos que son también esenciales, pero en relación a cada acto jurídico en particular. Estos elementos son los que permiten que el acto jurídico abstracto se convierta en un acto jurídico concreto y para que éste pueda alcanzar su nominación

(Supra Nº 20) y diferenciarse de los demás. Enneccerus[1], por eso, considera elementos esenciales tanto a los que integran el negocio en abstracto como a los que hacen del mismo un negocio de una especie determinada y sin los cuales o no habría negocio o el negocio sería de otra especie.

De lo expuesto, deben distinguirse dos clases de elementos esenciales: los de carácter general y los de carácter especial. Los primeros son imprescindibles en la formación del acto jurídico y su presencia es indispensable en la generalidad de los actos jurídicos; los segundos, lo son para cada acto jurídico en particular, para que adquieran su concreción, por lo que también se les llama elementos constitutivos.

A los elementos esenciales de carácter general el Código Civil los llama requisitos de validez (art. 140) y vienen a ser la manifestación de voluntad, la capacidad, el objeto, la finalidad y la forma, todos los cuales van a ser materia de desarrollo (Infra Nº 34).

A los elementos esenciales de carácter especial o elementos constitutivos se les requiere en relación a cada categoría de acto jurídico, pero deben concurrir con los elementos esenciales de carácter general. Así, por ejemplo, todo acto jurídico requiere para su validez de manifestación de voluntad emitida por sujetos con capacidad, que su objeto sea posible, que su finalidad sea lícita y que se observe la forma prescrita, cuando es prescrita bajo sanción de nulidad, pero, para que el acto sea un contrato de compraventa, requiere de sus elementos constitutivos, esto es, de un bien que se venda y de un precio que deba ser pagado. El desarrollo de estos elementos no corresponde a la Teoría del Acto Jurídico sino al de los actos jurídicos integrados a las diversas instituciones jurídicas.

32. LOS ELEMENTOS NATURALES

Los elementos naturales, los *naturalia negotii*, son los que están ínsitos en la naturaleza de un acto concreto y determinado, de manera tal que el Derecho Objetivo se los atribuye aun cuando las partes no los hayan incluido. Su presencia en el contenido de un acto jurídico concreto y determinado con prescindencia de la voluntad de las partes es lo que los hace elementos naturales, esto es, que sean correspondientes a la naturaleza de un acto jurídico, como ocurre con las obligaciones de saneamiento que, según el Código Civil, son inherentes a los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien (art. 1484), o, con los intereses, que son inherentes a los contratos de mutuo dinerario (art. 1663).

(1) Tratado de Derecho Civil. T. 1, Parte General II. Vol. II, pág. 600.

A estos elementos la doctrina no los considera ya como componentes propios de la estructura del acto jurídico. Como señala Messineo[2], por tradición se les suele considerar, pues no son verdaderos y propios elementos, sino más bien efectos implícitos de determinados negocios. Según Coviello[3], son las consecuencias que derivan de la misma naturaleza jurídica de un negocio determinado establecidas por la ley.

No obstante que es la ley la que reconoce la presencia de estos elementos, la autonomía de la voluntad tiene un amplio margen, pues las partes pueden separarlos del contenido del acto jurídico sin que su separación afecte su validez, como puede ocurrir con las obligaciones de saneamiento (art. 1489) o con los intereses del mutuo (art. 1663).

Los elementos naturales se diferencian de los elementos esenciales en que éstos deben concurrir necesaria e imprescindiblemente en la formación del acto jurídico, lo que no ocurre con los elementos naturales, los cuales, como acabamos de ver, son separables sin que su separabilidad afecte la validez y existencia del acto jurídico.

El desarrollo de estos elementos no corresponde a la Teoría del Acto Jurídico y por eso no los vamos a seguir considerando.

33. LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES

Los elementos accidentales, los *accidentalia negotii*, son incorporados al acto jurídico por voluntad de las partes, en ejercicio de su autonomía, pero siempre que no se desvirtúe la esencia o naturaleza del acto y no exista prohibición de la ley.

Por eso, los actos jurídicos a los cuales se pueden incorporar estos elementos vienen a ser los actos modales (Supra Nº 29).

Los elementos accidentales se diferencian tanto de los elementos esenciales como de los elementos naturales, precisamente porque son ajenos al acto jurídico, tanto por no requerirlos para su existencia y validez como por no ser ínsitos a su naturaleza, ya que su presencia en el acto se origina única y exclusivamente en la voluntad de las partes. Sin embargo, tienen una característica muy propia y es que una vez incorporados al acto jurídico, si se trata de una condición o de un plazo, la eficacia del acto les está supeditada, al extremo que se convierten en requisitos para que el acto jurídico

(2) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 356.
(3) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 364.

produzca sus efectos, por lo que es acertado el apunte de Cifuentes[4] en cuanto los califica como elementos accidentales *in abstracto* con respecto a todos los negocios jurídicos en los cuales es posible incorporarlos, pero esenciales *in concreto*, una vez incorporados al negocio querido.

A los elementos accidentales el Código Civil los denomina modalidades y considera como tales a la condición, el plazo y el cargo, de los cuales nos ocuparemos más adelante (Infra Nº 122).

(4) Negocio Jurídico, pág. 138.

Capítulo VI

LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTO JURIDICO

Capítulo VI

LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTO JURIDICO

34. PRESENTACION

Como ya lo hemos advertido al ocuparnos de la estructura del acto jurídico, a los elementos esenciales de carácter general (Supra Nº 31), el Código Civil les da la denominación de requisitos de validez, y ellos son aplicables a la generalidad de los actos jurídicos, sin excepción.

Ahora bien, el acto jurídico, en su concepto general, es, según la noción incorporada al art. 140 del Código Civil, la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, requiriendo para su validez, de agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Atendiendo, entonces, a la norma contenida en el acotado art. 140, los requisitos de validez del acto jurídico, y, en consecuencia de todos los actos jurídicos, son: (a) la manifestación de voluntad, (b) la capacidad de los sujetos para emitirla, (c) la posibilidad de su objeto y su determinabilidad, (d) su fin o finalidad lícita y (e) la observancia de la forma cuando ha sido prescrita bajo sanción de nulidad.

I

LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD

35. PREMISA

La voluntad constituye la esencia misma del acto jurídico, pero sólo por la manifestación el sujeto la hace conocer. La conjunción de la voluntad y su manifestación es el resultado de un proceso que va de lo subjetivo a lo objetivo, de la voluntad interna a la voluntad exteriorizada, esto es, a la manifestación de voluntad.

Si, como se ha expresado, la voluntad del sujeto constituye la esencia misma del acto jurídico, la falta de ella hace que el acto no llegue a ser tal y, por más relevancia jurídica que el hecho jurídico pueda alcanzar, se queda sólo en hecho. Pero la voluntad sola no es suficiente, pues necesita de su manifestación y que entre ambas exista una imprescindible correlación, y, además, que la manifestación responda a la verdadera y real intención del sujeto y que, entre lo que éste manifiesta y lo que quiere, exista también una imprescindible correlación. Es así como se genera el acto jurídico.

36. EL PROCESO FORMATIVO DE LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD

La manifestación de voluntad se forma, como acabamos de indicar, como resultado de un proceso que, desde luego, sólo lo vamos a considerar desde la perspectiva del Derecho. Se trata, entonces, de estudiar la voluntad como fenómeno jurídico y considerar el proceso que implica llegar a su manifestación, que se inicia al interior del sujeto y concluye con la exteriorización de la voluntad interna.

La voluntad no manifestada no interesa al Derecho. Pero en la medida en que la voluntad pueda producir un hecho jurídico es incuestionable que se torna relevante para el Derecho. Sin embargo, como señala Aguiar[1], el Derecho considera el aspecto interno como presupuesto de la manifestación de la voluntad, pues se requiere que el primero sea causa de la segunda, de tal modo que haya conformidad entre la voluntad en sí misma con su manifestación y que entre ellas exista una relación de causa a efecto.

Planteado el proceso formativo de la manifestación de la voluntad y con-

(1) Hechos y Actos Jurídicos. T.I. La Voluntad Jurídica, pág. 39.

siderando el entroncamiento de nuestra codificación civil a partir de 1936 con el Código Civil argentino (Supra Nº 3.5.b), vamos a tomar en consideración su art. 879[*] en cuanto a la formación de la voluntad interna, que es el presupuesto básico de la manifestación. Es así que distinguiremos tres fases: (a) el discernimiento, (b) la intención y (c) la libertad.

36.1. El discernimiento

El discernimiento es la aptitud para percibir o distinguir las diferencias en relación a aquello que guarda conformidad con nuestra conveniencia o sentido moral. Es, pues, una aptitud que nos permite diferenciar lo que nos conviene de lo que no nos conviene, de lo que nos interesa de lo que no nos interesa, de lo que es bueno de lo que es malo, y, en general, de lo que nos hace actuar con entendimiento y desarrollar nuestra inteligencia.

La codificación civil le da especial relevancia al discernimiento, pues lo toma como factor para la determinación de la capacidad de ejercicio. La misma relevancia también se la da la doctrina, de la que tomamos algunas ideas desarrolladas por autores argentinos. Así, según Aguiar[2] el discernimiento es un estado de consciencia determinado por el desarrollo intelectual del individuo que, invistiéndolo de la facultad de conocer en general, lo coloca en condición de formar un juicio por medio del cual percibe y declara la diferencia que existe entre varias cosas, de apreciar y de juzgar sus actos y los ajenos, o, en términos más simples, de distinguir los diversos actos en sus diferentes categorías. Arauz Castex y Llambías[3] lo definen como la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas, concluyendo en que es la versión jurídica del entendimiento o inteligencia. Brebbia[4] lo considera como la facultad para conocer la realidad y poder decidir entre diversas posibilidades. Para Cifuentes[5] es la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias.

Como puede apreciarse, pues, el discernimiento es inherente a la racionalidad del ser humano y por eso es el presupuesto de su capacidad de ejercicio (Infra Nº 47.3).

(*) Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.
(2) Ibídem, pág. 51.
(3) Derecho Civil. T.II, pág. 101.
(4) Hechos y Actos Jurídicos, pág. 47.
(5) Negocio Jurídico, pág. 37.

36.2. La intención

La intención es la determinación orientada a la consecución de una finalidad prevista por el sujeto, esto es, el propósito deliberado de celebrar el acto jurídico y producir sus efectos. Es complemento del discernimiento, pues todo acto jurídico celebrado con discernimiento se considera intencional.

Sin embargo, es conveniente precisar lo que debe entenderse por intención y para ello recurrimos nuevamente a la doctrina argentina. Así, Aguiar(6) lo precisa como el querer realizar un acto con consciencia de sus consecuencias en el momento de su realización y que no debe confundirse el discernimiento con la intención ya que, recíprocamente, uno es el presupuesto del otro. Para Brebbia(7) hay intención cuando se ha realizado el acto tal como se pensó llevarlo a cabo y la diferencia del discernimiento en cuanto que éste es la aptitud para conocer en general, mientras que la intención es el conocimiento aplicado a la realización de un acto concreto.

La intención es, pues, la función del conocimiento que permite al sujeto tomar consciencia del acto jurídico que celebra y sus efectos. Desde luego, que debe estar exento de malicia y de propósito engañoso. La intención debe ser necesariamente sana y, por ello, debe presumirse que los efectos del acto responden a la intención del sujeto, salvo que éste produzca una manifestación de voluntad que no quiere.

36.3. La libertad

La libertad es la espontaneidad que debe existir para tomar la decisión de celebrar el acto jurídico. Es la determinación, la facultad de elección, como consecuencia del discernimiento y de la intención.

La libertad la conceptúa Aguiar(8) como libertad de resolución, en cuanto el agente se decide a celebrar el acto jurídico por motivos que le son privativos y la distingue en libertad moral y en libertad física: ésta es la realización exterior de la decisión, mientras que aquélla es lo que lleva a decidirse al sujeto en su ámbito subjetivo. Para Brebbia(9) hay libertad cuando el agente puede elegir espontáneamente entre varias determinaciones y realiza el acto jurídico sin coacción externa.

(6) Hechos y Actos Jurídicos. I. La Voluntad Jurídica, págs. 72 y 73.
(7) Hechos y Actos Jurídicos, pág. 48.
(8) Hechos y Actos Jurídicos. I. La Voluntad Jurídica, pág. 76.
(9) Hechos y Actos Jurídicos, pág. 49.

37. LA VOLUNTAD Y SU MANIFESTACION

La voluntad interna, una vez formada, debe exteriorizarse y por eso viene a ser el sustrato de la manifestación. La voluntad interna, también llamada voluntad real, conjugada con el discernimiento, la intención y la libertad, no es suficiente para la formación del acto jurídico pues éste requiere de su exteriorización mediante la manifestación. La voluntad interna contenida en la manifestación se constituye en la voluntad propiamente jurídica o, si se prefiere, jurígena. Sin embargo, entre la voluntad interna y su manifestación pueden presentarse divergencias, sea porque el sujeto carece de discernimiento por ser un incapaz absoluto; o porque, teniendo discernimiento, ha incurrido espontáneamente en error al formar su voluntad interna o al manifestarla, o ha sido dolosamente inducido a error, o porque ha sido coaccionado o violentado impidiéndosele que correlacione su voluntad interna con su manifestación, todo lo cual lo desarrollaremos al ocuparnos de los vicios de la voluntad (Infra Nº 170). También pueden presentarse divergencias cuando deliberadamente el sujeto no correlaciona su voluntad interna con su manifestación porque de lo que se trata es de simular el acto jurídico que se celebra, lo que desarrollaremos al ocuparnos de la simulación (Infra Nº 147).

La voluntad y su manifestación, entonces, para que le confieran plena validez al acto jurídico requieren de seriedad, es decir, que estén deliberadamente correlacionadas por el sujeto, y sin factores perturbadores que produzcan su distorsión. Sin embargo, la relación entre la voluntad y su manifestación plantea cuestiones que deben resolverse, como cuando la voluntad interna no coincide con la manifestada, lo que corresponde a la problemática de la interpretación del acto jurídico (Infra Nº 112), o, cuando es necesario determinar el momento desde el cual se produce el efecto vinculante de la manifestación, lo que consideraremos más adelante (Infra Nº 41).

38. LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD

La manifestación de voluntad, como ya lo hemos advertido en la premisa, es la esencia misma del acto jurídico y por eso la noción incorporada al art. 140 del Código Civil lo conceptúa como una manifestación de voluntad. De este modo, la manifestación no es sólo un requisito de validez sino que es el acto jurídico mismo.

La relevancia de la manifestación de voluntad es tal que, como bien lo puntualizó León Barandiarán[10], ningún acto puede tener el carácter de vo-

(10) Acto Jurídico, pág. 71.

luntario sin un hecho exterior en que la voluntad se manifieste, pues el Derecho no es psicología ni es investigación agnóstica en el campo de la consciencia; el Derecho fundamentalmente mira hacia el lado externo, hacia la conducta exteriorizada del agente y, por eso, es indispensable detenerse en la manifestación de la voluntad en cuanto generadora del acto jurídico. El negocio jurídico se forma, ha señalado Coviello[11], cuando la voluntad se manifiesta.

Sin embargo, es conveniente precisar lo que el Código Civil quiere dar a entender como manifestación de voluntad y el fundamento por el cual, no estando en la enumeración del art. 140, la consideramos un requisito de validez.

La manifestación de voluntad consiste en dar a conocer, por cualquier medio que la exteriorice, la voluntad interna. Se trata de un comportamiento que recurre a la expresión verbal o a la expresión escrita, y aun a cualquier otro medio expresivo, que puede ir desde la expresión mímica hasta una conducta concreta, siempre que denote la voluntad del sujeto. Manifestar la voluntad es, pues, exteriorizarla por cualquier medio. De ahí, que el ámbito de la manifestación sea muy amplio y su concepto dé cabida a cualquier otra manera de exteriorizar la voluntad, incluyendo a la declaración.

En efecto, en la doctrina que preconiza el negocio jurídico se le da a la declaración un sentido especial, como un medio de comunicación de la voluntad que se vale de la expresión oral o escrita, y también de cualquier otro medio o instrumento expresivo, para hacerla conocer a otro u otros sujetos, determinados o no, respecto de una cuestión concreta. Y, al lado de las declaraciones se reconocen también las conductas expresivas, *facta concludentia,* que también constituyen medios de exteriorizar la voluntad pues permiten deducir la voluntad de un sujeto encaminada a la producción de un efecto jurídico.

El Código Civil ha optado por la adopción de la manifestación de voluntad y no de la declaración, por lo que para establecer su significado es necesario también acudir a los antecedentes del art. 140 durante el proceso de reforma del Código de 1936, ya que no los tiene en la codificación anterior.

La manifestación de voluntad, como expresión, fue adoptada por la Comisión Revisora[12]. La Comisión Reformadora no planteó una noción de acto jurídico y sólo señaló los requisitos para su validez, considerando entre tales el consentimiento, y sólo a partir del Anteproyecto De la Puente-Zusman,

(11) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 384.
(12) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, págs. 139 y 140.

lo cambió por declaración de voluntad, la que fue explicada por sus proponentes[13] en el sentido de que la entendían "como una exteriorización de la voluntad o conducta expresiva", dándole el significado que hemos dejado expuesto en relación a la manifestación de voluntad y que le corresponde a ésta según el criterio dominante en la doctrina y que recoge también Lohmann[14].

La manifestación de voluntad en el sentido del art. 140 constituye, pues, un concepto amplio que abarca toda manera de exteriorizar la voluntad, cualquiera que sea la manera de darse a conocer, pero siempre que reùna los requisitos necesarios para darle validez al acto jurídico.

39. LOS REQUISITOS DE LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD

La manifestación de voluntad para dar formación a un acto jurídico no tiene más requisitos que los de responder a la voluntad interna, formada como consecuencia del discernimiento, la intención y la libertad, sin la presencia de factores perturbadores que la distorsionen y le hagan perder el carácter de una determinación seria dirigida a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Habiendo reservado el desarrollo de las divergencias entre la voluntad y su manifestación, cuando tales divergencias radican en la falta de discernimiento o en la presencia de vicios o porque se trata de simular (Supra Nº 37), al ocuparnos de los requisitos de la manifestación de voluntad, vamos a referirnos ahora a de otras divergencias pero que no tienen la relevancia de las anteriores y, por lo cual, el Código no se ocupa de ellas. Se trata de las manifestaciones de voluntad que denominamos no serias y de la reserva mental.

39.1. Las manifestaciones de voluntad no serias

Las manifestaciones de voluntad que calificamos de no serias son las que constituyen casos de divergencia consciente entre la voluntad interna y la voluntad que se manifiesta, puesto que el sujeto no actúa seriamente, es decir, la manifestación no la emite para crear el resultado jurídico que corresponda a su voluntad interna. León Barandiarán[15], las conceptuó como aquellas declaraciones que no son constitutivas de una voluntad de comprometerse.

(13) Proyectos y Anteporoyectos de la Reforma del Código Civil. T. II, pág. 45.
(14) El Negocio Jurídico, págs. 101 y sgtes.
(15) Acto Jurídico, pág. 69.

Las manifestaciones de voluntad no serias, también llamadas informales, son aquellas hechas en broma, con *animus jocandi,* como cuando alguien promete realizar una donación el 31 de febrero; o con fines didácticos, como cuando alguien para graficar un concepto ofrece, en primera persona, cumplir determinadas prestaciones; o con fines teatrales, como cuando un actor, representa a una parte en un acto jurídico; o, simplemente, por cortesía, como cuando alguien dice que "es tuyo" al referirse a un objeto que le es elogiado. En estos casos, apunta Messineo[16], es evidente que ningún valor jurídico se puede atribuir a las declaraciones, siempre que con referencia concreta a la declaración que es emitida se pueda considerar la conocibilidad por parte del destinatario del carácter no obligante de esas declaraciones. León Barandiarán[17] estimó que la manifestación de voluntad no seria sólo tiene una realidad aparente y que, propiamente, carece de toda base volitiva, pues es una nolición, es decir, una expresión con significación pero sin *substratum* decisorio alguno.

El Código Civil les niega importancia a las manifestaciones no serias, ignorándolas, y, por tanto, no les hace sobrevenir efecto jurídico alguno, salvo la eventualidad de una indemnización en casos muy particulares y siempre que las circunstancias no hagan posible dar a tales manifestaciones de voluntad su verdadero sentido y carácter.

Las manifestaciones de voluntad no serias, pues, no dan lugar a la formación de un acto jurídico. Pero, en el supuesto de que irroguen un daño, consideramos que queda planteada una cuestión de responsabilidad extracontractual que hace aplicable el principio general comprendido en la norma del art. 1969 del Código Civil.

39.2. La reserva mental

La reserva mental, *reservatio mentalis,* es el caso de divergencia consciente mas importante y por eso estimamos conveniente detenernos en él. Consiste en una manifestación de voluntad que deliberadamente no da contenido a la voluntad interna pues el sujeto la emite sin que sea correlativa a lo que quiere, esto es, sin la intención de que su manifestación produzca los efectos que le son propios. Es, por eso, una manifestación de voluntad aparentemente seria, pero en la que la voluntad interna se mantiene en reserva y a veces en secreto.

La reserva mental, en opinión de Messineo (18), es un hecho puramen-

(16) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 366.
(17) Acto Jurídico, pág. 69.
(18) Manual de Derecho Civil y Comercia. T.II, pág. 366.

te psíquico con el cual el declarante se propone no querer lo que, sin embargo, declara: quiere la declaración pero no el contenido. León Barandiarán[19] considera que existe cuando lo expresado no es lo íntimamente querido y que su contenido conceptual estriba en que no sea conocido el querer íntimo del declarante por la otra parte, aun cuando haya sido dado a conocer a un tercero y sin que éste asuma o no el deber de hacerlo saber a la parte que ha recibido la declaración.

Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli[20], conceptúan la reserva mental como la manifestación querida como tal, pero sin quererse sus efectos e ilustran el concepto con la hipótesis en que un sujeto para acceder a las aspiraciones de un pariente gravemente enfermo consiente en venderle un lugar panorámico en el que el adquirente aspira a pasar los últimos días de su vida, pero que el enajenante, antes de estipular el acto, envía una carta a otros parientes declarando que consiente sólo por motivos humanitarios pero que no se considera jurídicamente vinculado al contrato que está por celebrar, lo que ponen los parientes en conocimiento del adquirente.

El ejemplo expuesto es ilustrativo porque la doctrina considera varias maneras de configuración de la reserva mental. La del ejemplo, como lo aclaran sus propios autores, es una reserva mental conocida. Pero también se configura cuando no se quiere dar a conocer, como cuando se manifiesta una voluntad sin quererse celebrar el acto jurídico, o cuando se celebra un contrato preparatorio sin quererse celebrar el definitivo; o cuando se atribuye a la manifestación un sentido distinto al que le es inherente, como cuando se celebra un contrato de arrendamiento con la voluntad interna de celebrar un comodato para no pagar la renta; o cuando la reserva consiste en restringir o modificar el contenido de lo manifestado, como cuando se compra un bien y se piensa pagar el precio sólo cuando aumente el nivel de ingresos del manifestante.

La reserva mental, en principio, no tiene relevancia jurídica. El acto jurídico celebrado con reserva mental surte sus efectos en cuanto no es conocida por la otra parte, pues de lo contrario, de conocerse, como en el ejemplo expuesto, no hay acto y lo que se configura es una simulación absoluta (Infra Nº 153). Si la reserva mental no se da a conocer y se constituye como una intención no declarada, ella es irrelevante y la manifestación de voluntad surte sus efectos vinculatorios.

La finalidad de la *reservatio mentalis*, como apuntó León Barandiarán[21],

(19) Acto Jurídico, pág. 68.
(20) Derecho Civil. T.I. Vol. 2, págs. 813 y 814.
(21) Acto Jurídico, pág. 69.

es hacer vana la declaración, pues comprometerse y negarse al compromiso es antinómico. De ahí, que se constituya en un caso de divergencia consciente entre lo que se manifiesta y lo que se quiere, entre la voluntad real y la declaración, siendo irrelevante, pues el acto jurídico es válido y despliega su eficacia vinculando al manifestante ya que se trata de una conducta maliciosa que el Derecho no puede reconocer ni amparar, salvo que la reserva mental sea conocida por la otra parte, en cuyo caso el acto es nulo.

El Código Civil no dedica numeral alguno al tratamiento de la reserva mental.

40. MODOS DE MANIFESTARSE LA VOLUNTAD

La doctrina es unánime en cuanto a que para la celebración del acto jurídico cualquier medio de expresión de la voluntad es eficaz, salvo que la ley prescriba una forma. Es así, entonces, que la manifestación, como medio de exteriorización de la voluntad interna, requiere, tan sólo, de un modo idóneo. Coviello señala que la voluntad, para tener efectos jurídicos, debe manifestarse convenientemente en formas sensibles.

El art. 141 del Código Civil sólo reconoce como modos de darse a conocer la voluntad la manifestación expresa y la manifestación tácita, sin admitir, como su antecedente, el art. 1076 del Código de 1936, la voluntad presunta, es decir, la que resulta de una presunción legal. León Barandiarán[23], comentando el antecedente, hizo suya la calificación de ficticia a la voluntad que resulte de la presunción de la ley.

La moderna doctrina es uniforme en la recusación a la manifestación de voluntad presumida por la ley. Messineo[24], por ejemplo, rechaza, como impropia, la locución "voluntad presunta", cual si se pretendiera fingir que existe una voluntad que no existe y concluye en que cuando se hable de voluntad presunta, o se usen expresiones equivalentes, se quiere decir, en sustancia, que la ley atribuye arbitrariamente a algunos comportamientos del sujeto, un cierto significado; y vincula a ellos ciertos efectos; pero no que al sujeto se le atribuya una voluntad determinada.

Planteado el proceso de reforma del Código Civil de 1936, a su conclusión quedó eliminada la voluntad presumida por la ley y se incorporó un criterio uniforme en cuanto a sólo reconocer como modos idóneos de la mani-

(22) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 394.
(23) Acto Jurídico, pág. 75.
(24) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 363.

festación de la voluntad la expresa y la tácita[25], tal como aparece en la norma del art. 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 manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario".

El Código Civil le ha dado, pues, mayor relevancia a la manifestación de voluntad, ya que sólo reconoce la emitida por el propio sujeto, de modo expreso o de modo tácito.

40.1. La manifestación expresa

La manifestación de voluntad es expresa cuando los medios empleados por el sujeto tienen por finalidad dar a conocer su voluntad interna directamente a quien debe conocerla. Tales medios pueden ser orales y escritos, así como el mímico.

La manifestación expresa formulada oralmente puede consistir en las palabras emitidas por el propio interesado y también por persona distinta, que lo hace por cuenta de él, como ocurre en los contratos que se formalizan con intervención de un intermediario, como en las operaciones en la Bolsa, o un anunciador que se encarga de transmitir la voluntad del interesado. Puede consistir también en el uso de medios mecánicos o electrónicos, que sirven de vehículo transmisor, como el teléfono. Lo que se requiere es que el destinatario reciba la voluntad que se manifiesta.

La manifestación expresa por escrito se da a través de lo que escribe de su puño y letra el propio interesado, o de lo que escribe otro por cuenta o encargo suyo, o mediante el empleo de una máquina de escribir o de impresión, u otros medios mecánicos o electrónicos, como el telégrafo, el télex, el fax o el correo electrónico, así como también mediante grabaciones en casettes o videos. Lo que interesa, como observó Coviello[26], es que no se confundan los medios de manifestación de voluntad con los medios de prueba de tal manifestación, por más que muchas veces, cuando la manifestación se ha hecho por escrito, el documento que ha servido para la manifestación de voluntad constituye también su prueba. El mismo Coviello señala que lo impreso y lo escrito con máquina, como la escritura formada por per-

(25) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 140 y 141.
(26) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 395.

sona diversa de la que declara la voluntad, son siempre medios idóneos de manifestación, pero no son siempre medios de prueba: lo son únicamente cuando van firmados por el que declara su voluntad[27]. Sin embargo, al respecto, hay que tener en consideración los avances de la electrónica en los medios de comunicación, siendo del caso tomar en consideración el fax, que ha desplazado a los medios anteriormente señalados, y al cada vez más difundido correo electrónico.

La manifestación expresa mediante la mímica se da cuando el sujeto recurre a gestos o señas, tales como movimientos de las manos o de la cabeza. Este puede ser un lenguaje tan expresivo como los anteriores. Messineo[28] enumera como signos mímicos los gestos, ceños, o señas de la cabeza, o de la mano, o un aplauso y similares, atribuyéndoles el mismo valor que una manifestación escrita o hablada. Dentro de este mismo modo de manifestar la voluntad queda comprendida la ejecución de hechos, cuando por este medio se da a conocer de manera directa la voluntad, lo que explicamos tomando el ejemplo propuesto por León Barandiarán[29]. Escribió el maestro: " He aquí un ejemplo muy corriente de un contrato que se perfecciona generalmente sin palabras ni escrito, por la simple manera de proceder; un transeúnte detiene un taxi al paso alzando el brazo, abre la puerta y penetra en el vehículo, diciendo simplemente el punto a donde quiere ir. El hecho de estar dedicado el conductor al servicio público, es una oferta de conducir a todo individuo del público que lo desee, a cualquier punto dentro del radio de su demarcación, por el precio marcado en la tarifa; y la llamada del transeúnte equivale a la aceptación del pago de los derechos de tarifa por sus servicios. Lo mismo ocurre cuando un consumidor entra en una tienda, toma un artículo que tiene el precio marcado, pone el precio sobre el mostrador y se marcha llevándose el objeto".

La manifestación de voluntad expresa la dejamos así explicada, en la consideración de que hemos interpretado el art. 141 cuando señala que la manifestación de voluntad "es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo", siendo del caso enfatizar que la expresión "medio directo" da la pauta para esta interpretación, la que va a servir para establecer el lindero con la manifestación tácita.

40.2. La manifestación tácita

La manifestación de voluntad es tácita cuando se da a conocer la voluntad interna pero sin que la manifestación se dirija directamente a quien debe

(27) Ibídem, pág. 396.
(28) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 361.
(29) Acto Jurídico, pág. 76.

conocerla, quien tomará conocimiento de ella deduciéndola de ciertas actitudes o comportamientos del manifestante. Estas actitudes o comportamientos es lo que la doctrina reconoce como *facta concludentia,* hechos concluyentes, los cuales deben revelar la voluntad de quien los realiza.

La doctrina es unánime en señalar las dificultades que presenta la manifestación tácita. Coviello[30] relieva la dificultad de determinación de la manifestación tácita, es decir, la dificultad de determinar la existencia de los *facta concludentia,* anotando que el hecho, para ser concluyente, debe ser unívoco y no equívoco, es decir, incompatible con la voluntad contraria de la que puede inferirse. León Barandiarán, en sus Comentarios al Código Civil de 1936[31], definió a la manifestación tácita como la que resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exige una expresión positiva o cuando no haya una protesta o declaración expresa en contrario, señalando que dos son las condiciones para que exista manifestación tácita: la primera, que de los actos se derive certidumbre en cuanto a la existencia de la voluntad, es decir, que aquéllos deben ser *facta concludentia,* y, la segunda, que no se exija expresión positiva –manifestación expresa, decimos nosotros utilizando el lenguaje del actual Código–, y que no haya protesta o declaración expresa en contrario.

Siguiendo el planteamiento de León Barandiarán, inspirador de la norma del art. 141, consideramos que para delimitar conceptualmente la manifestación tácita debe tomarse una vía de eliminación y llegar al concepto por lo que residualmente queda. Con este procedimiento, hay que considerar en primer lugar el segundo párrafo del art. 141 y, eliminando todo aquello que queda fuera de la manifestación tácita, arribar al meollo de la misma, teniendo en consideración, además, la prudencia con la que el codificador establece su configuración mediante la noción contenida en el art. 141 *subexámine.*

El segundo párrafo del art. 141 preceptúa que "no puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario". Es necesario, entonces, precisar que no puede haber manifestación tácita cuando para la celebración del acto jurídico la ley exige declaración expresa, como ocurre con el matrimonio, para cuya celebración los contrayentes deben responder afirmativamente a la pregunta que les formule el alcalde sobre si persisten en su voluntad de celebrarlo (art. 259). Tampoco puede haber manifestación tácita cuando el agente ha formulado reserva, como cuando el arrendador conviene con el arrendatario en que éste sólo podrá subarrendar con su

(30) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 396.
(31) Acto jurídico, págs. 73.

asentimiento escrito (art. 1692), ni menos puede haberla cuando el agente formula declaración en contrario, como cuando el arrendador prohíbe el subarriendo mediante cláusula específica en el contrato de arrendamiento.

Eliminadas las causas que impiden la existencia de una manifestación tácita, llegamos a la necesidad de establecer las actitudes o circunstancias de comportamiento que revelen de manera indubitable la existencia de la voluntad, conforme a la noción contenida en el varias veces acotado art. 141.

Como hemos visto anteriormente, en la manifestación expresa la voluntad se da a conocer por el lenguaje hablado, escrito o mímico utilizado por el manifestante y dirigido directamente al destinatario de la manifestación. En la manifestación tácita no ocurre así, pues en ella la manifestación debe ser expresión de la voluntad mediante actitudes o circunstancias de comportamiento que pueden implicar también un lenguaje hablado, escrito o mímico, pero sin el propósito del manifestante de dirigirse directamente al destinatario. Se trata, por eso, de actitudes o circunstancias de comportamiento, *facta concludentia,* que realiza el sujeto como manifestación de su voluntad, pero sin darla a conocer directamente a quien debe recibirla, y por eso ella se revela de modo indirecto como resultado de una interpretación de tales actitudes o circunstancias de comportamiento, como sería el caso de quien testamentariamente instituye un legado, lo da a conocer al presunto legatario, pero luego vende el bien sin hacérselo saber, lo que habrá de significar, para el legatario, una vez que llegue a su conocimiento, la revocación del legado (art. 757).

La prudencia con que debe atenderse a la manifestación tácita se enfatiza en el tenor mismo de la norma que venimos interpretando. La inferencia de la existencia de la voluntad revelada por las actitudes o circunstancias de comportamiento debe ser indubitable, esto es, debe ser inequívoca y producir certeza, y siempre que para el acto jurídico de cuya formación se trate la ley no exija una declaración expresa, o que, respecto de tal acto, el sujeto no haya formulado reserva o declaración en contrario.

Algún sector de la doctrina suele considerar el silencio como una actitud que puede configurar una manifestación tácita, lo que el Código Civil descarta al darle el tratamiento específico del que nos ocuparemos más adelante (Infra Nº 43).

40.3. La distinción entre la manifestación expresa y la manifestación tácita

En el análisis e interpretación del art. 141, hemos concluido en que la manifestación de voluntad es expresa cuando los medios empleados por el

sujeto tienen por finalidad dar a conocer su voluntad interna directamente al destinatario o recepcionario y, que es tácita, cuando la manifestación no está dirigida directamente a quien debe recibirla, quien sólo toma conocimiento de la voluntad interna del manifestante mediante los *facta concludentia*. De este modo, la expresión "medio directo" utilizada por el art. 141 es la que establece el lindero conceptual entre una y otra.

La manifestación expresa viene a ser, entonces, la que comunica directamente la voluntad del agente, como cuando los contrayentes manifiestan su voluntad de contraer matrimonio en el acto de la celebración (art. 259); cuando el testador deja expresada su última voluntad (art. 686); cuando el vendedor manifiesta su voluntad de vender y el comprador de comprar (art. 1529); o cuando el promitente formula su promesa mediante anuncio público (art. 1959). En todos estos casos, cualquiera que sea el medio empleado, el agente manifiesta su voluntad y la dirige directamente a quien debe recibirla, sea a personas ciertas y determinadas, como el otro contrayente, los llamados a suceder al testador, el vendedor o el comprador, o las personas indeterminadas que conforman el público al que se dirige la promesa.

Lo mismo no ocurre con la manifestación tácita. En ella, la manifestación de voluntad no está dirigida directamente a la persona o personas que deben recibirla, sino que debe inferirse de una actitud o circunstancias de comportamiento, de una *facta concludentia,* pues el sujeto la da a conocer de manera oblicua, como en el ejemplo anteriormente propuesto del testador que enajena el bien sobre el que había instituido el legado y que, por esa *facta concludentia*, permite inferir que el acto de la enajenación revela la existencia de una voluntad revocatoria del legado; o cuando el representado celebra directamente el acto jurídico para el cual había designado un representante, lo que también revela la existencia de una voluntad revocatoria de la representación anteriormente conferida; o el acreedor que otorga prórroga a su deudor sin el asentimiento del fiador, lo que revela la existencia de una voluntad de liberar al fiador. En todos estos casos la voluntad no ha sido dada a conocer directamente y sin embargo permite inferir al legatario la revocación de su legado, al primer representante la revocación de la representación y, al fiador, su liberación.

Atendiendo a lo expuesto, la manifestación expresa se configura cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo para dar a conocer la voluntad tanto por el sentido que ordinariamente se atribuya a las palabras o a los gestos, como al significado que convencionalmente se les dé, pero siempre que se dirija al propio interesado, que es el destinatario de la manifestación y quien debe recibirla. Por el contrario, la manifestación tácita se infiere de actitudes o comportamientos, de lo que la doctrina ha venido a llamar conductas expresivas, y que, por eso, se constituyen en *facta concludentia,* de las que toma conocimiento quien debió ser destinatario de

una manifestación de voluntad, por lo que ha de ser compatible con la voluntad que se interpreta como emitida por el sujeto de quien se esperaba la manifestación, la que no puede ser contradictoria a la exigencia legal de una declaración expresa o a una reserva formulada o a una declaración en contrario.

41. LA SUSTANTIVIDAD DE LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD

Establecidos los modos como puede manifestarse la voluntad, corresponde ahora establecer desde qué momento la manifestación de voluntad adquiere sustantividad jurídica, es decir, desde qué momento desarrolla su poder vinculante.

En la doctrina clásica, que pretendía ser reflejo del Derecho Romano, según Puig Peña[32] el manifestante sólo quedaba vinculado hasta la concurrencia de la voluntad de la persona a la que iba dirigida la manifestación, pues no se concebía otra manifestación de voluntad que la que tenía el carácter de recepticia. Pero este criterio fue revisado por la doctrina moderna, particularmente la alemana, que llegó a considerar los negocios unilaterales y las obligaciones generadas por la voluntad unilateral que, por lo demás, fueron materia de regulación por el BGB.

La posición de la doctrina alemana la resume Ennecerus[33] señalando que la declaración, antes de su consumación, o sea, antes de haber llegado al destinatario, no tenía aún una existencia sustantiva, pues no tenía más soporte que la voluntad del declarante y, por tanto, caducaba si antes de consumarse, esto es, antes de ser recibida, el declarante fallecía o perdía su capacidad. Pero, según el mismo tratadista alemán, con la doctrina informante del Código de su país, carece de importancia que el declarante muera o devenga incapaz después de emitida la declaración siempre que se haya desprendido de ella, o sea, por ejemplo, si se trata de una carta cuando ya la ha depositado en la oficina postal o ha sido entregada al mensajero, explicando que tratándose de las declaraciones no recepticias la emisión y la eficacia coincidirán casi siempre, aunque también cabe hacer una diferencia temporal: así, una promesa pública sólo es eficaz a partir de su publicación, pues se le considera emitida con el envío del anuncio y, por tanto, se hace eficaz en virtud de la publicación, aunque el promitente fallezca o pierda su capacidad.

Con esta doctrina se soluciona toda la problemática relativa a la sustantividad de la manifestación de voluntad, sean los actos plurilaterales, bilate-

(32) Tratado de Derecho Civil Español. T.I. pág. 501.
(33) Tratado de Derecho Civil. T.I. Parte General II. Vol. I. págs. 243 y sigtes.

rales o unilaterales y sean estos últimos recepticios o no. En los dos primeros y en los unilaterales recepticios, la manifestación de voluntad va dirigida a persona determinada y la receptividad le da la necesaria sustantividad, sin que ella sea obstáculo respecto de los actos unilaterales no recepticios. En éstos, la manifestación de voluntad, aunque no esté dirigida a persona determinada no requiere, para su sustantividad, de la presencia de la persona que se convertirá en parte de la relación jurídica.

Consideramos, como lo hace Castán Tobeñas[34], que debe distinguirse entre la sustantividad de la manifestación de voluntad y el perfeccionamiento del acto. Para el perfeccionamiento se requiere, si el acto es plurilateral o bilateral, de un acuerdo concurrente de manifestaciones de voluntad, lo que también es necesario en el acto unilateral recepticio mas no en el no recepticio, pues éste surte sus efectos propios con la sola manifestación de la voluntad.

La determinación del momento desde el cual la manifestación de voluntad asume su sustantividad, esto es, produce su efecto vinculante, ha dado lugar a diversas teorías, dentro de las cuales las de mayor relevancia son la Teoría de la Responsabilidad y la Teoría de la Confianza

Para la Teoría de la Responsabilidad, formulada por Ihering cuando la prevalencia de la voluntad interna sobre la exteriorizada era un dogma al decir de Ospina y Ospina[35], todo sujeto que celebra un negocio jurídico, por el hecho de celebrarlo, debe garantizar a quien reciba su declaración y por tanto tiene un *legítimo interés en dicho acto o negocio, su validez y eficacia*, pues, de lo contrario, debe responder indemnizando los daños y perjuicios. Esta Teoría parte del supuesto de que el acto jurídico en el que la manifestación ha sido contraria a la voluntad interna, o ésta falta, está condenado a su invalidez e ineficacia, por lo que se genera responsabilidad para la parte que ha frustrado la existencia y eficacia del acto celebrado.

Para la Teoría de la Confianza, también conocida como de la Buena Fe, el que recibe una manifestación en virtud de la cual el acto jurídico queda celebrado, debe gozar de la tutela jurídica que su buena fe merece; pero, si al celebrar el acto o el negocio sabía de la falta de correlación entre la manifestación que recibe y la voluntad interna del manifestante, no debe gozar de tutela alguna ni ser protegido jurídicamente. Esta Teoría se fundamenta en la validez *a priori* que tiene toda manifestación de voluntad, en cuanto debe generar confianza en el destinatario, por lo que si el destinatario actúa de buena fe, confiando en que la manifestación es correlativa a la voluntad interna

(34) Derecho Civil Español, Común y Foral. T.I.Vol.II, pág. 683.
(35) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. pág. 109.

del manifestante, la manifestación produce su efecto vinculante y el acto jurídico es plenamente válido y eficaz.

En conclusión, creemos que la manifestación de voluntad alcanza sustantividad *per se*, pues existe desde que se emite y tiene la autonomía inherente a la voluntad privada (Supra Nº 13.2). Producida la manifestación de voluntad el sujeto queda vinculado y comprometido por ella, siempre que se trate de sujeto capaz, que el objeto tenga posibilidad, que la finalidad del acto sea lícita y que se haya observado la forma si ha sido prescrita bajo sanción de nulidad.

42. SENTIDO NORMATIVO DE LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD

La manifestación de voluntad es la que determina el contenido del acto jurídico y lo hace con un sentido normativo respecto de la relación jurídica que crea, regula, modifica o extingue.

El contenido del acto jurídico tiene que ver con la idea del *actus juridice* como un medio de autorregulación de los intereses jurídicos de quienes lo celebran. Así, si el acto es una compraventa, la manifestación de voluntad de las partes es la que norma la relación contractual entre vendedor y comprador; si el acto es uno testamentario en el que además se reconoce a un hijo extramatrimonial, su contenido determinado por la manifestación de voluntad del testador es el que norma la disposición del patrimonio y los derechos del hijo extramatrimonial reconocido para concurrir con los demás herederos; y, si se trata de un matrimonio o de una adopción, en todo lo que no sea contrario al orden público o a las buenas costumbres, las correspondientes manifestaciones de voluntad norman la relación conyugal o las del adoptante con el adoptado.

El Código Civil tiene disposiciones en las que hace referencia al contenido del acto jurídico, como las de los arts. 163 y 166, de las que resulta, con claridad, que la referencia al contenido es una referencia a un contenido normativo, como lo es también la del art. V del Título Preliminar. De estas disposiciones se infiere que ese contenido lo produce la manifestación de voluntad y que ésta tiene un sentido estrictamente normativo.

43. EL SILENCIO

El silencio como manifestación de voluntad ha sido siempre tema de especial preocupación para los civilistas. Nosotros vamos a referirlo al tratamiento que ha recibido en el Código Civil, cuyo art. 142 establece que "el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado". La norma difiere sustancialmente del tratamiento del

silencio en el Código de 1936, cuyo art. 1077, sin antecedente en el Código de 1852, estuvo inspirado en el art. 919 del Código argentino, no obstante lo cual, la doctrina nacional no siguió a la argentina y fue evolucionando hasta considerar la necesidad de una modificación sustancial en cuanto a su tratamiento en el ordenamiento civil.

Olaechea[36], que fue ponente del art. 1077, atribuyó al silencio el valor de una expresión de voluntad, aunque no constituyera, en sí mismo, una forma tácita de la voluntad y precisó que podía estimarse, sin embargo, como una expresión del consentimiento en los casos en que existía obligación de explicarse en oposición a un acto o a una interrogación. León Barandiarán[37], al comentarlo, señaló que el silencio, podía, en ciertas circunstancias, ser considerado como manifestación de voluntad. Luego, postulando la reforma, señaló el maestro[38] que en lo atinente al silencio no se trata simplemente de que exista o no exista obligación de explicarse, sino que el asunto mismo acerca del aforismo *quitacit consentire videtur*, el que calla consiente, debe apreciarse según los antecedentes circunstanciales en cada caso determinado.

Durante el proceso de la reforma del Código Civil de 1936, Manuel de la Puente y Susana Zusman[39] plantearon la fórmula que, a la postre, ha inspirado al Código vigente, en la consideración de que el silencio no es afirmación ni negación y que, en sí mismo, está desprovisto de todo significado jurídico propio, explicando que no significa que la ley o el convenio traten de presumir cuál es la voluntad del silente, sino que se da al silencio el valor de determinada declaración de voluntad, de tal manera que si el sujeto calla, sabe que con ello está dando lugar a que su actitud tenga los efectos jurídicos que señala la ley o se hayan convenido entre las partes. Posteriormente, Manuel de la Puente[40], ratificó su parecer y coincidió con León Barandiarán en cuanto a que el silencio no es ni puede ser manifestación de voluntad, ni aun indirecta, ya que, precisamente, es carencia de manifestación, advirtiendo, sin embargo, que quien calla no es que no tenga una voluntad en determinado sentido, sino que, teniéndola o pudiéndola tener, no quiere expresarla.

Con estos prolegómenos se llegó a la fórmula adoptada por el art. 142, a cuya exégesis procedemos.

En primer lugar, es necesario sentar una premisa. El silencio es no ma-

(36) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, pág. 4
(37) Tratado de Derecho Civil. T.II, pág. 84.
(38) Curso del Acto Jurídico, pág. 165.
(39) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, págs. 47 y 48.
(40) Estudios sobre el Contrato Privado. T.I, pág. 231.

nifestar la voluntad, ni expresa ni tácitamente, esto es, no exteriorizarla. Es una abstención en cuanto a dar a conocer la voluntad interna por cualquier medio, no siéndole aplicable al silente el aforismo *quitacet consentire videtur*, y, en consecuencia, no puede considerarse su silencio como una manifestación tácita ni como una voluntad presunta (Supra Nº 39).

Ahora bien, el art. 142 al dejar establecido que "El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado" se condice con el concepto del silencio según el cual no puede constituir una manifestación de voluntad en ningún sentido, ya que es algo neutro y que carece de significado jurídico en sí mismo. El significado sólo se lo pueden atribuir la ley o el convenio: la primera con sus normas supletorias y, el segundo, con las hipótesis y consecuencias previstas entre las partes. Pero debe tratarse de una acto jurídico ya celebrado y de una relación jurídica ya entablada mediante las imprescindibles manifestaciones de voluntad, porque con el silencio no es posible dar formación a un acto jurídico ni dar creación a una relación jurídica.

La atribución de significado al silencio por la ley o por el convenio sólo es posible, pues, ante una relación jurídica originada previamente por un acto jurídico, en cuyo contenido las partes no han previsto todas las situaciones que podían derivarse, entre ellas que una de las partes deviniera en silente, por lo que convienen en las consecuencias del silencio o se remiten a las normas supletorias que permitan integrar los vacíos del contenido del acto jurídico, o, simplemente, que sin esa remisión, tales normas sean aplicables ante la actitud silente que asuma alguna de ellas. Así, por ejemplo, si habiendo celebrado un compromiso de contratar sin haberse fijado plazo para el contrato definitivo, el silencio de una o ambas partes tiene el significado que le atribuye el art. 1416 del Código Civil; y también en el caso del deudor de varias obligaciones que al efectuar un pago no indica a cuál debe hacerse la imputación, lo que hace aplicable el art. 1259 del mismo Código.

Sólo la ley o el convenio pueden, en conclusión, atribuir significado al silencio. Cuando se trata de la ley, en virtud de sus normas supletorias, y, cuando se trata del convenio, si se ha previsto por las partes. En ambos casos, no se trata de darle al silencio el carácter de manifestación expresa o de manifestación tácita, sino de considerarlo, simplemente, como un silencio al que se le atribuye un significado, como, por ejemplo, cuando celebrado un contrato de opción, el titular de la opción no manifiesta su voluntad de ejercerla: si las partes no señalaron plazo, luego del transcurso de seis meses al silencio se le atribuye el significado de que el titular de la opción no quiere ejercerla (art. 1423); si fijaron plazo, a su vencimiento la parte que otorgó la opción puede atribuir al silencio del opcionista el significado de no querer ejercerla.

II

LA CAPACIDAD

44. PREMISA

Si bien la manifestación de voluntad es la esencia misma del acto jurídico, la sola manifestación no es suficiente para darle validez y eficacia. Es necesario que la manifestación emane de un agente o sujeto capaz. La capacidad se constituye, por ello, en un segundo requisito de validez.

La referencia al agente capaz que hace el Código Civil en el inc. 1 del art. 140 debe entenderse tanto a la persona natural como a la persona jurídica. De este modo, el requisito de la capacidad está referida también tanto a la persona natural como a la persona jurídica y abarca tanto la capacidad de goce como la de ejercicio.

Antes del desarrollo de este requisito de validez es conveniente dejar establecidos algunos conceptos generales.

45. EL SUJETO DE DERECHO

Si bien, como acabamos de ver, el Código Civil utiliza el vocablo agente, del latín *agens* y *entis*, que es participio de presente del verbo *agere*, que significa obrar, actuar, y que por eso viene a significar el que obra o actúa, nosotros preferimos hacer referencia al sujeto de derecho, como lo hemos venido haciendo hasta ahora. La noción de sujeto no está incorporada a la normativa sino que continúa siendo una elaboración doctrinal y dentro de ésta tomamos la que ya se ha hecho clásica al entender al sujeto como centro unitario de imputación de derechos y de deberes, o, como acotan, Breccia, Bigliazzi, Natoli y Busnelli[41], de situaciones jurídicas subjetivas.

En razón de que en relación al ser humano se ha estructurado y desarrollado la idea del sujeto de derecho, la doctrina jurídica ha aplicado a ambos, al ser humano y al sujeto de derecho, la sola denominación de persona. Pero la aspiración de varios individuos o personas naturales, de ligarse a intereses que les son comunes para alcanzar finalidades que pueden trascender a su propia existencia, ha conducido, por vía de abstracción y de síntesis, a que esta pluralidad de personas puedan ser consideradas como una

(41) Derecho Civil. T. I. Vol. 1, pág. 96.

unidad. Así, según sostiene Coviello[42] se llega al concepto de persona jurídica, en contraposición al de persona física.

Fernández Sessarego, que ha buscado exhaustivamente una noción jurídica sobre la persona, llevando su definición al Derecho Civil, la precisa como "sujeto capaz de derechos y obligaciones", es decir, sujeto de las relaciones jurídicas[43]. Sin embargo, ha trazado una distinción entre sujeto de derecho y persona, advirtiendo que es de carácter lingüístico, reservando el primero para designar cualquier modalidad que asuma la vida humana y el vocablo persona para mentar las categorías que reconoce el Código Civil, o sea, el ser humano una vez nacido, como individuo o colectivamente organizado.

Así, pues, jurídicamente, sujeto de derecho no es sólo el ser humano: lo es, además, ese ente abstracto que se ha venido a llamar persona jurídica, moral, social o colectiva, y a la que se considera como una realidad viviente y actuante en el mundo jurídico. Resulta, entonces, que el universo jurídico esta poblado por infinidad de personas que los hace sujetos capaces de adquirir derechos y contraer deberes.

46. PERSONALIDAD Y CAPACIDAD

Plantear conceptos generales en torno a la capacidad conduce necesariamente a considerar el de la personalidad, pues su noción es indesligable de la de sujeto de derecho y, lo es también, de la de capacidad. El sujeto de derecho –persona natural o jurídica– tiene personalidad y, por ende, capacidad.

La doctrina es profusa en cuanto a la idea de la personalidad, pero existe consenso en cuanto a conceptuarla en relación a la capacidad. Como se sabe, se distinguen dos clases de capacidad: la llamada capacidad de goce o jurídica y la capacidad de ejercicio o de obrar: la primera, es la aptitud para ser titular de derechos y deberes u obligaciones, mientras que, la segunda, es la posibilidad, por sí mismo, de adquirir derechos o de contraer deberes u obligaciones, o, en otras palabras, celebrar por sí mismo los actos jurídicos.

La relación de la personalidad con la capacidad jurídica o de goce es materia de especulación doctrinaria. Hay autores que identifican ambos conceptos y otros que establecen su diferenciación, pues para los primeros la personalidad es la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, y

(42) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 219.
(43) Derecho de las Personas, págs. 26 y sigtes.

en esto radica la sinonimia conceptual con la capacidad de goce, mientras que para los segundos, vinculando ambos conceptos, los distinguen: la personalidad es la aptitud para ser sujeto de derecho y la capacidad de goce es la medida de la personalidad, pues consideran que existen incapacidades de goce.

El tema de la personalidad vamos a tratarlo tanto en lo que se refiere a la persona natural como a la persona jurídica.

Tratándose de la persona natural, es el hecho del nacimiento el que determina su capacidad de goce, pues esa es la posición adoptada por el Código Civil al reconocerle al ser humano su condición de sujeto de derecho aun antes de nacer. El art. 1 preceptúa que "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo". La norma tiene, además, el sustento del precepto constitucional contenido en el inc. 1 del art. 2 de la Carta Política, que eleva a la categoría de Derecho Fundamental de la Persona, como derecho a la vida, el enunciado según el cual "El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece".

Como bien lo advirtió Fernández Sessarego[44], ponente de la norma del art. 1 del Código Civil, y así lo ha explicitado[45], la acotada norma ha superado las dificultades teóricas que planteaba el uso del vocablo personalidad, que utilizaba el Código de 1936, al sustituirla por la expresión persona humana. De este modo, es sujeto de una relación jurídica originada en un acto jurídico la persona humana o natural desde que nace y, aun cuando es, simplemente, un nasciturus.

El Art. 61 del Código Civil, en buena concordancia, señala que la muerte pone fin a la persona, lo que significa que el sujeto de derecho, cuando es persona natural, deja de serlo a partir del momento del fallecimiento.

Tratándose de las personas jurídicas es necesario, previamente, distinguir según sean de derecho público o de derecho privado, pues en las primeras su existencia jurídica emerge de la ley que las crea mientras que, en las segundas, de su inscripción en el Registro respectivo. Esta es la doctrina que consagra el Código Civil en sus arts. 76 y 77, con la salvedad relativa a las personas jurídicas de derecho privado en cuanto a que pueda haber disposición distinta de la ley. El fin de su existencia puede producirse, según la

(44) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.I, pág. 325.
(45) Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.III, Lima, 1985 y Derecho de las Personas, Lima, 1986.

naturaleza de la respectiva persona jurídica, por las causas y con las formalidades previstas en las disposiciones legales y estatutarias que las norman.

Es del caso tener presente que el Código Civil ha introducido una importante innovación al legislar sobre las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, en torno a los cuales ha advertido Fernández Sessarego[46] que su regulación significa considerarlas como una especial categoría de sujeto de derecho, distinta de aquella lingüísticamente designada como persona jurídica.

Ahora bien, retornando al tema de la relación de la personalidad con la capacidad de goce, consideramos que con respecto a la persona natural, si bien la identificación ha quedado planteada en virtud de la norma contenida en el art. 1 del Código Civil, esta identificación no es absoluta, pues existen causas por las cuales se limita la capacidad de goce. En lo que respecta a las personas jurídicas la personalidad es la que las hace sujetos de derecho, pero sin que pueda considerarse una identificación con la capacidad de goce, como la que existe respecto de las personas naturales.

47. CAPACIDAD DE GOCE Y CAPACIDAD DE EJERCICIO

Según se ha dejado ya expuesto, la capacidad se distingue en capacidad de goce y en capacidad de ejercicio y se ha precisado que la primera es la aptitud del sujeto de derecho para ser titular de derechos y de deberes u obligaciones mientras que, la segunda, es la posibilidad de adquirirlos o de contraerlos mediante la celebración de actos jurídicos por sí mismo.

El desarrollo de los conceptos vinculados a una y otra clase de capacidad es necesario hacerlo por separado y según se trate de personas naturales o de personas jurídicas.

47.1. La capacidad de goce de las personas naturales

Ya hemos visto que la persona humana es sujeto de derecho desde que nace y aun desde antes de nacer, siéndole la capacidad de goce inherente a su condición humana, sin que constituya un derecho subjetivo sino que viene a ser el antecedente de todos los derechos subjetivos. Este es el principio que informa y que se infiere del ya acotado art. 1 del Código Civil.

Sin embargo, no obstante ser la capacidad de goce un atributo inherente a la persona humana, el Derecho Positivo le impone limitaciones. No es

(46) Derecho de las Personas, pág. 217.

–como señala Messineo[47]– que el ordenamiento jurídico pueda privar de la capacidad jurídica o de goce de manera general al sujeto; sino que ello puede ocurrir en relación a un determinado derecho y se dan, así, casos de incapacidad de goce, como ocurre, por ejemplo, que por razones de edad el sujeto pueda estar privado de la capacidad para contraer matrimonio o para adoptar, o, que por razón de la nacionalidad no pueda adquirir derechos de propiedad sobre determinados bienes, siendo estos casos de incapacidad de goce, pues ni aun mediante la representación se puede acceder a la titularidad de los derechos para los cuales se exige una capacidad especial que implica una limitación a la capacidad de goce.

La posición expuesta explica adecuadamente el tratamiento que se viene dando a la capacidad de goce. En nuestro sistema jurídico, desde la vigencia de la Constitución de 1979 se dio un importante avance, continuado por el Código Civil que actualmente nos rige y ratificado por la Constitución en vigor.

En efecto, el art. 2 de la Carta Política consagra como Derecho Fundamental de la Persona, en su inc. 2, el de la igualdad ante la ley y que nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. El mismo Código Civil, en su art. 4, declara la igualdad del varón y la mujer en cuanto a la capacidad de goce y, el art. 2046, la igualdad entre peruanos y extranjeros, lo que tiene el sustento de la Constitución Política para la contratación (art. 63) y la adquisición del derecho de propiedad y su ejercicio (art. 71).

Sin embargo, el art. 3 del mismo Código Civil establece como norma general que toda persona tiene el goce de los derechos civiles pero haciendo salvedad respecto de las excepciones expresamente establecidas por ley. De éstas, la más importante es la que mantiene la propia Constitución Política, en cuyo art. 71 prohíbe que dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras los extranjeros puedan adquirir o poseer, por ningún título, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles o fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente o en sociedad. A esta limitación de la capacidad de goce siguen otras fundadas en consideraciones distintas, como las que establece el Código Civil para la adopción (art. 378, inc. 2) o para el administrador para tomar en arrendamiento los bienes que administra (art. 1668, inc. 1).

Como puede apreciarse, pues, se trata de limitaciones a la capacidad de goce, pues el sujeto al que le es aplicable la limitación no puede celebrar el acto jurídico ni por sí ni por medio de representante, pues está impedido

(47) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 100.

de adquirir la titularidad de los derechos o de los deberes que emerjan de ese acto jurídico.

47.2. La capacidad de goce de las personas jurídicas

Tratándose de las personas jurídicas, como ya lo hemos expuesto, su personalidad no puede identificarse plenamente con su capacidad de goce. En ellas, su existencia se inicia, si se trata de las de derecho público, por imperativo de la ley de su creación conforme al art. 76 del Código Civil, y, si se trata de las de derecho privado, desde su inscripción en el Registro respectivo, aunque pueden retrotraer los efectos de la inscripción a los actos jurídicos anteriormente celebrados, conforme al art. 77 del mismo Código.

La existencia de las personas jurídicas, una vez alcanzada, les confiere personalidad y con ella su capacidad de goce, la que queda limitada a su condición de ente abstracto, que le impide pretender la titularidad de derechos inherentes a la condición humana de la persona natural, y queda también determinada por la finalidad para la cual han sido creadas o constituidas, según la que le asigne la ley de su creación o el acto jurídico constitutivo. Así, una asociación tiene la capacidad de goce en función a los fines para los cuales ha sido constituida, los cuales no pueden tener propósitos lucrativos; en las sociedades mercantiles, que sí los tienen, su capacidad de goce está determinada por su objeto social, esto es, que si se constituye para ser empresa bancaria puede realizar todas las operaciones y celebrar todos los actos jurídicos que le permitan las leyes que norman las actividades bancarias, pero no podrá, por ejemplo, explotar un yacimiento minero o desarrollar actividades propias de la industria manufacturera.

47.3. La capacidad de ejercicio de las personas naturales

La capacidad de ejercicio, en el concepto desarrollado por Messineo[48], es la aptitud para adquirir y para ejercitar con la propia voluntad, o sea por sí solo, derechos subjetivos, o de asumir, con la propia voluntad, o sea por sí solo, obligaciones jurídicas, es decir, de celebrar actos jurídicos. De este modo, la capacidad de ejercicio se diferencia de la capacidad de goce en cuanto la de ejercicio considera a la persona no en su cualidad jurídica para ser titular de derechos subjetivos, sino en cuanto esté apta para ejercitar por sí sus derechos subjetivos. La capacidad de goce viene a ser, entonces, el presupuesto, el sustrato, de la de ejercicio.

La capacidad de ejercicio entendida como la facultad de celebrar por sí mismo los actos jurídicos tiene, como presupuesto necesario, el discerni-

(48) Ibídem, pág. 109.

miento. Pero si bien el discernimiento es su cualidad constitutiva, como señala Aguiar[49], él solo no basta para adquirirla plenamente. Es necesario, además, alcanzar la mayoría de edad, pues el Derecho presume que con ella el sujeto alcanza su desarrollo psíquico y su madurez intelectual.

En nuestro Derecho, a partir de la modificación del art. 8 del Código Civil de 1936, mediante el Decreto Ley Nº 21994 de 15 de noviembre de 1977, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. Así lo ha confirmado el art. 42 del Código Civil y lo ratifica el Art. 30 de la Constitución Política.

Las personas naturales tienen, pues, la capacidad de ejercicio a partir de los 18 años de edad, conforme al Código Civil, pues antes de cumplirlos están en estado de incapacidad y ésta será absoluta para los menores de 16 años (art. 43, in.1) y relativa para los menores de 18 años pero mayores de 16 (art. 44, inc. 1), salvo que contraigan matrimonio u obtengan título que los autorice oficialmente a ejercer una profesión u oficio (art. 46).

Sin embargo, no obstante la mayoría de edad, existen causas de incapacidad de ejercicio que el Código Civil enumera y que pueden determinarla de manera absoluta, como son la privación del discernimiento por cualquier causa (art. 43, inc.2) y la imposibilidad de expresar la voluntad de manera indubitable por causa de sordomudez, de ciegosordez y de ciegomudez (art. 43, inc. 3), o de manera relativa, como son las causales de retardo mental (art. 44, inc.2), de deterioro mental que impida manifestar la voluntad libremente (art. 44, inc. 3), de prodigalidad (art. 44, inc. 4), de mala gestión (art. 44, inc. 5), de ebriedad habitual (art. 44, inc. 6), de toxicomanía (art. 44, inc. 7) y de punición con interdicción civil (art. 44, inc. 8).

47.4. La capacidad de ejercicio de las personas jurídicas

La capacidad de ejercicio en relación a las personas jurídicas es cuestión asaz controvertida en la doctrina, no habiendo la legislación tomado partido. Para un sector de la doctrina las personas jurídicas, por ser entes abstractos, no están dotadas de capacidad de ejercicio y su falta la suplen mediante la representación. Para otro sector, las personas jurídicas tienen voluntad propia y ésta puede ser expresada mediante sus órganos y, en consecuencia, tienen capacidad de ejercicio.

Exponente clásico de la doctrina que niega capacidad de ejercicio a las personas jurídicas es Coviello[50], quien sostiene que concedida al ente abstracto la capacidad de derecho (de goce), se queda dentro de estos límites, porque la capacidad de obrar (de ejercicio) presupone un organismo físico,

(49) Hechos y Actos Jurídicos. I. La Voluntad Jurídica, pág. 53.
(50) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 244.

concluyendo en que para esta capacidad son necesarios individuos que obren en su lugar y en su nombre. Autores de la actualidad, como Ospina y Ospina[51] mantienen esta posición doctrinal y sostienen que si la capacidad legal (de ejercicio o de obrar) es, por definición, la aptitud para celebrar por sí mismo actos jurídicos, es evidente que dicha capacidad sólo puede predicarse respecto de las personas humanas, porque consistiendo sustancialmente el acto jurídico en una manifestación de voluntad, únicamente tal clase de personas tienen aptitud para hacer por sí mismas dicha manifestación.

La doctrina ha evolucionado hacia el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de las personas jurídicas y ha dado desarrollo a la denominada Teoría Orgánica. En virtud de esta Teoría la voluntad de las personas jurídicas se forma y se expresa mediante sus órganos. Los órganos se forman, si se trata de personas de derecho público, en la ley que les ha dado creación y en sus estatutos; y, si se trata de personas de derecho privado, en el acto constitutivo y en sus estatutos.

Los órganos de la persona jurídica pueden ser la asamblea general, de socios o asociados, el directorio o consejo de administración, la gerencia o su administrador, es decir, como señala De Cossío[52], órganos de naturaleza colegial y órganos individuales, todos los cuales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, contribuyen a formar la voluntad del ente social, adoptando en cada caso la decisión pertinente, como cuando por la trascendencia de un contrato es la asamblea general la que evalúa su conveniencia, previamente reunida con las formalidades y el quórum legal o estatutario, adoptando la decisión por la mayoría de votos también requerida por la ley o los estatutos, encargándole al gerente o administrador que proceda a la formalización del contrato. De este modo, la persona jurídica ha formado su propia voluntad, que no es la de los asambleístas, y se apresta a celebrar el acto jurídico por sí misma, mediante el órgano correspondiente o competente. Barbero[53] explica que así como la persona física se expresa mediante sus órganos (la cabeza, la mano, la boca) y esos órganos no se expresan (no quieren, no escriben, no hablan) en nombre de la persona física, sino que no son más que instrumentos físicos a través de los cuales la persona misma, directamente y en nombre propio, quiere, escribe y habla, así también los órganos de la persona jurídica quieren, escriben y hablan por ella.

Como acabamos de advertirlo, pues, la cuestión relativa a la capacidad de ejercicio no ha tenido hasta ahora respuesta ni reconocimiento en el Derecho Objetivo. Sin embargo, considerando la misma naturaleza abstracta de las personas jurídicas, nosotros estamos con la doctrina que postula y re-

(51) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 23.
(52) Instituciones de Derecho Civil. I, págs. 176 y 177.
(53) Sistema de Derecho Privado. T.I, págs. 254 y 255.

conoce su capacidad de ejercicio. Sobre el tema volveremos al ocuparnos de la representación de las personas jurídicas (Infra Nº 109).

48. LA CAPACIDAD REQUERIDA PARA LA VALIDEZ DEL ACTO JURIDICO

El art. 140, que enumera los requisitos de validez del acto jurídico señala, en su inc. 1, que el agente debe ser capaz, sin hacer ninguna precisión sobre si debe tratarse de capacidad de goce o de capacidad de ejercicio, reiterando, así, la misma exigencia que formuló el art. 1075 del Código Civil de 1936. Es obvio que este requisito es exigible tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas.

León Barandiarán[54], comentando el art. 1075 del Código anterior, expresó que el requisito de la capacidad estaba referido tanto a la capacidad de derecho como a la capacidad de obrar, aun cuando la primera es un *prius* frente a la segunda, llegando a enfatizar que sin capacidad jurídica no puede haber acto, aunque consideró también el maestro que si faltaba la capacidad de ejercicio el acto sería nulo o anulable.

Nosotros, siguiendo a León Barandiarán, y atendiendo a un principio general de interpretación, según el cual no se puede distinguir donde la ley no distingue, pues el acotado inc. 1 del Art. 140 sólo requiere de que se trate de agente capaz, somos de opinión que la capacidad que se requiere es tanto la de goce como la de ejercicio. Pero somos del parecer también que sí se puede distinguir atendiendo a los efectos, esto es, a que al agente le falte capacidad de goce o le falte capacidad de ejercicio: si falta la primera, el acto jurídico no tiene validez, pues es nulo (Infra Nº 222); si falta la segunda, el acto tiene validez, pero es anulable (Infra Nº 230).

Por último, somos de opinión que también hay que considerar que la capacidad de goce es insustituible desde que es la aptitud para ser titular de derechos y deberes u obligaciones, mientras que la falta de la capacidad de ejercicio puede ser suplida mediante la representación.

Por ello, en conclusión, el requisito de validez *sensu strictu*, viene a ser la capacidad de goce, pues es con esta capacidad que el sujeto puede celebrar el acto jurídico, por sí o mediante un representante.

Por último, es obvio que el mismo requisito de la capacidad es exigible tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas.

(54) Acto Jurídico, pág. 54.

III

EL OBJETO

49. PREMISA

La manifestación de voluntad, como acabamos de ver, debe emanar de un sujeto capaz, pero para que el acto jurídico llegue a tener validez se requiere además de un objeto que, por ello, se constituye también en un elemento esencial. El inc. 2 del art. 140 del Código Civil precisa que el acto jurídico requiere, para su validez, de objeto física y jurídicamente posible, el que, por el inc. 3 del art. 219, debe ser también determinado o, cuando menos, determinable.

Su noción es una de las más intrincadas, complejas y difíciles de desarrollar.

50. LA NOCION DEL OBJETO: SUS ANTECEDENTES

La noción del objeto como requisito de validez del acto jurídico por ser, como se ha advertido, una cuestión sumamente intrincada, compleja y difícil de desarrollar, nos lleva a acudir a los antecedentes en nuestra codificación civil.

Como ya lo hemos dejado expuesto (Supra Nº 3.5.b), la Teoría del Acto Jurídico fue introducida a nuestra codificación civil por el Código de 1936, cuyo art. 1075 consideró al objeto como un requisito de validez refiriéndolo como "objeto lícito", tomando la fórmula del Código Civil Brasileño. El Código Civil de 1852, que la ignoró, se refirió al objeto como "cosa cierta que sea materia del contrato" en el inc. 3 de su art. 1235.

Olaechea[55], en la Exposición de Motivos del Proyecto del Código de 1936, sólo se limitó a mencionar los requisitos de validez aunque advirtió que no se consideraba la causa como elemento vital en la elaboración del acto jurídico, señalando que en los actos gratuitos la causa se confundía con el consentimiento, y, en los onerosos, se asimilaba al objeto. Anteriormente, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto[56], haciendo referencia al objeto, expuso que era igualmente necesario que la cosa estuviera en el comercio y que fuera por lo tanto susceptible de adquirirse o de transmitirse.

(55) Pág. 4.
(56) Acta de la sesión del 25 de julio de 1925. Cuarto Fascículo, pág. 206

León Barandiarán[57], en sus comentarios al art. 1075 le da otro significado al objeto y reclamó que debía ser entendido en ancha significación, por lo que consideramos conveniente transcribirlos: "El objeto debe ser lícito, es decir, no debe el acto jurídico como contenido, referirse a algo opuesto a la moral, buenas costumbres, orden público, ni ser, en general, repudiado por el derecho mismo. De aquí que en esto va implícito que el objeto no puede consistir en nada que la ley prohíba. Como explica Ferreyra Coelho, los actos opuestos a la ley expresa o que aunque aparentemente legales tengan consecuencias infractorias de la misma, no son garantizados por el derecho, porque las consecuencias de los actos *in fraudem legis agere* y los de *contra legem agere* siempre infringen al derecho. Pero en realidad no basta con declarar la licitud del objeto, para la validez del acto jurídico. El objeto debe contener los siguientes caracteres que anota Viforeanu: 1º) existir, o tener la posibilidad de existir, porque las cosas futuras pueden formar el objeto de una obligación; 2º) ser determinado o determinable; 3º) ser posible (se refiere a la imposibilidad absoluta pues la imposibilidad relativa se resuelve en daños y perjuicios); 4º) *ser lícito (esto quiere decir que no sea contrario al orden público y a las buenas costumbres).* Si los tres primeros elementos son de verdadera evidencia, no se puede decir lo mismo del cuarto, cuyo contenido tiene necesidad de ser precisado, porque, es en atención al carácter lícito, necesario al objeto, que la ley limita la libertad contractual. El Código sanciona con nulidad el acto cuyo objeto fuese ilícito o imposible en el artículo 1123, inc. 2º, o aquél que la ley declarase nulo, en el inc. 4º, del mismo. Por lo demás, el objeto ha de ser entendido en ancha significación. No es el objeto como una cosa simplemente material (aunque en ciertos casos en ella cabalmente consiste específicamente el objeto; por ejemplo la cosa dada en comodato en este último contrato). Es el objeto del acto en general como la causa material propia del acto. Por eso no podemos adherirnos a la indicación de Stolfi, de que el objeto es un elemento esencial sólo de los negocios patrimoniales, sean *intervivos* o *mortis causa,* mas no de los personales, porque solamente los primeros hacen surgir una relación entre la persona y la cosa, mientras que los segundos hacen nacer relaciones únicamente entre las personas. ¿Cuál sería, se pregunta, el objeto del matrimonio? Los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia no conciernen a los bienes y sólo a las personas. Pero con ese criterio, negocios jurídicos que no se refieren a bienes quedarían sin *factum* alguno que los constituyeran. No puede hablarse de un negocio jurídico sin un algo, un *aliquid,* un contenido patrimonial o no, que le corresponda. ¿El reconocimiento de hijo no tiene un objeto? ¡Claro que sí! Determinar una relación paterno-filial. ¿Y el negocio asociacional? ¡Indudablemente! Crear un ente social. ¿Y la emancipación? Su objeto es atribuir un nuevo *status* a una persona".

(57) Acto Jurídico, págs. 55 y 56.

Del comentario de León Barandiarán se puede inferir la necesidad de orientar la conceptuación del objeto dentro de la ancha significación planteada por el maestro. Por eso, atendiendo a que el art. 1075 se inspiró en el art. 82 del Código brasileño, con la del autor brasileño citado por León Barandiarán traemos a colación la opinión de Da Silva Pereira[58], para quien el objeto lícito como requisito de validez del acto jurídico está referido a la creación de derechos dentro de una relación jurídica amparada por la ley.

Planteada la reforma del Código de 1936 quedó planteada también la necesidad de precisar la noción del objeto. Como semánticamente el vocablo tiene diversas acepciones, que van desde todo lo que puede ser material o inmaterial hasta la finalidad o propósito que se persigue, se desvinculó la noción de objeto de la causa o finalidad del acto, pero manteniéndole la "ancha significación" que había planteado y reclamado León Barandiarán.

Es así que, al reformularse los requisitos de validez del acto jurídico, en el art. 140 se separaron el objeto, que es ahora materia de nuestro desarrollo, y el fin lícito, que desarrollaremos más adelante (Infra Nº 53).

51. DELIMITACION CONCEPTUAL DEL OBJETO

La desvinculación del objeto del fin lícito, para pasar a integrar un concepto único y excluyente, facilita el desarrollo de la noción del objeto y su delimitación conceptual.

El desarrollo de la noción del objeto en su ancha significación, para seguir el planteamiento y responder al reclamo de León Barandiarán, lleva a conceptuarlo como todo aquello que es externo al sujeto y así, contraponiéndolo, todo lo que no es sujeto es objeto, y es desde esta perspectiva que, realmente, la conceptuación del objeto adquiere su máxima latitud, pues resulta apodíctico que todo lo externo al sujeto y que no sea otro sujeto, es objeto.

En este orden de ideas, las personas no pueden ser objeto de un acto jurídico. Como afirma Bueres[59], en el acto jurídico la persona se distancia del objeto, pues el acto jurídico se celebra entre personas y la relación jurídica se constituye entre ellas, por más que, como efecto del acto celebrado, una adquiera un derecho, que le confiera un poder jurídico, y la otra un deber, que la haga pasible de la exigibilidad de una conducta, y, aun, a una prestación de alguna parte del cuerpo (arts. 6, 7 y 8 del Código Civil) o a una

(58) Instituicoes de Direito Civil. Vol. I, págs. 310 y 311.
(59) Objeto del Negocio Jurídico, pág. 59.

prestación que dependa de sus habilidades o cualidades que se trasuntan en un servicio, como en los casos en que se "vende" a un jugador de fútbol.

El objeto puede ser material, corporal o corpóreo, según sea perceptible por los sentidos, sensorialmente, como un metal, una planta, el agua, una melodía o el humo de un cigarrillo, o, inmaterial, incorporal o incorpóreo, según sea perceptible por el intelecto, como un derecho subjetivo, un deber jurídico o la misma relación jurídica. El objeto, cuando es material o inmaterial es un bien, pero cuando sólo es material es una cosa.

Como el objeto es un requisito de validez de todo acto jurídico, su ancha significación entendida como una relación jurídica lo hace aplicable a la generalidad de los actos jurídicos, sean patrimoniales o no patrimoniales, pues en estos últimos, como el matrimonio y el reconocimiento de un hijo, su objeto viene a ser los derechos y deberes inherentes a la relación conyugal y a la paterno-filial.

En conclusión, consideramos que el objeto del acto jurídico es la relación jurídica a la que da creación, regula, modifica o extingue. Toda relación jurídica vincula a sujetos y entre ellos se dan derechos y deberes u obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza. De este modo, rectificamos la posición que hemos dejado expuesta en la Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil[60] y ratificamos la que hemos venido perfilando en estudios anteriores.

Ahora bien, el objeto como elemento esencial y trasuntado a la relación jurídica es un requisito de validez de todo acto jurídico, dentro del cual, por la latitud del concepto, quedan comprendidos los contratos. Sin embargo, el Código Civil cuando se refiere al objeto del contrato en el art. 1402 dice que "consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones". Se infiere, así, que el objeto del contrato son las obligaciones, mas no la relación contractual que se crea, regula, modifica o extingue. Max Arias-Schreiber que fue su ponente, en su Exposición de Motivos y Comentarios[61], expuso que tal norma es necesaria desde que "constituye un desarrollo más explícito de los requisitos para la validez del acto jurídico, contenidos en el citado artículo 140 y valederos, desde luego, para la contratación". Lamentablemente, tenemos que discrepar con tan ilustre maestro, máxime si cuando al hacer la exegésis del objeto del contrato[62], considera que el objeto del acto jurídico es la manifestación de voluntad.

(60) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.IV, pág. 276.
(61) Ibídem. T. VI, págs. 62 y 63.
(62) Código Civil Peruano. Exégesis. T.I, pág. 157.

Todo contrato es un acto jurídico, mas no todo acto jurídico es un contrato. De ahí, que el art. 1351, especificando la noción del acto jurídico contenida en el art. 140, señale que "el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial", reconociendo un contenido normativo a la manifestación de voluntad y que el contrato, como especie del acto jurídico, tiene también como objeto la relación jurídico-contractual.

52. CARACTERES DEL OBJETO

Atendiendo a lo dispuesto por el art. 140, inc. 2) del Código Civil, el objeto debe ser posible, física y jurídicamente, y, a *contrario sensu* de su art. 219 inc. 3), debe ser si no determinado, determinable. De las acotadas normas se infiere que son tres las características del objeto: (1) la posibilidad física, (2) la posibilidad jurídica y (3) la determinabilidad; siendo las tres características concurrentes para que el objeto se constituya en requisito de validez del acto jurídico.

52.1. La posibilidad física del objeto

La posibilidad física está referida a la factibilidad de realización con adecuación a las leyes de la naturaleza. Se trata de una posibilidad material, como la existencia o posibilidad de existir de los derechos y deberes u obligaciones inherentes a la relación jurídica que vincula a los sujetos.

Esta característica tiene que ser positiva o afirmativa. La imposibilidad física la desarrollaremos al considerar la nulidad absoluta del acto jurídico (Infra Nº 223.3).

52.2. La posibilidad jurídica del objeto

La posibilidad jurídica está referida a la conformidad de la relación jurídica con el ordenamiento jurídico. Se le suele confundir con la licitud, pero son conceptos diferentes: la licitud es lo que guarda conformidad con el ordenamiento legal, el cual queda comprendido en un concepto más amplio como es el del ordenamiento jurídico, pues comprende los principios generales que inspiran la idea del orden publico (Supra Nº 14) y que se integra con la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina.

Esta característica también tiene que ser positiva o afirmativa. La imposibilidad jurídica también la desarrollaremos al considerar la nulidad absoluta (Infra Nº 223.3).

52.3. La determinabilidad del objeto

La determinabilidad del objeto está referida a la posibilidad de identificación de los derechos y deberes u obligaciones inherentes a la relación jurídica que vincula a los sujetos.

Como ya hemos advertido, el objeto del acto jurídico puede ser determinado o cuando menos determinable. Es determinado cuando los derechos y los deberes u obligaciones están identificados en el momento de la celebración del acto, como cuando se adquiere el derecho de propiedad con la obligación de pagar el precio pactado. Es determinable, cuando los derechos y los deberes u obligaciones no están identificados en el momento de la celebración del acto jurídico, pero existe la posibilidad de identificarlos, como en el caso de una compraventa en la que la determinación del precio se confía a un tercero (art. 1544 del Código Civil).

La indeterminabilidad también la desarrollaremos al hacerlo de la nulidad absoluta (Infra Nº 223.3).

IV

LA FINALIDAD

53. PREMISA

Hemos expuesto al desarrollar el objeto y delimitarlo conceptualmente que, ante la falta de precisión con que su noción fue incorporada al Código Civil de 1936, su interpretación era equívoca. Hemos indicado también que en el proceso de reforma del Código derogado por el vigente, se desvinculó el objeto del fin lícito que se requiere para la validez del acto jurídico y hemos concluido en que el art. 140, al considerar al objeto en su inc. 2 y al fin lícito en el inc. 3, ha contribuido a aclarar la falta de precisión acusada.

El fin lícito, que como requisito de validez puntualiza el art. 140 del Código Civil, nosotros preferimos denominarlo como finalidad lícita, por parecernos más apropiada la expresión y, además, porque estamos con la doctrina que ve en la finalidad del acto o del negocio la causa del mismo.

El desarrollo de la finalidad del acto jurídico requiere, previamente, detenerse en el de la causa.

54. ORIGEN Y EVOLUCION DE LA CAUSA

La causa como *essentiala negotii* no fue desconocida en el Derecho Romano y se hace referencia a ella denominándola *iusta causa*, causa legítima, cuando los efectos queridos a través del *actus juridici* estaban adecuados al *ius*. Según Petit[63] estaba vinculada a las obligaciones. Tola[64], entre nuestros romanistas, también la vincula a las obligaciones y acota que cuando era lícita constituía un requisito en todos los negocios jurídicos.

Los precursores y redactores del Código Napoleón receptaron la idea de la causa y también la vincularon al Derecho de las Obligaciones, particularmente a los contratos sinalagmáticos, pues una obligación era el fundamento de la otra, y, cuando se trataba de contratos sin reciprocidad de prestaciones, cualquier motivo razonable y justo podía servir de causa.

Formulada la Teoría de la Causa en base a las ideas de Domat y Pothier, que viene a ser la clásica, la de la causa objetiva, aparece hacia fines

(63) Tratado Elemental de Derecho Romano, págs. 317 y 318.
(64) Derecho Romano, págs. 73 y sigtes.

del siglo XIX el anticausalismo, cuyo principal exponente fue Ernst, que tuvo entre sus seguidores a Planiol. El anticausalismo, que tachó a la Teoría clásica, la de la causa objetiva, de falsa e inútil, tomó arraigo entre los precursores y redactores del Código Civil Alemán, pudiendo esta corriente doctrinal explicar la posición que adoptó Olaechea al introducir la Teoría del Acto Jurídico con el Código de 1936.

Como respuesta al anticausalismo aparecieron las ideas de Dabin(65), que son determinantes en la evolución de la Teoría de la Causa, habiendo sido seguidas por calificados exponentes de la moderna doctrina francesa como Josserand y los Mazeaud, superándose la posición clásica de la causa objetiva e imponiéndose la de la causa subjetiva. En realidad –como lo explica Josserand(66)– no hay una Teoría de la Causa, sino más bien dos teorías netamente distintas, pues la causa subjetiva nació y evolucionó al lado y por encima de la causa objetiva, como un sistema más amplio, que toma en consideración no sólo los móviles abstractos y permanentes que se integran, sino también los móviles concretos, individuales y variables que, en un caso determinado, han inducido a las partes a celebrar el acto jurídico y han sido, por consiguiente, determinantes. Por su parte, los Mazeaud(67), explican que la causa de un acto jurídico es el motivo que ha impulsado a su autor a celebrarlo.

El Código Civil Italiano ha replanteado el problema de la causa pero admitiendo la causa subjetiva, considerándola como un elemento esencial del contrato, pues, como se sabe, no legisla sobre el negocio jurídico (Supra Nº 3.3).

55. LA EVOLUCION EN NUESTRA CODIFICACION CIVIL

Vista la evolución de la Teoría de la Causa es conveniente detenernos en las posiciones adoptadas en nuestra codificación civil en torno a ella: cómo se va del causalismo clásico del Código de 1852 al pretendido anticausalismo del Código de 1936 y a la causa subjetiva o neocausalismo en el Código vigente desde 1984.

El Código Civil de 1852, siguiendo el modelo napoleónico, ignoró la Teoría del Acto Jurídico y acogió el causalismo clásico, refiriéndose a la causa como requisito de validez de los contratos como "causa justa para obligarse" (art. 1235, inc. 4).

(65) La Teoría de la Causa. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1929.
(66) Derecho Civil. T.II. Vol. 1. págs. 93 y sigtes.
(67) Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. 1. págs. 405 y sigtes.

El Código Civil de 1936, que introdujo la Teoría del Acto Jurídico y tuvo como ponente a Manuel Augusto Olaechea, pretendió ser anticausalista. Olaechea[68] consideró innecesaria la causa al dejar establecidos como únicos requisitos para la validez del acto jurídico la capacidad del agente, la licitud del objeto y la forma prescrita o no prohibida por la ley, señalando que en los actos gratuitos la causa se confundía con el consentimiento y, en los onerosos, se asimilaba al objeto, afirmando que la Teoría de la Causa era innecesaria, como lo revelaba el hecho de que este requisito hubiera sido eliminado y que los Códigos suizo y alemán ignoraron la causa, habiéndola también excluido el austríaco y el brasileño.

León Barandiarán[69], en sus Comentarios al Código Civil de 1936, se mostró partidario de la causa y en relación al anticausalismo escribió: "El Código peruano promulgado en 1936 no ha hablado de la causa como elemento integrante del acto jurídico. Sus autores se decidieron por el anticausalismo, deslumbrados a lo que parece por la argumentación de un civilista francés, Planiol. Pero si la causa es lo que no puede dejar de ser, entendida como elemento estructural del acto patrimonial, entonces no cabe interpretación personal. El legislador no puede negar su existencia, como no podría el físico una propiedad de los cuerpos, o el matemático una ley de los números. Los seres ideales no son únicamente porque nosotros, el hombre, mediante un juicio existencial les confirmamos existencia. Sí los descubrimos y los describimos. Como se trata de algo que es por sí, ello no depende de la contingencia fáctica de que nuestro pensamiento les atribuya validez entitativa. La causa, así, viene a ser una noción irrecusable".

Si bien León Barandiarán, en su exégesis del Código de 1936, no planteó una noción integral de la causa en su aplicabilidad a la generalidad de los actos jurídicos, sí sentó ideas fundamentales. Expuso el maestro: "No es propio que alguien se obligue sin un por qué y sin que considere el para qué. Y aquí es cuando entra la idea de la causa. Ella es, en principio, diferente del objeto. Este es el elemento material de la obligación, lo que constituye el dato objetivo, la prestación misma, por lo cual no es confundible con la causa que explica racionalmente la razón determinante y la finalidad social de la obligación; confundir una cosa y otra es confundir objeto con objetivo, como dice el eminente Capitant". "También en principio –continuó el maestro– es distinguible la causa del motivo, hecho psicológico, subjetivo, impulsivo. La causa es diferente; no tiene como el motivo una existencia material fenoménica; es una construcción técnica, como dato espiritual, que sirve especialmente para estimar el principio de utilidad social de la obligación (Venezian), lo que tiene especial interés tratándose de la licitud o ilicitud de la misma".

(68) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, pág. 4.
(69) Acto Jurídico, pág. 66.

Refiriendo el análisis de la causa a los actos patrimoniales, señaló León Barandiarán la conveniencia de distinguir entre actos onerosos y gratuitos. Tratándose de los primeros la causa no se confunde con el objeto ni con el motivo; pero, tratándose de los gratuitos, si bien tampoco se confunde con el objeto, fracasa el esfuerzo para distinguirla del motivo, pues al hablarse de la voluntad o deseo o intención de liberalidad, de *animus donandi*, no se expresa con esto sino un concepto vacío, o el motivo, el hecho psicológico, impulsivo, que decide el autor de la liberalidad. Y es que la causa - enfatizó el maestro - es una construcción técnica; puede así en unos casos ser separada del motivo, en otros no"[70].

Jorge Eugenio Castañeda[71], aunque por fundamentos distintos, fue también de opinión que la causa existió en el Código Civil de 1936.

Como ya lo hemos indicado (Supra Nº 3.5.b), el Código Civil de 1936 instaló el acto jurídico en el Libro Quinto, dedicado a las Obligaciones, y ello explica que, tanto su ponente como el más calificado de sus comentaristas, como lo ha sido el maestro León Barandiarán, consideraran la causa en relación a los actos patrimoniales no obstante que la presencia de la Teoría del Acto Jurídico suponía la aplicación de su concepto, como concepto amplio y general, y del conjunto de normas uniformes que de este concepto se derivan, a las diversas categorías jurídicas que queden comprendidas en el concepto genérico de acto jurídico y que sean consideradas como actos jurídicos.

No obstante, pues, el anticausalismo que se le quiso imprimir al ordenamiento civil de 1936, el Código utilizó el vocablo causa en el art. 1084 que trataba un aspecto del error como vicio de la voluntad y según el cual "la falsa causa sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante, o bajo forma de condición". Olaechea[72] lo explicó, soslayando el anticausalismo, indicando que "la falsedad de la causa podía afectar la validez del consentimiento sólo si se expresaba como razón del acto, o bajo forma de condición y que ello es así, en el primer caso, –que es el que ahora interesa– porque la causa final del acto se confunde con el objeto y es parte integrante del acto mismo". León Barandiarán[73], comentando el citado art. 1084, consideró que apreciaba la causa de modo diferente al de la teoría clásica. "La causa –escribió el maestro– tal como la aprecia el Código, es el motivo determinante de la voluntad de obligarse y que conforme al art. 1084, la causa significa el móvil decisivo de la voluntad de obligarse".

(70) Ibídem, págs. 60 y 61.
(71) La Doctrina de la Causa. Rev. de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 44, Lima, 1980.
(72) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, pág. 5.
(73) Acto Jurídico, págs. 125.

La doctrina nacional anterior a la del Código vigente ha sido también confusa e imprecisa al abordar la causa, tal como lo fue con el objeto (Supra Nº 49), debido, posiblemente, a las encontradas posiciones de Olaechea y León Barandiarán y a que estos insignes civilistas ubicaron el problema de la causa sólo en el ámbito de los actos patrimoniales. Así, Jorge Eugenio Castañeda(74) no define su concepto de la causa y, al hacer una clasificación de los negocios jurídicos en abstractos y causales –que nosotros no hemos adoptado– considera a la causa un fin no subjetivo, sino objetivo, y se aparta de la consideración de la causa como motivo del acto. Raúl Ferrero Costa(75) también opta por la causa objetiva, reconociéndole autonomía y la característica de ser un elemento integrador del negocio jurídico. Peña Gálvez(76) conceptúa la causa como el fundamento o razón justificativa del negocio y sus ideas giran en torno a los actos patrimoniales.

Consideramos, pues, que, no obstante la intención del Codificador de 1936, el Código no eliminó la idea de la causa y que, aunque pretendió ser un código anticausalista, no pudo sustraerse a toda noción de causa, máxime si la doctrina francesa ya había enrumbado hacia la causa subjetiva como motivo impulsivo y determinante de la celebración del acto jurídico.

Planteada la reforma del Código Civil de 1936, la idea de la causa se hizo presente en la Comisión Reformadora, expresada como finalidad del acto y hasta en algún momento se consideró enumerar a la causa dentro de los requisitos de validez del acto jurídico(77). La incorporación de la causa, además, fue prevista, originalmente, en las disposiciones generales de los contratos, aunque, su ponente, Max Arias-Schreiber(78), consideró que debía ser tratada en el acto jurídico, advirtiendo que el causalismo que propugnaba se afiliaba a la concepción finalista y subjetiva, que ve en la causa el motivo determinante para la celebración del contrato y común a las partes intervinientes. "El causalismo que sostenemos –explicó Arias-Schreiber– está constituido en base al motivo determinante, concreto, mediato y personal, esencialmente psicológico y subjetivo, que puede variar de contrato en contrato y que se afirma básicamente en las teorías de dos prominentes juristas franceses: Capitant y Josserand". "Esta corriente –concluyó– denominada neocausalista, prescinde de la distinción entre causa y motivo e incluye dentro del concepto de causa los motivos que cuentan para el Derecho". Felipe Osterling(79), al explicar la necesidad de la reforma, dejó expuesto el mismo criterio.

(74) El Negocio Jurídico, pág. 173.
(75) El Negocio Jurídico, pág. 133 y sigtes.
(76) Manual del Acto Jurídico, págs. 17 y sigtes.
(77) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 139 y 140.
(78) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, págs. 471 y 472.
(79) Ibídem. T. I, pág. 21.

Durante la revisión del proyecto, la Comisión Revisora dejó de lado la expresión finalidad e introdujo la de fin[80]. Como ya lo hemos señalado nosotros consideramos más apropiado el uso de la expresión finalidad.

La causa, como puede inferirse, ha estado siempre presente en nuestra codificación civil, como causa objetiva en el Código del siglo pasado y en su tránsito al neocausalismo en el de 1936, hasta llegar al Código vigente con el fin lícito que el inc. 3 del art. 140 requiere para la validez del acto jurídico.

56. EL FIN LICITO COMO REQUISITO DE VALIDEZ

El acto jurídico, según el art. 140 del Código Civil, es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, que, según la conclusión a la que hemos arribado, vienen a ser su objeto (Infra Nº 51). El fin lícito –o la finalidad lícita, como preferimos denominar a este requisito– consiste en la orientación que se da a la manifestación de voluntad para que ésta, partiendo del motivo del o de los celebrantes, se dirija, directa y reflexivamente, a la producción de efectos jurídicos, vale decir, a la creación de una relación jurídica y normarla, así como a normar su regulación, su modificación o su extinción. Existe, pues, una identificación de la finalidad del acto jurídico con los efectos queridos y buscados mediante la manifestación de voluntad.

Ahora bien, si la finalidad del acto jurídico se vincula a la manifestación de voluntad, necesita también exteriorizarse, ponerse de manifiesto. Por ello, si bien hemos señalado que el Código Civil ha acogido a la causa como fin o finalidad del acto jurídico y que ha sido tomada como motivo determinante de su celebración, hay una identificación entre causa y motivo, pero sólo del motivo relevante para el Derecho, desde que es manifestado, y no del simple motivo subjetivo o dato psicológico sin relevancia jurídica. Así, por ejemplo, si alguien compra un punzón porque tiene afición por hacer trabajos de artesanía en madera o si lo compra para usarlo para causar la muerte a otro, el motivo de la adquisición del punzón es irrelevante jurídicamente, salvo que se ponga de manifiesto.

La finalidad del acto jurídico se da en relación a cada acto jurídico en particular, según su especie y nominación, para producir la relación jurídica correspondiente y los efectos que constituyen el propósito del o de los celebrantes del acto y los que le asigne el ordenamiento jurídico. Así, en el reconocimiento de un hijo extramatrimonial la finalidad del acto además de generar la relación paterno-filial es la de conferir al reconocido el derecho al nom-

(80) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, pág. 140.

bre, a los alimentos y a la herencia, entre otros; y, si se trata de un contrato de compraventa, la finalidad es no sólo la relación contractual y las prestaciones recíprocas que deben cumplir los contratantes, sino los demás efectos que constituyen el propósito para el cual ha sido celebrado, además de los que, según el Código Civil, son los propios e inherentes a este contrato.

El Código Civil exige que la finalidad sea lícita, esto es, que el motivo determinante de la celebración del acto jurídico, aunque subjetivo, no sea contrario a las normas de orden público ni a las buenas costumbres a fin de que, exteriorizados con la manifestación de voluntad, los efectos queridos y producidos puedan tener el amparo del ordenamiento jurídico. Así, en el caso de la compra del punzón, puesto como ejemplo anteriormente, si tanto el vendedor como el comprador tuvieron como motivo común la comisión del homicidio, y el motivo se pone en evidencia, el acto es nulo por la ilicitud de su finalidad (art. 219, inc. 4).

La causa está presente, pues, como requisito de validez del acto jurídico y su presencia se ha insertado como causa subjetiva y finalista, porque debe traducirse en el resultado alcanzado. Por ello, creemos que puede considerarse una finalidad inicial, que es la motivación, lo querido por el sujeto, y, una finalidad final, que es el propósito logrado, el resultado práctico alcanzado. Si el neocausalismo, conforme a los avances de la doctrina, no es ya sólo la causa subjetiva sino también la intención del o de los celebrantes objetivamente considerada, creemos que ha hecho bien el Código Civil al soslayar la causa por su nombre, pues ha evitado así la especulación ante su amplia gama de significados, todos ellos cambiantes según el contexto dentro del cual deba considerarse la causa en su *nomen iuris.*

La finalidad y su licitud tienen que ver, conforme a la posición adoptada por el Código Civil y a su sistemática, con la validez del acto jurídico, pues así está considerada entre los enumerados por el art. 140.

V

LA FORMA

57. PREMISA

La forma es la manera como se manifiesta la voluntad. Si el acto jurídico, como lo conceptúa el art. 140, es una manifestación de voluntad, la forma viene a ser el aspecto externo de la misma. Por ello, no pueden existir actos jurídicos sin forma, desde que ésta sirve de continente a la manifestación de voluntad y es la manera como se da a conocer para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica. La forma, según expresión de León Barandiarán[81], es esencial para el acto, pues sin forma no caería dentro del ámbito de la vida jurídica.

Como acabamos de advertir, todo acto jurídico tiene una forma, pero, para algunos actos, la ley prescribe una forma de necesaria observancia y la exige bajo sanción de nulidad, siendo ésta la forma que se constituye en requisito de validez según el inc. 4 del art. 140. Por eso, como veremos, no toda forma se constituye en requisito de validez sino tan sólo en un medio de prueba de la existencia y contenido del acto.

Por lo que queda expuesto, el desarrollo de este requisito de validez implica, previamente, el de la forma en su generalidad.

58. NOCION GENERICA DE LA FORMA

La forma, en su noción genérica, es el aspecto externo de la manifestación de voluntad, lo que la reviste, cualquiera que sea el modo utilizado, sea mediante expresión oral o escrita, y también mediante conductas expresivas. Según Messineo[82], la forma es el medio, o el modo, con el que se pone en ser la declaración (expresa) de voluntad, o sea, es el aspecto exterior que esta última asume; la forma, por consiguiente, es un elemento indispensable que, en cierto sentido, se identifica con la declaración de voluntad, de manera que, sin una forma, la declaración de voluntad no podría emitirse. Para Betti[83], la forma es el modo como es el negocio, es decir, como se presenta frente a los demás en la vida de relación: su figura exterior. Castán Tobe-

(81) Acto jurídico, pág. 56.
(82) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 381.
(83) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 97.

ñas[84] indica que la forma es el medio por el cual se produce y se exterioriza la manifestación de voluntad.

Pero esta noción genérica de la forma no debe entenderse únicamente como la manera o modo como se manifiesta la voluntad en el momento culminante de la celebración del acto jurídico, como, por ejemplo, en el Código Civil, la constitución de una fianza (art. 1871), sino que abarca toda otra fisonomía que caracterice al acto. Así, el testamento en escritura publica requiere de formalidades concomitantes a su celebración (art. 696); el matrimonio, requiere de formalidades previas y concomitantes a su celebración (art. 248 y 259) y, el matrimonio *in extremis*, las requiere posteriores (art. 268).

Hay, pues, formas sencillas, como cuando el acto queda celebrado con la sola manifestación de la voluntad verbal o mediante la suscripción de un documento, como en el caso de la fianza; las hay también complejas y recargadas, como en los casos del testamento en escritura pública o del matrimonio. Ellas dependen del imperativo de la ley o de la voluntad de las partes en atención a la trascendencia patrimonial, familiar y aun social que el acto pueda tener o se le atribuya. En uno y otro caso se trata de darle certeza y seguridad jurídica al acto, lo que tiene que ver con la función fundamental que le corresponde a la forma en cuanto medio probatorio de la existencia y del contenido del acto.

Planteada como queda expuesta la noción genérica de forma, su problemática ha oscilado entre la ausencia de formas forzadas o el imperio de éstas, es decir, entre forma y formalismo.

59. FORMA Y FORMALISMO

El formalismo, entendido como el uso forzado e inevitable de formas, como ha escrito Boffi[85], está lejos de ser una cuestión formal. Y tiene razón, pues el formalismo hay que apreciarlo en su evolución histórica.

El formalismo, repetimos, entendido como el uso forzado de formas, ha sido característico en los actos jurídicos que se celebraban en los grupos sociales primitivos y ha sido también una característica de los ordenamientos jurídicos incipientes, pues los actos jurídicos para ser eficaces no dependían de la voluntad de quienes los celebraban, sino del cumplimientos de formas rituales, máxime si la escritura, desconocida o insuficiente, era sustituida por el simbolismo de los ritos.

(84) Derecho Civil Español. T.I. Vol. II, pág. 540.
(85) Lecciones de Derecho Civil. La Teoría de los Actos Jurídicos, pág. 23.

El formalismo como característica es señalada por los Mazeaud[86] como propia de los derechos primitivos y acotan que en el antiguo Derecho Romano no nacían las obligaciones si los contratantes no cumplían con fórmulas rituales; que ese formalismo cedió algo cuando Roma se convirtió en gran ciudad comercial, pero que las invasiones germánicas produjeron un retorno a las formas; que el antiguo Derecho francés no se libró sino poco a poco y gracias a los canonistas, quienes afirmaban que la palabra dada debía ser respetada cualquiera que fuera el modo de expresión de la voluntad; y que, por último, la tesis de los canonistas triunfó plenamente con la redacción del Code Civil, el que no consideró a la forma como condición esencial para la validez de las convenciones. Arauz Castex y Llambías[87] resaltan también que en los pueblos de cultura incipiente el formalismo estaba en la base de su organización jurídica, pues los actos jurídicos no derivaban su eficacia de la voluntad de los celebrantes, sino del cumplimiento de las formas y que cuando en el Derecho Romano hicieron su aparición los contratos *bona fide*, se llegó a reconocer que el simple pacto, aun desprovisto de formalidades, era suficiente para obligar a las partes, comenzando, así, la espiritualización del Derecho, según la cual el consentimiento deviene en el factor vinculante y la forma en sólo un medio para la ulterior comprobación del acto.

La recepción del Derecho Romano por el Derecho francés determinó, pues, que la forma no fuera considerada como un requisito esencial para la validez de las convenciones. En el pensamiento de Domat y de Pothier, precursores del Code Civil, se dio relevancia al consentimiento como expresión del poder vinculante de la voluntad, siendo estas ideas trasladadas a los textos napoleónicos. De este consensualismo puro se llegó a la libertad para la adopción de formas, como principio, dejándose librada la forma a la autonomía de la voluntad para después conjugarse con la noción de orden público (Supra Nº 14) y de ahí a hacer de la forma prescrita por la ley, la regla, y de la libertad de forma, la excepción a la regla.

Es, por lo expuesto, el Derecho moderno el que marca un renacimiento de la forma y el nuevo sentido del formalismo. Comienzan a primar criterios de seguridad en torno a los actos jurídicos para preservar el contenido de la manifestación de voluntad, salvaguardar los derechos de terceros y de facilitar la prueba de la existencia del acto. El Derecho moderno opone, así, a la consensualidad, la formalidad.

El formalismo moderno, o neoformalismo, tiene su razón de ser en los inconvenientes de la consensualidad, entendida ésta como la manifestación

(86) Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol.I, pág. 408.
(87) Derecho Civil. Parte General. T.II, pág. 219

de voluntad despojada de todo formalismo. Colin y Capitant[88] sustentan el neoformalismo en los siguientes fundamentos: a) en la importancia de ciertos actos jurídicos, que justifica la imposición de una forma solemne; b) en la publicidad que debe darse a ciertos actos jurídicos; y, c) en la precisión requerida en ciertos actos jurídicos, los que por ella deben contar con una declaración de voluntad escrita.

60. EL FORMALISMO EN NUESTRO DERECHO

El Código Civil de 1852, siguiendo el modelo francés, no consideró a la forma como requisito de las convenciones y de los contratos. Tan sólo especificó forma para los contratos traslativos de dominio, aunque con carácter *ad probationem* (Infra Nº 64), es decir, como medio de prueba (art. 1232). Con este mismo criterio estableció la regla según la cual "No debe confundirse el contrato con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el contrato, aunque el documento se declare nulo por cualquier defecto", regla que ha tenido la virtud de ser receptada por el Código Civil de 1936 (art. 1131), por el vigente (art. 225) y, aun, por el Código Procesal Civil que ha iniciado su vigencia el 28 de julio de 1993 (art. 237).

El Código de Procedimientos Civiles, promulgado en 1911 durante la vigencia del Código Civil de 1852 y que ha acompañado al Código de 1936 durante toda su vigencia y hasta entrado en vigor el Código actual, introdujo la forma *ad solemnitatem* (Infra Nº 64), es decir, la forma como requisito de validez, al disponer que "Si la ley exige como solemnidad de algún acto el otorgamiento de instrumento público, éste es el único medio de probar la realidad y legitimidad del acto" (art. 407).

Según lo hemos ya desarrollado (Supra Nº 3.5.b), es con el Código Civil de 1936 que se introdujo a nuestra codificación civil sistematizadamente la Teoría del Acto Jurídico y con ella se incorporó a la forma como requisito de validez (art. 1075), pero conjugó la forma *ad solemnitatem* con la forma *ad probationem,* pudiendo los celebrantes adoptar libremente la forma sólo cuando la ley no la imponía al acto que iban a celebrar (art. 1122), criterio que el Código vigente ha receptado (art. 143).

Con estos antecedentes se llega al formalismo del vigente Código Civil, que es un código formalista, cuyo criterio es informante de todo nuestro Derecho Privado, por cuanto no sólo considera a la forma como requisito de validez para los actos jurídicos a los que les prescribe forma *ad solemnitatem causa,* sino que también prescribe formas *ad probationem*, aunque dando

(88) Curso Elemental de Derecho Civil. T.I, pág. 159.

margen a que los interesados puedan, dentro de éstas, adoptar las formas que estimen convenientes, y dejando de legislar sobre la forma para una gama muy limitada de actos jurídicos. El Código en vigor le da, pues, a su formalismo, una función probatoria de la existencia y contenido del acto.

61. EL FORMALISMO DEL CODIGO CIVIL

El formalismo del Código Civil conjuga la libertad para la adopción de la forma con las formas designadas por la ley, esto es, conjugando la autonomía de la voluntad con el orden público y orientando la utilización de la forma a la prueba de la existencia y contenido del acto jurídico. De ahí que el art. 143 establezca: " Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente".

El acotado art. 143 registra como antecedente, como lo hemos indicado anteriormente, al art. 1122 del Código Civil de 1936 que, a su vez, se inspiró en el art. 974 del Código Civil Argentino(89). Olaechea(90) explicó la norma antecedente expresando que la regulación de la forma de los actos jurídicos se desenvolvía en el sentido de la libertad, acomodándose a los precedentes antiguos y modernos de nuestro Derecho Civil; que las partes podían emplear indiferentemente la forma que juzgaran conveniente y que por excepción se subordinaban ciertos actos a una forma predeterminada, sea por su trascendencia social y consiguiente necesidad de asegurar la pureza del consentimiento, sea por el interés que dichos actos revistan para terceras personas. Sin embargo, no obstante lo expuesto por el propio ponente de la norma, de su tenor se infiere que la libertad para escoger la forma estaba restringida y que tal libertad sólo podía ejercerse cuando la ley la permitía. Por ello, atendiendo precisamente al antecedente y a la norma vigente, la libertad para la adopción de la forma constituye una excepción a la regla general y así se explica el formalismo del Código vigente expresado en el acotado art. 143.

El formalismo tiene un fundamento de orden público y por eso la libertad de escoger las formas debe ejercerse dentro del orden establecido por el legislador y cuando éste permite elegir entre formas verbales o documentales, y, en relación a estas últimas, formas instrumentales privadas o públicas. Y también cuando el Código Civil permite, en ejercicio de este misma libertad, dar a las formas *ad probationem* el carácter de *ad solemnitatem* (art. 1411), pues, repetimos, el formalismo del Código Civil se informa en el principio de seguridad jurídica para dar certeza a los actos y facilitar la prueba de su existencia y contenido.

(89) Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano. Cuarto Fascículo, pág. 236.
(90) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, pág. 9.

La finalidad práctica del formalismo ha quedado explicitada, no obstante lo cual nos vamos a ocupar más adelante de la función y finalidad de la forma, pero luego de detenernos en las diversas formas como pueden celebrarse los actos jurídicos.

62. LA FORMA VERBAL

La forma verbal consiste en la manifestación de la voluntad mediante el lenguaje hablado y sin que la expresión verbal u oral se plasme materialmente. Es una forma muy simple, que no reviste de formalidades porque le es suficiente que se dé a conocer la voluntad interna mediante una manifestación oral, que viene a ser, por eso, la menos segura y le hace aplicable el aforismo romano que advierte que las palabras desaparecen pero los escritos permanecen, *verba volant, scripta manent.*

Como puede apreciarse, pues, la forma verbal tiene por característica la de no dejar prueba de la manifestación, pues ella se consuma en el momento mismo en que se emite, permaneciendo tan sólo en la memoria de quien la formuló y de quien la recepcionó y, eventualmente, en la de los que estuvieron presentes en el momento de la celebración del acto jurídico.

Por la característica indicada, queda comprendida, dentro del ámbito conceptual de la forma verbal, la manifestación de la voluntad mediante el uso de signos mímicos, como gestos, ceños o señas de la cabeza, o de la mano, o un aplauso o movimientos similares, y, en general, toda manifestación de voluntad que no se plasme materialmente, como puede ser también la transmitida telefónicamente o por cualquier otro medio similar y que no llegue a su plasmación material.

La forma verbal sólo puede adoptarse en los llamados "actos de forma voluntaria", o sea, en aquellos para los que la ley no prescribe formalidades para su celebración, permitiéndola el Código Civil para actos jurídicos que no revisten trascendencia familiar o patrimonial, como en los esponsales (art. 239), que no causan estado, o en donaciones de bienes muebles de escaso valor (art. 1623).

63. LA FORMA DOCUMENTAL

La forma documental, también llamada forma escrita o forma instrumental, consiste en la manifestación de voluntad mediante el lenguaje escrito, que queda contenida en un documento que puede ser extendido de puño y letra por el propio o propios manifestantes, o por otro que lo redacta por encargo, utilizándose medios mecanográficos o electrónicos.

El Código Procesal Civil le atribuye el carácter de documento a "todo escrito u objeto que sirve para probar un hecho" (art. 233) y conceptúa como documentos a "los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado" (art. 234).

Como puede apreciarse, la noción de documento es sumamente lata y no se restringe a sólo aquello que da contenido a una expresión escrita. Por eso, y atendiendo el *nomen* que le atribuye el Código Procesal Civil, hemos preferido denominar a esta forma como forma documental, abandonando la denominación de forma escrita todavía utilizada por el Código Civil, ya que lo característico de la forma documental, en contraposición a la forma verbal, es que la manifestación de voluntad queda materialmente plasmada.

La forma documental tiene la ventaja de facilitar la prueba y es mediante ella que el formalismo puede hacer efectiva su finalidad práctica. Para tal finalidad es que la ley, en unos casos, la requiere sólo para fines probatorios, forma *ad probationen* (Infra Nº 64), y, en otros, además de los fines probatorios la requiere como consustancial al acto jurídico, forma *ad solemnitatem* (Infra Nº 64), de las que pasaremos a ocuparnos luego de hacerlo de los documentos públicos y de los documentos privados.

63.1 Los documentos públicos

Los documentos públicos son aquellos que reúnen requisitos determinados por la ley y son los enumerados por el art. 235 del Código Procesal Civil: "1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; 2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia", que, en la actualidad viene a ser la Ley del Notariado puesta en vigencia por el Decreto-Ley Nº 26002, de 27 de diciembre de 1992. Además, el art. 2115 del Código Civil les reconoce el mismo carácter a las partidas de los registros parroquiales por los hechos realizados antes del 14 de noviembre de 1936, o sea, hasta antes de la entrada en vigencia del Código Civil de 1936, pues hasta entonces se le reconocía el carácter de documento público a la partida de matrimonio religioso.

Atendiendo, entonces, a la enumeración del art. 235 del Código Procesal Civil, son documentos públicos los que otorgan los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, como, por ejemplo, las partidas de nacimiento, de matrimonio civil y de defunción, así como las constancias de inscripción de los actos jurídicos inscribibles, conforme al Código Civil, en los

Registros Públicos (incs. 1, 2, 3, 4 y 6 del art. 2019, incs. 1, 2, 3, 4 y 6 del art. 2024, inc. 7 del art. 2030, art. 2036 e incs. 1, 2, 3 y 6 del art. 2039).

En relación a los documentos otorgados ante o por notario público, la Ley del Notariado precisa que son instrumentos públicos notariales los que el notario, por mandato de la ley o a solicitud de parte, extienda o autorice, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley (art. 23) y que tales instrumentos públicos producen fe respecto a la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el notario presencie (art. 24).

Los instrumentos públicos notariales se extienden en castellano o en el idioma que la ley permita (art. 28), quedando exceptuadas las palabras, aforismos y frases de conocida aceptación jurídica (art. 29). Cuando alguno de los interesados no conozca el idioma usado en la extensión del instrumento, el notario debe exigir la intervención de un intérprete, nombrado por la parte que ignora el idioma, el que hará la traducción simultánea, declarando bajo responsabilidad en el instrumento público la conformidad de la traducción, pudiendo el notario insertar el texto en el idioma del interesado o adherirlo, en copia legalizada notarialmente, al instrumento original, haciendo mención de este hecho (art. 30).

Los instrumentos públicos notariales deberán extenderse con caracteres legibles, de manera manuscrita o usando cualquier medio de impresión que asegure su permanencia (art. 31) y no pueden tener espacios en blanco, pues éstos deberán ser llenados con una línea doble que no permita agregado alguno (art. 32). Tampoco pueden tener raspaduras o borraduras para anular las palabras equivocadas y los interlineados deberán ser transcritos literalmente antes de la suscripción, indicándose su validez, debiéndose cubrir las palabras testadas con una línea de modo que queden legibles y se repetirán antes de la suscripción con la indicación de que no tienen valor (art. 33).

En la redacción de los instrumentos públicos notariales se pueden utilizar guarismos, símbolos y fórmulas técnicas, pero no se pueden utilizar abreviaturas ni iniciales, excepto cuando figuren en los documentos que se insertan (art. 34).

La fecha del instrumento y la de la suscripción, cuando fuere el caso, constarán necesariamente en letras, debiendo constar necesariamente en letras y números, el precio, capital, área total, cantidades que expresen los títulos-valores, así como porcentajes, participaciones y demás datos que resulten esenciales para la seguridad del instrumento (art. 35).

La misma Ley del Notariado distingue los instrumentos públicos en protocolares y extraprotocolares. Son instrumentos protocolares las escrituras públicas y demás actas que el notario incorpora al protocolo notarial (art. 25). El protocolo notarial se forma, entre otros, con los registros de escrituras públicas, de testamentos, de actas de transferencias de bienes muebles registrados y de otros que la ley determine (art. 37). Los instrumentos públicos que se extienden en los registros notariales deben observar riguroso orden cronológico y en ellos se consignará el número que les corresponda en orden sucesivo (art. 45), debiéndose extender unos a continuación de otros (art. 46).

En el Registro de Escrituras Públicas se extienden las escrituras, protocolizaciones y actas que la ley determina (art. 50), entendiéndose por escritura pública todo documento matriz incorporado al protocolo notarial, autorizado por el notario, y que contiene uno o más actos jurídicos (art. 51). A este registro se incorporan los documentos que la ley, una resolución judicial o una resolución administrativa ordenen (art. 64).

En el Registro de Testamentos se otorgan el testamento en escritura pública y el testamento cerrado y será llevado de manera tal que quede garantizada la reserva que la ley establece para estos actos jurídicos (art. 67).

En el Registro de Actas de Transferencia de Bienes Muebles registrables se extienden las transferencias de vehículos usados y de otros bienes muebles determinados por la ley.

Los instrumentos públicos extraprotocolares son, obviamente, aquellos que no se extienden en el protocolo notarial y están constituidos por actas y certificaciones, las cuales, no obstante, son susceptibles de incorporarse al protocolo a solicitud de parte interesada (art. 96). Las actas son, entre otras, las de autorización para viaje de menores; de autorización para matrimonio de menores; de entrega de bienes; de juntas, directorios, asambleas, comités y demás actuaciones corporativas; de licitaciones y concursos; de remates, subastas e inventarios y de sorteos y entrega de premios (art. 94). Las certificaciones, sólo en la medida en que se incorporen al protocolo, pueden considerarse instrumentos públicos, pues su no incorporación los hace documentos privados conforme al art. 236 del Código Procesal Civil. Tales certificaciones son la fe de entrega de cartas notariales, la expedición de copias certificadas, la legalización de firmas, la legalización de reproducciones, la legalización de apertura de libros y de poderes (art. 95), entendiéndose por estos últimos los poderes fuera de registro y los poderes por carta con firma legalizada (art.117).

Por último, el art. 235 del Código Procesal Civil les reconoce el valor de documento público a las copias del documento público si están certificadas

por auxiliar jurisdiccional, notario público o fedatario público. Sin embargo, pierde su valor si se comprueba que la copia corresponde a un original falso o inexistente (art. 244).

Los documentos públicos tienen valor probatorio *per se,* pues producen fe respecto de la realidad del acto jurídico verificado ante el funcionario público o el notario que los extendió o autorizó, salvo que sean tachados y que, conforme al Código Procesal Civil, se pruebe su falsedad (art. 242) o la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad (art. 243).

63.2. Los documentos privados

Los documentos privados son los otorgados por los interesados, por lo que no están sometidos a formalidades especiales. Por ello, la libertad para la adopción de la forma tiene ámbito muy lato, pues en los casos en que la ley prescribe tan sólo forma escrita, pueden los interesados elegir el documento privado o, si prefieren, el documento público.

El Código Procesal Civil precisa que documento privado es el que no tiene las características del documento público (art. 236).

La ley no señala formalidad alguna para los documentos privados y esta falta de formalidades los hace, precisamente, privados. Por ello, los documentos privados pueden ser otorgados y firmados en cualquier día, aun cuando sea domingo o feriado, y a cualquier hora, no siendo indispensable consignar en el documento el lugar de celebración ni el nombre y domicilio de los otorgantes; las cantidades pueden ser escritas indistintamente en letras o en guarismos; el documento puede ser impreso, mecanografiado o manuscrito; las enmiendas, raspaduras y agregados si no son salvados, no atentan contra su validez, si bien pueden atenuar su fuerza probatoria. Sin embargo, aun cuando el documento privado, por lo general, no debe cumplir requisitos formales, es conveniente indicar la fecha, el lugar, el domicilio de los otorgantes y salvar las enmiendas y raspaduras con la finalidad de que el contenido del acto jurídico aparezca con claridad y así evitar ulteriores disensiones.

Los documentos privados no tienen como requisito indispensable el de ser firmados o suscritos por sus otorgantes, salvo que la ley establezca tal requisito, como es el caso del testamento ológrafo para el que el Código Civil exige que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador (art. 707).

Con respecto a la firma, debe advertirse que ésta consiste en un trazo

peculiar, con el cual el sujeto consigna habitualmente su nombre y apellidos, o sólo un apellido. No existe exigencia en cuanto a rúbrica, ni en cuanto a reproducir todas las letras del nombre y apellidos. La firma puede ser sustituida con iniciales o signos con los cuales el sujeto puede dejar expresada su voluntad. Puede sustituirse la firma del propio interesado por la de otro que firme a su ruego y puede también, en señal de conformidad con el documento, asentarse la huella digital: estos dos casos se dan con frecuencia con personas que tienen impedimento físico o que son analfabetas. Puede, por último, también suscribirse los documentos con facsímil, sello u otro medio similar.

Los documentos privados pueden ser otorgados en cualquier idioma, pero, para su admisión en un proceso, según dispone el Código Procesal Civil, deben ser acompañados de su traducción oficial (art. 241).

El Código Procesal Civil reconoce el valor probatorio de los documentos privados desde que adquieren fecha cierta determinada por la muerte del otorgante, la presentación del documento ante funcionario público, la presentación del documento ante notario público para que certifique la fecha o legalice las firmas, la difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable y otros casos análogos (art. 245). También adquieren fuerza probatoria los documentos privados no tachados o cuando son reconocidos por las partes o un tercero, si éste es el otorgante (art. 246).

64. FORMA AD PROBATIONEM Y FORMA AD SOLEMNITATEM

Como lo hemos dejado expuesto, la forma documental tiene la ventaja de facilitar la prueba tanto de la existencia del acto jurídico como del contenido de la manifestación de voluntad, siendo ésta la función fundamental de la forma. Pero, como también lo hemos dejado expuesto, en algunos casos, la forma es consustancial al acto jurídico y el único modo de probar su existencia y contenido es el documento mismo. En estos casos la forma es *ad solemnitatem*, pero, cuando la forma cumple sólo la función probatoria, sin restringir la probanza al documento por no serle consustancial al acto jurídico y admite prueba distinta a la de la forma utilizada, la forma es *ad probationem*.

La distinción de la forma en *ad probationem* y en *ad solemnitatem* es, pues, fundamental, por cuanto el Código Civil dispone una u otra cuando prescribe forma para la celebración de un acto jurídico. La distinción se infiere del texto del art. 144 y de su interpretación *contrariu sensu*.

En efecto, la indicación de la forma *ad probationem* aparece nítida en el acotado art. 144, según el cual "Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de

la existencia del acto", y, por interpretación *contrariu sensu* la de la forma *ad solemnitatem*, en cuya virtud el mismo texto puede leerse: "Cuando la ley impone una forma y sanciona con nulidad su inobservancia, no constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto".

La norma fue propuesta por Manuel de la Puente y Susana Zusman en su ponencia ante la Comisión Reformadora(91), quienes en su Exposición de Motivos(92) expresaron que siendo conocida la dificultad para determinar cuándo la forma era *ad probationem* y cuando tenía carácter *ad solemnitatem*, la norma que proponían optaba por establecer que la forma tiene, como regla general, carácter *ad probationem* y que sólo cuando la ley sanciona con nulidad la inobservancia de la forma ésta tiene carácter *ad solemnitatem*, pues "conviene defender lo más posible la existencia del acto jurídico y evitar que defectos de forma, que en muchos casos son de importancia secundaria, puedan dar lugar a la invalidez del acto. En consecuencia, cuando el legislador quiera que el incumplimiento de la forma dé lugar a la nulidad del acto jurídico, deberá decirlo así expresamente en el texto legal. Si no lo hace, la forma servirá para probar la existencia del acto".

El art. 144 del Código Civil constituye, pues, una regla general y ella se refleja, nítidamente, en el art. 1352 que, en cuanto a la forma de los contratos, precisa: "Los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad".

De la forma *ad solemnitatemn*, como de la forma *ad probationem*, nos vamos a seguir ocupando al desarrollar la forma prescrita.

65. LA FORMA PRESCRITA

Es la forma que la ley prescribe con carácter imperativo. Es, por eso, también llamada forma necesaria, legal o forzosa y se le entiende referida, aun con formalidades adicionales, a la forma escrita, instrumental o documental.

La noción de la forma prescrita se vincula a la de los actos formales (Supra Nº 19), a los cuales la ley les prescribe una forma, que puede ser *ad solemnitatem* o simplemente *ad probationem*. Al respecto, es preciso indicar que un sector de la doctrina considera que toda forma prescrita por la ley tiene el carácter de *ad solemnitatem*, pero, como ya lo hemos dejado expuesto,

(91) Código Civil Peruano. Compilación de Delia Revoredo. T. I, págs. 143 y 144.
(92) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil.T.II, pág. 49.

el Código Civil ha impuesto el criterio que es el informante de su art. 144. (Supra Nº 64).

La forma prescrita por la ley puede ser *solemnitatis causa* o *probationis causa*. Así, por ejemplo, el Código Civil, en su art. 1605, expresa una clara muestra del sentido que a la forma *ad probationem* le ha dado para nuestro Derecho, pues permite que la existencia y contenido del contrato de suministro pueda ser probada por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento debe prevalecer sobre todos los otros medios probatorios. El mismo art. 1605 expresa también una clara muestra del sentido que el Código Civil le da a la forma *ad solemnitatem*, al precisar que cuando el contrato se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad, con lo que el único medio probatorio del contrato es el documento en el que consta su celebración. Puede apreciarse, así, y con toda nitidez, el criterio asentado en el Código Civil en cuanto a que la forma prescrita puede ser *ad solemnitatem*, como es el caso del suministro a título gratuito, y ad probationem, como es el caso del suministro a título oneroso.

La forma prescrita *probationis causa* o *ad probationem* no es esencial para la prueba de la existencia y contenido del acto y permite prueba supletoria para su demostración, como es el caso también del matrimonio que si no puede probarse con la partida respectiva, puede probarse con la posesión de estado (art. 269) o cualquier otro medio de prueba (art. 270). A esta forma le es aplicable la norma del art. 225 del Código Civil, según el cual "No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo", pues la norma parte de la premisa de que acto y documento son don entidades jurídicas distintas. De este modo, anulado o desaparecido el documento, la existencia y contenido del acto puede probarse por medios distintos y prescindirse del documento.

Este criterio ha sido adoptado también por el Código Procesal Civil en su art. 237, pero aplicable, igualmente, a sólo los actos jurídicos con forma *probationis causa*.

La forma prescrita *solemnitatis causa* o *ad solemnitatem*, siendo consustancial al acto jurídico, es la única prueba de su existencia y contenido, como es el caso del suministro a título gratuito que hemos puesto como ejemplo anteriormente, o de la fianza, que debe constar por escrito bajo sanción de nulidad (art. 1871). A esta forma no le es aplicable el art. 225 del Código Civil ni podría pretenderse la del art. 237 del Código Procesal Civil, pues en ella el acto y el documento son una sola entidad jurídica, indesligable e inseparable. De este modo, anulado o desaparecido el documento, deja de existir el acto, pues la forma *ad solemnitatem* no permite prueba suple-

toria: la prueba está constituida únicamente por el documento que ha sido prescrito bajo sanción de nulidad.

66. LA FORMA VOLUNTARIA

Es la forma que se adopta ejerciendo la libertad que franquea el art. 143 del Código Civil, esto es, cuando la ley no la prescribe para el acto jurídico que se quiere celebrar. Es la forma también llamada libre o convencional, que preferimos denominar voluntaria porque es indicativa de la libertad para su adopción y, porque pudiendo resultar de la convención es, por ende, voluntaria. Se le conoce también como forma no prescrita.

La noción de forma voluntaria se vincula a la de los actos no formales (Supra Nº 19), que se caracterizan por su consensualidad, es decir, por perfeccionarse con la sola voluntad del o de los celebrantes, sin que la declaración deba revestir formas predeterminadas por la ley, como, por ejemplo, la compraventa, que se formaliza con el solo consentimiento de las partes (art. 1529) o el arrendamiento de un bien (art. 1666).

La forma voluntaria opera también cuando se señala una forma como la verbal y los interesados optan por una forma documental, como en el caso de la donación de un bien de escaso valor que el Código Civil permite que se realice verbalmente (art. 1623) y el donante decide hacerla por escrito. De la misma manera, la forma voluntaria opera cuando la forma prescrita se refiere a la escrita, como en el caso de la donación de un bien mueble de valor considerable (art. 1624) y que el donante decide hacerla por escritura pública.

Como hemos visto, los actos de forma voluntaria o de forma no prescrita pueden convertirse en actos de forma prescrita *ad voluntatem*, es decir, cuando los celebrantes deciden realizar el acto jurídico con una formalidad específica. Así, como en los ejemplos ya propuestos, o cuando siendo la compraventa consensual deciden celebrarla mediante escritura pública o el arrendamiento mediante documento privado con las firmas legalizadas por notario.

La forma prescrita *ad voluntatem* puede ser decidida en el momento mismo de la celebración del acto o ser convenida con anterioridad a la celebración, cuando en uno u otro caso, haciendo valer la autonomía de la voluntad, los celebrantes desean dotar de certeza a su manifestación y de seguridad al acto jurídico celebrado. Pueden darle a la forma convenida una finalidad probatoria, *probationis causa*, o que la forma sea consustancial al acto, *solemnitatis causa*.

La doctrina admite la posibilidad jurídica de los pactos sobre la forma. Stolfi[93] considera que las partes son libres de concertar todos los pactos que tengan por conveniente, siempre que no contravengan normas imperativas y agrega que las partes pueden atribuir a estos pactos la eficacia y finalidad que quieran imprimir a la forma, partiendo del supuesto de que nada les impide ser más exigentes que la ley cuando ésta permite la adopción de una forma en mérito de la autonomía de la voluntad.

Coviello[94] considera que la forma querida por las partes puede ser una simple solemnidad o el medio de prueba para la existencia misma del negocio y que si la forma se ha convenido *ad substantiam* el acto será nulo si no se llena la forma convenida, pero si la forma consiste en la simple solemnidad, tendrá el negocio eficacia aun cuando no se haya cumplido la obligación respecto de la forma.

Nosotros somos de opinión que la forma voluntaria puede conducir al pacto por el cual se conviene en una forma, sea *ad solemnitatem* o *ad probationem.* Si la forma pactada *ad solemnitatem* se cumple, el acto adquiere plena validez y eficacia y no admitirá más prueba que la del propio documento que contiene la manifestación de voluntad y, si no se cumple, el acto no puede adquirir existencia pues la voluntad de las partes no se ha realizado plenamente, como sería el caso de un compromiso de contratar (art. 1414 del Código Civil) en el que las partes convienen en celebrar el contrato definitivo, *solemnitatis causa*, por escritura pública. Si la forma pactada es *probationis causa,* tal pacto no tiene incidencia sobre el acto jurídico que se celebre, como en el contrato de opción (art. 1419) en el que las partes convienen en que el ejercicio de la opción se comunique simplemente por escrito y el opcionista la ejerza por una carta o mediante un fax.

El Código Civil legisla sobre el convenio relativo a la forma en relación a los contratos, permitiéndolo hacer *solemnitatis causa* o *probationis causa.* Así, el art. 1411 establece que "Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad", permitiendo de este modo convenir en formas *ad solemnitatem.* El numeral hace referencia a una presunción que, en la versada opinión de Max Arias-Schreiber[95], es *iuris tantum,* pues puede admitirse demostración en contrario a que el convenio sea para una forma *ad solemnitatem* sino, simplemente, *ad probationem*, máxime si el art. 1412 faculta a las partes a compelerse recíprocamente para cumplir con la forma pactada, cuando ésta no lo ha sido con carácter *ad solemnitatem*, lo

(93) Teoría del Negocio Jurídico, págs. 224 y 225.
(94) Doctrina General del Derecho Civil, págs. 405 y 406.
(95) Código Civil Peruano de 1984. Exégesis. T.I, pág. 176.

que confirma que convencionalmente las partes pueden decidir la adopción de una forma *ad probationem* o *ad solemnitatem.*

67. LA FORMA REQUERIDA PARA LA VALIDEZ DEL ACTO JURIDICO

Establecida la distinción que de la forma hace nuestro Código Civil, la inferencia es que el requisito de validez exigido por el inc. 4 de su art. 140 es el de la forma prescrita con carácter *ad solemnitatem,* en cuanto precisa que, además de los otros requisitos enumerados, se requiere también de la "observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

El acotado inc. 4 del art. 140 tiene su antecedente en el art. 1075 del Código Civil de 1936, pero hace una precisión en cuanto a la sanción de nulidad que no hizo su antecedente, que se limitó a señalar tan sólo la "observancia de la forma prescrita o no prohibida por la ley" siguiendo la fórmula de art. 82 del Código de Brasil.

Si se atiende a un supuesto apodíctico en cuanto a que no existe acto jurídico sin forma, pues ésta es el aspecto exterior de la manifestación de voluntad, su continente, la conclusión, además, no puede ser otra que la de que la forma prescrita por el inc. 4 del art. 140 es una forma constitutiva, que no puede faltar, porque sin ella no existirá el acto jurídico y, en buena cuenta, es éste también el sentido y la función de la forma *ad solemnitatem.*

Toda forma no es, pues, requisito de validez, aunque sí un elemento de existencia, ya que sin forma no existe acto jurídico alguno. Pero la forma a que se refiere el inc. 4 del art. 140 es una forma prescrita para un fin específico, como es el de dar concomitancia a la existencia y a la validez en determinados actos jurídicos, los cuales, por su trancendencia familiar, patrimonial o social la ley los hace *negotia solemnia* y por eso la inobservancia de la forma la sanciona con nulidad.

El legislador mediante normas de orden público se reserva los *negotia solemnia* y en ellos la prescripción de la forma va acompañada de la sanción de nulidad y así, el Código Civil, *ad exemplum,* prescribe la forma cuando se trata del poder para actos de disposición o de gravamen (art. 156), para la opción de los futuros cónyuges por el régimen de separación de patrimonios (art. 295, 2o. parágrafo), para la renuncia de la herencia (art. 675), para la constitución de una anticresis (art. 1092), para la cesión de derechos (art. 1207) y para la transacción (art. 1304). En materia contractual, el Código Civil hace la misma reserva al preceptuar que "los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad" (art. 1352) y, de conformidad con este precepto prescribe forma constitutiva para el sumi-

nistro gratuito (art. 1065), para la donación de bienes muebles de valor considerable (arts. 1624) y para la donación de bienes inmuebles (art. 1625), para el mutuo entre cónyuges (art. 1650), para el secuestro (art. 1858), para la fianza (art. 1871) y para la renta vitalicia (art. 1925), entre otros contratos.

68. FUNCION Y FINALIDAD DE LA FORMA Y EL FORMALISMO

Ya hemos visto al trazar la distinción entre forma y formalismo (Supra Nº 59) que en la doctrina nacida con el Código francés de 1804 se conjuga la forma con el solo *consensus obligat* y se distancia del formalismo, considerado como el imperio de las formas forzadas o prescritas. Pero hemos visto también que, en la doctrina nacida con el Código alemán de 1900, la aparición del formalismo moderno o neoformalismo le atribuye a la forma la preservación del contenido de la manifestación de voluntad para darle certeza y facilitar la demostración de la existencia de los actos o negocios jurídicos. Y hemos visto también el proceso del formalismo en nuestra codificación civil, habiendo calificado al vigente Código de formalista (Supra Nº 61).

Atendiendo a la evolución del formalismo y su incorporación a nuestra codificación civil, creemos que puede identificarse forma con formalismo, dado que, si bien, la forma puede considerarse un elemento de existencia en la generalidad de los actos jurídicos, el formalismo impone formas para que sirvan de requisito de validez para los actos determinados por la ley, pero, en esencia, forma y formalismo pueden identificarse por su función y finalidad.

La doctrina moderna ve como función fundamental del formalismo, en primer lugar, la de facilitar la prueba de la existencia y del contenido del acto jurídico. Como explica Couture[96], los actos jurídicos son también objeto de afirmación o de negación en el proceso civil, por lo que es menester comprobar la verdad o falsedad de ellas, por lo que la prueba viene a ser, entonces, un medio de verificación de las afirmaciones o negaciones que los litigantes formulan en el proceso.

La forma, como aspecto externo de la manifestación de voluntad, aunque deban cumplirse formalidades previas y posteriores, es concomitante a la celebración del acto jurídico. La necesidad de su prueba es siempre posterior y, aun cuando el acto exista, puede no llegar a probarse. Es por esta eventualidad que la ley, atendiendo a la trascendencia social, familiar o patrimonial de los actos jurídicos, les prescribe formas que contribuyan a su certeza y, por ende, a la posibilidad de su prueba.

(96) Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág. 217.

Con esta misma finalidad y por los efectos que el acto pueda surtir respecto de terceros (Infra Nº 74) y para que el mismo les sea oponible, el formalismo, en algunos casos, busca producir publicidad, la que se obtiene con la inscripción del acto jurídico en los Registros Públicos. El principio de publicidad, que consiste en la presunción *iure et iure* de que el acto inscrito llega al conocimiento de todos, está expuesto en el art. 2012 del Código Civil, según el cual "Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones" y, por eso, el Código también prescribe, para determinados actos jurídicos, la inscripción como formalidad constitutiva, como en el caso de la hipoteca (arts. 1098 y 1099, inc. 3).

El formalismo propicia la reflexión de quienes van a celebrar actos jurídicos trascendentes a los que el Código Civil prescribe formalidades, como el matrimonio, que está revestido de formalidades previas y concomitantes (arts 248 a 267); el testamento cerrado, que está revestido de formalidades concomitantes (art. 699); y, el matrimonio *in extremis*, que está revestido de formalidades posteriores (art. 268), entre otros.

Además, el formalismo del Código Civil permite reflexionar en los contratos preparatorios (art. 1425) antes de la formaiización del contrato definitivo y, en general, en todo acto jurídico al que le impone una forma.

El formalismo, por último, conlleva una manifestación de voluntad expresa, lo que facilita la interpretación del acto jurídico (Infra Nº 112) y asegura su ejecución o cumplimiento.

Son muchas, pues, las ventajas que implica el formalismo. Sin embargo, un sector de la doctrina ve en el formalismo una traba para la contratación y una manera de hacerla más onerosa, así como también un obstáculo para la celeridad del tráfico jurídico. Pero nosotros ubicamos las ventajas y desventajas del formalismo en un punto de equilibrio. Somos partidarios del formalismo en tanto la trascendencia social, familiar o patrimonial del acto jurídico requiera de certeza y de la facilitación de la prueba de su existencia y contenido.

Capítulo VII

LA RELACION JURIDICA

sancionada por el Derecho. Para Larenz[4] es un nexo jurídico que une entre sí a sujetos de derecho. De la raíz etimológica y de los conceptos expuestos, se infiere, entonces, que la relación jurídica es una relación intersubjetiva que el Derecho hace relevante, tutelándola en salvaguarda de intereses económicos, morales o sociales.

La tutela que ejerce el Derecho sobre la relación jurídica no debe conducir a pensar, como lo hace un sector de la doctrina, que toda relación jurídica es una relación entre un sujeto y el ordenamiento jurídico. En nuestra opinión, y además porque la estamos considerando desde la perspectiva del acto jurídico, la relación jurídica implica un comportamiento intersubjetivo, tutelado por el Derecho, en cuanto corresponde al ejercicio de la delegación que hace el legislador para que los sujetos autorregulen sus propios intereses jurídicos.

La relación jurídica, en la noción que estamos desarrollando, sólo puede ligar y ubicar en sus extremos a personas, sean naturales o jurídicas. Por ello, no puede haber relación jurídica entre cosas, aun cuando sea una vinculación entre cosa principal y cosa accesoria. La relación jurídica sólo puede establecerse entre sujetos, con derechos y deberes u obligaciones, atribuibles a uno o a otro o a ambos.

En la relación jurídica no es indispensable que los sujetos sean determinados, siempre que sean determinables. La determinabilidad del sujeto depende de si está en la posibilidad de ser parte en una relación jurídica. Así, por ejemplo, el reconocimiento por el padre del hijo extramatrimonial que aún no ha nacido (art. 392, segundo párrafo, del Código Civil), o, el contrato de arrendamiento celebrado por una persona jurídica que aún no se ha inscrito en el registro respectivo (art. 77 del Código Civil).

En la noción de relación jurídica que venimos desarrollando, se requiere, pues, que en cada uno de sus extremos estén ubicados los sujetos que se constituyen en parte y a los que les incumbe la titularidad de un derecho y el cumplimiento de un deber o una obligación, de manera respectiva o recíproca. Por ello, se puede distinguir a las partes en activa y en pasiva, salvo que cada una de ellas pueda ser, simultáneamente, activa y pasiva, según a la que le corresponda asumir los derechos y los deberes u obligaciones.

Ahora bien, es necesario precisar que son relaciones jurídicas no sólo las que el ordenamiento jurídico ha previsto y disciplina expresamente, como las que tienen como fuente a los actos jurídicos nominados, sino también a las que resultan de actos jurídicos innominados (*Supra* Nº 20).

(4) Derecho Civil. Parte General, págs. 245, 246.

71. LAS PARTES DE LA RELACION JURIDICA

Las partes de la relación jurídica son, en principio, los mismos sujetos que celebraron el acto jurídico, pues éste tiene un efecto vinculatorio que los traslada a la relación jurídica. El acto jurídico liga a la parte de la que emana la manifestación de voluntad con la otra o más partes de las que también emanan manifestaciones de voluntad, pero también liga a la parte que unilateralmente ha dado creación a la relación jurídica.

Por lo que queda expuesto, la relación jurídica puede originarse en un acto unilateral, sea o no recepticio, en un acto bilateral y también en un acto plurilateral (Supra Nº 17). Así, en el Código Civil, el reconocimiento de una obligación (art. 1205), como acto unilateral recepticio, hace que el sujeto haga renacer una relación jurídica y continúe como deudor de otro, quien hasta podría haber dado por extinguida la obligación; la promesa de pública recompensa (art. 1959), que es unilateral no recepticia, vincula al promitente y lo coloca como parte deudora aún antes de que aparezca el sujeto que ejecuta el hecho que determina la recompensa, que es el momento en el que se conforma la relación jurídica con quien se constituye en parte acreedora; la compraventa (art. 1529), que es un acto bilateral, hace que vendedor y comprador se constituyan en partes de la relación jurídica; el subarrendamiento (art. 1692), que es un acto plurilateral, constituye en partes al arrendador, al arrendatario y al subarrendatario. Como puede apreciarse, en cualquiera de los casos expuestos el acto jurídico conduce a la generación de una relación jurídica.

Hay que aclarar que la parte que se ubica en cada extremo de la relación jurídica no está constituida necesariamente por un solo sujeto, sino que pueden ser dos o más los que conformen una sola parte. Con esta aclaración es parte el sujeto o sujetos que manifiestan su voluntad de celebrar el acto jurídico y dar creación a una relación jurídica, o a la regulación, modificación o extinción de una ya existente. Por eso, Messineo[5], conecta la noción de parte con la de relación jurídica y considera que parte viene a ser el sujeto o sujetos que concurren a constituirla y que son los que, de ordinario, los mismos que sienten sus efectos. Los Mazeaud[6] señalan que partes son las personas que participaron en el acto. Arauz Castex y Llambías[7] consideran que parte es la persona que por medio del acto ejerce una prerrogativa jurídica y que esta noción permite distinguir a las partes de otras personas.

(5) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II. págs. 6 y 7.
(6) Lecciones de Derecho Civil. Primera Parte. Vol.I. pág. 416.
(7) Derecho Civil. Parte General. T.II. pág. 178.

Por último, debemos aclarar que la noción de parte no queda restringida a sólo a quien participa físicamente en el acto jurídico y, como tal, toma la posición que le corresponde en la relación jurídica, pues son igualmente parte quienes actúan mediante representante (Infra Nº 82) y lo son también sus sucesores (Infra Nº 73).

72. LOS EFECTOS DEL ACTO JURIDICO EN LAS PARTES DE LA RELACION JURIDICA

Definidas las partes de la relación jurídica, como consecuencia del efecto vinculante del acto jurídico, es necesario detenernos en los efectos. Los efectos vienen a ser los que las partes han querido al formar su voluntad interna y que han exteriorizado mediante la manifestación de voluntad para la celebración del acto jurídico, cuyo sentido normativo crea la relación jurídica, regula o modifica la ya creada, o la extingue.

Los efectos del acto jurídico llevados a la relación jurídica tienen una fuerza vinculante que los Mazeaud[8] explican con el ejemplo de un contrato y el siguiente razonamiento: Un contrato –expresan– hace que nazcan obligaciones: crea un vínculo de derecho entre dos o más personas y que una se convierte en acreedora y en deudora la otra. Es el efecto del contrato en el sentido exacto del término. Decir que un contrato produce un efecto con respecto a tal persona, significa que esa persona se convierte, por ese contrato, en acreedora o deudora de una obligación: puede exigir una prestación de otra persona o puede ser obligada a ejecutar una prestación a favor de la otra persona. Así, la venta produce un efecto en relación con el vendedor: convierte al vendedor en deudor de la entrega de la cosa.

Los efectos del acto jurídico se producen, pues, entre las partes, si el acto jurídico es bilateral o plurilateral, y a favor de quien va dirigida la manifestación de voluntad, si el acto es unilateral. Estos mismos efectos hacen que el acto jurídico sea oponible entre las partes, esto es, que si se trata de una compraventa, por ejemplo, el comprador que ha adquirido la propiedad del bien vendido le opone el mismo contrato al vendedor si éste pretende eximirse de la obligación de su entrega, y lo mismo puede hacer el vendedor al comprador si éste pretende no cumplir con el pago del precio.

La oponibilidad, que es también un efecto del acto jurídico, opera interpartes y también respecto de los terceros, aunque sean relativos (Infra Nº 74).

(8) Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol.I. pág. 415.

Pero, además, los efectos del acto jurídico producen el denominado efecto relativo, que se funda en el aforismo *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*, los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a los terceros. Pero esta fórmula, como lo señalan Arauz Castex y LLambías[9], es dudosa y peca de simplismo e inexactitud, porque sugiere la idea falsa de que la eficacia de los actos jurídicos queda circunscrita a las partes, esto es, al círculo de los agentes directos, cuando en realidad ella se proyecta sobre la situación jurídica de personas que en manera alguna han intervenido en el acto y que hasta ignoran su otorgamiento, como afirman Ospina y Ospina[10].

El efecto relativo que tuvo su consagración en el art. 1165 del Code Civil y que llegó a los códigos sobre los cuales ejerció su influencia, fue recogido por los nuestros de 1852 (art. 1256), de 1936 (art. 1329) y también por el vigente que, al igual que los anteriores, lo consigna en las Disposiciones Generales de los contratos y cuyo art. 1363 precisa que "Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles". La norma, que bien pudo ubicarse en las disposiones normativas del acto jurídico, explica que la relatividad radica en que los efectos del acto pueden afectar, además de las partes, que es el efecto absoluto de la relación jurídica, puede afectar también, por excepción, a sus herederos, que es el efecto relativo de la relación jurídica en opinión de Messineo[11].

Veamos, por lo expuesto, a los sucesores, a quienes el art. 1363 del Código Civil se refiere como herederos.

73. LOS SUCESORES

Como acabamos de advertir, el art. 1363 del Código Civil indica que los efectos del acto jurídico –el contrato lo es– se producen entre las partes que lo celebran y sus herederos, salvo, respecto de éstos, que se trate de derechos u obligaciones no transmisibles. Sin embargo, lo hemos advertido también, preferimos referirnos a los sucesores porque, como veremos, dentro de éstos están comprendidos los herederos. El Código Civil al hacer referencia a los herederos le da un sentido diminuto al concepto de sucesores, como veremos a continuación.

Los sucesores, también llamados causahabientes, son las personas que reciben de otra, llamada causante, uno o más derechos u obligaciones, bien

(9) Derecho Civil. Parte General. T.II. pág. 177.
(10) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 365.
(11) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II. pág. 7.

sea por acto *intervivos* o bien por acto *mortis causa*. Así, el comprador es sucesor del vendedor, el donatario del donante, el legatario del testador y el heredero del difunto respecto del cual tiene vocación hereditaria.

Los sucesores, por lo indicado, pueden ser a título universal o a título singular. Los primeros son las personas que reciben la totalidad o una parte alícuota del patrimonio de su causante, como es el caso del heredero; los segundos, son los que no reciben ni el conjunto ni una parte alícuota de los bienes de una persona, sino uno o varios bienes determinados, como es el caso del comprador, del donatario o del legatario. Esta distinción es de fundamental importancia.

Los sucesores universales suceden a su causante en todos sus derechos y obligaciones, siempre que sean transmisibles, por lo que, respecto a éstos, el acto jurídico celebrado por el causante produce todos sus efectos. Así, si una persona ha vendido una cosa y muere antes de entregarla, el heredero –sucesor a título universal– está obligado a entregarla, y tendrá también el derecho de exigir el precio si el causante no lo cobró. Los Mazeaud[12] lo explican diciendo que los sucesores a título universal son la continuación de la persona de su causante, ocupan su lugar.

A los sucesores a título universal, o simplemente universales, los efectos de los actos jurídicos celebrados por su causante los alcanzan siempre, antes y después de la muerte de su causante. Por eso, la regla del art. 1363 del Código Civil los incluye, los comprende, entre los efectos del contrato. Pero, como ya lo hemos indicado, también los alcanzan los efectos de todo acto jurídico, aunque no sea un contrato. De este modo, el acto jurídico celebrado por su causante les es oponible, es decir, no pueden invadir la esfera jurídica de quien celebró el acto jurídico con su causante, salvo casos de excepción debidamente determinados por la ley. Así, si su causante dispuso de un bien, deberán respetar el derecho de propiedad del adquirente y éste les puede oponer el contrato con el causante para desvanecer sus expectativas; de la misma manera, si la disposición patrimonial la hizo el causante para constituir una fundación y la parte del patrimonio afectado a los fines de la fundación ingresó a la esfera jurídica de ésta.

Conviene advertir respecto de los sucesores universales, por último, que los efectos del acto jurídico no pasan a ellos cuando tales efectos se producen *intuitu personae*, es decir, cuando esta característica resulta de la ley, de la naturaleza de los derechos y obligaciones que emergen del acto jurídico o del acuerdo de las partes, tal como lo precisa el mismo art. 1363 del Código Civil.

(12) Lecciones de Derecho Civil. Primera Parte. Vol.I, págs. 416 y 417.

Los sucesores a título singular, o simplemente sucesores singulares, son aquellos que sólo pueden suceder al causante en determinados bienes o derechos, no tienen más vinculación jurídica con su causante que la producida por el desplazamiento de tales bienes o la cesión de tales derechos, los cuales han salido de la esfera jurídica del causante para ingresar en la de ellos. Sólo en esos determinados bienes o derechos que les han sido desplazados a su esfera jurídica ocupan el lugar de su causante, pero sin asumir la continuidad de su persona. Por tanto, los actos jurídicos celebrados por el causante sobre otros bienes o derechos no los afectan ni pueden afectarlos, pues son terceros frente a tales actos.

74. LOS TERCEROS

Los terceros son, en la definición de Messineo[13], en general, los sujetos, no necesariamente indeterminados, que son extraños a una relación jurídica. El vocablo tercero, según explica el mismo autor italiano, deriva de *Tertius*, que, en las ejemplificaciones escolásticas, a las partes, o sea a los sujetos activo y pasivo de la relación jurídica, se denominaba, respectivamente, *Primus* y *Secundus*. Así, pues, con relación al acto jurídico, los terceros son las personas extrañas al acto, es decir, que no han concurrido a su celebración con sus manifestaciones de voluntad.

Los terceros son también sujetos ajenos a la relación jurídica creada por los celebrantes del acto jurídico, o a la regulación o modificación que los mismos celebrantes le introduzcan, o a su extinción. Arauz Castex y Llambías[14] señalan que en el Derecho se usa la palabra tercero, para designar a toda persona ajena a algo, sea una obligación, una convención o una relación jurídica, porque se supone que dos partes la han formado, respecto de las cuales cualquier otra es una tercera persona. Para Jorge Eugenio Castañeda[15] los terceros son los extraños al contrato, porque no intervinieron en su celebración.

Establecido el concepto de tercero, es necesario distinguir que lo son de dos clases: los relativos y los absolutos. Los terceros relativos son aquellos a los que les asiste una expectativa legítima respecto del acto jurídico celebrado y a la relación jurídica entablada, mientras que los terceros absolutos son aquéllos que siendo también ajenos al acto jurídico celebrado y a la relación jurídica entablada no les asiste expectativa alguna respecto del acto y de la relación jurídica. Es importante, ahora, recordar lo ya señalado en cuanto al efecto relativo de los actos jurídicos (Supra Nº 72).

(13) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II. pág. 7.
(14) Derecho Civil. Parte General. T.II. pág. 183.
(15) El Derecho de los Contratos. Tomo Primero. págs. 120 y 121.

Los terceros absolutos son, pues, las personas ajenas al acto jurídico y a la relación jurídica entablada, no teniendo ninguna vinculación con las partes ni tampoco expectativa jurídica respecto de los derechos y obligaciones que han contraído. A ellos se les aplica el principio *res inter alios acta:* los actos ajenos ni les obligan ni les confieren derechos.

Los terceros relativos son los sucesores a título universal y algunos de los de a título singular, como es el caso del legatario, pues a ellos les alcanza el efecto relativo de los actos jurídicos celebrados por quienes vienen a ser sus causantes, conforme al art. 1363 del Código Civil (Supra Nº 72). Pero surge una pregunta: ¿Son también terceros relativos los acreedores?.

La calidad de terceros relativos que tienen los acreedores es indiscutible, sean acreedores privilegiados o acreedores comunes. Lo que sí no tienen es la condición de sucesores.

Son acreedores privilegiados los que tienen garantizada su acreencia con garantías prendaria, anticrética o hipotecaria. En razón de las garantías, el acto jurídico de transmisión de los bienes afectados que realice el deudor les permite hacer valer su condición de acreedores e iniciar el proceso de ejecución sobre tales bienes, sin que el acto celebrado les sea oponible e impida la ejecución.

Son acreedores comunes o quirografarios los que no tienen garantías constituidas por el deudor. Sin embargo, por el derecho a hacerse pago con el patrimonio de su deudor mediante los bienes que puedan embargarle y llevarlos a remate, tienen una expectativa legítima respecto de los actos jurídicos que celebre su deudor en virtud de los cuales disminuye su patrimonio y su solvencia y, por eso, ante los actos de disposición patrimonial que realice el deudor, si los califican de simulados con propósito de perjudicarlos, pueden ejercitar la acción de nulidad fundada en la simulación (Infra Nº 159.2), o, si los califican de fraudulentos, pueden ejercitar la acción pauliana (Infra Nº 167).

Los acreedores, en conclusión, sean privilegiados o quirografarios, son terceros relativos. En el primer caso, pueden oponer su derecho real de garantía y, en el segundo, pueden hasta impugnar los actos de su deudor si con ellos los perjudica en su condición de acreedor, ya simule o realice un fraude. No se les puede aplicar a los acreedores al aforismo *res inter alios acta.*

Ahora bien, el acto jurídico, además del efecto relativo al que ya hemos hecho referencia (Supra Nº 72), les es también oponible a los terceros cuando a los requisitos de validez se suman los que la ley establece en particular

para determinados actos jurídicos. Para explicarla vamos a seguir con el razonamiento de los Mazeaud[16]: Si un contrato convierte en acreedor y deudor a las partes, los demás debemos tener en cuenta su existencia, pues ese contrato, aunque no nos obliga, no deja de existir para nosotros como para los demás, pese a que su existencia carezca de interés para nosotros y los demás. Pero no siempre sucede así, pues si una persona da en arrendamiento una casa si nosotros tenemos interés en también tomarla en arrendamiento, ya no podemos y tenemos que esperar el vencimiento del plazo del contrato para intentar tomar el arrendamiento. El contrato de arrendamiento mientras esté vigente no tiene relación con nosotros, pero existe, y nos es oponible a nuestras pretensiones.

De lo expuesto, podemos inferir que la oponibilidad es el efecto de un acto jurídico respecto a los terceros, a los demás. Las partes de la relación jurídica originada en el acto jurídico pueden oponerlo a los demás, para lo que necesitan de los requisitos de validez del art. 140 del Código Civil y, según las circunstancias, de algunos otros requisitos, como el de la inscripción en los Registros Públicos, la buena fe, la onerosidad y otros, que veremos en su oportunidad.

75. LA RELACION JURIDICA COMO OBJETO DEL ACTO JURIDICO

Al desarrollar el objeto como requisito de validez del acto jurídico (Supra Nº 51) hemos concluido en que la relación jurídica viene a serlo y, bajo esta premisa, es que vamos a continuar con el desarrollo que de la relación jurídica venimos haciendo.

Como lo hemos venido considerando, del acto jurídico emerge una relación jurídica que les da a cada una de las partes una determinada posición, ya como titular de un derecho subjetivo, con las facultades y pretensiones que les son inherentes, ya como obligado al cumplimiento de un deber jurídico, pues a las partes les corresponde, de manera contrapuesta o recíproca, la titularidad del derecho o el cumplimiento del deber.

El derecho subjetivo y el deber jurídico vienen a ser, pues, indesligables de la relación jurídica y, por eso, integrados, vienen a ser, en esencia, el objeto del acto jurídico.

76. EL DERECHO SUBJETIVO INHERENTE A LA RELACION JURIDICA

La noción de derecho subjetivo conduce a la idea de facultad o preten-

(16) Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol.I. pág. 415.

sión que se manifiesta en conexión con una relación jurídica y con el amparo del Derecho Objetivo, que lo garantiza. Puig Brutau[17] precisa la idea diciendo que el derecho subjetivo es un poder reconocido al sujeto y Ruiz Serramalera[18] lo conceptúa como un conjunto de facultades unificadas.

El derecho subjetivo como inherente a toda relación jurídica está presente cualquiera que sea su naturaleza, ya sea patrimonial o no patrimonial. Así, son derechos subjetivos lo que nacen de los contratos, como por ejemplo, en el contrato de compraventa, el derecho del vendedor de cobrar el precio y el del comprador a recibir la propiedad del bien que adquiere (art. 1529 del Código Civil).

Considerando, entonces, el derecho subjetivo como un poder que la normativa jurídica confiere al sujeto, su esencia consiste, como sostiene De Cossío[19], en la libertad de iniciativa reconocida al sujeto para hacer actuar al ordenamiento jurídico y conseguir la efectividad de la situación de preminencia que éste le ha conferido, o, como lo explica Messineo[20], como un medio para la satisfacción de los intereses (lícitos) del sujeto (titular del derecho), o, como lo conceptúa Coviello[21], como un poder de obrar en satisfacción de los propios intereses, garantizado por la ley.

Del concepto de derecho subjetivo emergen dos elementos: uno, interno, el poder; y, otro, externo, el interés jurídicamente tutelado. Según Messineo[22], en la combinación de estos dos elementos está el concepto de derecho subjetivo, o sea, el poder atribuido y garantizado (protegido) por el ordenamiento jurídico al sujeto, a fin de que se valga de él (elemento teleológico del derecho subjetivo) para satisfacer su interés.

El derecho subjetivo es, pues, un *facultas agendi* integrado por los dos elementos que ya hemos señalado: el poder que se configura por el reconocimiento y amparo brindado por el Derecho Objetivo, y, el interés jurídicamente tutelado, que se correlaciona al poder jurídico.

No corresponde a este desarrollo que nos detengamos en la naturaleza jurídica del derecho subjetivo. Pero sí, por su finalidad práctica, que lo hagamos respecto de algunos criterios que fundamentan la distinción entre unos y otros.

(17) Introducción al Derecho Civil, pág. 395.
(18) Derecho Civil. Parte General, pág. 428.
(19) Instituciones de Derecho Civil. I, pág. 77.
(20) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág.9.
(21) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 20.
(22) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 10.

La doctrina exhibe diversidad de criterios para la distinción de los derechos subjetivos. Desde que el jurisconsulto romano Gayo considerara en las Institutas los derechos de las personas, de las cosas y de las acciones, la citada división mantuvo su vigencia –como *summa divisio*– a lo largo de los siglos hasta su adopción por el Código francés de 1804, de cuya influencia no pudo sustraerse nuestro Código Civil de 1852. Pero, con la codificación posterior esta división es revisada y surgen distintos criterios de clasificación. Nosotros, como lo hemos advertido, no vamos a hacer una clasificación sino que vamos a orientar la variada gama de derechos subjetivos y sus características concretas a la finalidad de este desarrollo.

En primer lugar, es necesario distinguir los derechos adquiridos, firmes o constituidos, de los derechos expectaticios, eventuales o contingentes.

Los derechos adquiridos, también llamados firmes o constituidos, son los que ya están integrados con los elementos que les son inherentes, esto es, el poder jurídico y el interés jurídicamente tutelado, pues han ingresado válidamente a la esfera jurídica del sujeto, quien es ya su titular, bajo la protección de la ley vigente al momento de su adquisición. Así, es un derecho adquirido, firme o constituido, el que resulta de un contrato válidamente celebrado.

Los derechos expectaticios, también llamados eventuales o contingentes, son los que tienen ya el interés jurídicamente tutelado mas no confieren a su titular el poder jurídico sino tan sólo una expectativa, aunque legítima, pues están sometidos a ciertas eventualidades o contingencias para ingresar a la esfera jurídica del sujeto, como en el caso de un contrato preparatorio (art. 1414 del Código Civil).

Cuando nos detengamos en la consideración de los actos modales (Supra Nº 29 e Infra Nº 122), veremos que los derechos adquiridos, firmes o constituidos se presentan en los actos sometidos a un plazo (Infra Nº 128), mientras que los expectaticios, eventuales o contingentes, en los actos condicionales (Infra Nº 123).

En segundo lugar, consideramos necesario distinguir a los derechos subjetivos en absolutos y relativos.

Los derechos absolutos son los que confieren a su titular un poder que puede hacer valer *erga omnes*, es decir, contra todos. Como precisa Messineo[23], de los derechos absolutos nace un deber negativo frente a su titular

(23) Ibídem, pág. 21.

–un no hacer, una abstención, acotamos nosotros–, como es el caso del derecho de propiedad, que confiere a su titular el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar, sin más limitaciones que las que le impone la ley (art. 923 del Código Civil).

Los derechos relativos son los que confieren un poder que no se pueden hacer valer *erga omnes*, sino sólo frente a una o varias personas, determinadas o determinables, a las que corresponde un deber positivo o negativo, o sea, un dar, un hacer o un no hacer, como el derecho del vendedor a que se le pague el precio, del tomador del servicio a que le sea prestado o cuando se celebra un pacto de indivisión (art. art. 993 del Código Civil).

Si bien este criterio de distinción está ampliamente acogido por la doctrina, se suele señalar la impropiedad de la expresión pues, como indica Coviello[24], no hay derechos absolutos, sino que todos son relativos, en cuanto que el derecho es siempre un poder limitado por la coexistencia de otros derechos iguales.

En tercer lugar, y sin que el orden que hemos observado se base en la importancia, es necesario distinguir los derechos subjetivos según el acto jurídico y la relación jurídica sean de naturaleza patrimonial o no patrimonial.

El criterio de distinción tiene especial relevancia, porque partiendo de la premisa de que se trata de derechos adquiridos, firmes o constituidos, pueden ser absolutos o relativos. Comprendemos dentro de esta distinción a los derechos personales, familiares, hereditarios, reales, creditorios, autorales y participatorios y esta distinción la hemos venido desarrollando replanteando la denominación de los derechos personales, que ahora reiteramos.

Todo derecho subjetivo tiene por titular a una persona y, con este apotegma, todo derecho viene a ser un derecho personal. No es ésta la idea que deseamos plasmar, sino dejar establecido que entendemos por derecho personal a aquel cuyo contenido está dado por diferentes facultades inherentes a la persona, porque lo es y en cuanto lo es.

Hemos recordado anteriormente la clasificación del jurisconsulto romano Gayo, a partir de la cual la doctrina clásica y tradicional dio a los derechos personales –*ius in personam*– el significado de derechos que recaen sobre una persona o que se ejercen contra una persona. Y, con esta acepción, el concepto y el *nomen iuris* se incorporaron al Código francés y a la doctrina francesa, irradiándose a la codificación civil y a la doctrina, pese a

(24) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 31.

que es incuestionable que, si bien los sujetos de la relación jurídica son un pretensor y un obligado, la responsabilidad recae en el patrimonio y no en la persona. Este mismo significado de los derechos personales fue incorporado a nuestra codificación civil, manteniéndose en el vigente Código.

Al desarrollarse en la doctrina de este siglo los conceptos relativos a los denominados derechos de la personalidad y plasmarse legislativamente en el Código Civil Italiano de 1942, se comienza a perfilar en la más moderna doctrina la idea de los derechos personales como los relativos a la persona, atribuyéndoseles el carácter de absolutos y el de no ser susceptibles de estimación pecuniaria, ni ser materia de poder de disposición o de transmisión o de adquisición, salvo la disposición del propio cuerpo y del cuerpo humano después de la muerte, que también considera nuestro Código Civil (arts. 6, 7 y 8).

La acepción con que tomamos a los derechos personales es, pues, la de los derechos como un conjunto de facultades como contenido y atribuidos para la protección de la dignidad de la persona y de sus derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar; a la igualdad ante la ley; a la libertad de conciencia y de religión; a las libertades de información, de expresión y de difusión del pensamiento; al honor y a la buena reputación; a la intimidad personal y familiar; a la voz y a la imagen propias; al domicilio y a su inviolabilidad; al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados; a elegir el lugar de su residencia; a reunirse; a asociarse; a contratar; al trabajo; a la reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas; a la identidad étnica y cultural; y, en general, a no hacer lo que la ley no manda ni estar impedido de hacer lo que ella no prohíbe, muchos de los cuales están bajo la denominación de Derechos Fundamentales de la Persona consagrados por el art. 2 de la Constitución Política y en Libro del Derecho de las Personas en el Código Civil.

Los derechos personales así conceptuados son absolutos. En ellos el poder jurídico se dirige a la propia persona y no al exterior de ella, y por ello son inalienables, salvo los casos permitidos y a los que hemos hecho referencia líneas arriba.

Los derechos familiares son los que corresponden a las personas naturales que integran, por razones de parentesco, el núcleo social que se reconoce como familia. Tradicionalmente se ha ubicado a los derechos familiares en el cuadro general de los derechos subjetivos, como una categoría comprendida dentro de los derechos extrapatrimoniales o no patrimoniales. Pero es incuestionable que existen derechos familiares que son de naturaleza no patrimonial, y que se ubican en el ámbito de los derechos personales, como los deberes y derechos que nacen de la unión conyugal. También existen

derechos familiares de naturaleza patrimonial, como los que se derivan del régimen patrimonial del matrimonio que les permite a los cónyuges convenir en un régimen de separación de bienes (art. 296 del Código Civil).

Los derechos familiares, en cuanto personales, son también absolutos, pero no los de naturaleza patrimonial que son relativos.

Los derechos hereditarios son los de sucesión *mortis causa*. La doctrina los ubica entre los derechos patrimoniales pero nosotros estimamos que tienen una naturaleza compleja, pues se sustentan en las relaciones de parentesco que determinan la vocación sucesoria, siendo del caso aclarar que sus titulares sólo pueden ser los que tienen la condición de herederos.

Los derechos hereditarios son no patrimoniales y absolutos.

Los derechos reales son los derechos sobre los bienes susceptibles de apropiación privada y tienen, por ello, un contenido patrimonial. La doctrina suele recoger el concepto del *ius in re*, como el derecho que recae sobre una cosa, y que coloca a su titular frente a esa cosa. Pero nosotros, como ya lo hemos advertido (Supra Nº 70), sólo entendemos la relación jurídica entre sujetos y no entre sujeto y cosa.

Se distinguen en derechos sobre bienes propios, cuyo derecho por excelencia es el derecho de propiedad, y, derechos sobre bienes ajenos, como el usufructo, el uso, la habitación, la superficie, la servidumbre y las garantías reales, como la prenda, la hipoteca y la anticresis. Son derechos patrimoniales y absolutos.

Los derechos creditorios son los que confieren a su titular el poder jurídico de exigir un determinado comportamiento a uno o varios sujetos, cuyo deber jurídico, o más concretamente, obligación (Infra Nº 77.1), se traduce en un dar, en un hacer o en un no hacer. Son derechos patrimoniales de carácter relativo.

Estos derechos son los que en su concepción romana estuvieron comprendidos en el *ius in personam*, porque le daban al *accipiens* un poder sobre el *solvens*, al extremo de poderlo ejecutar en su persona, reduciéndolo a la esclavitud, pues la responsabilidad por las deudas era personal. Cuando en el Derecho Romano la responsabilidad por las deudas se torna patrimonial, esto es, que el deudor se obliga a responder con sus bienes y no con su persona, el *ius in personam* se mantuvo como *nomen iuris* de los derechos que ahora estamos denominando como creditorios y, bajo ese mismo *nomen iuris*, fueron receptados por el Derecho Moderno. De ahí, que hayamos hecho anteriormente el deslinde entre los derechos personales y los derechos creditorios.

Los derechos autorales son los que recaen sobre las obras del intelecto, sobre las creaciones del espíritu y del ingenio humano, como son los derechos del autor y del inventor. Son derechos de naturaleza compleja, pues son susceptibles de una valoración económica y de tráfico jurídico, siendo por ello derechos patrimoniales. Sin embargo, en los aspectos inherentes a la persona del autor y del inventor son derechos no patrimoniales y caen en el ámbito de los derechos personales.

Los derechos autorales son absolutos, en cuanto derechos personales, y son relativos, en cuanto derechos patrimoniales.

Los derechos participatorios son aquellos a los que la doctrina ha dado cabida como derechos de naturaleza especial. Consisten en el poder jurídico de un sujeto para intervenir en la esfera jurídica de otro y tener, por eso, ingerencia en la actividad de tal sujeto, como el es caso del accionista de una sociedad. Messineo[25], por ejemplo, destaca un tipo particular de derecho subjetivo al que llama derecho de participación, que la doctrina italiana distingue también como derecho corporativo. El mismo Messineo los diferencia de los derechos reales y de los derechos creditorios, calificándolos de *tertium genus*, porque no todo su contenido es de orden patrimonial.

Nosotros preferimos la denominación de derechos participatorios y los consideramos como derechos relativos.

77. EL DEBER JURIDICO INHERENTE A LA RELACION JURIDICA

La correlación entre el deber jurídico y el derecho subjetivo tiene tal arraigo que en el Derecho Romano fue señalado con el aforismo *ius et obligatio correlata sunt.* No obstante, como apunta Abelenda[26], la doctrina ha descuidado o se ha ocupado poco del análisis del deber jurídico, lo que para Alzamora Valdez[27] se explica porque se ha creído que el deber es un concepto que corresponde principalmente al orden moral y porque, en el mundo jurídico, se ha atribuido singular importancia a los derechos, y los deberes han sido vistos sólo como reflejo de aquéllos.

Si bien lo relativo al deber moral escapa al sentido de este desarrollo, es conveniente considerarlo para la mejor conceptuación del deber jurídico. Para ello, debemos dejar establecido que nosotros participamos de la tendencia que distingue el deber jurídico del deber moral en cuanto que constituyen conceptos distintos y autónomos. El deber moral es unilateral en cuanto no

(25) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 24.
(26) Derecho Civil. Parte General. T.II, pág. 100.
(27) Introducción a la Ciencia del Derecho, pág. 155.

tiene exigibilidad más allá del imperativo de conciencia del propio sujeto, mientras que el deber jurídico es bilateral, en cuanto es correlativo a un derecho subjetivo y, por ello, exigible.

Aunque el planteamiento de este desarrollo está referido al deber jurídico como inherente a la relación jurídica objeto de un acto jurídico, y, por eso, su delimitación conceptual la centramos en su correlatividad con el derecho subjetivo, no podemos tampoco dejar de señalar que también por imperio de la normativa jurídica, o, si se quiere, del Derecho Objetivo, nacen deberes. De ahí, que compartamos con Messineo[28] su planteamiento en cuanto distingue deber jurídico y deber legal: éste implica observancia de la norma en sí y por sí considerada, independientemente de la existencia de una relación jurídica y, por ello, sin el correlato de un derecho subjetivo. Cuando la norma impone deberes que hay que cumplir, sin que se conceda al sujeto el derecho a reclamar su cumplimiento –ha escrito Espín[29]– se trata de deberes legales.

El deber jurídico, tal como queremos dejarlo conceptuado, es, pues, una contrapartida del derecho subjetivo y que se constituye conexo a una relación jurídica. En este sentido –como expone Messineo[30]– el deber es, por lo regular, concepto homólogo al de derecho subjetivo, y entonces nace *uno actu* con él y debe entenderse como su *correlatum*.

Delimitado el concepto de deber jurídico es conveniente también distinguir sus diversas clases, pero partiendo de la correlatividad entre el deber jurídico y el derecho subjetivo. Con esta premisa, entonces, y recordando la distinción de los derechos subjetivos en absolutos y relativos, distinguimos los deberes jurídicos en generales y en particulares.

El deber jurídico general lo es siempre de abstención, pues es consecuencia de la contraposición de un derecho absoluto, oponible *erga omnes*, y, por ello, incumbe a todos, como es el caso del contrato de compraventa del cual emerge un derecho de propiedad, o del acto jurídico por el cual se reconoce a un hijo extramatrimonial y del cual emerge un derecho al nombre: en ambos casos, como derechos oponibles *erga omnes*, generan para los demás una abstención, un no hacer.

El deber jurídico particular puede dar lugar a una abstención –un no hacer–, pero también a un dar y a un hacer. Puede, por ello, ser negativo o positivo, pero sólo respecto a determinado sujeto titular de un derecho subjeti-

(28) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II.pág. 80.
(29) Derecho Civil Español. I. pág. 230.
(30) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II. pág. 80.

vo de carácter relativo. Es negativo, cuando consiste en una abstención, en un no hacer, como por ejemplo, el arrendatario que se obliga a no cambiar el destino del inmueble arrendado (art. 1681, inc. 1, del Código Civil). Es positivo, cuando consiste en un hacer o en un dar, como, por ejemplo, un contrato de obra (art. 1771) o un contrato de suministro (art. 1604).

77.1. Deber jurídico y obligación

Al concepto de deber jurídico, tal como lo hemos delimitado, se vincula el de obligación. Ambos conceptos están en una relación de sinonimia cuando se les atribuye un carácter no patrimonial y, se les diferencia, cuando al concepto de obligación se le da un sentido patrimonial. La obligación en esta acepción, al decir de Messineo[31], viene a ser el lado pasivo del derecho de crédito y por eso, también, se le llama débito.

La doctrina es uniforme en esta diferenciación y la codificación civil le ha dado plena acogida. Así en nuestro Código Civil el vocablo deber se reserva para todo aquello que no tiene sentido patrimonial, como por ejemplo, los deberes que nacen del matrimonio en cuanto a la alimentación y educación de los hijos (art. 287), a los de fidelidad y asistencia (art. 288) y al de hacer vida común (289), así como los deberes que corresponden al ejercicio de la patria potestad (art. 423) y otros, que se vinculan a los derechos familiares. El vocablo obligación lo refiere el Código Civil a los deberes que tienen sentido patrimonial.

Obligación deriva de la locución latina *obligatio,* derivada de *obligare,* obligar, vincular, compuesto del prefijo *ob,* ante, delante, con, y *ligo, are ligate,* vincular, que además implica ligazón, sujeción, todo lo cual llevado a un significado jurídico configura el supuesto de una relación jurídica nacida de un acto jurídico que ha dado nacimiento a un crédito y a que se le entienda como el correlato de un derecho creditorio, pues se trata de una relación jurídica que se entabla entre sujetos, que se constituyen, de un lado, en parti *creditoris* y, de otro, en *parti debitoris:* la primera, con derecho a exigir y, la segunda, con la obligación de cumplir con determinadas prestaciones, que pueden consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer. Se trata, en definitiva, de una relación jurídica en la que en cada uno de sus extremos hay un acreedor o *accipiens* y un deudor o *solvens.*

Como señala De Cossio[32] toda obligación es una forma de deber jurídico, pero –agregamos nosotros– no todo deber jurídico constituye una obligación en el sentido que hemos dejado expuesto, ya que en este sentido

(31) Ibídem, pág. 83.
(32) Instituciones de Derecho Civil. I, pág. 201.

son necesarias la concurrencia de dos notas esenciales: que a ese deber jurídico corresponda un derecho creditorio por parte de quien se ha constituido en acreedor en la relación jurídica y a cuyo favor ha de realizarse la prestación y que puede, por tanto, proceder a su exigencia, y, que el incumplimiento de ese deber, por parte del deudor, permita al acreedor ejercitar una acción dirigida contra su patrimonio.

77.2. Obligación y responsabilidad

Vinculado al concepto de obligación está el de responsabilidad, del latín *responsum*, que deriva de *respondere*, que, en su más generalizada acepción, nos lleva a la idea de un efecto resultante del incumplimiento de un deber, legal o jurídico, que acarrea la obligación de reparar o indemnizar. Pero, como acabamos de ver, la obligación supone el sometimiento del deudor al cumplimiento de una prestación en favor del acreedor, cuyo incumplimiento le acarrea una responsabilidad, esto es, que deba responder ante el acreedor.

La responsabilidad, es necesario dejarlo aclarado, es inherente a toda obligación, cualquiera que sea su fuente. Algunos autores, como Castán Tobeñas[33], sostienen que la responsabilidad no es un elemento constitutivo de la obligación, sino únicamente una sanción al incumplimiento y el medio de realización coactiva del derecho del acreedor, opinión que compartimos.

El principio de la responsabilidad ha evolucionado históricamente de la responsabilidad personal a la responsabilidad estrictamente patrimonial, en lo que nos detendremos al desarrollar lo relativo al fraude en los actos jurídicos (Infra Nº 162).

(33) Derecho Civil Español, Común y Foral. T.III, pág. 248.

Capítulo VIII

LA REPRESENTACION

Capítulo VIII

LA REPRESENTACION

78. PREMISA

El acto jurídico puede ser celebrado por el propio sujeto interesado o por medio de otra persona, dándose lugar a la figura jurídica de la representación.

El Código Civil ha llevado el tratamiento legislativo de la representación al Libro II, que es el dedicado al acto jurídico, considerándola como una figura típica y autónoma en el intento, en nuestra opinión frustrado, de plasmar una Teoría de la Representación, pues no ha conseguido desligarla del contrato de mandato, en lo que a la representación voluntaria se refiere, y sin poder evitar las reiteraciones, en lo que a la representación legal respecta.

Bajo esta premisa vamos a desarrollar el estudio de la representación atendiendo al tratamiento legislativo que le dispensa el Código Civil e intentando hacerlo en manera integral y en relación a los principios que la sustentan y la doctrina que la informa.

79. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

Puede pensarse que abordar el estudio de la representación no presenta dificultades porque es una institución jurídica sin complejidades. Sin embargo, tenemos que advertir, como lo hace Díez-Picazo[1], que "el fenómeno jurídico que se conoce dentro de la sistemática del Derecho Privado moderno con el nombre de representación y cuyo estudio suele ocupar una gran extensión en la Parte General de los Tratados y de los Manuales de Derecho

(1) La Representación en el Derecho Privado, pág. 23.

Civil, es una figura muy difícil de sujetar a un esquema conceptual que cumpla al mismo tiempo los requisitos de ser satisfactorio y de estar exento de críticas".

Consideramos, por lo que queda expuesto, que es conveniente iniciar su estudio estableciendo como base la utilidad práctica de la representación.

La utilidad práctica de la representación radica en que facilita enormemente la concertación de actos jurídicos, pues permite celebrarlos entre personas ausentes o que por cualquier otra situación de hecho o de derecho les esté impedido celebrarlos por sí y directamente. Además, mediante ella puede suplirse la falta de capacidad de ejercicio en las personas naturales. Así, pues, la gran utilidad práctica de la representación sirve para que se constituya en el único medio como en algunas circunstancias, y aun en situaciones de derecho, las personas puedan celebrar actos jurídicos.

Como expresa García Amigo[2], la función económico-social que cumple la representación es de una importancia vital en el tráfico jurídico moderno. Y fue por esta misma función y por su utilidad práctica que la representación terminó por imponerse.

80. ORIGEN Y EVOLUCION

La representación, tal como se le entiende en el Derecho Moderno, no ha sido una elaboración del Derecho Romano que sólo la admitió excepcionalmente. Como ha escrito Hupka, citado por Sánchez Urite[3]: "Si el Derecho Romano hubiera prestado reconocimiento a la representación en general, la mano maestra de los jurisconsultos romanos nos hubiera transmitido con toda seguridad una teoría de la representación tan cuidadosa como finamente elaborada". Sin embargo, los orígenes de la representación están en el Derecho Romano.

Como veremos más adelante, existe una representación nacida del imperio de la ley, y por eso llamada legal o necesaria (Infra Nº 85) y, otra, nacida de un acto jurídico, y por eso llamada voluntaria (Infra Nº 94). La legal o necesaria fue la que apareció primero en el Derecho Romano.

Como se sabe, en el Derecho romano las personas, en el ámbito familiar, eran *sui juris* o *alieni juris.* Las primeras, las *sui juris,* eran las personas libres de toda autoridad y dependientes de ellas mismas, siendo llamadas

(2) Instituciones de Derecho Civil. I. Parte General, pág. 775.
(3) Mandato y Representación, pág. 12.

pater familias, cuyo título además de implicar el derecho a un patrimonio implicaba, adicionalmente, la patria potestad, la *manus maritalis* y la autoridad sobre todos los miembros de la familia y los esclavos. *Alieni juris* eran las personas sometidas a otra, que ejercía los poderes anteriormente mencionados.

El sometimiento de los *alieni juris* es el origen de la patria potestad, de la tutela y de la curatela, que son instituciones de amparo familiar que conllevan la representación por imperativo de la ley de los menores y de los interdictos, así como el origen remoto de la representación de la sociedad conyugal, que la codificación civil ha receptado.

Los *sui juris* no sólo podían hacer valer sus derechos por sí mismos sino que debían así hacerlo. Como explica Petit[4], no podían adquirir ni obligarse más que por sí mismos y, si en uso de sus facultades encargaban a otro la concertación de sus negocios, configurándose el contrato de mandato, el *sui juris* era un mandante al que quedaba sometido el mandatario pero, sin embargo y pese a la relación entre mandante y mandatario, los terceros con los que se celebraba el acto jurídico sólo quedaban vinculados al mandatario, pues el contrato de mandato no generaba representación.

El contrato de mandato, tal como se le concibió en Roma, era un encargo del mandante que requería de la aceptación del mandatario para la celebración de uno o más actos jurídicos. El mandatario concluía el negocio con el tercero, pero era él quien adquiría los derechos y contraía las obligaciones, necesitando de un acto jurídico posterior para transmitir dichos derechos u obligaciones al *mandans*, quien a su vez lo desligaba de responsabilidad frente a los terceros con los cuales había celebrado los actos o negocios jurídicos. El contrato de mandato no generaba, pues, una representación en virtud de la cual el *mandans* quedaba vinculado al tercero por los actos de su mandatario. Por eso, la necesidad práctica de la representación la fue imponiendo.

Según Arauz Castex y Llambías[5], en el Derecho Romano, en un primer momento, para llenar la necesidad que satisface la representación se recurrió a un doble acto: el primero servía para poner los derechos en cabeza de la persona que obraba en interés de otra, y, el segundo, para trasladarlos del adquirente aparente al verdadero interesado. Pero era un procedimiento desventajoso, porque al exigir dos operaciones sucesivas, que podían estar separadas por largo tiempo, como necesariamente ocurría si se trataba de menores de edad a la espera de que éstos llegaran a la mayoría,

(4) Tratado Elemental de Derecho romano, pág. 415.
(5) Derecho Civil. Parte General. T.II, pág. 179.

sometía al peligro de que pudiese sobrevenir la insolvencia del representante con el perjuicio consiguiente para el representado. Por eso, ante lo imperfecto de este procedimiento, sus deficiencias fueron siendo eliminadas paulatinamente.

León Hurtado[6] considera también que fue la utilidad práctica de la representación la que la impuso en el Derecho Romano. Al doble acto al que estaban sometidos los tutores y también los mandatarios, y los riesgos e inconvenientes de todo orden que producía el ulterior traslado de los efectos, hicieron que el Derecho Romano aceptara la representación en la adquisición de derechos reales primero y más tarde en materia contractual.

La aceptación de la representación por el Derecho Romano no significó, pues, la formulación de una teoría como la que recién se plantea en el Derecho Moderno. Según Ospina y Ospina[7], la admisión de la representación se hizo con base a una organización compleja y defectuosa: el intermediario quedaba obligado por el contrato, o sea que adquiría los derechos y las obligaciones resultantes, sin que el representado, *mandans*, no quedara vinculado directamente al tercero contratante, sino apenas provisto de una acción contra su intermediario para reclamarle el beneficio logrado. Y aun en los últimos tiempos del Derecho Romano, cuando ya se conocieron acciones útiles al representado contra el tercero, y viceversa, no se llegó a prescindir de la idea tradicional de que los actos jurídicos tenían que producir sus efectos sobre el representante, por ser éste el autor material de dichos actos.

Pero además de los orígenes de la representación en el mandato, los romanistas señalan que en el Derecho Romano se conoció la figura del nuncio, *nuntius*, que venía a ser un mensajero o portavoz, que no expresaba su propia voluntad, sino la de la persona que lo enviaba y por ello, como señala Argüello[8], los efectos del negocio se fijaban en el sujeto que se servía del *nuntius*. La manifestación de la voluntad por intermedio de un nuncio estaba también muy distante de la figura de la representación, pues, en ésta, es el representante, con su propia voluntad y no la del representado, la que lleva a la esfera jurídica de este último los efectos del acto celebrado con el tercero contratante.

Existe consenso en la doctrina en cuanto a que es a los canonistas medievales a quienes se les debe el concepto moderno de la representación, caracterizada: a) por la voluntad del representante y no la del representado en la celebración del acto jurídico; y, b) por la desviación de los efectos del

(6) La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos, pág. 266.
(7) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 345.
(8) Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones, pág. 165.

acto hacia la esfera jurídica del representado. Según Sánchez Urite[9], la influencia del Derecho Canónico se dio al permitir que se pudiera celebrar matrimonio por medio de representante.

Fueron los juristas de los siglos XVII y XVIII los que estructuraron la Teoría de la Representación a expensas de las reglas particulares del contrato de mandato, dando lugar a confusiones entre dicho contrato y la representación, y pese a ser instituciones jurídicas conexas pero distintas entre sí, se le dio, al mandato, una finalidad esencialmente representativa.

Fue con estos antecedentes que el Código francés de 1804 no dispensó a la representación una normativa propia, sino que la subsumió en la del mandato. Este camino fue seguido por los Códigos influidos por el napoleónico y, así, en la obra de Vélez Sarsfield se omitió la inclusión de una teoría general de la representación, "materia que ha sido legislada con relación al contrato de mandato", como apuntan Arauz Castex y Llambías[10].

A mediados del siglo XIX y por obra de la pandectística alemana se inició la revisión del mandato y de la representación. Como lo destacan Ospina y Ospina[11], contra la concepción de los redactores del Código Napoleón reaccionaron eminentes juristas, como Ihering, quienes declararon que la representación no es de la esencia del mandato ni tiene necesariamente un origen contractual. Lo primero, porque el mandatario puede obrar en su propio nombre, como en el mandato sin representación, caso en el cual no representa al mandante ni lo obliga respecto a terceros, pues entonces todos los derechos y las obligaciones producidas por el acto recaen directamente sobre el mandatario. Lo segundo, porque además de la representación emanada de un contrato, como el mandato o la sociedad, también existe la representación legal, impuesta independientemente y aun en contra de la voluntad del representado, como la que corresponde al tutor y, en el sentir de Ihering y otros, al gestor de negocios.

Las ideas de Ihering fueron acogidas y desarrolladas por Laband, a quien la doctrina es unánime en reconocerle la autoría de la separación conceptual de la representación del mandato, produciendo una reacción contra el tratamiento legislativo que en la codificación civil había recibido y que fue generalizándose en la doctrina y en la misma codificación.

La reacción producida por Laband, pues, ha influido poderosamente en el desarrollo de la Teoría General de la Representación. La moderna doctri-

(9) Mandato y Representación, pág. 16.
(10)Derecho Civil. Parte General. T.II, pag. 180.
(11)Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 346.

na, como veremos más adelante, y los Códigos del presente siglo, se apartan de los lineamientos de la doctrina clásica francesa y orientan, como acota Díez-Picazo, el trato legislativo que en nuestros días se le dispensa a la representación[12].

81. LA EVOLUCION EN NUESTRA CODIFICACION CIVIL

El Código Civil, como lo hemos advertido en la premisa (Supra Nº 93), le da a la representación el tratamiento de una figura típica y autónoma al ubicarla dentro del desarrollo legislativo de la Teoría del Acto Jurídico. Si bien la ha desvinculado del contrato de mandato, en cuanto a la representación voluntaria, la escisión no ha sido radical como veremos más adelante. En cuanto a la representación legal, si bien ha establecido normas básicas, tampoco la ha podido desvincular de las instituciones de Derecho Familiar a las que tradicionalmente está ligada.

El Código Civil de 1852, siguiendo el modelo romanista y napoleónico, legisló sobre la representación legal en relación a la sociedad conyugal, la patria potestad y la guarda de menores e incapaces y, sobre la representación voluntaria, en el contrato de mandato.

El Código Civil de 1936, no obstante la influencia que ya ejercía la doctrina alemana y la del BGB a través del Código brasileño (Supra Nº 3.5.b), siguió al del siglo pasado en el tratamiento de la representación, tanto en materia de representación legal como en la de representación voluntaria, con sendas remisiones a la normativa de las instituciones de Derecho Familiar y a la del contrato de mandato. No formuló un tratamiento específico y, por eso, León Barandiarán consideró a la representación como "cuestión complementaria" al acto jurídico, aunque estimando que "la representación rebasa el contenido del mandato, ya que éste tiene un origen simplemente contractual"[13].

Iturriaga Romero[14], invocando el Art. 1640 del Código Civil de 1936, según el cual el mandatario estaba obligado a expresar en todos los contratos que celebrara que procedía a nombre de su mandante, consideró que este Código, como también lo hacía el Código de 1852, confundía la representación con el mandato, considerando, además, que al no tener disposiciones sobre la representación en el articulado referente a la representación legal, había que aplicar, por analogía, las escasas reglas que sobre el particular tenía el contrato de mandato.

(12) La Representación en el Derecho Privado, págs. 30 y sigtes.
(13) Acto Jurídico, pág. 84.
(14) La Representación en el Derecho Privado, págs. 85 y sigtes.

Contra este tratamiento, como lo hemos señalado, el vigente Código Civil planteó innovaciones, unificando los supuestos de representación voluntaria y legal en el Título III del Libro II correspondiente al acto jurídico. Sin embargo, legisla también sobre la representación legal como inherente a las instituciones tutelares de familia y, si bien, el contrato de mandato no conlleva necesariamente representación, pues puede haber mandato sin representación (art. 1809), puede haber también mandato con representación que se rige por las normas del Título III del Libro II (art. 1806).

Las innovaciones introducidas, particularmente en lo que se refiere a la representación voluntaria, responden a la influencia de la moderna doctrina y del Código Civil italiano. El desarrollo legislativo de una teoría de la representación pareciera partir del enunciado del art. 145, del que nos ocuparemos más adelante.

Consideramos no obstante, que en materia de representación voluntaria el vigente Código Civil ha avanzado considerablemente y se ha acercado a los conceptos desarrollados por la moderna doctrina.

82. CONCEPTO DE LA REPRESENTACION

La representación, con abstracción de las instituciones de Derecho Familiar y del contrato de mandato, puede ser conceptuada como una figura típica y autónoma, en virtud de la cual una persona, que viene a ser el representante, celebra uno o más actos jurídicos en cautela de los intereses de otra, que viene a ser el representado. Es más, el concepto puede simplificarse pues el simple actuar de una persona por otra configura una representación.

El concepto debe ser planteado de la manera más simple, pues como acota Coviello[15], el que declara su propia voluntad o recibe una declaración, en lugar y en nombre de otro, se llama representante. Para León Barandiarán[16], lo característico de la representación es crear actos jurídicos donde existe una distinción entre el sujeto que hace la declaración de voluntad y aquel sobre quien recaen los efectos que el orden jurídico le reconoce.

Por lo que queda expuesto, la representación puede ser conceptuada en un sentido amplio en el queden comprendidas todas sus modalidades, sea que emane de la ley o de un acto jurídico, y que el representante actúe en nombre e interés del representado o actúe en nombre propio pero en in-

(15) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 442.
(16) Acto Jurídico, pág. 84.

terés del representado. En todas estas modalidades el representante actúa con voluntad propia y eso lo distingue del nuncio, que no es sino un portavoz o mensajero del interesado en la celebración del acto jurídico.

Pero la representación puede también ser conceptuada en un sentido restringido o estricto, lo que requiere de la actuación del representante a nombre y en interés del representado y, no obstante, dar lugar a la creación, regulación, modificación o extinción de la relación jurídica en virtud del acto jurídico celebrado con la manifestación de su propia voluntad, cuyos efectos se han dirigido a la esfera jurídica del representado.

La conjunción de los sentidos, amplio y estricto, dan lugar al concepto de representación, como figura típica y autónoma, y además como un concepto único e integrado. De la figura de la representación así conceptuada debemos precisar, como características generales, que todo actuar por otro configura representación y que el actuar del representante debe ser siempre en interés del representado, aunque actúe o no en su nombre.

El Código no ha incorporado a norma alguna una noción de la representación, ni en su sentido amplio ni en el restringido. El art. 145 se limita a enunciar que "El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley" y que "La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley". La norma, que fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora que, a su vez, la tomó del Anteproyecto De la Puente-Zuzman[17], da comprensión tanto a la representación voluntaria como a la legal.

83. FUNDAMENTO DE LA REPRESENTACION

Habiendo planteado la representación como una figura típica y autónoma y tomado partido por un concepto único e integrado, corresponde, ahora, establecer su fundamento, esto es, su base teórica o dogmática, que consideramos radica en la Teoría de la Cooperación formulada por el jurista alemán Mitteis y con gran acogida en la moderna doctrina, particularmente la italiana.

Según la Teoría de la Cooperación la representación se funda en la solidaridad humana. Se presenta como la ayuda que espontánea, casual o convenida, se prestan las personas entre sí. Es la colaboración que se presta a quien no puede o no quiere realizar un acto por sí mismo, pero que no se proyecta a los meros hechos ni se reduce a una actividad material, pues de-

(17) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 144 y 145.

be tratarse de una cooperación de pronunciada juridicidad. Se distingue, por eso, la cooperación material de la cooperación jurídica.

La cooperación material es la ayuda que una persona da a otra, directamente, como, por ejemplo, ejecutar una obra para él, pues se trata de una colaboración que es exclusiva entre los sujetos y se restringe a las relaciones entre ambos. Es un fin en sí misma y mediante ella se realiza completamente la utilidad perseguida con la cooperación. No es, por consiguiente, susceptible de proyectarse al exterior de los dos sujetos, en una vinculación con terceros.

La cooperación jurídica, en cambio, está destinada a concluir asuntos del *dominus negotii* o principal con los terceros. Importa una extroversión, una actuación hacia afuera de los dos sujetos de la cooperación. No se limita, como la cooperación material, a la satisfacción de una necesidad inmediata del principal, sino que vuelca sus efectos al exterior de las relaciones internas entre ambos y alcanza a los terceros, para lograr, así, por intermediación, la satisfacción del interés del *dominus*. El fin de la cooperación jurídica es, por consiguiente, vincular al principal con el tercero, concluyendo, en lugar del principal, actos jurídicos de los que nacen relaciones que tocan a aquél y a los terceros.

La cooperación jurídica puede revestir dos formas: la sustitución y la interposición. Por la sustitución, una persona se sustituye a otra para celebrar un acto jurídico con un tercero, pero en nombre y en interés de la persona sustituida. Por la interposición, una persona se interpone frente a un tercero para celebrar un acto jurídico, en su propio nombre, pero en interés de la persona a la que se ha interpuesto.

Como puede apreciarse, pues, la cooperación jurídica como fundamento de la representación requiere de la existencia de un interés, que no es el del que actúa por el otro. De este modo, como señala Stolfi[18], se puede celebrar negocios jurídicos en nombre e interés de otro, sustituyéndolo, por lo que los efectos se dirigen a la esfera jurídica del sustituido por efecto de haberse actuado en su nombre; o se puede celebrar negocios jurídicos en nombre propio pero en interés de otro, interponiéndosele, por lo que los efectos se quedan en la esfera jurídica del interpuesto por haber actuado a su nombre y no en el del representado.

(18) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 229.

84. CLASES DE REPRESENTACION

Atendiendo al desarrollo que vamos a hacer consideramos, en primer lugar, la clasificación que distingue a la representación en legal y voluntaria. La primera es la que emana de la ley y, la segunda, de un acto jurídico. El *Código Civil* ha plasmado esta clasificación en el segundo párrafo del art. 145, cuando precisa que "La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley".

En segundo lugar, vamos a distinguir la representación voluntaria en directa e indirecta. Es directa, cuando el representante actúa en nombre y en interés del representado y puede ser, además, con poder o sin poder. Es indirecta cuando el representante actúa en nombre propio, pero en interés del representado.

El Código Civil en el Libro II, que dedica al Acto Jurídico, sólo se ocupa de la representación legal para precisar los actos jurídicos para los cuales el representante requiere de autorización (art. 167), pues como ya hemos advertido se ocupa de ella en el Libro III dedicado al *Derecho de Familia*. De la representación voluntaria se ocupa sólo de la directa y, de ésta, de la representación con poder y la representación sin poder, ocupándose de la representación indirecta en el contrato de mandato y, además, ella sigue ligada al contrato de comisión mercantil y otros contratos no legislados por el Código Civil.

I

LA REPRESENTACION LEGAL

85. PREMISA

El desarrollo de la representación legal lo abordamos por cuanto en virtud de ella los menores e incapaces pueden celebrar actos jurídicos, razón por la cual el Código Civil determina los actos jurídicos para los cuales los representantes legales requieren de una autorización expresa (Infra Nº 90).

86. DELIMITACION CONCEPTUAL

La representación legal, también llamada necesaria, no se genera en un acto jurídico que dé creación a una relación jurídica entre el representante y el representado, como ocurre en la representación voluntaria, por cuanto tiene su origen en la ley, pues así lo precisa el art. 145 del Código Civil cuando, en su segundo párrafo, hace referencia a la facultad de representación que "confiere la ley". La referencia responde al intento de dar a la representación un tratamiento integral y unitario que no tiene antecedente en el Código Civil de 1936 ni en el de 1852.

La representación legal, además del fundamento que sustenta a la representación en general (Supra Nº 83), se fundamenta también en la función tuitiva del ordenamiento jurídico respecto de los derechos subjetivos de las personas naturales que carecen de capacidad de ejercicio (Infra Nº 87) o que se encuentran en una situación de hecho, como es el caso de los desaparecidos, o de derecho, como es el caso de los ausentes (Infra Nº 88), que requieren de la cautela de sus intereses. Se da también lugar a la representación legal en casos especiales, como es el de la representación de la sociedad conyugal (Infra Nº 91), cuando no media poder de representación otorgado por un cónyuge a otro.

Como puede apreciarse, pues, la representación legal surge de una situación jurídica prevista en la ley que, en algunos casos, como en la patria potestad, la impone, y, en otros, resulta de una declaración judicial, como en el caso de la desaparición. De este modo, es la propia ley la que establece las modalidades de esta representación según los supuestos previstos para cada situación de la que se genere la necesidad de la cautela de los intereses de los sujetos inmersos en esa situación y es por eso que la misma ley precisa los poderes del representante y sus limitaciones. De ahí también, que el ejercicio de esta representación sea obligatorio, precisamente, por estar la representación basada en el imperativo de la ley y en su función tuitiva.

La denominación de representación legal ha dado lugar a varias observaciones. Stolfi[19] observa, por ejemplo, que el adjetivo legal no se utiliza para indicar que la designación del representante sea siempre hecha por la ley, sino que falta en ella la libertad de decidir para hacerse representar, es decir, que las personas sometidas a ella necesitan para sus negocios jurídicos de la intervención de una persona física que preste el consentimiento en su lugar. Esta observación puede dejar a salvo la que formula Lohmann[20], para quien el citado art. 145 ha omitido referirse a la representación judicial, que es aquélla en que el representante es nombrado por resolución judicial, pues permitiría que también la representación judicial se encuentre referida en el acotado art. 145 del Código Civil.

De lo expuesto puede ya inferirse la delimitación conceptual de la representación legal. Ella se sustenta en la ley, en la función tuitiva del Derecho y en una finalidad práctica dirigida, fundamentalmente, a que nadie se quede sin la cautela de sus intereses. La ley no sólo confiere la facultad de representación sino además la obligación de representar.

Por su misma característica la representación legal es siempre directa. El representante se sustituye al representado, actuando a nombre de él, y los efectos de los actos jurídicos celebrados van directamente a la esfera jurídica del representado, quien no puede tener o no ha tenido ninguna participación en el acto. La capacidad de goce es la del representado, pues no se requiere de la del representante, aunque, éste, obviamente, debe ser persona con capacidad de ejercicio.

La representación legal, si bien tiene sus propias características es sólo una variante de un mismo fenómeno jurídico, como anota con acierto Díez Picazo[21], que ve en la representación una figura única, posición que nosotros asumimos también. De ahí, que también pensemos, como el autor español, que le son aplicables a la representación legal los esquemas genéricos de la representación voluntaria, de cuyo desarrollo nos ocuparemos después (Infra Nº 94).

Para concluir, la representación legal en nuestra codificación civil ha estado siempre vinculada a la patria potestad, a la tutela y a la curatela, vinculación que mantiene nuestro vigente Código. La patria potestad conlleva la representación de los hijos menores de edad (art. 419), la tutela, la de los menores que no están bajo la patria potestad (art. 502) y, la curatela, la de los incapaces por causa distinta a la de la minoría de edad (art. 564), así co-

(19) Ibídem, pág. 239.
(20) El Negocio Jurídico, pág. 170.
(21) La Representación en el Derecho Privado, pág. 289.

mo a la de los desaparecidos y ausentes (art. 597) y del hijo póstumo cuando el padre ha muerto y la madre ha sido destituida de la patria potestad (art. 598).

87. LA REPRESENTACION DE INCAPACES

La representación de los incapaces, que es legal, tiene por finalidad hacer posible su participación en la vida jurídica. Por ello, la representación reposa en el Derecho Objetivo y está supeditada a la ley, la que impone las facultades de las que puede hacer uso el representante, así como sus obligaciones y responsabilidades. Así, como ya lo hemos indicado, son representantes legales los padres respecto de sus hijos menores, y aun de los que están por nacer, en ejercicio de la patria potestad; lo son también los tutores, respecto de los menores no sometidos a la patria potestad, en ejercicio de la tutela; y los curadores, respecto de los incapaces mayores de edad sometidos a interdicción, en ejercicio de la curatela. En todos estos casos, la capacidad de goce existe en la persona del incapaz representado, pero, éste, por razón de su incapacidad de ejercicio no puede celebrar por sí el acto jurídico. Es un *alieni juris.*

La falta de capacidad de ejercicio en el sujeto requiere de la tutela del ordenamiento jurídico, dándose lugar, por ello, a su representación legal, aun cuando, como en el caso de los tutores y de los curadores, son escogidos pero sin que a su designación concurra la voluntad del incapaz a quien van a representar. La voluntad del representante, de conformidad con las facultades que le confiere la ley, es la que da lugar a la formación del acto jurídico, cuyos efectos van a estar dirigidos a la esfera jurídica del incapaz representado.

El Código Civil señala a quienes son absolutamente incapaces (art. 43) así como a los relativamente incapaces y las causales para la interdicción (art. 44). En el art. 45 precisa que sus representantes legales ejercen sus derechos civiles, según las normas referentes a la patria potestad, la tutela y la curatela.

La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo, debiendo en caso de disentimiento resolver el juez competente (art. 419). En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos (art. 420). La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o la madre que los ha reconocido y, si ambos los han reconocido, el juez competente determina a quién le corresponde (art. 421). Los deberes y derechos inherentes al ejercicio de la patria potestad están enume-

rados en el art. 423, indicándose entre ellos los de representar a los hijos en los actos de la vida civil (inc. 6) y administrar sus bienes (inc. 7). La enajenación y gravamen de los bienes de los hijos, así como los actos que enumera el art. 448, los estudiaremos con los actos que requieren la autorización expresa según el art. 167 del Código Civil (Infra Nº 90).

La tutela, que se ejerce sobre los menores que no están bajo la patria potestad, determina que el tutor los represente en los actos civiles (art. 527). Los actos enumerados en el art. 532, que requieren de autorización especial, los consideraremos también al hacerlo del ya acotado art. 167 (Infra Nº 90).

La curatela se ejerce sobre las personas que por cualquier causa estén privadas de discernimiento y sobre los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, así como sobre los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos, todos los cuales requieren ser sometidos a interdicción, y sobre los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. Rigen para el curador las reglas relativas a la tutela (art. 568) y, si la curatela es ejercida por los padres, las de la patria potestad (art. 575). El curador sólo puede celebrar y ejecutar actos de administración relativos a la custodia y conservación de los bienes, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas, pues para todos los demás requiere de autorización expresa (art. 602), los que también vamos a considerar al ocuparnos del art. 167 (Infra Nº 90).

88. LA REPRESENTACION DE LOS DESAPARECIDOS Y DE LOS AUSENTES

La misma función tuitiva que sustenta la representación de los menores e incapaces, sustenta también la representación de los desaparecidos y de los ausentes, para quienes el Código Civil dispone que se les debe proveer de curatela (art. 597).

La desaparición se configura cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de 60 días sin noticias sobre su paradero y siempre que no exista representante con facultades suficientes (art. 47). A la persona, así desaparecida, se le debe nombrar un curador interino para que asuma su representación legal.

La ausencia se configura cuando la desaparición se prolonga por más de dos años, en cuyo caso es necesario que la situación de hecho producida por la desaparición se torne en una situación de derecho mediante resolu-

ción judicial que declare la ausencia (art. 49), procediéndose a dar la posesión temporal de los bienes a quienes tengan vocación hereditaria (art. 50) hasta la declaración de muerte presunta (art. 63). Como puede apreciarse, *en el caso de la ausencia no se da lugar a la representación legal.* Sin embargo, el mismo Código Civil, en su art. 597 asimila la ausencia a la desaparición y dispone, para ambos casos, el nombramiento de curador, lo que constituye una evidente contradicción, a nuestro parecer, con la norma del art. 50.

89. LA REPRESENTACION DEL HIJO POSTUMO CUANDO LA MADRE HA SIDO DESTITUIDA DE LA PATRIA POTESTAD

El Código Civil se ha puesto en la hipótesis del hijo que está por nacer con padre pre muerto y con la madre destituida de la patria potestad, situación para la cual ha previsto la designación de un curador (art. 598).

Esta curatela cesa al nacer el concebido (art. 617), pasando el *natus* al régimen de la tutela (art. 502).

90. ACTOS JURIDICOS PARA LOS QUE EL REPRESENTANTE LEGAL REQUIERE DE AUTORIZACION EXPRESA

Como lo hemos advertido en la premisa (Supra Nº 78), el desarrollo de la representación legal lo hemos planteado en función a los actos jurídicos que pueden celebrar los menores e incapaces por intermedio de sus representantes legales, en relación a los cuales el art. 167 del Código Civil enumera los actos que requieren de autorización expresa. La norma fue establecida por la Comisión Revisora[22] y no registra antecedente en el Código Civil de 1936 ni en el del siglo pasado.

Como se aprecia del art. 167, se trata de una cautela especial de los bienes de la persona sometida a representación legal, pues la tuición está referida a los bienes y a actos patrimoniales que pueden de alguna manera producir su salida de la esfera jurídica del representado.

90.1. Actos de disposición y gravamen

Al considerar los diversos criterios para la distinción de los actos jurídicos hemos precisado las características de los actos de disposición (Supra Nº 25) y hemos señalado que la doctrina y la legislación dan cabida entre ta-

(22) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. pág. 160.

les actos a los constitutivos de gravámenes. El Código Civil ha adoptado esta asimilación y por eso el inc. 1 del art. 167 exige autorización expresa al representante legal que quiere disponer o gravar los bienes de su representado.

En concordancia con el acotado art. 167, tratándose de los menores sometidos a la patria potestad, los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de sus hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial (art. 447). El procedimiento a seguir es el que establece el Código Procesal Civil (arts. 786 y siguientes).

Además, quedan comprendidos dentro de estos actos, requiriendo también de autorización judicial, los de renuncia de herencias, legados y donaciones (art. 448 inc. 4), los de celebración de contratos de sociedad (art. 448 inc. 5), liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio (art. 448 inc. 6) y dar dinero en préstamo (art. 448 inc. 7).

Tratándose de los menores sometidos a tutela, sus bienes no pueden ser enajenados ni gravados sino con autorización judicial, concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del consejo de familia, salvo que se trate de frutos destinados a los alimentos del menor (art. 531) y que el menor tenga 16 años cumplidos, caso en el cual el juez deberá oírlo antes de dar la autorización (art. 533). El procedimiento es también el que establece el Código Procesal Civil (arts. 786 y siguientes), con el agregado del que establece el Código Civil para la formación del Consejo de Familia (arts. 619 y siguientes).

Además, quedan comprendidos dentro de estos actos jurídicos requiriendo también el tutor de la misma autorización para renunciar herencias, legados y donaciones, celebrar contratos de sociedad, liquidar la empresa que forme parte del patrimonio del menor y dar dinero en préstamo (art. 532 inc. 1) y para hacer gastos extraordinarios en los predios (art. 532 inc. 2) y para pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía (art. 532 inc. 3).

Tratándose de los interdictos, el Código Civil le permite al curador emplear los frutos de los bienes, y en caso necesario los capitales, al sostenimiento y restablecimiento del incapaz (art. 577). Además, cuando se trata también de los desaparecidos y ausentes, así como del hijo póstumo cuya madre ha sido destituída de la patria potestad, el Código Civil le permite al curador sólo celebrar actos de administración para la custodia y conservación de los bienes y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas, requiriendo, para los que no están comprendidos dentro de es-

tos actos, de autorización judicial, previa audiencia del consejo de familia (art. 602).

90.2. Transacciones

La locución transacción viene del latín *transactio,* de la que deriva *transigere,* que tiene como acepción la de acción y efecto de transigir, aun cuando también se le da el significado de trato, convenio o negocio. El inc. 2 del art. 167 se refiere a la transacción como transigir y no a la transacción como transar, esto es, como ajustar algún trato, especialmente en el terreno comercial y bursátil. En su sentido jurídico, la transacción es indicativa de un acto jurídico nominado y típico.

El Código Civil ha incorporado la noción de transacción, como transigir, precisando que "Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada" (art. 1302).

Como puede apreciarse, la transacción, así conceptuada, puede implicar un acto de disposición o la abdicación de un derecho, que es la razón por la que el inc. 2 del art. 167 exige la autorización expresa para el representante legal. Para tal efecto, cuando se trata de incapaces o de ausentes, el representante legal debe solicitar la autorización del juez, quien para este efecto deberá oír al Ministerio Público y al Consejo de Familia "cuando lo haya y lo estime conveniente" (art. 1307).

La aprobación del juez es la del que conoce del litigio. Pero si se trata de una transacción extrajudicial, para obtener la aprobación judicial consideramos que el representante deberá solicitarla mediante los trámites previstos en el Código Procesal Civil (arts. 786 y siguientes).

La norma del inc. 2 del art. 167 del Código Civil es, por lo demás, concordante con la del inc. 3 del art. 448 del mismo Código.

90.3. Convenio arbitral

El inc. 3 del art. 167 exige autorización expresa al representante legal para la celebración de un convenio arbitral, el cual implica un acto abdicativo al derecho a la instancia jurisdiccional ordinaria, pues la Constitución Política reconoce también a la jurisdicción arbitral (art. 139).

El convenio arbitral es también un acto jurídico nominado y típico, en la actualidad legislado por la Ley Nº 26572, Ley General de Arbitraje, que lo conceptúa como "el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral. El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada ...", cuando se trata de arbitraje nacional (art. 9), y como "un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual ...", cuando se trata de arbitraje internacional (art.98).

La Ley General de Arbitraje no se ha puesto, de manera explícita, en la hipótesis de un arbitraje sobre bienes y derechos de menores e incapaces, por lo que en el supuesto que los padres, tutores o curadores estimen conveniente una solución arbitral, consideramos que deberán solicitar la autorización judicial observando el trámite previsto en el Código Procesal Civil y recurriendo, también por analogía, al Consejo de Familia.

La norma del inc. 3 del art. 167 del Código Civil es, también, concordante con la del inc. 3 de su art. 448.

90.4. Otros actos que también requieren de autorización expresa

El inc. 4 del art. 167 se refiere en la enumeración de los actos jurídicos para los cuales el representante legal requiere de autorización expresa, a "los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial". El Código Civil formula, así, una advertencia a los representantes legales en cuanto a que tienen sumamente restringida su autonomía privada y que es de orden público la cautela de los intereses sometidos a su representación.

Entre los actos jurídicos para cuya celebración los padres, tutores o curadores requieren de una autorización especial se pueden considerar, en aplicación del Código Civil, el arrendamiento por más de tres años (art. 448 inc. 1), la partición extrajudicial (art. 448 inc. 2), lo relativo a la continuidad de la sociedad ya establecida (art. 448 inc. 4), tomar dinero en préstamo (art. 448 inc. 7) y edificar, excediéndose de las necesidades de la administración

(art. 448 inc. 9). Los tutores la requieren para permitir al menor dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio (art. 532 inc. 4), para celebrar contrato de locación de servicios (art. 532 inc. 5), celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso (art. 532 inc.6) y para todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios (art. 532 inc. 7).

El inc. 4 del art. 167 también se ha puesto, como hemos visto, en la hipótesis de que la autorización especial la exija el acto jurídico. La disposición es confusa, porque es la ley la que impone el requisito de la autorización, por lo que creemos que se trata de un acto jurídico en beneficio del menor o del incapaz en el que el otorgante del beneficio establece esa limitación a las facultades del representante legal.

91. LA REPRESENTACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La representación legal también opera en la sociedad conyugal. Según el art. 292 del Código Civil, "La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Civil. Cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial. Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges ...".

Como puede apreciarse, se trata de un caso especial de representación legal ya que no se da el supuesto de hecho o de derecho que la sustenta, como en los casos anteriores, en que la representación emana de la ley por cuanto las personas que van a ser representadas no tienen capacidad suficiente para celebrar el acto jurídico del que emane la relación representativa. La hipótesis que plantea el art. 292 es la de dos personas capaces, pues los casos de interdicción de uno de los cónyuges, su desaparición o el abandono del hogar, están previstos en el art. 294, casos en los cuales la representación corresponde al otro cónyuge (art. 314).

Con la representación legal aplicable a la sociedad conyugal se trata, en suma, de cautelar el patrimonio común de los cónyuges. Por eso, la representación es conjunta, por cuanto debe ser ejercitada por ambos cónyuges, salvo los actos jurídicos vinculados a las necesidades ordinarias del hogar o los actos de administración y conservación, para los cuales la representación es indistinta, es decir, puede ser ejercitada por cualquiera de los cónyuges.

Debemos advertir, por último, que esta representación legal opera, únicamente, si los cónyuges han optado por el régimen patrimonial de la socie-

dad de gananciales y no por el de la separación de patrimonios (arts. 295, 296, 297 del Código Civil).

La sociedad de gananciales está regulada por el Código Civil (arts. 301 y siguientes), correspondiendo a ambos cónyuges la administración del patrimonio social (art. 313), así como disponer de los bienes o gravarlos, para cuyo efecto se requiere de la intervención del otro cónyuge, salvo para los actos de adquisición de bienes muebles, que pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges (art. 315), siendo ésta la regla general, pues puede exceptuarse la intervención del otro cónyuge si así lo permite la ley, como en el caso de las transacciones con valores en mecanismos centralizados de negociación (art. 113 del Decreto Legislativo Nº 861, Ley del Mercado de Valores).

La representación de la sociedad conyugal puede también dar lugar a una representación voluntaria, pues como hemos advertido, se trata de personas capaces. A este respecto, el art. 146 del Código Civil ha previsto "Se permite la representación entre cónyuges", en concordancia con el ya acotado art. 292, que también ha previsto que cualquiera de los cónyuges puede dar poder al otro para que ejerza solo la representación, en todo o en parte.

La representación voluntaria entre cónyuges, prevista en el acotado art. 146, opera cuando han optado por el régimen de separación de patrimonios (art. 327) y sin que nada obste para que la representación le sea otorgada a un tercero.

Lo que queda expuesto es aplicable a las uniones de hecho, siempre que reúnan los requisitos de ser voluntaria, sin impedimento matrimonial y persigan finalidades y deberes semejantes a los del matrimonio, pues en tal caso se forma una sociedad de gananciales, pero siempre que la unión tenga por lo menos una duración de dos años continuos (art. 326).

92. LA REPRESENTACION DE LOS ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PUBLICO

El Código Civil ha introducido un caso especial de representación legal cuando se trata de establecimientos abiertos al público, pues según el art. 165 "Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos". La norma fue establecida por la Comisión Revisora[23] y no tiene antecedentes en la codificación civil anterior.

(23) Ibídem, págs. 158 y 159.

Se trata, como puede apreciarse, de una presunción *legis* para conferir seguridad al público que acude a establecimientos comerciales que pueden ser grandes almacenes como pequeños establecimientos, la taquilla de un teatro o la ventanilla de una empresa bancaria, pues el establecimiento abierto al público puede tener por principal a una persona natural o a una persona jurídica.

Por la finalidad perseguida por la norma, y de su propio tenor, se infiere que la presunción es *iuris et de jure.*

93. LA REPRESENTACION PROCESAL

La representación legal se manifiesta también en materia procesal, pues el Código Civil se ha cuidado de otorgársela a los padres en el ejercicio de la patria potestad con la limitación de convenir en la demanda, pues para ello requieren de autorización expresa (art. 448 inc. 10), al igual que a los tutores (art. 556), a quienes alcanza la misma limitación (art. 532 inc. 1), y, a los curadores (art. 603), a quienes alcanzan las limitaciones impuestas a los tutores (art. 568).

La representación de los menores e incapaces la corrobora el Código Procesal Civil (art. 63), que además ha dado creación a la figura del curador procesal en los casos en que la parte deviniere en incapacidad (art. 61 inc. 2), o no comparezca su representante legal (art. 66 inc. 1), o no se le conozca (art. 66 inc. 2), o que el incapaz quiera demandar a su representante (art. 66 inc. 3), o cuando el juez aprecie la existencia de un conflicto de intereses entre el incapaz y su representante legal (art. 66 inc. 4).

Adicionalmente, el Código Procesal Civil ha previsto una curatela procesal que a nuestro juicio es aplicable a los desaparecidos y ausentes (art. 61 inc. 1).

El Código Procesal Civil, por último, ha creado también la figura del patrimonio autónomo, disponiendo que "Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica. La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, es este caso, el art. 93. Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se estará a lo dispuesto por el artículo 435. El que comparece como demandado y oculta que el derecho discutido pertenece a un patrimonio autónomo del que forma parte, se le impondrá una multa ..." (art. 65, cuyo texto fue restituido por la Ley Nº 26827). De este modo, dentro de la noción de patrimonio

autónomo pueden quedar comprendidos los patrimonios comunes, sean una sociedad conyugal o una unión de hecho, personas jurídicas en situación irregular y las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, los condominios y las masas hereditarias indivisas, para los efectos de su representación procesal.

II

LA REPRESENTACION VOLUNTARIA

94. PREMISA

La representación voluntaria es la que emana de un acto jurídico y a ella se refiere el art. 145 del Código Civil cuando indica que "la facultad de representación la otorga el interesado". Esta facultad de representación puede dar lugar a la sustitución del representado por el representante, quien deberá actuar en nombre y en interés de aquél, configurando la representación directa, también llamada de personas; o, puede dar lugar a la interposición del representante entre el representado y el tercero contratante, actuando el representante en nombre propio pero en interés del representado, configurando la representación indirecta, también llamada de intereses.

95. DELIMITACION CONCEPTUAL

Como lo hemos señalado al detenernos en el origen y evolución de la representación (Supra Nº 80), la representación voluntaria, como la concibe el Derecho Moderno, no fue concebida en el Derecho Romano. De un lado, el formalismo que caracterizaba la celebración de los actos jurídicos en Roma (Supra Nº 59) y la aparición del fenómeno de la espiritualización del Derecho en una etapa posterior, y, de otro, la concepción de la persona en Roma y la necesidad de que reuniera los *status libertatis, civitatis* y *familiae*, no permitieron la admisión de que los efectos jurídicos de una manifestación de voluntad se dirigieran a una esfera jurídica distinta de la del manifestante. Por eso, en sus orígenes, la representación voluntaria aparece como representación indirecta y vinculada al contrato de mandato, para siglos después y por obra de los canonistas medievales, aparecer como representación directa, pero también vinculada al contrato de mandato. Con esta vinculación con el contrato de mandato es que la representación voluntaria fue receptada por el Código Civil Francés de 1804 y en la codificación civil que siguió el modelo napoleónico.

Como también lo hemos dejado señalado (Supra Nº 80), contra la vinculación de la representación voluntaria al contrato de mandato reaccionó la doctrina germana, planteando su desvinculación. Es así como en la moderna doctrina, la que sigue al Código alemán de 1900, la representación voluntaria se desliga del contrato de mandato y se le concibe como una figura típica y autónoma. La representación voluntaria no tiene más origen que la voluntad del sujeto que quiere ser representado y que mediante un acto jurídico otorga su representación. De este acto jurídico y de sus características nos

ocuparemos más adelante (Infra Nº 96), así como de la relación jurídica que emerge de dicho acto (Infra Nº 100).

La representación voluntaria supone, necesariamente, una manifestación de voluntad emanada de un sujeto capaz, de goce, pues a su esfera jurídica se van a dirigir los efectos del acto que celebre su representante, y de ejercicio, pues él mismo otorga su representación. Por eso, tiene como sustento la autonomía de la voluntad, pues como observa Stolfi[24], el adjetivo de voluntaria se adopta para indicar que la representación depende únicamente de la voluntad del interesado, el cual es árbitro para decidir, en primer lugar, si concertar o no el acto por medio de otra persona y, luego, para escoger la persona que le haya de sustituir en la celebración del negocio. Messineo[25] explica que se encuentra en la base de esta representación que alguien, aun estando en situación de celebrar por sí los propios negocios y de declarar por sí la propia voluntad, quiera confiarse a otro.

La representación voluntaria constituye, por lo expuesto, una figura típica desvinculada de cualquier otra figura jurídica, para conformar una institución jurídica integrada, como ya lo hemos expuesto (Supra Nº 82). A esta concepción, como ya lo hemos también indicado, se ha adherido el vigente Código Civil (Supra Nº 81).

En efecto, el Código Civil vigente desde el 14 de noviembre de 1984, al contrario de los códigos que lo han antecedido, ha desligado la representación voluntaria del contrato de mandato y, con tal fin, legisla sobre ella en el Título III de su Libro II, considerándola como una figura típica y nominada, o, mejor dicho, considerando al acto jurídico que la genera como un acto típico y nominado.

96. EL ACTO JURIDICO DE OTORGAMIENTO DE LA REPRESENTACION.

Como precisa el art. 145 del Código Civil, "la facultad de representación la otorga el interesado". De este modo, el otorgamiento de su representación por quien quiere ser representado, supone, pues, un acto jurídico, que la doctrina, por lo general, denomina como acto de apoderamiento o de procura y también como poder de representación. Nosotros, sin embargo, no vamos a usar tal denominación, por cuanto, como hemos advertido, la representación voluntaria puede ser directa o indirecta, y la primera con poder y sin poder. Por eso, al acto de otorgamiento de la representación le queremos dar una nominación genérica y no una que sólo pueda ser indicativa de

(24) Teoría del Negocio Jurídico, págs. 239 y 240.
(25) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 146.

la representación directa y con poder. Por estas razones es que lo denominamos "acto de otorgamiento de la representación", reservando la denominación de "acto de otorgamiento del poder" o "acto de apoderamiento", cuando con el conferimiento de la representación se otorga poder.

El acto jurídico que da origen a la representación voluntaria es, pues, típico y nominado, siendo ese el tratamiento que recibe del Código Civil, por lo que no puede ya ser abordado como una abstracción jurídica, sino en su concreción y características.

96.1. Características

Como lo hemos señalado en la premisa con la que hemos iniciado el desarrollo de la representación haciendo una cita de Díez-Picazo (Supra Nº 78), el acto jurídico de otorgamiento de la representación es también muy difícil de sujetar a un esquema, por lo que sus características no pueden ser precisadas con un criterio rígido.

Con la advertencia que dejamos expuesta, vamos a señalar las características que pueden ser de mayor relevancia.

En primer lugar, la unilateralidad. La representación voluntaria se genera en un acto jurídico unilateral y recepticio. Es unilateral –y es en la unilateralidad que radica la diferencia sustancial con el mandato, que, como contrato, es necesariamente bilateral–, porque queda perfeccionado y da origen a la relación representativa (Infra Nº 100) con la sola manifestación de voluntad de quien quiere ser representado. La persona que resulta investida con la representación puede o no ejercerla, pues no está obligado por el acto de otorgamiento de la representación sino una vez que asume la representación, o, por la "relación originante de la representación", en expresión de Díez-Picazo[26], que puede ser un contrato de prestación de servicios, de mandato, de comisión mercantil o de trabajo, como veremos al ocuparnos de la relación representativa (Infra Nº 100).

La unilateralidad del acto de otorgamiento de la representación no se altera, aun cuando concurra con el acto bilateral que sea la base de la representación que se otorga, esto es, su relación originante. Sin embargo, hay actos de otorgamiento de la representación que pueden ser bilaterales, cuando representado y representante convienen en celebrarlo, y, también, actos que son necesariamente bilaterales, como cuando se otorga la representación con poder irrevocable (Infra Nº 98).

(26) La Representación en el Derecho Privado, págs. 65 y 66.

La unilateralidad del acto de otorgamiento de la representación no es coincidente en la doctrina, y tampoco con su carácter de recepticio, pues hay opiniones encontradas en cuanto a la persona a la que va dirigida la manifestación de voluntad de quien quiere ser representado. Para algunos, el destinatario de la manifestación es el representante y, para otros, el tercero contratante, esto es, el sujeto que va a ser la parte en el acto jurídico que celebre el representante. Nosotros creemos que el destinatario de la manifestación es el sujeto al que se le otorga la representación y es en relación a él que el acto de otorgamiento es de carácter recepticio, tanto en la representación directa como en la indirecta, más aún en esta última en la que el representante va a representar los intereses del representado sin que el tercero contratante tenga conocimiento que va a contratar con una persona que actúa en interés de otra.

En segundo lugar, el acto de otorgamiento de la representación es de forma voluntaria, aunque la ley prescribe forma para casos específicos, como veremos más adelante (Infra Nº 96.2.d).

En tercer lugar, el acto de otorgamiento de la representación es un acto compuesto o complejo (Supra Nº 22), pues genera no sólo la relación entre representado y representante, sino también las relaciones con los terceros contratantes. Como bien señala Stolfi[27], la representación va dirigida a producir una duplicidad de efectos, tanto con respecto al *dominus* como al tercero contratante.

Por último, el acto de otorgamiento de la representación es gratuito, pero nada obsta para que pueda celebrarse onerosamente o tornarse oneroso, como puede serlo en el caso de que la representación se otorgue con poder irrevocable (Infra Nº 98).

96.2. Los requisitos

El acto de otorgamiento de la representación, como todo acto jurídico, requiere para su validez, además de la manifestación de voluntad, de todos los requisitos preceptuados por el art. 140 del Código Civil. Veamos.

96.2.a. El requisito de la capacidad

El otorgante de la representación debe ser sujeto capaz, con capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La primera le es indispensable para que su esfera jurídica pueda asumir los efectos de los actos jurídicos que celebre su

(27) Teoría del Acto Jurídico, págs. 240 y 241.

representante, si su representante actúa en su nombre y en cautela de sus intereses, como en la representación directa, o, si su representante actúa a nombre propio pero en cautela de sus intereses, como en la representación indirecta, a fin de que en esta última la cautela de sus intereses configure una representación y no una simulación por interposición de persona (Infra Nº 155). La capacidad de ejercicio le es igualmente indispensable, porque el acto de otorgamiento de la representación lo celebra por sí mismo, como un *sui iuris.*

El sujeto que se constituye en representante, a nuestro juicio, sólo requiere de capacidad de ejercicio. Siendo el acto de otorgamiento de la representación unilateral y la manifestación dirigida a quien se quiere constituir como representante, el Código Civil no exige ningún requisito en relación a este sujeto. Ello ha llevado a que llegue a considerarse que no sea exigible al representante la capacidad de ejercicio. Sin embargo, creemos que ella le es imprescindible porque es él quien va a celebrar los actos jurídicos en interés del *dominus*, sea a su nombre o en nombre propio, pero en interés del *dominus*, máxime si en ambos casos el acto con el tercero contratante se forma no con la voluntad del representado sino con la del representante, salvo que éste actúe como un *nuncio* (Supra Nº 82).

96.2.b. El objeto

El objeto del acto de otorgamiento de la representación es la relación representativa, en la cual, las partes, representado y representante, tienen normados sus derechos y deberes. Nos remitimos a lo expuesto en el desarrollo del objeto como requisito de validez del acto jurídico (Supra Nº 51).

96.2.c. La finalidad

La finalidad del acto de otorgamiento de la representación está determinada por los efectos queridos por el representado, que se resumen en la cautela de sus intereses mediante los actos que en su representación celebre el representante. Nos remitimos también a lo expuesto en el desarrollo de la finalidad como requisito de validez del acto jurídico (Supra Nº 56).

96.2.d. La forma

Como ya hemos adelantado al considerar los requisitos del acto de otorgamiento de la representación (Supra Nº 96), el Código Civil no le ha prescrito forma sino para casos específicos, por lo que el otorgante puede adoptar la que tenga por conveniente, pudiendo conferir su representación verbal o documentalmente, pero siempre buscando una forma idónea, no sólo para probar el otorgamiento de la representación sino también para satisfacer el

requerimiento que pueda hacerle el tercero contratante cuando el representante actúa como representante directo (Infra Nº 104).

El acto de otorgamiento de la representación es, pues, de forma voluntaria. Sin embargo, debe tenerse en consideración que cuando el Código Civil prescribe forma para el acto representativo lo hace con carácter de *ad solemnitatem,* como puede apreciarse, por ejemplo, para los actos de disposición (art. 156) o para la celebración del matrimonio mediante representante (art. 264).

97. EL OTORGAMIENTO DEL PODER

Habiendo reservado el acto de otorgamiento del poder para plantear su desarrollo independientemente del acto de otorgamiento de la representación pese a su estrecha vinculación, corresponde ahora ocuparnos del apoderamiento, que es el acto por el cual otorga el representado al representante las facultades que queda autorizado a ejercer en el desempeño de la representación. Se trata también de un acto jurídico que puede estar subsumido en el acto de otorgamiento de la representación o ser un acto que se celebra posteriormente si el poder se otorga después de la representación, o si se le amplía o se le disminuye.

El acto de otorgamiento del poder reúne las mismas características y necesita de los mismos requisitos que los del acto de otorgamiento de la representación, por lo que nos remitimos a lo anteriormente expuesto (Supra Nºs. 96.1 y 96.2). De ahí, que en lo que debamos detenernos sea en el desarrollo del poder.

El poder viene a ser el conjunto de facultades que el representado confiere al representante y que puede o no hacer constar documentalmente. Por eso, es conveniente distinguir el poder como conjunto de facultades del poder como documento en el que consta la representación.

El poder como conjunto de facultades viene a ser el acto del apoderamiento, al cual, por regla general, la ley no le prescribe forma, por lo que el otorgante puede conferirlas verbalmente o mediante documento privado o por escritura pública. Como el representante, por lo general, debe evidenciar las facultades de las que está investido, también por lo general, el poder se otorga por escrito, ya desde la denominada carta-poder, el poder fuera de registro o el poder por escritura pública e inscrito en el Registro de Mandatos y Poderes. De ahí, que sea usual identificar el poder con el documento en el que consta. De este modo, tomando ideas de Díez-Picazo[28], el acto de

(28) La Representación en el Derecho Privado, pág. 125.

otorgamiento del poder es un *prius* respecto del documento en el que consta, puesto que antes se celebra el apoderamiento y después se plasma documentalmente. Pero, también con ideas de Díez-Picazo, con el poder se designa la situación jurídica en virtud de la cual el representante puede influir, o está facultado para influir, en la esfera jurídica del representado, pues está en la posición de actuar en su nombre, por su cuenta y en su interés.

El poder, esto es, el acto del apoderamiento, es inherente a la representación voluntaria pues constituye una de sus características esenciales y es el componente que permite la sustitución de la voluntad del representado por la del representante para que los efectos del acto representativo se dirijan directamente a su esfera jurídica, cuando el representante actúa en su nombre.

Establecido que el poder es esencial a la representación directa consideramos, con Betti[29], que quien actúa por cuenta ajena se presenta ante el tercero contratante como dictando reglas para unos intereses que no son los suyos, con la investidura de representante, o sea, obrando en nombre de aquella otra persona, por lo que es necesario que la representación le haya sido autorizada por el poder "de imponer un orden vinculante a intereses ajenos". Stolfi[30] define el poder como la autorización que una persona tiene para concertar negocios por cuenta de otra obligando exclusiva y directamente al representado.

En conclusión, el poder es la facultad, o conjunto de facultades, que el representado confiere a quien designa como representante, autorizándolo para generar efectos jurídicos que van a recaer en su esfera jurídica como consecuencia de las relaciones jurídicas que entable con los terceros con quienes celebre los actos representativos (Infra Nº 103).

97.1. La forma del poder

Al ocuparnos de la forma del acto de otorgamiento de la representación (Supra Nº 96), hemos precisado que el Código Civil no le ha prescrito forma, siendo de aplicación el principio de libertad para su adopción (art. 143), salvo, entre otros, el caso de los actos de disposición o de gravamen (art. 156).

La regla general, por consiguiente, es la libertad de forma para la manifestación de voluntad del representado, por lo que el apoderamiento no es,

(29) Teoría General del Negocio Jurídico, págs. 432 y 433.
(30) Teoría del Negocio Jurídico, págs. 238 y 239.

en principio, un problema de forma, sino un problema de prueba, como acota Díez-Picazo[31].

Por lo que dejamos expuesto, el poder que se otorgue para actos que no sean de disposición o afectación del patrimonio del *dominus* tendrá tan sólo una forma *ad probationem*. Pero, si se trata de actos de disposición o de gravamen el Código Civil ha prescrito una forma *ad solemnitatem,* en seguridad no sólo del representado sino también del tercero contratante, que adquirirá un derecho con la debida certeza en cuanto a las facultades del representante.

Según el art. 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". La norma fue propuesta por Carlos Cárdenas Quirós a la Comisión Revisora[32] y acusa como antecedente al art. 1633 del Código Civil de 1936, aunque con la ya indicada forma *ad solemnitatem causa* justificada por la trascendencia patrimonial de los actos a los que comprende.

97.2. Los alcances del poder

Los alcances del poder se circunscriben a los límites puestos por la voluntad del que lo ha otorgado y se refieren a la finalidad para la cual lo ha conferido. Los límites del poder pueden ser de carácter temporal, es decir, haberle dado el poderdante una vigencia entre dos fechas.

Considerando sus alcances, el poder puede ser general y especial. La doctrina ha trazado esta distinción dando diverso contenido a los respectivos conceptos. Pero no se entienda por poder general el que puede abarcar todos o gran parte de los negocios que pueden ser celebrados por representación, y por poder especial, el que se da para uno o más actos determinados.

El Código Civil ha tomado posición por la distinción que refiere el poder general a los actos de administración (Supra Nº 25) y, el poder especial, a los actos para los que específicamente se faculta al representante. Su art. 155 precisa que "El poder general sólo comprende los actos de administración" y que "El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido". La norma fue propuesta a la Comisión Revisora por Carlos Cárdenas Quirós[33] y registra antecedente en los arts. 1627 y 1632 del Código

(31) La Representación en el Derecho Privado, pág. 144.
(32) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág. 151.
(33) Ibídem, pág. 150.

Civil de 1936, con la advertencia que estos normaban el contrato de mandato que era la expresión de la representación voluntaria (Supra Nº 79).

Lo que el art. 155 plantea, entonces, es que cuando se designa específicamente los actos que el representante puede celebrar, como ad *exemplum,* abrir y cerrar cuentas corrientes bancarias, pudiendo girar cheques contra las mismas, así como emitir y avalar pagarés y aceptar y avalar o endosar letras de cambio y prestar fianzas y celebrar transacciones, se trata de un poder especial. Pero, cuando no se hace la designación de los actos, se trata de un poder general que sólo faculta a celebrar actos de administración, esto es, actos que no suponen la disposición o afectación del patrimonio del representado, *verbigratia,* cuando se cobra la renta devengada en favor del *dominus* y se deposita el monto en su cuenta corriente bancaria.

El carácter general o especial del poder depende, en conclusión, de la voluntad del *dominus,* quien le da el carácter que quiere en el acto del apoderamiento y, puede, durante la vigencia de la relación representativa modificar el poder de representación, ampliarlo o reducirlo, según las facultades que confiera para la regulación de sus intereses por el representante.

98. EL PODER IRREVOCABLE

El poder irrevocable es una suigeneridad. Como hemos visto, el acto del otorgamiento de la representación y el apoderamiento se orientan a la cautela del interés del representado y por eso éste tiene la facultad de revocar el poder en cualquier momento (Infra Nº 110.1). Sin embargo, cuando se trata de un apoderamiento irrevocable, el interés puede no ser sólo del *dominus* y compartirlo con el representante y, aun, con un tercero, lo que implica la renuncia del representado a ejercer su derecho a la revocación del poder.

El Código Civil se ocupa de la irrevocabilidad del poder en el art. 153, según el cual "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". La norma no registra antecedente en el Código Civil de 1936 y se inspira en la propuesta de Carlos Cárdenas Quirós a la Comisión Revisora(34).

La cuestión de la irrevocabilidad del poder tiene sus orígenes históricos, como no podía ser de otra manera, en la irrevocabilidad del mandato. La doctrina clásica francesa no admitió la irrevocabilidad del mandato, pues re-

(34) Ibídem, pág. 149.

conocía como una de sus notas esenciales la revocabilidad permanente en base al aforismo *finita voluntate finitum est mandatum*, receptado del Derecho Romano por el Code Napoleón y proyectado a la codificación civil posterior.

El movimiento pandectista que surgió en Alemania a mediados del siglo XIX planteó, particularmente por obra de Laband, la escición de la representación del mandato, lo que quedó plasmado en el BGB. Pero fue el Código Civil argentino de 1871 el que primero legisló sobre la irrevocabilidad del mandato.

En efecto, en la obra de Vélez Sarsfield, en el art. 1977 de su texto original, se estableció la irrevocabilidad del mandato en el caso en que fuera "la condición de un contrato bilateral, o el medio de cumplir una obligación contratada, o cuando un socio fuese administrador de la sociedad por el contrato social, no habiendo justa causa para privarlo de la administración" y, en el texto modificado por la Ley Nº 17711, "siempre que sea para negocios especiales, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o un tercero"(35). El Código argentino fue, así, el primero en legislar sobre la irrevocabilidad del mandato y, según acota Sánchez Urite(36), Vélez Sarsfield quiso referirse al poder y no al mandato.

El Código alemán acogió la irrevocabilidad del poder, escindida la representación del mandato, explicando Ennecerus(37) la irrevocabilidad en la renuncia del poderdante a la revocación cuando el poder ha sido otorgado en interés del apoderado o de un tercero o en interés común de ambas partes.

Como hemos señalado, el Código Civil de 1936 omitió legislar sobre la irrevocabilidad del mandato. Sin embargo, Olaechea(38) consideró que no hacía falta un dispositivo sobre el particular, señalando que el mandato podía ser irrevocable cuando era cláusula de un contrato sinalagmático, o si era constituido en interés de un tercero. León Barandiarán(39) fue de opinión similar, fundándola en que el mandato era revocable por naturaleza, pero no por esencia, por lo que, por excepción, se podía dar el caso del mandato irrevocable.

Con estos antecedentes doctrinales, mas no legislativos, el vigente Código Civil ha legislado sobre el poder irrevocable y, al hacerlo, ha recogido el

(35) Código Civil de la República Argentina. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.
(36) Mandato y Representación, pág. 222.
(37) Tratado de Derecho Civil. T.I. Vol. 2. Primera Parte, pág. 577.
(38) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, pág. 54.
(39) Tratado de Derecho Civil. T. VI, pág. 221.

criterio generalizado en cuanto al interés común del *dominus* con el representante o con un tercero. Pero, el ya acotado art. 153, bajo la norma preceptiva de que el poder irrevocable no puede ser mayor de un año –que consideramos que a su vencimiento puede prorrogarse por un nuevo acto de apoderamiento–, la no revocabilidad del poder puede establecerse para un acto especial o por tiempo limitado, sin que, en nuestra opinión, el acto especial para el que se otorgue poder irrevocable, o el tiempo limitado para el ejercicio del mismo, puedan desligarse del interés común entre el representado y el representante o el del representado y el de un tercero, pues tal interés es el sustento de la irrevocabilidad del poder.

Admitido y legislado el poder irrevocable, una cuestión medular surge y es si el poderdante ha renunciado o no, de manera definitiva y terminante, a su derecho a la revocación, o, en otras palabras, si el poderdante de poder irrevocable puede revocarlo. Creemos que estando también de por medio el interés del representado el poder es siempre revocable a tenor del principio general contenido en el art. 149, puesto que en la base del poder, precisamente, no deja de estar su propio interés. Pero, por ser este interés común al del representante o al de un tercero, en cuya atención se le otorgó al representante, la revocación del poder irrevocable somete al poderdante a la indemnización de daños y perjuicios conforme a las reglas de la inejecución de las obligaciones (art. 1321). Nada puede, pues, como indica Stolfi[40], constreñir al *dominus* a tolerar, si no quiere, que otro contrate por él.

99. PLURALIDAD DE REPRESENTADOS Y DE REPRESENTANTES

Como lo hemos establecido en el desarrollo de las partes de la relación jurídica (Supra Nº 71), también la relación representativa puede tener una pluralidad de representados y una pluralidad de representantes en cada uno de los extremos de la relación o en ambos.

99.1. La pluralidad de representados

Se configura la pluralidad de representados cuando varios sujetos otorgan conjuntamente su representación, para cuyo efecto, los representados por voluntad unánime se tienen que poner de acuerdo en la designación del representante. Todos ellos, por la unilateralidad del acto de otorgamiento de la representación, se constituirán en parte de la relación representativa.

El necesario consenso para la designación del representante hace que la figura no presente complejidades y que el Código Civil no haya considera-

(40) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 242.

do la conveniencia de precisar conceptos y legislarla expresamente. Sin embargo, sí ha querido normar respecto a la extinción de la relación representativa, pues conforme al art. 150 "La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos".

La norma acotada no tiene antecedente en nuestra codificación civil y fue adoptada a propuesta de Carlos Cárdenas Quirós por la Comisión Revisora(41), sin haberse dado a conocer los motivos de su propuesta y los de su incorporación. La redacción no es muy precisa por la utilización del vocablo objeto, el que debe, en este caso, entenderse como finalidad, y también porque dificulta su interpretación pues su tenor conduce a considerarla como una norma imperativa contra la cual no es posible pactar en contrario, para que, eventualmente, uno de los representados pueda revocar el poder y hacerse representar por otro sin faltar al interés común. Lohmann(42) le formula una severa crítica.

99.2. La pluralidad de representantes

Figura vinculada pero sustancialmente diferente a la de la pluralidad de representados, es la de la pluralidad de representantes, que se forma cuando son varios los sujetos a los que se le ha otorgado la representación.

La pluralidad de representantes es una situación que se presenta con frecuencia y por eso el Código Civil le ha prestado mayor atención determinando la diversa manera como puede operar y estableciendo una presunción en favor del tercero contratante en aras a su seguridad. El art. 147 dispone que "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". La norma también fue propuesta por Carlos Cárdenas Quirós y adoptada, con algunos cambios, por la Comisión Revisora(43) y acusa como antecedente al art. 1642 del Código Civil de 1936, que la tuvo como norma conformante de la regulación del contrato de mandato.

Como puede apreciarse, el acotado art. 147 norma la representación plural en sus varias modalidades: indistinta, conjunta, sucesiva e independiente. Por la representación indistinta cualquiera de los representantes puede celebrar actos representativos. Por la representación conjunta todos los representantes deben intervenir en el acto representativo formando el ne-

(41) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, págs. 146 y 147.
(42) El Negocio Jurídico, págs. 241 y 242.
(43) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág. 145.

cesario consenso para que exista una sola voluntad. Por la representación sucesiva, el representado debe haber establecido el orden en que deben actuar sus representantes y en qué casos debe funcionar para que le corresponda al que le toca actuar en el orden establecido. Y, por la representación independiente, cada representante debe actuar para el negocio representativo para el que ha sido específicamente designado.

Cada una de las modalidades de la representación plural tiene su propia connotación que las diferencia de las otras. Así, la representación indistinta se diferencia de la independiente en que la primera permite a más de un representante celebrar el mismo negocio representativo, mientras que, en la segunda, el representado ha previsto los actos que puede practicar cada uno de sus representantes, individualmente. En éstas, como en las otras modalidades, la representación plural puede haber sido constituida en un mismo acto de otorgamiento o en acto u actos posteriores, siempre que se deje a salvo que las nuevas designaciones no dejan sin efecto, total o parcialmente, las anteriores y sin que las nuevas designaciones enerven la presunción *legis* que contiene el art. 147.

La presunción opera frente al vacío de la manifestación de voluntad del otorgante de la representación. Se trata de una presunción para que la representación se entienda indistinta, como hemos indicado, en favor del tercero contratante, por lo que, respecto de él, debe entenderse como una presunción *juris et de jure*. Pero, esta misma presunción respecto de los representantes opera *juris tantum* y sólo en la medida en que el vacío de la manifestación del representado no permita establecer la modalidad bajo la cual ha otorgado la representación, caso en el cual los representantes podrán actuar indistintamente, quedando protegido el tercero contratante por la presunción que, en su favor, debe entenderse *iuris et de jure*. En ambas hipótesis no es admisible otra prueba que la de la propia manifestación de voluntad del otorgante de la representación.

El Código Civil complementa el tratamiento de la pluralidad de representantes con la norma contenida en su art. 148, según la cual "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". La norma también fue propuesta por Carlos Cárdenas Quirós y adoptada por la Comisión Revisora[44], registrando como antecedente al art. 1643 del Código Civil de 1936 que, obviamente, la consideró en la regulación del contrato de mandato.

El acotado art. 148 es consecuente del tratamiento a la pluralidad de

(44) Ibídem. pág. 146.

representantes prevista en el art. 147, por lo que su análisis e interpretación debe hacerse en función de este numeral. Y así puede explicarse que los representantes queden obligados solidariamente frente al representado, cuando éste, "por acto único", les otorgó una representación conjunta o sucesiva. Sin embargo, la expresión "y para un objeto de interés común", que debe ser entendida "y para una finalidad de interés común", permite considerar otro supuesto de responsabilidad concurrente respecto de quienes fueron facultados para actuar indistintamente o independientemente, lo que los haría también imputables la responsabilidad solidaria con los demás representantes.

La responsabilidad solidaria es sólo frente al representado, por así resultar también del tenor del art. 148 y de su conjugación con el principio general de la solidaridad contenido en el art. 1183, según el cual la solidaridad sólo puede ser establecida por la ley, como en este caso, o por el título de la obligación. Sin embargo, no le encontramos al art. 148 un sentido cogente, por lo que en el acto de otorgamiento de la representación nada obsta para que el representado exima de la solidaridad a quienes lo van a representar.

100. LA RELACION REPRESENTATIVA

El acto de otorgamiento de la representación, como todo acto jurídico, genera una relación jurídica que queda entablada una vez que el representante asume la representación y que pasamos a denominar relación representativa, en cuyos extremos se ubican el representado y el representante.

La relación representativa es una relación simple y compleja, pues puede entablarse entre el representado y su representante para que éste desempeñe la representación sin que exista ninguna otra relación jurídica entre ambos, pero puede también entablarse estando representado y representante además vinculados por una relación conyugal o de parentesco, o por un contrato de prestación de servicios, de mandato, de trabajo o por cualquier otra relación contractual. De este modo, la relación representativa va yuxtapuesta a otra relación jurídica, la que puede extinguirse sin que su extinción afecte la existencia de la relación jurídica con la que va yuxtapuesta, o viceversa, como, por ejemplo, la disolución del vínculo conyugal pero manteniéndose la representación y el poder en el ex cónyuge o la revocación del poder al prestador del servicio sin que tal revocación afecte el vínculo nacido del contrato de locación.

Lo expuesto explica la autonomía de la representación como institución jurídica y la de la relación representativa. Por eso, estamos con Díez-Picazo[45]

(45) La Representación en el Derecho Privado, págs. 65 y 66.

cuando, exponiendo la doctrina de la autonomía de la representación, precisa la existencia de una relación jurídica entre el representante y el representado a la que llama "relación representativa" y la distingue de la "relación originante de la representación", la que puede ser de índole muy diversa.

En virtud de la relación representativa el representante actúa ante un tercero, que es ante quien o con quien se realiza la gestión representativa y el que adquiere derechos o contrae obligaciones como consecuencia del acto realizado con el representante. Este tercero, que lo es porque es ajeno a la relación representativa, recibe la denominación tradicional de tercero contratante, como rezago, seguramente, de cuando la representación voluntaria se consustanciaba en el contrato de mandato. Más adelante nos ocuparemos de la relación entre el representante y el tercero contratante (Infra Nº 103).

La relación representativa es, pues, la relación jurídica entre el representante y el representado, como consecuencia de haber otorgado éste su representación. En virtud de esta relación el representante queda habilitado para actuar frente a los terceros, en nombre y en interés de su representado, como representante directo, o en interés de su representado mas no en su nombre, como representante indirecto.

En esta relación representativa que es el objeto del acto de otorgamiento de la representación, como en toda otra relación jurídica, aparecen derechos y deberes para las partes, en este caso, representado y representante.

101. LOS DERECHOS Y DEBERES DEL REPRESENTADO Y DEL REPRESENTANTE

La relación representativa, como lo acabamos de indicar, determina derechos y deberes tanto para el representado como para el representante, en torno a los cuales se encuentran la cautela del interés del representado y la confianza recíproca que deben guardarse ambos. Si bien el acto jurídico que la genera es unilateral, la relación representativa, una vez entablada, genera reciprocidad de derechos y obligaciones para las partes.

El Código Civil no ha precisado en el tratamiento de la representación los derechos y los deberes inherentes a la relación representativa, lo que sí hace en relación al contrato de mandato enumerando las obligaciones, por lo que aun cuando la representación es una figura típica y distinta del mandato, consideramos que por analogía resultan de aplicación las disposiciones del art. 1793, que enumera las obligaciones del mandatario, y del art. 1796, que enumera las del mandante.

No se piense que los deberes que resultan de la aplicación analógica de los acotados arts. 1793 y 1796 son los únicos resultantes de la relación representativa, pues de ella se derivan muchos otros a los cuales hemos hecho referencia y la seguiremos haciendo en el desarrollo de nuestro estudio. Además, debe tenerse en consideración también que de los mismos deberes que son inherentes a la relación representativa se derivan responsabilidades que, según el caso, pueden imputarse el representado y el representante.

101.1. Derechos y deberes del representado

El representado tiene el derecho fundamental a que el representante cautele debida y adecuadamente sus intereses, y para esa finalidad le ha depositado su confianza al otorgarle su representación, lo que le genera los deberes que pasamos a considerar en aplicación analógica del art. 1796 del Código Civil.

101.1.a. Facilitación de los medios necesarios para el ejercicio de la representación

El representado voluntariamente ha otorgado su representación y ello lo obliga a facilitar a su representante los medios necesarios para que pueda cumplir con el cometido. No se trata únicamente de facilitar los medios económicos mediante provisión de fondos, sino también de facilitar información y todos los documentos que sean menester. El *dominus* debe precisarle al representante el interés que debe cautelar.

101.1.b. Pago de la retribución

Como lo hemos indicado el detenernos en las características del acto de otorgamiento de la representación (Supra Nº 96.1), ni la onerosidad ni la gratuidad son características propias de la representación, pues dependen de su relación originante. Si de ésta se deriva la obligación de retribuir el ejercicio de la representación, el representado está obligado a retribuirla.

101.1.c. Reembolso de los gastos

El reembolso de los gastos, en nuestra opinión, procede en todos los casos, sea que la relación originante de la representación le haya dado características de onerosidad o de gratuidad. En el primer caso, porque se trata de conceptos distintos, ya que uno es el de la contraprestación por el desempeño de la representación y otro el reembolso de los gastos que efectúe el representante, porque este reembolso no constituye contraprestación, por

lo que no desnaturaliza el carácter de gratuidad que se le haya querido dar a la relación representativa. Sin embargo, nada obsta para que el representante pueda dispensar al *dominus* del reembolso.

101.1.d. Indemnizar daños y perjuicios

La obligación que resulta para el representado si el ejercicio de la representación irroga daños y perjuicios al representante, es también evidente. No tiene que ver con el carácter oneroso o gratuito de la relación representativa, sino en el principio que obliga a indemnizar todo daño, siempre que exista un nexo causal entre el ejercicio de la representación y los daños y perjuicios que sufra el representante.

En alguna medida podría producirse una confusión con la obligación de reembolso de gastos, pero no la hay. Los gastos son las expensas que por cuenta del representado realiza el representante. Los daños son los que éste sufre como consecuencia directa del ejercicio de la representación y, los perjuicios, lo que deja de ganar, su lucro cesante. Ambos deben derivarse de hechos sobrevinientes el entablamiento de la relación representativa.

101.2. Derechos y deberes del representante

Los derechos del representante son los deberes del representado, y viceversa, por lo que también en aplicación analógica del art. 1793 del Código Civil pasamos a considerar los deberes del representante.

101.2.a. Ejercer personalmente la representación y sujetarse a las instrucciones recibidas

Como la representación se funda en la confianza del representado en la persona del representante, éste se obliga a ejercerla personalmente, salvo que se le haya dado la facultad de la sustitución, figura en la cual nos vamos a detener posteriormente (Infra Nº 102).

El ejercicio de la representación implica, obviamente, sujetarse a las instrucciones dadas por el *dominus*, máxime si se trata de la cautela de sus intereses.

101.2.b. Comunicar los resultados de los actos representativos

El representante, actúe o no en nombre del *dominus*, lo hace siempre en su interés. De ahí que tenga la obligación de hacer de su conocimiento los resultados de los actos representativos y de la manera como han quedado cautelados sus intereses.

101.2.c.Rendir cuentas de su actuación

La rendición de cuentas tiene una connotación muy propia, pues significa expresar los resultados de la actuación mediante una evaluación económica a fin de determinar lo positivo o negativo que ha resultado la cautela de los intereses del *dominus*. Implica, pues, justificar los gastos para su aceptación por el representado y correspondiente reembolso, así como un detalle documentado de la administración de los bienes o de los resultados de su disposición.

102. LA SUSTITUCION DE LA REPRESENTACION.

Al ocuparnos de los deberes del representante y, concretamente, de la obligación de ejercer personalmente la representación (Supra Nº 101.2.a), hemos hecho indicación de la figura de la sustitución, en la que ahora nos vamos a detener.

La sustitución consiste en la cesión que realiza el representante de su posición dentro de la relación representativa a persona distinta, quien viene a sustituirlo ocupando su lugar con las facultades que le fueron conferidas. Por efecto de la sustitución la relación representativa se extingue respecto del sustituyente y se entabla con el sustituto, quien se constituye en representante. Como el representante está obligado a ejercer personalmente la representación, dentro de las facultades que le han sido conferidas debe figurar la de la sustitución, pues así lo establece el art. 157 del Código Civil.

En efecto, el acotado art. 157 preçeptúa que "El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución". La norma registra antecedentes en los Códigos de 1936 y de 1852, aunque referidos al contrato de mandato, y fue considerada por la Comisión Reformadora y finalmente adoptada por la Comisión Revisora(46).

Como puede apreciarse, pues, la sustitución es una facultad que el representado debe conferirle expresamente al representante, vale decir, es un poder especial. De no mediar esta facultad y de producirse la sustitución, el representante incurre en responsabilidad y la gestión representativa del supuesto sustituido constituirá una anomalía y configurará una representación sin poder (Infra Nº 107).

La responsabilidad del representante facultado a la sustitución la regula

(46) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 151 y 152.

el art. 158 del Código Civil, según el cual "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". La norma, que registra los mismos antecedentes que la anterior, fue adoptada por la Comisión Revisora a propuesta de Carlos Cárdenas Quirós(47).

Como puede apreciarse de la norma transcrita, la facultad de sustitución puede ser otorgada con la designación del sustituto o dejándose librada al representante la designación. En el primer caso, el representante queda exento de toda responsabilidad, lo que no ocurre en el segundo caso.

En efecto, conforme al acotado art. 158, si el representante recibe la facultad de sustitución, pero sin designársele la persona del sustituto, el representante puede o no ejercer la facultad, pues como queda indicado la sustitución es facultativa, por lo que si la ejerce es responsable por la elección. Se trata de una responsabilidad por culpa *in eligendo* que según el art. 158 debe ser inexcusable, esto es, por negligencia grave (art. 1319), como sería el caso de sustituir la representación en persona con malos antecedentes o cuyo nombre aparece en los Boletines de Protestos o en las Relaciones de Cuentacorrentistas a quienes se les cierra la cuenta por girar cheques sin fondos.

El acotado art. 158 hace también al representante imputable de responsabilidad por las instrucciones que imparte al sustituto. Esta responsabilidad, en nuestra opinión, es imputable únicamente al caso del sustituto designado por el representante, aun cuando la construcción gramatical de la norma pueda llevar a pensar que es imputable en los dos casos que plantea. Pero no es así. La sustitución es, obviamente, un acto jurídico por el cual se traslada la representación, y con ella las facultades que dieron lugar al apoderamiento y que el representante celebra en uso de una facultad especial asumiendo la responsabilidad por la actuación del sustituto por él elegido. Si la representación se la traslada al sustituto designado por el representado es obvio, entonces, que no le alcanza responsabilidad alguna por la manera como se desempeñe el sustituto.

Por último, el art. 158 faculta al representado a accionar directamente contra el sustituto, por cuanto la responsabilidad *in eligendo* del sustituyente es mancomunada y no solidaria, pues ésta sólo nace del título de la obliga-

(47) Ibídem, pág. 152.

ción o de la ley. La norma *sub exámine* no establece una responsabilidad solidaria, lo que no obsta para que el representado la establezca al conferir la facultad de sustitución. Puede el representado tener razones para no demandar al sustituyente y hacerlo sólo contra el sustituto o acumular sus pretensiones contra ambos (art. 83 del Código Procesal Civil) o hacerlo contra ambos o cualquiera de los dos si estableció la solidaridad (art. 1186 del Código Civil).

Una situación especial plantea el art. 159 del Código Civil al disponer que "La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto". La norma no registra antecedentes en nuestra codificación y fue adoptada por la Comisión Revisora a propuesta de Carlos Cárdenas Quirós[48].

La situación planteada por el acotado art. 159 nos lleva, para su esclarecimiento, a considerar la figura del subapoderamiento.

102.1. El subapoderamiento

La sustitución, según la noción que hemos dejado establecida, es la cesión de la representación y, con ella, de las facultades conferidas en el acto del apoderamiento, saliendo el representante sustituyente de la relación representativa y asumiendo el sustituto su posición frente al *dominus*. El subapoderamiento, por el contrario, no sustrae al representante de la relación representativa sino que le genera una relación con el subapoderado, pero para cuyo entablamiento se requiere que exista también facultad conferida por el *dominus* pues no le va a ser ajena. Por ello, creemos nosotros que para el subapoderamiento rigen también las disposiciones del art. 158.

El subapoderamiento es, pues, un acto jurídico en virtud del cual el representante otorga a otro sujeto, total o parcialmente, las facultades de las que está investido y que constituyen el poder que le ha sido conferido, reservándose el derecho de reasumirlas cuando lo estime conveniente o necesario.

El art. 159, a nuestro parecer, plantea la figura del subapoderamiento. Resulta así la posibilidad del representante de revocarlo y de reasumir el poder. El acotado art. 159, con la referencia a la sustitución genera confusión, pero, no obstante, la remisión al "pacto distinto" la entendemos como una referencia a la sustitución propiamente dicha, en virtud de la cual no le es posible al sustituyente reasumir ni la representación ni el poder. El "pacto distinto" es el que hace viable el subapoderamiento.

(48) Ibídem, págs. 152 y 153.

103. LA RELACION CON EL TERCERO CONTRATANTE

La relación jurídica con el tercero contratante es la que se entabla por el representante en virtud del acto jurídico que celebra en ejercicio de la representación y que suele denominarse acto representativo. Puede tratarse de actos jurídicos de diversa naturaleza, pues el representante puede contraer matrimonio en representación de su representado y puede también celebrar cualquier contrato, pues conforme al art. 145 del Código Civil "el acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley".

La salvedad que contiene el acotado art. 145 está referida a los actos personalísimos, que sólo pueden ser celebrados por el propio interesado, como es el caso del acto testamentario, cuyas disposiciones deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para testar (art. 690).

La doctrina plantea como exigencia que el representante actúe frente al tercero contratante con su propia voluntad, distinguiendo la figura del representante de la del nuncio, que no manifiesta su propia voluntad sino que transmite la del representado, es decir, declara la voluntad de quien recibe el encargo. Por eso, el nuncio viene a ser un emisario o mensajero, calificando Stolfi[49] esta forma de actuación como equivalente al envío de una carta, de una carta parlante, y que, por ello, queda, en el fondo, como un extraño a la celebración del negocio que se concierta en realidad por los interesados. El indicio característico que permite normalmente reconocer la figura del nuncio, según Betti[50], consiste en la simplicidad del cometido que se le confía y en el hecho de que no goza de iniciativa alguna al dar forma a la declaración, ni de libertad de apreciación en cuanto a la oportunidad de celebrar el negocio; no la tiene tampoco cuando haya recibido instrucciones alternativas en previsión de situaciones diversas que hayan de constatarse por él.

La representación sin voluntad propia no da lugar, pues, en sentido estricto, a la figura de la representación. El representante propiamente dicho no es un simple órgano transmisor, ni siquiera cuando obra dentro de los límites de las instrucciones recibidas: es la manifestación de su voluntad la que da lugar a la formación del acto jurídico representativo.

Para que exista representación es esencial, pues, que el representante manifieste su propia voluntad y que quede trazada la distinción entre la voluntad de quien hace la declaración de la de aquel en cuyo nombre o en cu-

(49) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 227.
(50) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 442.

yo interés la hace, pues esta exigencia se plantea a cualquiera de las modalidades de la representación voluntaria, sea la directa o la indirecta.

Situación muy particular, y que se justifica por su naturaleza y finalidad, se presenta con el matrimonio celebrado mediante representante. Según el art. 264 del Código Civil, "El matrimonio puede contraerse por apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad, siendo indispensable la presencia de esta última en el acto de la celebración ...", lo que nos lleva a considerar que el representante en el acto matrimonial no es propiamente tal: es un nuncio.

El Código Civil no menciona la figura del nuncio y, en consecuencia, no la distingue de la del representante. Ello explica la norma del art. 264 anteriormente acotado, pues tampoco ha adoptado la exigencia de la doctrina en cuanto a configurar la representación sólo cuando el representante actúa con voluntad propia. Así resulta también del art. 163, que hace referencia tanto al representante como al representado y distingue, para los efectos de la anulabilidad del acto jurídico, según los vicios afecten a la voluntad del representante o del representado: "El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere 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 respecto de dicho contenido". La norma fue tomada del art. 1390 del Código Civil Italiano.

Como puede apreciarse, la norma se pone en dos casos: a) que sea la voluntad del representante la que ha sido afectada con un vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación; y, b) que sea la voluntad del representado la viciada y es éste quien ha determinado el contenido del acto. Sólo en el primer caso existe negocio representativo, aunque anulable por el vicio que afecta a la voluntad del representante. En el segundo caso no existe negocio representativo, pues se ha dado lugar a la actuación de un nuncio, sobreviniendo la anulabilidad por haberse viciado la voluntad del directamente interesado.

El Código Civil no distingue, pues, entre nuncio y representante, y considera acto representativo a todo acto celebrado por persona distinta al directamente interesado. Del acto representativo, de cualquiera de las dos maneras celebrado, pero válidamente, emerge la relación con el tercero contratante. Si el representante ha actuado en nombre del representado los efectos del acto representativo se dirigen directamente a la esfera jurídica del representado, en cuyo interés se celebró el acto. Si el representante ha actuado sin evidenciar su condición de tal, como si lo hiciera a nombre propio, los efectos del acto representativo no se dirigen a la esfera del representado si-

no a la del representante, el que luego habrá de trasladarlos a la del representado, que es el directamente interesado.

La relación jurídica con el tercero contratante se genera en todo caso, sea que se trate de representación directa (Infra Nº 104) o de representación indirecta (Infra Nº 108).

104. LA REPRESENTACION DIRECTA

La representación directa es el resultado de una cooperación jurídica en virtud de la cual quien ha recibido la representación actúa en nombre y en interés de su representado, sustituyéndolo en el acto representativo y en la relación que se genera con el tercero contratante, por lo que los efectos jurídicos se dirigen directamente a la esfera jurídica del representado.

La representación directa es considerada como la verdadera representación, como la representación propiamente dicha, y, por eso, la doctrina dominante señala como su requisito esencial que el representante actúe *contemplatio domini,* esto es, en nombre del representado.

El concepto de la representación directa es unánime en la doctrina. Así, para Messineo[51] la representación directa, o propia, sólo se tiene cuando, aun participando en un negocio con la voluntad propia y contribuyendo a formarlo, alguien (representante) utiliza el nombre de otro (representado), o sea que hace a los terceros una declaración en nombre de éste, con el resultado de que los efectos jurídicos y económicos, activos o pasivos, del negocio se producen, directa y retroactivamente, en el círculo jurídico del representado y no en el círculo jurídico del representante: el representado, puesto que él es el destinatario de los efectos, está vinculado por la actividad del representante y de ahí que, en sustancia, los efectos de la representación nacen no solamente para, sino también contra el representado, es decir, sin pasar por el patrimonio del representante. Según Coviello[52], para que haya representación directa es necesario que se obre en nombre de otro, pues obrar en interés ajeno no es bastante para que los efectos del negocio operen, sin más, en beneficio y a cargo no de quien lo realiza, sino de la persona en cuyo nombre se celebra. Por último, para Stolfi[53] la representación implica que el representante además de declarar su propia voluntad especifique que lo hace por cuenta de otro y para que los efectos del negocio se verifiquen inmediata y exclusivamente con respecto al otro, por lo que todas las accio-

(51) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 408.
(52) Doctrina General del Derecho Civil, págs. 442 y 443.
(53) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 231.

nes del acto, ya para su ejecución o para su impugnación, se han de proponer por o contra del representado.

Puede apreciarse, entonces, en atención al requisito de la *contemplatio domini,* que la representación directa se caracteriza por la actuación del representante en nombre y en interés del representado, lo que debe ser puesto en conocimiento del tercero contratante.

104.1. La contemplatio domini

La representación directa, como acabamos de puntualizarlo, requiere que el acto representativo se celebre *contemplatio domini,* es decir, que el representante actúe en nombre de su representado y que así sea puesto en conocimiento del tercero contratante, y, ambos, estar en el entendido de que los efectos del acto se van a producir no para el manifestante de la voluntad sino para la persona en cuyo interés actúa.

La contemplatio domini tiene su origen en el Derecho Romano pero sin que su concepto estuviera vinculado a la representación nacida de la voluntad. Según León Hurtado[54], en Roma, la *contemplatio domini* se refería a la adquisición de la posesión por intermedio de otro, quien debía actuar *contemplatio domini,* esto es, teniendo en vista la existencia de un *domini* en cuyo beneficio adquiría la posesión. De esta idea originaria, la expresión fue tomada cuando la representación se fue perfeccionando, al extremo de que, en la actualidad, si el representante no actúa *contemplatio domini* no se configura la representación que hemos denominado directa y los efectos del acto celebrado alcanzarán sólo a los celebrantes, sin llegar a la esfera jurídica del *dominus.*

El requisito de la *contemplatio domini* debe ser cumplido por el representante mediante el conocimiento que debe dar a la contraparte del acto representativo o tercero contratante de que la manifestación de voluntad es en sustitución de la de otra persona, por cuya cuenta está actuando. Es por el cumplimiento de este requisito que la representación directa se distingue de todos los casos de interposición de persona, es decir, en que se actúa en interés de otro pero en nombre propio, como ocurre en la representación indirecta (Infra Nº 108).

El actuar *contemplatio domini* debe ponerse en evidencia mediante la manifestación expresa de la voluntad (Supra Nº 40.1), puesto que es imprescindible que el tercero contratante tome conocimiento y convenga en que los

(54) La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos, pág. 284.

efectos del acto que celebra, acto representativo, se dirijan a persona distinta de la que presta la manifestación.

El requisito de la *contemplatio domini* esta previsto en el art. 164 del Código Civil, cuyo tenor precisa que "El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado ...". La norma fue propuesta por la Comisión Reformadora(55) y acusa como antecedente al art. 1640 del Código Civil de 1936, aunque en materia de mandato.

104.2. Clases de representación directa

Como lo hemos venido advirtiendo a lo largo de nuestro desarrollo, la representación directa puede ser con poder o sin poder, según el representante actúe con arreglo a las facultades que le han sido conferidas o que se arrogue una representación que no le ha sido otorgada o, que habiéndole sido otorgada no actúe con arreglo a las facultades conferidas.

105. LA REPRESENTACION DIRECTA CON PODER

Como acabamos de indicar, la representación directa con poder es aquella en la que el representante actúa *contemplatio domini* y dotado de facultades o poderes que el representado le ha otorgado, precisamente, para que los efectos de los actos representativos que celebre se dirijan directamente a su esfera jurídica.

El art. 164 del Código Civil, anteriormente acotado, establece el requisito del poder y la obligación que tiene el representante de acreditarlo ante el tercero contratante: "El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado y, si fuere requerido, a acreditar sus facultades". En lo relativo a las facultades nos remitimos a lo desarrollado en relación al apoderamiento y al poder (Supra Nº 97).

Como puede apreciarse, no basta que el representante se anuncie como tal sino que es necesario que lo demuestre. Por eso, el art. 164 le reconoce al tercero contratante el derecho de requerir al representante a que le demuestre que lo es y que está premunido de facultades suficientes para celebrar el acto representativo y, al representante, le impone la obligación de acreditar el poder con el que actúa y pretende entablar la relación con el tercero contratante.

(55) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 157 y 158.

Todo lo expuesto lo corrobora el Código Civil en su art. 160 al dejar establecido que "El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le hayan conferido, produce efecto directamente respecto del representado". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(56).

La representación directa con poder es la representación en su etapa más evolucionada (Supra Nº 79), pues con ella se logra su perfección y el poder alcanza su verdadera función.

106. EL ACTO JURIDICO CONSIGO MISMO

El acto jurídico consigo mismo es una figura *sui generis* vinculada a la representación directa con poder y es por esta razón que ahora planteamos su desarrollo. Se configura cuando el representante, en ejercicio del poder que se le ha conferido, celebra un acto jurídico en nombre de su representado y se constituye, a su vez, en contraparte por interés propio, o, cuando teniendo dos representados celebra el acto jurídico en interés de ambos.

Se trata, pues, de una figura constituida por un acto bilateral en el que las manifestaciones de voluntad que deben confluir emanan del mismo sujeto que ejerce la representación: de un lado la voluntad manifestada en el ejercicio de la representación y, de otro, la suya en interés propio, o, de las manifestaciones de voluntad en interés de dos representados. Así, por ejemplo, si el representante tiene facultad de vender un bien de propiedad de su representado y él lo compra, o si, teniendo la representación del vendedor adquiere el bien a nombre de otro representado.

La figura a la que le hemos dado el *nomen iuris* de acto jurídico consigo mismo y que, como hemos indicado, es una suigeneridad, tiene como antecedente el tradicionalmente denominado autocontrato, que se configuraba cuando quien tenía el poder celebraba, como contraparte, el contrato con el poderdante, y la doble representación, que se configuraba cuando un solo sujeto tenía la representación de dos representados haciéndoles celebrar un acto jurídico con su sola intervención y voluntad. El Código Civil ha fusionado el autocontrato y la doble representación legislándolos en el art. 166.

Por las mismas razones que hemos considerado al hacer referencia al origen y evolución de la representación (Supra Nº 80) ni una ni otra figura fueron conocidas ni admitidas en el Derecho Romano, por lo menos en la versión moderna del autocontrato y de la doble representación en un contra-

(56) Ibídem. pág. 153.

to. Según recuerda Lohmann[57], estas figuras tuvieron su origen en el tráfico mercantil al ser encomendados los banqueros por sus clientes para realizar transacciones comerciales y concluirlas en nombre de sus comitentes. Es así como se perfila el autocontrato y la doble representación al Derecho Moderno.

La codificación civil ha sido reticente en cuanto a la adopción de una y otra figura y la doctrina las ha asaz controvertido. El Código Napoleón no lo adoptó, y, antes bien, estableció normas que lo prohíben o subordinan su eficacia al cumplimiento de ciertos requisitos. Sin embargo, como apunta León Hurtado[58], la doctrina francesa mayoritaria considera que la autocontratación se rige por el principio de la autonomía de la voluntad y que sólo está prohibida o limitada en los casos especiales que el Code señala y en los que pueda existir un conflicto de intereses en el que el autocontratante "pueda sacrificar el deber al interés".

El Código Civil argentino prohíbe el autocontrato en la representación legal y lo permite en la voluntaria cuando así lo establece la ley o lo autoriza el mandante, como explica Sánchez Urite[59].

El Código alemán, escindida la representación del mandato, lo legisla como negocio consigo mismo en su art. 181, precisando que "un representante no puede, en cuanto que otra cosa no le está permitida, celebrar en nombre del representado consigo mismo en propio nombre o como representante de un tercero un negocio jurídico, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación". Enneccerus[60] considera que la esencia del negocio jurídico, del contrato y de la representación no se opone a los negocios celebrados consigo mismo y que "no se advierte por qué el representante, que emite una declaración en nombre de otro, no ha de poder a la vez recibirla en nombre de otro representado o en nombre propio, o emitir dos declaraciones de voluntad recíprocas, si el acto no se ejecuta de un modo oculto en su persona". Pero según expone el tratadista alemán "en la mayoría de semejantes negocios los intereses de ambas partes son opuestos y, por consiguiente, el admitir como regla general que el representante está facultado para la autocontratación, no sería conforme con los intereses del representado" y concluye en que "esta facultad sólo debe suponerse cuando se haya otorgado especialmente o cuando se trate de negocios en que, por lo regular, no sea de temer la lesión de la otra parte y es por esto que el Código, en el art. 181, excluye la autocontratación como regla".

(57) El Negocio Jurídico, pág. 220.
(58) La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos. págs.267 y 268.
(59) Mandato y Representación, págs. 123 y sigtes.
(60) Tratado de Derecho Civil. T.I. Parte General II. Primera Parte, págs. 474 y sigtes.

El Código Civil Italiano, en su art. 1395, le da al autocontrato el *nomen juris* de contrato consigo mismo y lo legisla en los siguientes términos: "Es anulable el contrato que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de la 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 un conflicto de intereses. La impugnación podrá ser propuesta solamente por el representado". Barbero[61] analiza la figura bajo un aspecto estructural y otro disciplinario. En el primero se pregunta: ¿Es posible estructuralmente la formación de un contrato por obra de una sola persona? y, en el segundo: ¿Se admite, y hasta dónde, que un sujeto estipule para sí como representante de otro?. La primera pregunta la absuelve sin dubitaciones, ya que en la persona del representante se compendian dos partes y de él emanan, por tanto, dos declaraciones negociales. Pero en la absolución de la segunda pregunta le surgen graves preocupaciones sobre si una misma persona puede decidir en su propio interés el interés de otra y que por favorecer el propio sacrifique el ajeno, siendo que su deber fundamental es cuidar el interés de su representado. De este principio se sigue –explica el autor italiano– en vía general, la anulabilidad a instancia del representado de todo contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con su representado, lo que se exceptúa "en cuanto el representado haya autorizado específicamente al representante a apropiarse del contenido del negocio, o este contenido sea de tal manera determinado que haya de excluirse la posibilidad de un efectivo conflicto de intereses".

El Código Civil ha incorporado la figura en el Título relativo a la Representación en el Libro II, dedicado al acto jurídico, y no como la legisló el de 1936, al igual que el de 1852, sin denominarla y considerándola en disposiciones especiales para casos particulares, como el previsto en el inc. 2) del art. 1397, referido al contrato de compraventa, que prohibía al mandatario, sin permiso expreso del mandante, comprar por sí, o por medio de otro, los bienes que por el mandato tenía a su cuidado, y en el inc. 1 del art. 1493, referido a la locación-conducción de cosa, que impedía tomar en locación, a los mandatarios, las cosas que se les había encomendado, a no ser con expreso consentimiento del mandante.

Con la incorporación de la figura del acto jurídico consigo mismo, nuestra codificación civil ha tomado partido en la larga discusión doctrinaria en torno a la posibilidad jurídica de que una sola persona pueda prestar las manifestaciones de voluntad requeridas para la eficacia de una convención o acto bilateral y, frente al peligro que la doctrina ha señalado siempre, y que

(61) Sistema de Derecho Privado. T.I, págs. 499 y 500.

la legislación la haya adoptado con reservas, en cuanto a que el representante pueda hacer prevalecer su propio interés en detrimento del de su representado. Es más, por los términos utilizados en el art. 166 del Código Civil, el *nomen iuris* de la figura no puede ya ser otro que el de acto jurídico consigo mismo.

El acotado art. 166 precisa que "Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representante 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". La norma fue recogida del Proyecto de la Comisión Reformadora(62) y se inspira el ya citado art. 1395 del Código Civil Italiano.

Como puede apreciarse, la norma es sumamente cauta al permitir el acto jurídico consigo mismo y parte de la premisa de que es anulable, salvo que la ley se lo permita al representante, que el representado lo hubiese autorizado específicamente o que el contenido del acto jurídico haya sido determinado de modo que excluya la posibilidad del conflicto de intereses.

La causa de la anulabilidad viene a ser, pues, el conflicto de intereses que resulta de la convergencia en la persona del representante de los del *dominus* o los de los dos representados a cuyo nombre el representado concluye el acto jurídico, pues como lo hemos señalado el representante tiene el deber fundamental de cautelar los intereses de su representado haciéndolos prevalecer sobre los propios, y, porque, de otro lado, si dos personas le han confiado la cautela de sus intereses, su deber fundamental es cautelar ambos intereses de la misma manera. Betti(63), a quien citamos en razón de la norma inspiradora del art. 166, estima que en ambas hipótesis se produce un abuso de la representación, el cual no existiría, a pesar del conflicto objetivo de intereses, cuando la situación de conflicto haya sido prevista y aceptada anticipadamente por el representado mediante específica autorización o cuando el contenido del negocio haya sido predeterminado por el interesado en forma que evite, a su juicio, la posibilidad del conflicto.

La causal de anulabilidad, a nuestro juicio, y atendiendo a la generalidad de la doctrina italiana, se justifica en que la representación se ha otorgado en la confianza de que el representante la va a utilizar sólo en interés de quien se la otorgó, lo que lo obliga a cuidar que no se produzca ningún conflicto de intereses en que estén de por medio los propios o de persona distin-

(62) Código civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 159 y 160
(63) Teoría General del Negocio Jurídico. págs. 453 y 454.

ta de la que le ha otorgado su confianza, aunque se trate de persona que también se la haya otorgado. Por eso, el ejercicio de la acción le corresponde sólo al representado que ve defraudada su confianza por un conflicto de intereses generado por quien tenía el deber jurídico no sólo de evitarlo sino de no causarlo.

Atendiendo al criterio sistemático que se ha puesto en evidencia al legislarse sobre la figura *sub exámine*, es incuestionable que ha adquirido generalidad y proyección y que, de este modo, resulta aplicable a todos los actos jurídicos –en la amplitud conceptual que les da el Código Civil– de carácter bilateral y en los que la ley permite la representación, siempre que el acto jurídico consigo mismo no resulte reñido con las normas específicas que lo gobiernan. Así, *ad exemplun*, en el matrimonio no es legalmente posible porque se exige necesariamente la presencia del otro contrayente (art. 264).

La anulabilidad del acto jurídico consigo mismo puede ser excluida por los requisitos establecidos por el mismo art. 166.

En primer lugar, "cuando la ley lo permita". La expresión no debe llevar a pensar que es una referencia a la representación legal pues no es ese su sentido, ya que el acto jurídico consigo mismo sólo es posible en el ámbito de la representación voluntaria. La expresión debe entenderse en el sentido que ya hemos expuesto, es decir, cuando las normas que gobiernan el acto lo hacen jurídicamente posible, bajo la premisa de que es la propia ley la cauteladora del interés.

En segundo lugar, "que el representado lo hubiese autorizado específicamente". La expresión se presenta como diminuta, como si sólo se hubiera puesto en la hipótesis del acto jurídico consigo mismo que el representante concluye en nombre de su representado y en su propio interés y no en el caso de la doble representación. No es este el sentido de la expresión y por eso debe interpretarse que alcanza a las dos modalidades del acto jurídico consigo mismo, pero entendiéndose que la "autorización específica" debe ser en relación a un acto jurídico determinado y en este sentido se le puede asignar el carácter de un poder especial (Supra Nº 97.2).

Por último, "cuando el contenido del acto jurídico haya sido determinado de modo que excluya la posibilidad en un conflicto de intereses". En este tercer supuesto excluyente de la anulabilidad, es el propio representante el que determina el contenido del acto jurídico y debe celebrarlo con las medidas que su prudencia le hagan adoptar, como cuando pretende vender un bien de su representado teniendo poder especial y él desea adquirirlo, o cuando tiene poder de otro para la compra, por lo que, a manera de ejemplo, en uno u otro caso, antes de llevar a efecto la compra publica avisos para recibir ofertas y él adquiere por el precio de la mejor oferta y aun la mejora, o busca

mediante las ofertas recibidas conjugar el interés del representado que vende con el interés del representado que compra.

Según el segundo párrafo del art. 166, el ejercicio de la acción de anulabilidad le corresponde al representado, lo que significa que éste puede confirmar la actuación de su representante (Infra Nº 242).

107. LA REPRESENTACION DIRECTA SIN PODER

La representación directa sin poder es una anomalía porque quien actúa como representante carece de poder para la celebración del acto representativo y, hasta puede no existir una relación representativa previa. Sin embargo, es admitida por la codificación civil.

Según Stolfi[64], se habla de representación sin poder cuando una persona actúa por otra sin tener autorización de ella o excediéndose de los poderes recibidos, como por ejemplo, en el caso del que cree por error tener una representación verdadera y propia, cuando la verdad es que se le confirió un mandato sin representación, o bien cuando traspasa, queriendo o sin querer, los límites asignados por el representante. Para Betti[65], puede producirse la representación sin poder cuando quien obra en representación no respeta los límites (de contenido) de los poderles conferidos, o se encuentra en conflicto de intereses con el representado (conflicto que puede existir también en el caso de la doble representación), o actúa traspasando los límites de tiempo, cuando la representación ha cesado (aparte en este caso, la tutela de la buena fe de los terceros), o se comporta como representante sin haber sido nunca tal (*falsus procurator*). Según Messineo[66], en la representación sin conferimiento de poderes puede incurrir el representante en los siguientes casos: a) al excederse de los poderes que se le han conferido, o violar la procura; b) o bien obrar, cuando no es ya representante; c) o bien obrar sin haber sido nunca representante.

El Código Civil ha previsto la representación directa sin poder en el art. 161, previendo los casos en que ella se configura en los términos siguientes: "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 a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye". La norma registra como antecedente el art. 1646

(64) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 242.
(65) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 449.
(66) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 420.

del Código Civil de 1936 y fue tomada de la propuesta de la Comisión Reformadora[67].

Como puede apreciarse, el acotado art. 161 plantea tres casos en los cuales se configura la representación sin poder: (1) el exceso en los límites de las facultades, (2) su violación y (3) la atribución de una representación que no se tiene. Pero debe advertirse que el mismo art. 161 no establece la nulidad o anulabilidad del acto representativo anómalo, sino que lo declara ineficaz en espera de lo que al respecto decida el *dominus*. Veamos, ahora, cada uno de los casos de representación directa sin poder para luego detenernos en sus consecuencias.

107.1. El exceso en los límites de las facultades

Como hemos visto, el representante debe actuar con arreglo a los límites de las facultades que le ha conferido el representado, tan es así que el acto del apoderamiento le sirve de título para legitimar su actuación durante el tiempo por el cual le han sido conferidas las facultades. Estas facultades deben ser ejercitadas, obviamente, dentro de los límites impuestos por el *dominus.*

Ahora bien, los límites de las facultades a que se refiere el art. 161 son límites temporales. El exceso se produce cuando el representante no se atiene a la vigencia temporal de las facultades con las que ha sido investido para el ejercicio de la representación y extiende su actuación más allá de su vigencia, excediéndolas. En tal caso, anota Stolfi[68], el negocio representativo no produce efecto alguno, ni favorable ni perjudicial para el *dominus*, pues el representante no ha actuado dentro de los límites de la autorización.

El exceso en los límites de las facultades y su violación son dos situaciones distintas. En esta afirmación estamos de acuerdo con Messineo[69] quien precisa que el exceso de los poderes conferidos y la violación de la procura, no son idénticos. El exceso implica sobrepasar los límites de los poderes en sentido cuantitativo, como cuando el representado ha recibido poderes para actuar en ejercicio de la representación hasta determinada fecha y, no obstante, continúa ejerciéndola. La violación es obrar en disconformidad con tales poderes en sentido cualitativo, esto es, en cuanto a su contenido. De la violación nos vamos a ocupar a continuación.

(67) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág. 154.
(68) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 248.
(69) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 427.

107.2. La violación de las facultades

El representante, como lo venimos señalando, debe obrar con arreglo a las facultades que le han sido conferidas, ateniéndose estrictamente a los actos jurídicos para los cuales ha sido autorizado y cautelando permanentemente el interés del representado, como por ejemplo si se le autoriza a entregar la posesión de un bien en arrendamiento por la renta que desea percibir el *dominus*.

La violación de facultades a que se refiere el art. 161, como ya se ha advertido, está referida a la facultad en sí, al contenido del poder, como si, en el ejemplo propuesto, el representante entregara la posesión no en arrendamiento sino en comodato, o, si estando facultado a vender, realiza la venta por un precio menor al de los márgenes indicados por el representado.

Como puede apreciarse, pues, debe distinguirse el exceso en los límites de la violación de las facultades, pues ese es el sentido del primer párrafo del art. 161, aun cuando en ambos casos la consecuencia sea la ineficacia del acto representativo anómalo.

107.3. La atribución indebida de la representación

Como también lo hemos señalado, el Art. 161, en su segundo párrafo, legisla sobre el caso de que alguien se atribuya una representación que no tiene, sea porque se ha extinguido la relación representativa, el apoderamiento ha sido revocado o porque nunca se le otorgó la representación ni los poderes. Esta situación difiere, pues, de las anteriores, porque en ésta, no existiendo relación representativa, el seudorepresentante la ha asumido de hecho y, más aún, ha usado poderes o facultades inexistentes como un *falsus procurator,* a quien Díez-Picazo[70] describe como la persona que lleva a cabo un acto de ingerencia o de invasión de la esfera jurídica ajena sin estar autorizado para ello.

Este caso de representación sin poder es susceptible de confusión con la gestión de negocios, que el Código Civil legisla como una de las fuentes de obligaciones y la configura cuando "Quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume concientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñarla en provecho de éste" (art. 1950). Sin embargo, es conveniente hacer el deslinde, ya que si bien la diferencia radica en que para que los actos realizados por el *falsus procurator* afecten la esfera de intereses del *do-*

(70) La Representación en el Derecho Privado, pág. 214.

minus negotii se requiere la ratificación de dichos actos (Infra Nº 107.5), en la gestión de negocios, el *dominus,* aunque no ratifique los actos del gestor, "debe cumplir las obligaciones que el gestor ha asumido por él y hacerse responsable de ellas ..." y "si ha aprovechado de las ventajas de la gestión o si se le ha evitado un perjuicio inminente ..." (art. 1952).

107.4. Consecuencias de la representación sin poder

La doctrina es uniforme en señalar que esta ingerencia indebida en la esfera jurídica ajena, sea por exceso en los límites de las facultades, por su violación o por atribuirse una representación que no se tiene, es ilícita. Sin embargo, como apunta Díez-Picazo[71], pese a esta ilicitud y a la defensa que es menester llevar a cabo de la esfera jurídica invadida, el ordenamiento jurídico no debe adoptar medidas radicales y más bien debe esperar a comprobar cuáles son los resultados que de ese actuar ilícito se pueden derivar.

La representación directa sin poder, como lo acabamos de exponer, es susceptible de confundirse con la gestión de negocios. Pero, como también lo hemos dejado expuesto, la circunstancia de que la gestión resulte útil para el *dominus* justifica que deba soportar los efectos de los actos realizados por el gestor, sin importar que los ratifique o no. De ahí que, considerando la diferencia, habrá representación sin poder y no gestión de negocios, siempre que el seudorepresentante obtenga la ratificación de sus actos y, hasta tanto tal ratificación no se otorgue, los actos celebrados son ineficaces para el indebidamente representado.

Ahora bien, como lo establece el varias veces acotado art. 161, el acto jurídico celebrado por quien se ha excedido en los límites de las facultades, las ha violado o se ha atribuido una representación que no tiene, es ineficaz con relación al representado y sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente al *dominus* y al tercero contratante u otros terceros.

El acto representativo celebrado por el *falsus procurator* es, pues, ineficaz respecto del representado, a quien corresponde ratificarlo o no.

La ineficacia no significa que el acto sea nulo o anulable sino, simplemente, que no despliega sus efectos hacia la esfera jurídica de quien ha sido indebidamente representado, por lo que si él no ratifica el acto celebrado por su seudorepresentante, el tercero contratante no tiene nada que exigirle y sólo podrá dirigir sus pretensiones contra el seudorepresentante, quien ade-

(71) Ibídem.

más queda obligado por los daños y perjuicios que irrogue al tercero contratante o a otros terceros y, aun, al mismo *dominus.*

Si el representante ratifica el acto celebrado por su seudorepresentante, por efecto de la ratificación, adquiere eficacia *ab initio,* como pasamos a considerar.

107.5. La ratificación

Como acabamos de advertirlo, el acto celebrado por el falso representante no es nulo ni anulable sino ineficaz respecto del indebidamente representado y se le hace depender de su ratificación. Según Stolfi[72], así como pudo el interesado decidir si conferir o no su representación, otro tanto puede hacer mediante la ratificación de lo que se haga en su nombre.

La ratificación es, entonces, un acto jurídico por el que el indebidamente representado acepta o aprueba el acto celebrado por quien se excedió en los límites de las facultades, las violó o se atribuyó la representación sin que nunca se la hubieran otorgado. Es un acto unilateral recepticio, pues la manifestación de voluntad, a nuestro entender, se dirige a quienes celebraron el acto representativo anómalo. Según Coviello[73], el acto ratificatorio reemplaza al acto de otorgamiento de la representación o del apoderamiento, o, como anota Messineo[74], sana el defecto de legitimación de quien ha declarado en nombre ajeno. Para Stolfi[75] la ratificación es la representación y el poder que se conceden posteriormente sin que la diversidad de momentos influya sobre sus efectos, pues la representación y la ratificación son la misma cosa y se identifican en el sentido de que todos los negocios jurídicos susceptibles de ser concertados por medio de representante pueden ser objeto de ratificación.

En buena cuenta, mediante la ratificación se convalida la relación representativa que no se originó en un acto de otorgamiento de la representación ni en uno de apoderamiento, pues éste ha sido distorsionado por quien actuó, de hecho, frente a un tercero contratante.

El Código Civil regula el acto ratificatorio en su art. 162: "En los casos previstos en 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

(72) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 249.
(73) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 451.
(74) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 429.
(75) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 252.

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 trasmite a los herederos".

La norma fue tomada del proyecto de la Comisión Reformadora[76], pudiéndosele reconocer como antecedente el art. 1646 del Código Civil de 1936.

107.5.a. Forma del acto ratificatorio

El primer párrafo del acotado art. 162 indica que la ratificación debe observar la forma prescrita para la celebración del acto jurídico que se ratifica. De este modo, la forma del acto ratificatorio no es propia, vale decir, que el ratificante no puede adoptar la que estime conveniente sino que queda obligado a ratificar mediante la misma formalidad prescrita para el acto representativo anómalamente celebrado.

La acotada disposición lleva a considerar que se trata de actos representativos anómalos pero celebrados bajo forma prescrita y no bajo forma voluntaria. En estos últimos, la ratificación puede o no observar la forma voluntariamente adoptada, por lo que el acto ratificatorio puede celebrarse también con forma voluntaria. Pero, si el acto representativo anómalo era de forma prescrita, el acto ratificatorio deberá necesariamente observarla, sea *ad probationem* o *ad solemnitatem*. Así, por ejemplo, si el seudorepresentante celebró un contrato de suministro su ratificación deberá ser por escrito (art. 1605), como también si pactó una renta vitalicia (art. 1925).

107.5.b. Efecto retroactivo del acto ratificatorio

Ya hemos advertido que la ratificación del acto representativo anómalo le hace adquirir una eficacia *ab initio* en razón del efecto retroactivo que dispone el segundo párrafo del art. 162. Por ello, producida la ratificación, sus efectos son *ex tunc*, esto es, como si la eficacia del acto jurídico celebrado por el *falsus procurator* hubiera ingresado a la esfera jurídica del representado como si no hubiese habido exceso en los límites de las facultades, no hubiesen sido violadas o como si el representado hubiese otorgado su representación con anterioridad al acto representativo anómalamente celebrado.

Sin embargo, no obstante el efecto retroactivo, el acotado art. 162 deja a salvo el derecho de tercero. Se trata, no del tercero contratante, sino de un

(76) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I. págs. 155 y 156.

tercero a quien la ratificación pueda lesionar en su derecho, como es el caso, por ejemplo, de un poder para disponer de sus bienes que el representado otorga hasta una determinada fecha después de la cual el representante realiza la venta por un mejor precio que el obtenido por el propio representado, quien vende directamente a persona distinta al considerar que el poder que otorgó ya no tiene vigencia: en esta hipótesis, el derecho de quien lo adquirió directamente del representado no puede ser afectado por la ratificación y está a salvo de los efectos del acto ratificatorio, pudiendo exigir la entrega del bien por el precio que pagó alegando un mejor derecho de quien adquirió del representante que se excedió en los límites de sus facultades, pues su derecho deriva del acto jurídico que celebró con el propio *dominus.*

107.5.c. La resolución del acto representativo anómalo

El tercer párrafo del art. 162 faculta al *falsus procurator* y al tercero con el que celebró el acto representativo anómalo a dejarlo sin efecto sin esperar la ratificación, que puede o no otorgarse por el *dominus.* Sin embargo, el mismo párrafo se ha puesto en la hipótesis de que el acto anómalo obligue a indemnizar si con tal acto se han irrogado daños y perjuicios.

La norma contenida en el acotado párrafo sin hacer precisiones ha previsto que la resolución es posible, "sin perjuicio de la indemnización que corresponda". En consecuencia, deberá indemnizarse a quien resulte perjudicado por la resolución del acto representativo anómalo, que, a nuestro juicio, no puede ser otro que el tercero contratante o sus causahabientes.

107.6.d. Transmisibilidad del derecho de ratificar

El último párrafo del art. 162 le da relevancia al derecho de ratificar y precisa que, si bien, la ratificación es una facultad del *dominus,* no se trata de una *facultad intuitu personae,* de un derecho inherente a la persona del *dominus,* pues es transmisible a sus herederos.

Los herederos a los que se refiere el acotado párrafo, en nuestra opinión, deben considerarse en sentido estricto, esto es, en relación a las personas que tienen vocación hereditaria respecto del *dominus,* y no en el sentido con el que hemos interpretado el art. 1363 del Código Civil al considerar el efecto de los actos jurídicos (Supra Nº 72).

108. LA REPRESENTACION INDIRECTA

Al considerar el fundamento de la representación (Supra Nº 83) hemos

dejado establecido que la cooperación jurídica puede revestir dos formas: la sustitución y la interposición. La primera es la que fundamenta la representación directa, pues en virtud de ella una persona se pone en el lugar de otra para celebrar un acto con un tercero en nombre y en interés del representado, mientras que por la interposición una persona se coloca en el lugar de otra, pero celebrando el acto en su propio nombre, aunque en interés de aquélla, siendo este modo de actuación el que da lugar a la denominada representación indirecta, también llamada representación en nombre propio, oculta, mediata o de intereses,

La representación indirecta se configura, pues, cuando quien interviene en el acto representativo manifiesta su voluntad como si lo celebrara en nombre propio, o recibe una declaración de voluntad, también como si actuara en nombre propio, y, en ambos casos, sin poner de manifiesto que está cuidando intereses ajenos. De ahí que algunos autores nieguen que sea una representación. Sin embargo, autores de la talla de Díez-Picazo(77), confrontando la representación indirecta con la representación directa concluyen en situarla dentro de la Teoría General de la Representación.

En efecto, el reputado autor español estima que existe representación indirecta cuando el agente actúa en su propio nombre con el tercero con quien contrata, de manera que es él y no el *dominus* quien queda directamente vinculado por el contrato, siguiéndose de ello que en este tipo de representación el principal no tiene acción contra el tercero sino sólo contra el representante y, del mismo modo, el tercero tampoco tiene acción contra el principal y únicamente puede dirigir sus reclamaciones contra el representante, puesto que es el representante quien adquiere los derechos y asume las obligaciones que derivan del contrato celebrado, teniendo, respecto de tales derechos u obligaciones, únicamente una posterior obligación de trasmitirlos, atribuirlos o destinarlos al principal(78). Para Stolfi(79), en la representación indirecta se actúa en nombre propio pero en interés ajeno, en cuyo caso el negocio lo concerta el representante a cuyo cargo van los efectos favorables o desfavorables, como si lo hubieran concertado para él: para revertir sobre el representado estos efectos la persona interpuesta ha de concertar otro negocio jurídico, dirigido a que la relación entre el representante y el tercero contratante se cambie a una relación entre el representante y el representado.

En la representación indirecta, por lo que dejamos expuesto, los efectos del acto representativo se producen respecto de las personas que lo han ce-

(77) La Representación en el Derecho Privado, pág. 45.
(78) Ibídem.
(79) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 229.

lebrado: la persona en cuyo interés fue celebrado el acto adquirirá los derechos y contraerá las obligaciones en razón de una vinculación especial con quien obró en su interés, por lo que con la persona interpuesta deberá celebrar un nuevo acto, razón por la cual los efectos derivados de la actuación del representante no entran inmediatamente en la esfera jurídica del representado. Por ello, de Cossio[80], considera que se dan tres órdenes de relaciones sucesivas: (1) del representado con el representante, en cuanto éste recibe el encargo de actuar por cuenta de aquél; (2) del representante con el tercero contratante, relación que le es por completo jurídicamente ajena el re-presentado, ya que el representante actúa en nombre propio; y (3) una relación entre el representante y el representado, en cuanto éste recibe de aquél todo lo que adquirió por su cuenta.

Las peculiares características de la representación indirecta pueden inducir a una confusión con la figura de la simulación por interpósita persona, que consiste en hacer aparecer como contratante a una persona distinta del verdadero contratante y de la que nos ocuparemos al hacerlo de la simulación (Infra Nº 155).

El Código Civil no ha legislado sobre la representación indirecta en el articulado relativo a la representación sino que lo hace al legislar sobre el contrato de mandato sin representación. Si bien durante el proceso de la reforma del Código de 1936 quedó planteada la desvinculación de la representación del mandato y así aparece en el articulado del Código Civil vigente, tal desvinculación no ha quedado plasmada en términos categóricos pues el Código legisla tanto sobre el mandato con representación como sobre el mandato sin representación, lo que llevó a Carlos Cárdenas Quirós[81] a advertir que no deben confundirse tales figuras.

En efecto, no deben confundirse el mandato con la representación, habiéndose ya trazado su diferenciación (Supra Nº 82), y tampoco, desde luego, el mandato con la representación indirecta: ésta surge como consecuencia de un acto unilateral, pues no requiere de la manifestación de voluntad del representante y por ello, *ab initio,* no asume obligación alguna, mientras que en el mandato sin representación el mandatario concurre necesariamente mediante su manifestación de voluntad a la formación del contrato y asume, *ab initio,* una obligación de actuar.

Al no haber legislado el Código Civil sobre la representación indirecta, lo que nos ha llevado a considerarla dentro del mandato sin representación desde que no contiene otro conjunto de normas que le den asiento, es indu-

(80) Instituciones de Derecho Civil (I), págs. 174 y 175.
(81) Código Civil Peruano. Compilación de Delia Revoredo. T.VI, pág. 491.

dable que con esta omisión ha dado lugar a una atenuación de la desvinculación del mandato de la representación, por lo que estamos de acuerdo con Carlos Cárdenas Quirós[82] en cuanto afirma que el mandato sin representación que consagra el Código Civil de 1984 responde al contenido del contrato de mandato reconocido por el Derecho Romano.

Con las advertencias que quedan expuestas, veamos cómo ha sido legislada la representación indirecta subsumida en el contrato de mandato en el Código Civil: el mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandato (art. 1809), pero queda automáticamente obligado a transferir al mandante los bienes adquiridos (art. 1810), quedando el mandante obligado, a su vez, a asumir las obligaciones contraídas por el mandatario (art. 1811). El mandatario no es responsable frente al mandante por la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las personas con quienes haya contratado, a no ser que al momento de la celebración del contrato conociese o debiese serle conocida su insolvencia, salvo pacto distinto (art. 1812). Los acreedores del mandatario no pueden hacer valer sus derechos sobre los bienes que éste hubiese adquirido en ejecución del mandato, siempre que conste de documento de fecha anterior al requerimiento que efectúen los acreedores para afectar dichos bienes con embargo u otras medidas (art. 1813). Las normas acotadas fueron propuestas por Carlos Cárdenas Quirós a la Comisión Revisora[83] y su antecedente está dado por el art. 1645 del Código Civil de 1936.

Por último, al contrario de lo que ocurre con la representación directa, cuyas normas básicas y generales están contenidas en el Código Civil y de ellas se irradia a otros cuerpos normativos, la representación indirecta se encuentra subsumida en diversos contratos, como el de comisión mercantil legislado por el Código de Comercio, y en otros actos jurídicos u operaciones jurídicas, como los que se realizan para efectos de la intermediación financiera legislada por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros o de la intermediación en valores, legislada por la Ley del Mercado de Valores.

109. LA REPRESENTACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Al ocuparnos de la capacidad de ejercicio de las personas jurídicas (Supra Nº 47.4) hemos hecho referencia a la Teoría Orgánica que les reconoce

(82) Ibídem, pág. 517.
(83) Ibídem, T.II, págs. 561, 562 y 563.

voluntad propia y, en consecuencia, capacidad de ejercicio para celebrar sus propios actos jurídicos, habiéndonos adherido a esta posición doctrinal.

De la Teoría Orgánica de las Personas Jurídicas se deriva la también llamada representación orgánica, la que, partiendo del concepto de órgano de la persona jurídica, señala la diferencia con la figura de su representante. Messineo[84] la precisa señalando que en la vida de la persona jurídica las funciones se reparten en el sentido de que el órgano es siempre, e indefectiblemente, el portador de la voluntad de la persona jurídica, mientras que el representante es aquel que –cuando llega el caso– usa el nombre de la persona jurídica y, por eso, el representante difiere del órgano de la persona jurídica ante todo porque: (1) no todos los órganos tienen poderes para actuar a nombre de la persona jurídica: alguno, como la asamblea, tiene más bien funciones deliberativas y (si se quiere, directivas), pero con predominante carácter interno; algún otro, como el administrador, puede también carecer de poderes; (2) porque el representante expresa su propia voluntad y presupone o puede presuponer, una separada voluntad de la del representado, siendo así que el órgano es siempre el depositario y el vehículo (portador) de la voluntad única, que es la de la persona jurídica; y (3) porque representante es quien obra en nombre ajeno, mientras que el órgano es el trámite por el cual la persona jurídica obra directamente y en nombre propio.

Ahora bien, la representación orgánica parte de la premisa de la existencia de una voluntad en las personas jurídicas y que ella puede manifestarse por sus propios órganos. Pero estos mismos órganos, actuando como tales, pueden otorgar representación y poder a una tercera persona, la que no actuará ya como órgano sino como representante de la persona jurídica. Así, por ejemplo, si el gerente de una sociedad, premunido de facultades para hacerlo, delega poderes: el apoderado representa a la sociedad y no al gerente, entablándose una relación representativa entre el representante y la persona jurídica, y no con el gerente, y es en la esfera jurídica de la persona jurídica a donde se dirigirán los efectos de la actuación del representante.

Como puede apreciarse entonces, los órganos, aunque estén provistos de poderes, no son representantes. De este modo, las personas jurídicas participan en la vida jurídica mediante sus órganos y mediante representantes, que pueden ser personas físicas u otras personas jurídicas, sin que tales representantes deban integrarse como órganos de ellas. Los representantes deberán actuar con arreglo a las facultades que se les otorguen, siéndoles de aplicación, en consecuencia, todos los principios en que se sustenta la representación y las normas que la regulan.

(84) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II. págs. 412 y 413.

110. EXTINCION DE LA REPRESENTACION

La representación, y con ella el apoderamiento, puede extinguirse por diversas causas, que el Código Civil no enumera pues se limita, en el articulado dedicado a la institución que venimos desarrollando, a sólo causas extintivas que se producen mediante una manifestación de voluntad, como son la sustitución (Supra Nº 102), la revocación por el representado o la renuncia por el representante. Pero además existen otras causas extintivas generadas por hechos jurídicos, como son el vencimiento del plazo para el ejercicio de la representación y la muerte del representado o del representante, las cuales no se encuentran expresamente legisladas en el articulado comprendido en el Libro II del Código Civil dedicado al acto jurídico.

Reservando la consideración de las causas extintivas de carácter voluntario y expresamente legisladas por el Código Civil, vamos a hacer un somero detenimiento en las demás causas extintivas.

En primer lugar, la relación representativa puede extinguirse cuando la representación ha sido otorgada para la celebración de un solo acto representativo, o de varios, habiendo quedado cumplidos o consumados, es decir, se ha producido la ejecución total del encargo que era objeto del acto de otorgamiento de la representación, siendo ésta una causa natural de su extinción. Como lo hace notar la generalidad de la doctrina, esta causa de extinción sólo tiene lugar cuando se trata de una relación representativa para un acto jurídico para el cual se requería de un poder especial.

Dentro de esta causal de extinción se considera también cuando el negocio representativo, o su ejecución, llegan a ser física o jurídicamente imposibles.

El vencimiento del plazo de vigencia de la relación representativa es también causa de extinción. Se trata de una determinación temporal de la representación y ésta se extingue cuando el plazo llega a su vencimiento. Como la representación y el apoderamiento se integran, ya hemos visto que si los poderes se otorgan por un plazo, a su vencimiento se configura la representación sin poder (Supra Nº 107), pero también puede extinguirse la representación.

Es también causa extintiva el fenecimiento de la relación originante de la representación. Como lo hemos expuesto al delimitar el concepto de la representación voluntaria (Supra Nº 95), hemos enfatizado que ella está desligada del contrato de mandato y de toda otra figura jurídica pues constituye una figura típica y autónoma, que no tiene más origen que la voluntad del representado manifestada en el acto jurídico de otorgamiento de la repre-

sentación. Sin embargo, señalamos también que el representado y el representante pueden estar vinculados por una relación jurídica nacida de acto distinto al del otorgamiento de la representación y a la que se le yuxtapone. Es en esta hipótesis, cuando la relación originante determina la representación, su extinción puede también extinguir la relación representativa. Así, por ejemplo, la representación nacida de un contrato de trabajo que se extingue con la resolución de la relación laboral.

La muerte del representado o del representante es causa extintiva de la representación, puesto que la relación representativa se sustenta en la confianza que se tienen las partes. La confianza, que implica un *intuitu personae,* justifica el que la muerte extinga la representación, sea la del representante o la del representado.

Tratándose de la muerte del representante, la representación se extingue no sólo porque puede haber sido otorgada *intuitu personae,* sino porque, precisamente, la representación reposa en la confianza puesta en él. La muerte del *dominus* también pondrá fin a la representación, pues es él quien ha depositado la confianza en la persona del representante, el cual puede no merecer la de los herederos o causahabientes del *dominus*

El Código Civil no se ha puesto en ninguno de estos casos de manera explícita en el tratamiento de la representación. Sin embargo, por interpretación analógica de su art. 1801, referido al mandato, puede aplicarse, pues el acotado numeral establece que se extingue por (1) ejecución total del mandato; (2) por vencimiento del plazo del contrato; y (3) por muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario, salvo en este último caso que el mandato haya sido celebrado también en interés del mandatario o de un tercero (art. 1803).

Las causas extintivas originadas por la manifestación de voluntad consideradas por el Código Civil son la sustitución, cuyo desarrollo ya hemos hecho (Supra Nº 102), la revocación de los poderes y de la representación por el representado y la renuncia del representante, las que pasamos a considerar.

110.1. La revocación

La revocación es causa de extinción que puede operar respecto de los poderes, parcial o totalmente, si el representado decide disminuir las facultades que confirió con el apoderamiento y mantener la representación o si decide extinguirlos en su totalidad y, de este modo, extinguir también la representación. Su fundamento es la pérdida de la confianza en el representante.

Siendo la confianza del representado en el representante el fundamento, la revocabilidad se justifica con claridad meridiana. Nada puede impedir

que ante la pérdida de la confianza, el *dominus* revoque poderes o la representación misma en virtud de su autonomía privada. La revocación viene a ser, por ello, *ad nutum*, es decir, a simple voluntad y, por ello, un acto jurídico unilateral y recepticio, cuyos destinatarios son el representante y cuantos tengan interés en la relación representativa.

Delimitada conceptualmente la revocación y siendo un acto jurídico, vamos a detenernos en sus características.

Hemos ya indicado que el acto revocatorio es *ad nutum*, pues así resulta del art. 149 del Código Civil, según el cual "El poder puede ser revocado en cualquier momento", que constituye una norma general y que, como tal, se hace extensiva a la representación misma, confirmando así la facultad discrecional del *dominus*. La norma fue adoptada por la Comisión Revisora[85] y registra como antecedente el art. 1650 del Código Civil de 1936.

Como acto *ad nutum*, la revocación es unilateral, siendo el propio interesado el llamado a revocar los poderes y la representación. Como explica Díez-Picazo[86], el fundamento de la revocabilidad es claro siendo la confianza la base de la relación representativa y es justo que el representado pueda destruir aquella relación cuando esta confianza haya desaparecido, pues existe un evidente *intuitu personae*.

Cuando se trata de una pluralidad de representados también la revocación es *ad nutum* pero, la norma general debe adaptarse a dicha pluralidad. Así lo establece art. 150 del Código Civil: "La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos". La norma fue adoptada por la Comisión Revisora a propuesta de Carlos Cárdenas Quirós[87] y no registra antecedente en nuestra codificación civil.

La revocación puede también producirse mediante la designación de un nuevo representante o la ejecución del acto, que iba a ser el acto representativo, por el propio representado. Así lo plantea el art. 151 del Código Civil que precisa que "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", cuya norma fue adoptada por la Comisión Revisora a propuesta de Carlos Cárdenas Quirós[88] y registra como antecedente el art. 1652 del Código Civil de 1936.

(85) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág. 146.
(86) La Representación en el Derecho Privado, pág. 298.
(87) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I., págs. 146 y 147.
(88) Ibídem, pág. 147.

Como puede apreciarse, pues, es evidente la unilateralidad del acto revocatorio y su carácter recepticio, ya que es indispensable que sea puesto en conocimiento del representante y así lo enfatiza la norma del art. 151 que señala como requisito para que la revocación surta efectos que le sea comunicada al representante. Pero, además, el carácter recepticio que tiene la revocación está también enfatizado en el art. 152 en cuanto requiere que "La revocación debe comunicarse también 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, a menos que ésta haya sido inscrita. Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante". Esta norma fue propuesta por la Comisión Reformadora y posteriormente por Carlos Cárdenas Quirós para su adopción por la Comisión Revisora[89] y registra como antecedente el art. 1651 del Código Civil de 1936.

En las normas transcritas están también los requisitos para la oponibilidad (Supra Nº 72) de la revocación, tanto al representante como a los terceros contratantes y a los terceros en general, y que consisten en la comunicación que se les debe dirigir, salvo el caso, respecto de los terceros, que la revocación haya sido inscrita, situación de la que nos vamos a ocupar seguidamente.

El acto revocatorio no tiene forma prescrita sino un requisito de publicidad. En todo caso, depende de la forma utilizada para el otorgamiento de la representación y el conferimiento de los poderes, debiéndose tener en consideración que la inscripción en el Registro de Mandatos y Poderes es facultativa y tiene un carácter declarativo, mas no constitutivo, salvo el caso de los poderes que la ley exige que deban ser necesariamente inscritos, como el de los gerentes y apoderados de las sociedades. Sin embargo, nada obsta para que la representación y el apoderamiento se hagan constar por escritura pública y se inscriban, caso en el cual es posible la inscripción de la revocación a la que hace referencia el acotado art. 152.

La revocación de un poder inscrito pone en funcionamiento el principio de la publicidad registral, según el cual "Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones" (art. 2012 del Código Civil). De ahí, entonces, que para la oponibilidad de una revocación que se inscribe, la inscripción sea suficiente y que no se requiera de más publicidad que la que otorga la inscripción misma.

(89) Ibídem, págs. 147 a 149.

110.2. La renuncia del representante

La renuncia del representante es la contrapartida de la revocación por el representado y se justifica también en la confianza que sirve de sustento a la relación representativa. Díez-Picazo[90] la funda en el *intuitu personae* y en la confianza, las cuales juegan recíprocamente en la relación representativa, y que, así como el representado puede poner término a ella mediante la revocación, también puede hacerlo el representante mediante la renuncia. La renuncia viene a ser, pues, una extinción del vínculo representativo por obra de la exclusiva y libre voluntad del representante, constituyendo también, por ello, un acto jurídico unilateral que, al igual que el de la revocación, es también de carácter recepticio, sólo que la manifestación se dirige únicamente al *dominus*.

El Código Civil legisla sobre la renuncia en el art. 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". La norma está tomada de la propuesta formulada por Carlos Cárdenas Quirós a la Comisión Revisora[91] y registra como antecedente el art. 1653 del Código Civil de 1936.

Del tenor de la acotada norma se deducen dos maneras diferentes de renunciar a la representación: (1) la comunicación de la renuncia y (2) la notificación de la renuncia.

La comunicación de la renuncia es, como hemos adelantado, un acto jurídico unilateral y recepticio, pues el representante debe dirigir su manifestación de voluntad al representado. La ley no impone forma para hacerlo, siendo suficiente, para ello, cualquier medio idóneo para comunicar la renuncia al representado. En tal caso, queda obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo, pues no puede, bajo responsabilidad, faltar a su deber fundamental, cual es, la cautela de los intereses de quien le otorgó su representación. Por ello, la renuncia sólo es oponible a la imputación de responsabilidad por apartarse de la representación si el representante ha renunciado invocando un impedimento grave o una justa causa.

El impedimento grave y la justa causa son dos conceptos que se deben

(90) La Representación en el Derecho Privado, pág. 310.
(91) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 149 y 150.

tomar en consideración. El impedimento grave se entiende cuando median caso fortuito o fuerza mayor que, según el Código Civil, consisten en "un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso" (art. 1315), como sería un accidente que determina la hospitalización del representante y le impide desarrollar sus actividades. La justa causa puede consistir en el incumplimiento por el *dominus* de obligaciones de su cargo generadas por la relación originante de la relación representativa, en el incumplimiento de sus deberes por efecto de la misma relación representativa (Supra Nº 101.1) o de causas de orden moral, como sería el caso que el representante compruebe que los negocios que le ha confiado el representado tienen origen ilícito.

La notificación de la renuncia es también un acto jurídico, pero de naturaleza procesal. Supone que el representante renuncia mediante escrito presentado a un órgano jurisdiccional, el que notifica al representado para que en el término de treinta días más el término de la distancia nombre un reemplazante. Si el representado no lo hace el representante puede apartarse de la representación sin incurrir en responsabilidad.

La diferencia entre la renuncia comunicada y la renuncia notificada radica, precisamente, en el carácter procesal de la segunda. Se trata de un simple acto procesal, como lo ha planteado el art. 154, segundo párrafo, del Código Civil, razón por la cual el Código Procesal Civil ha omitido señalar la vía procesal, por innecesaria.

111. FIGURAS AFINES A LA REPRESENTACION

La codificación civil legisla sobre figuras que guardan afinidad con la representación. Es así como la doctrina, siempre pronta a hurgar en la naturaleza jurídica de las diversas figuras, plantea afinidades y también niega posibilidades de asimilación dentro de conceptos genéricos, como el que nosotros hemos dado en relación a la representación voluntaria (Infra Nº 95) tomando partido por un concepto integrador que da compresión tanto a la representación directa, con o sin poder, como a la representación indirecta. La posibilidad de confusión de las figuras que vamos a considerar surge, además, en razón de que el Código Civil no ha desarrollado un tratamiento específico sobre la representación indirecta sino que la mantiene subsumida en el contrato de mandato (Supra Nº 108).

111.1. El contrato en favor de tercero

El Código Civil, con el antecedente del art. 1345 del Código Civil de 1936 y en virtud de la propuesta de Max Arias-Schreiber a la Comisión

Revisora[92], ha legislado sobre el contrato en favor de tercero. La afinidad resulta por cuanto en virtud de este contrato, una de las partes se obliga frente a la otra a cumplir con una prestación en beneficio de un tercero: "Por el contrato en favor de tercero el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona. El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato" (art. 1457).

Como puede apreciarse, el promitente se obliga frente al estipulante, quien puede ser considerado como un representante del tercero. Sin embargo, por sus características el contrato no da cabida a la confusión con la representación y, antes bien, las delimita.

En la representación, si es directa, el representante actúa en nombre y en interés del representado, y, si es indirecta, en nombre propio pero en interés del representado.

El contrato en favor de tercero tiene notas distintivas determinantes. Así, respecto de la representación directa surgen diferencias, pues (1) para que el derecho del tercero sea exigible el mismo tercero debe manifestar su voluntad al promitente y al estipulante de que hará uso de ese derecho (art. 1458); (2) si el tercero no manifiesta su voluntad el estipulante puede exigir el beneficio en su favor (art. 1460); (3) el estipulante puede reservarse el derecho en el contrato de sustituir al tercero (art. 1463); y (4) el estipulante puede revocar o modificar el derecho del tercero en tanto el tercero no haya manifestado su voluntad de usarlo en su beneficio.

Respecto de la representación indirecta surgen también diferencias, pues (1) el derecho adquirido para el tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato (art. 1458); y (2) el promitente puede oponer al tercero las excepciones fundadas en el contrato (art. 1469).

111.2. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero

El Código Civil, con el antecedente del art. 1337 del Código Civil de 1936 y en base al proyecto de la Comisión Reformadora, con algunas modificaciones adoptadas por la Comisión Revisora[93], ha legislado sobre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. La afinidad resulta porque en virtud de este contrato una de las partes puede prometer el cumplimiento de una obligación por un tercero o prometer que un tercero realice un hecho: "Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que

(92) Ibídem, T.II, págs. 291 y 292.
(93) Ibídem, págs. 300 y 301.

el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente" (art. 1470).

Como puede apreciarse, el promitente puede ser considerado como un representante en razón de que se obliga a que un tercero asuma una obligación o realice un hecho. Sin embargo, al igual que el contrato anterior, éste tiene también sus notas distintivas que determinan que no dé cabida a la confusión y lo delimite respecto de la representación.

En efecto, podría considerarse que el promitente de la obligación o del hecho del tercero sea representante que actúa directa o indirectamente. Pero debe advertirse que en la representación directa el representante no asume la obligación de indemnizar ante el incumplimiento de su representado, pues es a éste a quien le corresponde indemnizar al tercero contratante en caso de que él incumpla el contrato celebrado por su representante. En la representación indirecta, el representante contrata para sí y no a nombre de su representado, por lo que mal puede asumir la indemnización por el incumplimiento del *dominus*.

111.3. Contrato por persona a nombrar

El Código Civil ha introducido la posibilidad de contratar reservándose las partes la designación de la persona que asumirá los derechos y obligaciones en la relación contractual. Lo hace en los arts. 1421 y 1473, 1474, 1475 y 1476, el primero de los cuales permite el pacto al celebrarse el contrato de opción y, en los restantes, de manera general, permite el denominado contrato por persona a nombrar.

Por el art. 1421 se establece que "Es igualmente válido el pacto conforme al cual el optante se reserva el derecho de designar la persona con la que se establecerá el vínculo definitivo". La norma fue introducida por la Comisión Revisora[94] y no registra antecedente en nuestra codificación civil y es de suponer que fue una derivación del concepto general del contrato por persona a nombrar legislado por los arts. 1473, 1474, 1475 y 1476 anteriormente acotados, lo que, a nuestro parecer, hace que la figura que regula resulte superflua.

Según el art. 1473 "Al celebrar el contrato puede convenirse que cualquiera de las partes se reserva la facultad de nombrar posteriormente a un tercero que asuma los derechos y las obligaciones derivadas de aquel acto.

(94) Ibídem, pág. 266.

La reserva del nombramiento no procede en los casos en que no es admitida la representación o es indispensable la determinación de los contratantes". La norma fue adoptada por la Comisión Revisora a propuesta de Carlos Cárdenas Quirós[95] y tampoco registra antecedentes en nuestra codificación civil y se inspira en el Código Civil Italiano. Sin embargo, puede considerarse como antecedente la figura conocida como "declaración de verdadero comprador" en virtud de la cual quien adquiría un bien se reservaba el derecho de declarar, por cláusula que se adicionaba al contrato, el nombre de la persona por cuya cuenta y dinero había efectuado la adquisición, la cual quedó en desuso al dictarse normas de carácter tributario que hacían generar de dicha cláusula el pago de una alcabala adicional a la de la enajenación ya celebrada con tal reserva.

La afinidad resulta porque según el acotado art. 1473 la reserva de nombramiento en los casos en que no es admitida la representación, conduce a la interpretación de que el contratante que reserva el nombre de la persona que va a asumir los derechos y obligaciones puede ser un representante, lo que ha llevado a Barbero[96] a considerar que la figura entra en el ámbito de la representación y la distingue como "representación innominada". Sin embargo, como bien anota Max Arias-Schreiber[97], el contrato por persona a nombrar no puede ser confundido con la representación, sea directa o indirecta, y explícitamente traza sus diferencias, mientras que Manuel de la Puente[98] considera que la representación no justifica la existencia del contrato, sino que puede ser sólo el mecanismo para su funcionamiento.

Compartiendo el aserto de De la Puente y el criterio delimitador de Arias-Schreiber, consideramos que no puede confundirse con la representación directa por cuanto en ésta el representante actúa a nombre de su representado y lo tiene que dar a conocer al tercero contratante al momento de la celebración del acto representativo, pues los efectos se dirigen directamente a la esfera jurídica del *dominus*. Tampoco puede confundirse con la representación indirecta por cuanto en ésta el representante actúa a nombre propio y sólo por acto posterior que debe celebrar con su representado le traslada los efectos del acto representativo.

El contrato por persona a nombrar tiene, pues, su propia sustantividad y se regula por normas que le son inherentes. Así, la declaración de nombramiento debe comunicarse a la otra parte dentro de un plazo que no podrá exceder de veinte días contados a partir de la fecha de la celebración del contrato (art. 1474), lo que no puede ocurrir en la representación, que si es

(95) Ibídem, págs. 302 y 303.
(96) Sistema de Derecho Privado. T.I, págs. 513 y 514.
(97) Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. T. I, pags. 325 y 326.
(98) El Contrato en General. T. VI, pág. 128.

directa, el nombre del representado es conocido al momento de celebrarse el contrato representativo, y, si es indirecta, el representado debe permanecer oculto en el contrato representativo. Además, la declaración de nombramiento no tiene efecto si no es acompañada de la aceptación de la persona nombrada (art. 1474), lo que también es incompatible con la representación por la razones que acabamos de precisar. Por último, si la declaración de nombramiento no se efectúa dentro del plazo de veinte días, el contrato produce efecto entre los contratantes originarios (art. 1476), lo que es tan incompatible con la representación que nos releva de todo comentario.

Como al contrato de opción por persona a nombrar le son aplicables las normas que hemos acotado, lo expuesto en las líneas anteriores le es también aplicable, y ello nos releva también de todo comentario.

Capítulo IX

LA INTERPRETACION DEL ACTO JURIDICO



Capítulo IX

LA INTERPRETACION DEL ACTO JURIDICO

112. PREMISA

El tema de la interpretación jurídica ha estado, por lo general, desarrollado por la Teoría General del Derecho y, por ende, referido a las normas jurídicas, y, con este mismo sentido, era llevado a los tratados de Derecho Civil. Coviello[1] precisa, sin embargo, que la interpretación de la ley no difiere de cualquier interpretación de la voluntad humana, como por ejemplo, de un negocio jurídico. Pero la interpretación de la manifestación de la voluntad generadora del acto jurídico es, probablemente, una cuestión más compleja. Boffi[2] habla, por eso, "del problema de la interpretación de los actos jurídicos".

El Código Civil ha incorporado normas de interpretación que son de necesaria aplicación cuando de trata de determinar el sentido y alcance de la manifestación de voluntad que genera y da contenido normativo al acto jurídico. De este modo, con la finalidad de aliviar el "problema de la interpretación de los actos jurídicos", sus normas de interpretación son para la interpretación "del acto jurídico" como el concepto amplio y general del que se derivan reglas de aplicación uniforme a la generalidad "de los actos jurídicos".

113. FINALIDAD DE LA INTERPRETACION

La finalidad de la interpretación, aplicada a la manifestación de voluntad que genera y da contenido normativo al acto jurídico, es establecer su signifi-

(1) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 71.
(2) Lecciones de Derecho Civil, pág. 57.

cado y determinar su sentido, siendo ésta una noción *a priori* que vamos a desarrollar.

El vocablo interpretación proviene del latín *interpretatio, interpretari*, que significa explicar, desentrañar el sentido, y es en esta acepción como también lo considera el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que la explicita refiriéndola a explicar o declarar el sentido, principalmente, de textos faltos de claridad, y explicar dichos textos cuando pueden ser entendidos de diferentes modos.

Partiendo, entonces, del significado gramatical se arriba a la conclusión de que el vocablo no difiere de su significado jurídico, el cual, aplicado al acto jurídico, según Bejarano(3), es desentrañar el sentido de una expresión de voluntad. Para Arauz Castex y Llambías(4) interpretar un acto jurídico es establecer su verdadero sentido y alcance: supone una expresión incierta o confusa de la voluntad que ha intentado por medio del acto jurídico obtener un efecto determinado. Según León Barandiarán(5) interpretar significa encontrar sentido a algo y los negocios jurídicos se interpretan en cuanto son susceptibles de entenderse en determinado sentido.

De lo que dejamos expuesto, la interpretación del acto jurídico supone, entonces, la indagación del verdadero sentido y alcance de la manifestación o manifestaciones de voluntad que lo han generado y le han dado contenido con la finalidad de precisar y normar sus efectos. La interpretación viene, así, a reparar el defecto en la manifestación de la voluntad, a fin de que ésta alcance el fin que se ha propuesto, pues consiste, en suma, en establecer lo que la parte o partes del acto jurídico han manifestado y asegurar, por este medio, la preservación de lo que cada sujeto ha querido y expresado.

Con tal finalidad, la interpretación puede ser gramatical, si de lo que se trata es de establecer el significado literal contenido en la manifestación de la voluntad, y, lógica, si de lo que se trata es de descubrir su sentido. Por la conjugación de ambas puede resultar una interpretación extensiva de lo manifestado en relación a la voluntad interna del sujeto, o restrictiva, cuando lo manifestado sobrepasa lo querido. Pero debe advertirse, desde ya, que el intérprete debe desarrollar su labor hermenéutica, fundamentalmente, sobre lo manifestado por el sujeto.

En conclusión, la interpretación tiene una finalidad normativa, pues tiene por objeto, precisamente, el contenido de la manifestación de voluntad, que

(3) Obligaciones Civiles, pág. 141.
(4) Derecho Civil. Parte General. T.II. pág. 207.
(5) Acto Jurídico, pág. 91.

es normativo de las relaciones jurídicas entabladas por actos de la autonomía privada.

114. EVOLUCION DEL CRITERIO INTERPRETATIVO

Según afirma Boffi[6], el Derecho Romano impidió el libre juego de la voluntad debido a su excesivo formalismo, sobre todo en el Derecho primitivo. Ospina y Ospina[7] anotan que dentro de ese crudo simbolismo, el problema de la interpretación de los actos jurídicos no se presentaba, pues si en la celebración del acto se había observado la forma sacramental pertinente, dicho acto existía y su contenido quedaba fijado, de una vez, por la eficacia predeterminada de la forma; y, por el contrario, si esta forma no se había empleado o se había alterado, el acto no existía y nada había que interpretar.

Al estudiar la forma y el fenómeno del formalismo (Supra Nº 58), hemos señalado su evolución y cómo el formalismo fue cediendo cuando Roma se convirtió en gran ciudad comercial e hicieron su aparición actos que se fueron despojando del rigor formalista. De este modo, a falta del criterio único que era derivación del formalismo, se tuvieron que idear nuevos criterios de interpretación considerando la necesidad de indagar el sentido y alcance de los actos jurídicos. Tales criterios se orientaron hacia la voluntad real de los celebrantes para hacerla prevalecer sobre la manifestación. Fue así que la interpretación de los actos jurídicos fue dando primacía al querer interno del sujeto sobre la expresión de su voluntad y que este criterio perdurara y se plasmara en las doctrinas informantes del Código Napoleón.

Según Boffi[8], Savigny es el máximo exponente de la doctrina que se funda en el respeto individualista de la voluntad. Esta doctrina, según el autor argentino, era la lógica consecuencia del individualismo jurídico, que veía en el Derecho una estructuración que debía funcionar en favor de la voluntad humana como individualidad y con poder para crear normas jurídicas, lo que se aprecia en el postulado de la autonomía de la voluntad.

El Código Civil alemán de 1900, que marca otro hito en la codificación civil e impulsa la doctrina moderna, mantuvo este mismo criterio informante, pues llega a establecer que "en la interpretación de una declaración de voluntad ha de investigarse la voluntad real y no atender el sentido literal de la expresión" (art. 133), pese al pensamiento de los pandectistas alemanes de finales del siglo XIX y a la aparición de las ideas de Danz, para quien el intérprete de un negocio jurídico nada tiene que ver con la intención o voluntad

(6) Lecciones de Derecho Civil, pág. 58.
(7) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, págs. 409 y 410.
(8) Lecciones de Derecho Civil, págs. 58 y 59.

real de los declarantes, sino que debe darle a la declaración el sentido que mejor se adecue al rol que el negocio jurídico debe cumplir.

A partir, pues, de las ideas de Danz, las teorías imperantes para dar sustento a los criterios de interpretación, se bifurcan. De un lado, la teoría de la voluntad interna, sostenida por la doctrina francesa y plasmada en el Code Civil y en la codificación sobre la que ejerció influencia, incluido el Código alemán, aunque ajeno a la influencia napoleónica; y, de otro lado, la de la voluntad declarada, sostenida por la doctrina alemana, en discrepancia con la posición asumida por el BGB, esto es, por los seguidores de Danz.

La dualidad expuesta ha dado lugar a los criterios interpretativos en relación a los cuales ha tomado posición la codificación civil (Infra Nº 116), pero, antes, nos vamos a detener en las teorías que les dan sustento.

115. TEORIAS QUE SUSTENTAN LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS

Como acabamos de exponer, los criterios interpretativos se fundamentan en dos teorías que, aunque extremadamente opuestas y hasta inconciliables, han servido de sustento a la codificación civil y, como en el caso del Código Civil vigente en nuestro país, con algunos matices orientados a atemperar su rigor.

Lo que ambas teorías plantean es una respuesta a la interrogante sobre la prevalencia de la voluntad interna o de la voluntad manifestada cuando falta la coincidencia entre ambas o surge el desacuerdo respecto del contenido del acto jurídico, pues para una, la Teoría de la Voluntad, la voluntad declarada sólo puede tener eficacia en la medida en que refleja la voluntad interna, mientras que para la Teoría de la Declaración, la voluntad interna no tiene relevancia jurídica, pues lo único que importa es su exteriorización, ya que sólo a través de ella se debe tomar conocimiento de la voluntad del sujeto.

115.1. La Teoría de la Voluntad

Es la teoría tradicional sostenida por la doctrina francesa y que se remonta a los jurisconsultos romanos. En Roma, en una etapa avanzada de su Derecho, cuando como reacción al rigor formalista aparece el fenómeno de la espiritualización, la idea de la prevalencia de la voluntad atenuó el principio que hacía depender la eficacia de los actos jurídicos de las formas rituales, determinando la aparición de los contratos consensuales.

Esta teoría, además de la doctrina francesa, recibe el aporte que le da Savigny, para quien había que atender siempre a la voluntad interna.

De la relevancia de la voluntad interna se derivó el planteamiento relativo a la necesidad de indagar sobre las condiciones psico-físicas de los sujetos y sobre el proceso volitivo que los había llevado a la manifestación, dando lugar a la incapacidad legal fundada en deficiencias psico-somáticas y a la concepción de los vicios de la voluntad (Infra Nº 170).

Para esta teoría, en suma, la voluntad interna debe prevalecer sobre la manifestación, ya que no puede haber eficacia jurídica si no hay una voluntad exteriorizada coincidente con la voluntad interna. La declaración sin una voluntad que le corresponda, afirmó Coviello[9], no es más que una máscara, un cuerpo sin alma.

115.2. La Teoría de la Declaración

Es la teoría desarrollada por el movimiento pandectista de la segunda mitad del siglo XIX, en los prolegómenos del Código Civil alemán y sostenida por Danz y la doctrina alemana, pese a la posición subjetivista que adoptó el BGB. Se funda en criterios opuestos a los de la Teoría de la Voluntad y, por tanto, conduce a opuestas consecuencias.

Sostiene la prevalencia de la voluntad manifestada sobre la voluntad interna, pues considera que ésta, en sí misma, no tiene significado jurídico ya que los efectos jurídicos se producen con su exteriorización. Para el Derecho se debe tener en cuenta exclusivamente la manifestación, que es la que vincula al sujeto, pues el que la recibe tiene derecho a creer que corresponde a la voluntad real del declarante. Sólo la declaración debe ser apreciada para interpretar el negocio jurídico.

115.3. La conciliabilidad de ambas teorías

Tanto la Teoría de la Voluntad como la Teoría de la Declaración son contrapuestas, por lo que se considera que ambas llegan a resultados de sumo rigor y que pueden dar lugar a situaciones injustas. La Teoría de la Voluntad le niega a quien recibe la manifestación el valor de sus expectativas o la confianza puesta en la manifestación que ha recibido, poniéndolo en la necesidad de hasta admitir la reserva mental con la que pueda actuar el manifestante. La Teoría de la Declaración, por el contrario, al hacer prevalecer la declaración le niega al manifestante la relevancia de los factores perturbadores que puedan haber afectado el proceso formativo de su voluntad.

Frente al rigor de las dos Teorías, la doctrina ha buscado siempre conci-

(9) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 407.

liarlas a fin de conciliar también el conflicto de intereses entre quien manifiesta su voluntad, que puede estar interesado en que no valga, y el destinatario de la declaración, que puede estar interesado en hacerla valer. Por ello, como concluye Messineo[10], el carácter absoluto y la inconciliabilidad de las dos Teorías debe llevar a atenuaciones.

Es así, que la doctrina ha planteado alternativas teóricas, como la de la Responsabilidad, formulada por Ihering y según la cual todo sujeto es responsable por lo que declara quedando obligado a indemnizar por la ineficacia de su declaración, y la de la Confianza, según la cual quien recibe una declaración la debe recibir como plenamente válida y eficaz y, por ello, enfatiza la preservación de la buena fe.

116. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACION EN LA CODIFICACION CIVIL

Aun cuando hemos hecho referencia a los Códigos francés y alemán, que marcan sendos hitos en la historia de la codificación civil, pasamos ahora a considerar los criterios de interpretación incorporados a la codificación civil, haciendo énfasis en los códigos que han influido en la nuestra.

116.1. El Código Civil francés

El Código francés, que como lo hemos advertido (Supra Nº 3.1), no legisló sobre el acto jurídico sino sobre la convención, al hacerlo sobre la interpretación de ésta estableció que: "En las convenciones se debe averiguar cuál ha sido la común intención de las partes, más bien que fijarse en el sentido literal de los términos" (art. 1156), norma que, como puede apreciarse, acoge la tesis voluntarista y constituye un principio general; y que "cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se debe más bien entenderla en aquel en que puede tener algún efecto, que en el sentido que no podría producir ninguno" (art. 1157); que "los términos susceptibles de dos sentidos deben entenderse en el sentido que más convengan a la materia del contrato" (art. 1158); que "lo ambiguo se interpreta con lo que es de uso en el país donde el contrato se ha celebrado" (art. 1159); que "son supletorias al contrato las cláusulas que son de uso, aun cuando no se hayan expresado" (art. 1160); que "todas las cláusulas de las convenciones se interpretan las unas por las otras, dándosele a las dudosas el sentido que resulta de las demás" (art. 1161); que "en la duda se interpreta la convención contra quien ha estipulado y en favor de quien contrajo la obligación" (art. 1162); que "por generales que sean los términos en que está concebida una convención no comprende más que las cosas sobre las cuales las partes se han propuesto con-

(10) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, págs. 363 y 364.

tratar" (art. 1163); y, que "cuando en un contrato se expone un caso para explicar la obligación, no debe reputarse que se ha querido restringir el alcance de la obligación a los casos no manifestados" (art. 1164).

El principio general contenido en el art. 1156 del Code Civil fue interpretado por la doctrina clásica francesa como expresión de un criterio individualista y subjetivo. Sin embargo, autores modernos han tenido algunas reacciones atemperadoras, como Josserand[11], quien, comentando el principio general, estima que no debe verse más que una base, un punto de referencia, un medio de revelación, que permita llegar hasta "la común intención de las partes", llegando a calificar el criterio del Código como un sistema ecléctico, a la vez subjetivo y extrínseco, tanto como intrínseco.

116.2. El Código Civil argentino

El Código Civil argentino, que guardó originalidad respecto al Código francés, no dio contenido a normas de interpretación, pues Vélez Sarsfield asumió posición contraria a legislar sobre las mismas. Sin embargo, a partir de la reforma de 1968 mediante la Ley Nº 17711, la doctrina argentina ha comenzado a ver en el art. 1198 una norma de interpretación que no veía en el texto original, lo que nos releva de mayor comentario en razón de que la influencia de la obra de Vélez Sarsfield se dio en nuestro Código Civil de 1936.

116.3. El Código Civil alemán

El Código alemán, como lo hemos indicado anteriormente, pese a la doctrina de los pandectistas precursores y a las ideas de Danz, contiene en su art. 133 una norma que pone de manifiesto también un criterio voluntarista pues, según ella, "En la interpretación de una declaración de voluntad ha de investigarse la voluntad real y no atender al sentido literal de la expresión". Sin embargo, este criterio, como hemos indicado, no fue el de los pandectidas germanos, con excepción de Savigny, y no ha sido seguido por la doctrina alemana.

En efecto, Enneccerus[12], uno de los más caracterizados comentaristas del BGB, sostiene que la finalidad de la interpretación consiste en determinar el verdadero sentido de la declaración, tal como resulta de todas las circunstancias externas o internas que se han de tomar en cuenta y, en referencia concreta a la norma del art. 133, fue de opinión que la voluntad interna sólo

(11) Derecho Civil. T.II, págs. 174 y 175.
(12) Tratado de Derecho Civil. T.I. Segunda Parte. Vol. 2, págs. 797 y 798.

puede ser decisiva para la interpretación en cuanto haya tenido expresión en la declaración. Puede apreciarse, pues, en la posición asumida por Ennecerus, cómo las ideas de Danz condujeron a rebasar la norma positiva.

Similar parecer ha expuesto Larenz[13] para quien el principio de la interpretación no puede ser inferido del Código Civil, sosteniendo que si el art. 133 remite al intérprete a la voluntad real del declarante, tal remisión puede ser válida para las declaraciones recepticias y sólo en cuanto el destinatario conociera la voluntad interna expresada en la declaración, esto es, el significado dado por el declarante; y, si el destinatario ha entendido la declaración en sentido distinto del dado por el declarante, es decisivo el significado que el destinatario pudo y debió necesariamente comprender, por lo que si el destinatario no puede atenerse simplemente al sentido literal de la declaración, está obligado, conforme a la buena fe, a averiguar lo que ha pretendido decir el declarante.

116.4. El Código Civil brasileño

El Código Civil brasileño, que siguió el modelo alemán, adoptó una regla igual a la del art. 133 del BGB en su art. 85: "En las declaraciones de voluntad se atenderá más a la intención que al sentido literal del lenguaje". Sin embargo, también la doctrina brasileña trata de darle un sentido a la norma que, respetando la voluntad interna, la conjugue con elementos externos, como apunta Da Silva Pereira[14].

116.5. El Código Civil italiano

El Código italiano, que como lo hemos indicado (Supra Nº 3.3) no legisla sobre el negocio jurídico, contiene normas de interpretación en relación al contrato y, a pesar de ser considerado un modelo de Código moderno, el sistema que ha adoptado no es distante del criterio voluntarista, aunque lo atempera bastante. Así, precisa que "al interpretar el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras" y que "para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del contrato" (art. 1362); que "las cláusulas del contrato se interpretarán las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del conjunto de todas" (art. 1363); que "por generales que fueren las expresiones usadas en el contrato, éste no comprende sino los objetos sobre los que las partes se han propuesto contratar" (art. 1364); que "cuando en un

(13) Derecho Civil. Parte General, págs. 458 y 459.
(14) Institucoes de Direito Civil. Vol.I, págs. 316 y sigtes.

contrato 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" (art. 1365); que "el contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe" (art. 1366); que "en la duda, el contrato o cada una de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido en que puedan tener algún efecto y no en aquél según el cual no tendrían ninguno" (art. 1367); que "las cláusulas ambiguas se interpretarán de acuerdo con lo que se practique generalmente en el lugar en el que el contrato haya sido concluido" (art. 1368); que "las expresiones que puedan tener varios sentidos deberán, en caso de duda, entenderse en el sentido más conveniente a la naturaleza y al objeto del contrato (art. 1369); que "las cláusulas insertas en las condiciones generales de contratación o en formularios dispuestos por uno de los contratantes se interpretarán, en el caso de duda, a favor del otro" (art. 1370); y, que cuando el contrato, pese a las reglas anteriores, continúe siendo oscuro, "deberá éste ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuese a título gratuito, y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes, si fuese a título oneroso" (art. 1371).

De las normas que hemos reseñado la que establece el principio general es la del art. 1362, en relación a la cual Barbero[15] considera que más que dictar un criterio de procedimiento para la indagación interpretativa, define la interpretación misma que, en sustancia, no debe entendérsela como reconocimiento del sentido literal de las palabras sino como indagación de la intención negocial. Sin embargo, esta opinión no es la generalizada, pues otros autores se orientan decididamente por un criterio objetivista. Así, Messineo[16] que si bien considera que el art. 1362 plantea una interpretación subjetiva y que debe predominar sobre la objetiva, para reconstruir la "común intención" debe valorarse el comportamiento conjunto observado por las partes, aun posteriormente a la conclusión del contrato, y tenerse en cuenta las circunstancias en que las declaraciones de voluntad fueron emitidas. Betti[17] va más allá: sostiene que el objeto de la interpretación no es la voluntad interna, haya sido manifestada o bien quede sin expresión, sino la declaración o el comportamiento, encuadrados en el marco de circunstancias que les confiere significado y valor. Y, en referencia concreta a la norma del art. 1362, el mismo Betti agrega que para aplicar este criterio a los contratos y a los negocios bilaterales en general, el objeto de interpretación en estos negocios son las declaraciones intercambiadas y los comportamientos recíprocamente seguidos y manifestados por las partes, encuadrados en las circunstancias que comprenden, tanto las negociaciones de las que ha resul-

(15) Sistema de Derecho Privado. T.I, pág. 609.
(16) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 490.
(17) Teoría General del Negocio Jurídico. págs. 250 y 251.

tado la conclusión del negocio, como la manera en que posteriormente se ha observado el negocio celebrado. Similar criterio es expuesto por Stolfi[18].

Es importante considerar también que para otros doctrinarios italianos, como Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli[19], más que en el art. 1362 hacen énfasis en el art. 1366, estimando que, por remitir la interpretación a la buena fe, lo califican de "criterio general de valoración", pues conjuga los criterios subjetivista y objetivista.

Como puede apreciarse, pues, el criterio imperante en los Códigos francés, alemán, brasileño e italiano es el voluntarista o subjetivista, mientras que la doctrina ha ido atemperándolo y orientándose hacia la conjugación con un criterio objetivista. Veamos cuál es la posición de nuestra codificación civil y el de la doctrina nacional.

117. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACION EN NUESTRA CODIFICACION CIVIL Y SU EVOLUCION

El Código Civil vigente ha definido una posición y ésta se expresa en el art. 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". Ha plasmado, así, un criterio informante y, por ello, es imprescindible detenernos en sus antecedentes.

117.1. El Código Civil de 1852

El Código Civil de 1852, como ya lo hemos indicado (Supra Nº 3.5.a), ignoró la Teoría del Acto Jurídico, por lo que la cuestión relativa a la interpretación la consideró respecto de los contratos y evidenció una posición voluntarista, como no podía ser de otra manera en razón de la influencia del Código Napoleón: "Para la mejor inteligencia e interpretación de las cláusulas dudosas de un contrato, debe investigarse cuál fue la intención de las partes al celebrarlo. Concurren al conocimiento de esta intención el sentido de las demás cláusulas del contrato o de otros contratos semejantes celebrados por la misma persona, las costumbres del lugar y todas las demás circunstancias que contribuyan al mismo fin".

117.2. Prolegómenos al Código Civil de 1936

Planteada la reforma del Código del siglo pasado, Manuel Augusto

(18) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 188.
(19) Derecho Civil, T. I, Vol. 2, págs. 987 Y 988.

Olaechea[20] asumió una posición voluntarista y tomando como fuente el art. 85 del Código Civil brasileño (Supra Nº 116.4) planteó una norma en la que establecía que "En las declaraciones de la voluntad se atenderá más a su intención que al sentido literal del lenguaje", explicándola en que era algo más que una regla de interpretación, "porque confirma el principio espiritualista de que lo esencial en todo acto jurídico es la voluntad humana". La propuesta fue observada por Pedro M. Oliveira[21], la que luego de debatirse quedó aprobada en sus términos originales[22].

La norma propuesta por Olaechea fue eliminada posteriormente, sin explicación, pues no apareció en el Proyecto de Código Civil presentado a la Comisión Revisora. Pero la información que consignamos es importante porque evidencia que los autores del Código Civil de 1936 estuvieron muy próximos a afiliarlo a la Teoría de la Voluntad. Sin embargo, es conveniente también evidenciar que hubo un cambio radical de criterio, pues el propio Olaechea en su Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil[23] precisa que se omitía fijar reglas de interpretación pues "los problemas de este orden tienen una gran variedad y se hayan subordinados por su naturaleza a la práctica jurisprudencial. El arbitrio del Juez es indispensable tratándose de procesos de lógica y de hechos de la vida apreciables en su momento, en su medio y en su circunstancia. Las normas preconstituidas conducirían en muchos casos a aplicaciones contrarias a la justicia".

Fue así que los codificadores no introdujeron normas de interpretación al ordenamiento civil que vino a derogar el Código de 1852.

117.3. El Código Civil de 1936 y la posición de la doctrina nacional

El Código Civil de 1936 fue promulgado con la motivación expuesta por Olaechea. Sin embargo, la doctrina nacional encontró en su art. 1328, instalado en las disposiciones generales de los contratos, una norma de interpretación en cuanto postulaba que "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

Angel Gustavo Cornejo[24], que fue comentarista del Código Civil de 1852 y uno de los primeros del de 1936, consideró que el art. 1328 atempe-

(20) Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano. Cuarto Fascículo. pags. 205 y sigtes.
(21) Ibídem. págs. 277 y sigtes.
(22) Ibídem. Quinto Fascículo. págs. 148 y sigtes.
(23) Págs. 34 y 35.
(24) Código Civil. Exposición Sistemática y Comentario. T.I. pág. 235.

raba el absolutismo de la Teoría de la Voluntad y vio en él una norma de equidad para evitar los abusos que podía producir una investigación rigurosa de la voluntad interna.

León Barandiarán, por no haber el Código Civil de 1936 dado contenido a disposición alguna sobre la interpretación del acto jurídico la trató en sus Comentarios como una "cuestión complementaria"[25] y en su desarrollo consideró que los contratos, en atención al art. 1328, debían interpretarse conforme a los principios de la equidad y de la buena fe. Y en su exégesis del art. 1328[26], afirmó que el principio destacado es el de la buena fe, en cuanto supone como premisa lógica la justicia y la equidad, y que dentro de un concepto ortodoxo acerca de la autonomía de la voluntad era muy difícil admitir la modificación en los términos en que fue plasmado el contrato. Agregó –con la visión tan propia del maestro– que hoy, tal punto de vista está superado, como que responde a una apreciación individualista del Derecho, pues éste se aprecia limitado y supeditado por los imperativos del interés social. De ahí –concluyó– que no puede considerarse a la mera voluntad individual que se expresa en un acto contractual, como capaz de engendrar derechos y correlativas obligaciones que atenten contra las recomendaciones de la equidad y de la buena fe, al hacerse exigibles aquéllas. Frente a las teorías de la voluntad y de la declaración, León Barandiarán[27] planteó una solución ecléctica: la voluntad interna debía prevalecer sobre la declaración en las relaciones *interpartes*, pero la declaración debía prevalecer frente a la voluntad cuando se tratara de derechos de terceros fundados en la declaración. Por último[28], en relación con el numeral 1328, ha reiterado su opinión en cuanto a que el negocio debe interpretarse de acuerdo a la buena fe, pero que ésta debía de entenderse en sentido objetivo, es decir, valorando la conducta observada por las partes, a base de una recíproca lealtad, en cuanto a las consecuencias que debían entenderse como resultado del compromiso jurídico respectivo.

La doctrina nacional ha girado en torno a las ideas de Angel Gustavo Cornejo y, fundamentalmente, a las de León Barandiarán, que, con matices, han sido tomadas por Enrique García Sayán[29], Felipe Osterling Parodi[30] y también Jorge Muñiz Ziches[31]. Sin embargo, un autor de la talla de Jorge Eugenio Castañeda[32], atendiendo a la posición asumida por Olaechea, afir-

(25) Acto Jurídico, págs. 90 y sigtes.
(26) Tratado de Derecho Civil. T.IV, págs. 59 y 60.
(27) Manual del Acto Jurídico, pág. 17.
(28) Curso del Acto Jurídico, pág. 18.
(29) Las nuevas tendencias en el Derecho Contractual y la Legislación Peruana. Lumen, Lima, 1942.
(30) La Revisión de los Contratos por el Poder Judicial, en Nuevas Orientaciones del Derecho. Rev. del Foro, Lima, 1965.
(31) Interpretación de los Contratos Civiles. Tesis de Bachiller. PUC. Lima, 1976.
(32) Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de los Contratos. T.I, pág. 190.

mó que el Código de 1936 no dio contenido a ninguna regla sobre interpretación contractual.

Atendiendo, pues, a las ideas de Angel Gustavo Cornejo y de León Barandiarán, el criterio de interpretación del Código Civil de 1936, según la doctrina mayoritaria, estuvo referido a los principios de la equidad y de la buena fe, esta última entendida en un sentido objetivo. De este modo, por obra de la doctrina, se integró la laguna creada por la "voluntad del legislador", pero la integración era respecto de los contratos y, por extensión, a la generalidad de los actos jurídicos bilaterales, patrimoniales o no, pero sin integrarse respecto de los actos jurídicos unilaterales.

En lo relativo a los actos unilaterales, León Barandiarán(33), siguiendo a Danz, consideró que también las declaraciones unilaterales de voluntad debían interpretarse conforme a los principios del art. 1328. Con un claro criterio objetivista, señaló que en las declaraciones no recepticias (*ad exemplum*, promesa de pública recompensa) la interpretación debía hacerse habida cuenta de las circunstancias conocibles por las personas que podían tomar en cuenta la declaración, por sus términos literales, por lo mismo que es un tanto despersonalizada, pues no tiene destinatario concreto. En cuanto a las declaraciones recepticias, consideró el maestro que era decisorio el sentido racionalmente atribuido por el destinatario de la declaración.

117.4. La orientación de la reforma del Código de 1936

Hemos visto que ante la falta de un criterio interpretativo previsto en el Código Civil de 1936, León Barandiarán postuló una doctrina integradora, de la que hay que destacar el planteamiento de una fórmula distinta, apartada de la dicotomía voluntad-declaración, como la doctrina en general había planteado la solución al problema relativo a la interpretación, aunque, según puede percibirse, con una clara orientación objetivista.

La directriz, como no podía ser de otra manera, tuvo en consideración la posición de León Barandiarán que fue dominante en la doctrina nacional y los aportes que se generaron durante el proceso de la reforma del Código de 1936, durante el cual se formó conciencia de la necesidad de incorporar normas de interpretación. El Proyecto de la Comisión Reformadora planteó siete normas para el tratamiento de la interpretación del acto jurídico, las que al final la Comisión Revisora redujo a tres, lo que constituyó, en opinión de Max Arias Schreiber "un acto de parquedad insatisfactorio"(34).

(33) Acto Jurídico, págs. 96 y sigtes.
(34) Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. T.I, pág. 85.

118. LAS NORMAS DE INTERPRETACION DEL CODIGO CIVIL

El Código Civil introdujo, pues, una sustancial innovación al incorporar normas para la interpretación del acto jurídico y con ellas dar contenido al Título IV de su Libro II. Se trata de los arts. 168, 169 y 170, el primero de los cuales contiene el criterio adoptado y que constituye el principio general complementado por los dos restantes, los cuales, por su ubicación sistemática son aplicables a la generalidad de los actos jurídicos, sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales.

118.1. El criterio adoptado como principio general

Con la noción incorporada al art. 140 el Código Civil ha dejado precisado que el acto jurídico "es una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas", lo que puede dar lugar a considerar que hay una marcada aproximación a la Teoría de la Declaración y que, sin ambages, se deja de lado la ambigüedad del Codificador de 1936. Y, si se toma en consideración el tenor de la norma contenida en el art. 168, según la cual "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe", puede acentuarse aún más la aproximación al criterio objetivo. El acotado art. 168 fue obra de la propia Comisión Revisora(35).

El Código ha definido una posición. Las relaciones entre la voluntad y su manifestación y la determinación del sentido de ésta se rigen por lo declarado, sin que la referencia al principio de la buena fe atenúe el criterio objetivista.

Puede inferirse, entonces, que el criterio objetivista que ha adoptado el Código Civil constituye el principio general de interpretación. En aplicación de este principio, la interpretación no puede orientarse a la indagación de la voluntad real, no declarada, sino a precisar la voluntad manifestada partiendo de una necesaria presunción de que esta última corresponde a la intención del celebrante o celebrantes del acto jurídico. Pero no se trata de excluir la voluntad interna a la vista de lo declarado, sino de interpretar el acto "de acuerdo con lo que se haya expresado en él". No vemos, pues, en la posición del Código una posición extrema en cuanto que el intérprete tenga que ceñirse a lo expresado y nada más, máxime si tiene que aplicar el principio de la buena fe.

Ya hemos advertido que, en nuestra opinión, el Código Civil parte del

(35) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 160 y 161.

supuesto de que la voluntad manifestada da contenido a la voluntad real. Por eso, de lo que se trata mediante el art. 168 es evitar la indagación de la voluntad interna sin un marco de referencia que viene a ser determinado por "lo expresado" para la formación del acto jurídico. Y es a través de "lo expresado" como se debe determinar la voluntad interna, esto es, la finalidad perseguida por el sujeto que ha celebrado el acto o el negocio. La opinión que dejamos expuesta y las que hemos vertido anteriormente[36] son coincidentes con la de Max Arias-Schreiber[37] y de Carmen Arana[38].

La manifestación de voluntad que constituye el acto jurídico, según la noción incorporada al art. 140, es el resultado del proceso formativo de lo que hemos denominado "voluntad jurídica" (Supra Nº 36), que es la voluntad interna exteriorizada, precisamente, mediante la manifestación y, por ello, debe guardar una perfecta correlación con la voluntad interna o real. Además, existe un elemento subjetivo entre los requisitos de validez del acto jurídico como es el fin lícito, que hemos preferido denominar finalidad (Supra Nº 56), y que también necesita ser evidenciado con la manifestación de la voluntad. La interpretación de "lo expresado", entonces, está dirigida a evidenciar estos elementos subjetivos pero sólo en la medida en que hayan quedado contenidos dentro de la manifestación de la voluntad. El intérprete, pues, no tiene aptitud para una indagación libre de la voluntad del manifestante, sino que está restringido por "lo expresado".

"Lo expresado" debe ser focalizado en la labor hermenéutica. Su significado, sentido y alcance, en cuanto a su determinación, es la tarea del intérprete, quien debe atenerse a la forma empleada, pues la voluntad puede ser manifestada mediante expresión oral, escrita o mímica, así como expresa o tácitamente, aplicando al efecto las reglas del art. 141 del Código Civil, por lo que queremos enfatizar que no sólo "lo expresado" por escrito puede ser objeto de la interpretación, pero lo que realmente es propio de la labor del hermeneuta es la manifestación de voluntad que queda materialmente plasmada.

La manifestación de voluntad, que es el sustrato del acto jurídico, le da, al mismo tiempo, su contenido normativo. Por eso es que el art. 168 dispone que "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él...". De ahí, que la labor hermenéutica consista en establecer cómo es que se ha querido crear, regular, modificar o extinguir la relación jurídica objeto del acto. El intérprete, entonces, podrá hacer uso de diversos métodos de interpretación, como pueden ser el gramatical, el lógico, el siste-

(36) Ibídem. T.IV y en Teoría General del Acto Jurídico.
(37) Exégesis del Código civil Peruano de 1984. T. I, pág. 91.
(38) La Interpretación del Acto Jurídico, pág. 324.

mático, el histórico, el analógico y el de los usos y costumbres, todos orientados a esclarecer "lo expresado" como reflejo de la voluntad interna del manifestante. Pero todos ellos, conforme al art. 168, están sometidos al principio de la buena fe.

El principio de la buena fe es el que gobierna toda la labor de hermenéutica. Pero no debe entenderse como la buena fe del intérprete. Se trata de la buena fe de los manifestantes de la voluntad que constituye el contenido del acto jurídico bilateral o plurilateral y, en el caso del acto unilateral, también de la de su destinatario. El principio de la buena fe lo vinculamos, por eso, a la correlación entre lo que se quiere y lo que se manifiesta, y, también, al comportamiento de los que por su vinculación al acto jurídico son partes de la relación jurídica a crearse, regularse, modificarse o extinguirse. Es una buena fe que debe evidenciarse ante el intérprete y éste no la puede apreciar de otro modo que no sea "en lo expresado" y "desde lo expresado" para su valoración objetiva.

La doctrina le reconoce a la buena fe dos sentidos: uno subjetivo y otro objetivo. Según Puig Brutau[39], la buena fe en sentido subjetivo se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen, como cuando el sujeto actúa pensando que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico, mientras que con la buena fe en sentido objetivo de lo que se trata es de juzgar la conducta del individuo, pero a base de tener en cuenta si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto. Así, en este caso, la buena fe objetiva constituye un criterio de valoración, un *standard* o prototipo de conducta que tipifican la honradez en las relaciones jurídicas, preferimos expresar nosotros.

El principio de la buena fe, en nuestra opinión, significa la observancia de deberes de fidelidad para que exista la debida correlación entre lo que se quiere y lo que se manifiesta, para que lo manifestado exprese lo querido como sustento indispensable de toda relación jurídica nacida de la autonomía de la voluntad. Y es este principio, conforme al art. 168, el que gobierna la labor hermenéutica y el que necesariamente debe considerar el intérprete en la valoración de la conducta de los manifestantes de la voluntad y de sus destinatarios.

La plasmación del principio de la buena fe en el art. 168 orienta la interpretación hacia la equidad, a que el intérprete se guíe por un criterio de conciencia, equilibrando "lo expresado" con la conducta de las partes. Esta *ratio legis* la deducimos de los fundamentos doctrinales básicos a los que nos he-

(39) Introducción al Derecho Civil, págs. 415 y 416.

mos referido al hacer el recuento de la posición de León Barandiarán y de la doctrina nacional (Supra Nº 117.4) y que, a nuestro juicio, creemos que motivó a la Comisión Revisora para adoptar la norma que contiene el principio general para la interpretación de los actos jurídicos. Por eso, el hermeneuta, ateniéndose a "lo expresado" podrá aplicar cualquier método de interpretación pero, la interpretación misma, queda regida por el principio de la buena fe.

118.2 Las normas complementarias

Al principio general del art. 168 siguen las normas complementarias de los arts. 169 y 170, que contienen respectivamente el criterio de interpretación interdependiente o sistemático y el de la interpretación teleológica o finalista.

118.2.a. El método de la interpretación interdependiente o sistemático

El Art. 169 según el cual "las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulta del conjunto de todas", no tiene antecedente en nuestra codificación civil y fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[40], en relación a la cual han explicado Manuel de la Puente y Susana Zusman[41], que el dispositivo recurre a la denominada interpretación interdependiente o sistemática para excluir la posibilidad de que se hayan querido pactos contrarios o contradictorios entre sí, de tal manera que cada cláusula deberá enmarcarse dentro del conjunto del acto jurídico, por lo cual para encontrar el sentido de cada una de ellas es necesario examinarlas todas, pero que tampoco debe darse a las cláusulas una dependencia tal como para que el acto jurídico deba caer, en su totalidad, si una de las cláusulas fuera nula; y que, si pese a intentarse, *no es posible armonizar una cláusula con las demás*, será necesario sacrificarla, pero para ello debe ser evidente que es rigurosamente inconciliable.

El criterio de la interpretación interdependiente o sistemática ha tenido asiento, y sigue teniéndolo, en toda la codificación civil, pues lo encontramos en el Código francés (art. 1161) y en el Código italiano (art. 1363), para sólo mencionar los que tienen entroncamientos con nuestra codificación. De ahí, que pueda ser considerado como un principio general informante en materia de interpretación y que el acto jurídico deba entenderse en el conjunto de sus disposiciones o cláusulas.

(40) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. pág. 192.
(41) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, págs. 61 y 62.

León Barandiarán[42] afirmó que las cláusulas de un negocio han de interpretarse vinculando unas con otras, en cuanto a encontrar el sentido integral que representa el negocio y que la regla se halla justificada en base a que el negocio debe constituir un acto integral, de suerte que las cláusulas que lo componen han de relacionarse por tal causa, conduciendo así a una interpretación racionalmente complementaria, pues es de lógica coherencia que una cláusula no puede tomarse con un significado anárquico, sino a la luz de la unidad ontológica que pertenece al negocio.

El principio de la interpretación interdependiente o sistemática, pues, hace que el hermeneuta vea el conjunto de la manifestación de voluntad como una unidad y que, en caso de disposiciones o cláusulas contradictorias las armonice, evitando interpretaciones aisladas y, más bien, las integre al sentido de las demás, con las que deben formar un conjunto unitario. El principio también rige cuando se trata de interpretar dos o más actos jurídicos vinculados entre sí, aun cuando el tenor del art. 169 parezca que sólo es aplicable a un acto jurídico en particular.

Por último, el sentido integralista de la interpretación interdependiente esta imbuido de una finalidad conservacionista en cuanto a todos los aspectos, disposiciones o cláusulas del acto a interpretarse. De este modo, ha de preservarse el acto en cuanto a su validez y eficacia frente a cláusulas o disposiciones contradictorias, viciadas o nulas.

118.2.b. La interpretación finalista

El Art. 170, que es el tercero que da contenido a las normas de interpretación contempladas en el Código Civil, establece que "Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto", en relación al cual debemos advertir que la locución objeto debe entenderse como finalidad, pues se trata, propiamente, de la finalidad del acto (Supra Nº 56) y no de su objeto (Supra Nº 51). La norma está tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[43] y también puede considerarse como un principio general informante en materia de interpretación pues tiene asiento en la codificación civil y lo contienen el Código francés (art. 1158) y el Código italiano (art. 1369).

Como puede apreciarse del tenor del numeral, el criterio informante es objetivo, pues la norma está referida a la interpretación de "lo expresado", ya que de otro modo no partiría del supuesto de "expresiones que tengan va-

(42) Curso del Acto Jurídico, pág. 18.
(43) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 162 y 163.

rios sentidos". Estamos por eso, de acuerdo con De Cossio[44], quien afirma que sería extraordinariamente peligroso convertir el proceso de interpretación en algo puramente subjetivo, ya que el contrato –el acto jurídico diríamos nosotros–, una vez perfeccionado, cobra una cierta autonomía e impone sus propias exigencias, por lo que si las palabras que pueden tener distintas acepciones deben ser entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y finalidad del contrato.

Lohmann[45] considera también que el objeto a que alude el numeral 170 no es la cosa material sino el objetivo que el agente se propuso regular con su precepto a través de un cierto negocio. Considera que el vocablo objeto quiere aludir a los temas o asuntos en cuanto finalidad objetiva. Y así, pone como ejemplo que si el negocio cuya declaración de voluntad se ha de interpretar alude a la traslación de dominio de dos fincas, lo que ha de ser materia de la 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. Para evitar esta confusión fue que en el Anteproyecto De la Puente-Zusman se empleo el vocablo "finalidad"[46].

En lo que atañe a la "naturaleza del acto", como lo sostiene Lohmann[47], debe entenderse a la especie negocial a la que se puede adscribir y, de este modo, ciertas disposiciones, como "da" o "entrega" deben tener el significado que pueda colegirse del conjunto de la declaración o del comportamiento y entendérseles como que se trata de vender, alquilar o donar.

Aparte de los aspectos referidos, lo que la norma persigue es resolver dudas resultantes de la confusión de ideas que determine una imprecisión del vocabulario utilizado en la manifestación. La norma, como explicaron Manuel de la Puente y Susana Zusman[48] está orientada a corregir los efectos de la redacción defectuosa o del empleo impropio del lenguaje.

118.3. Otras normas de interpretación

Ya hemos destacado que por su ubicación sistemática las normas de interpretación y los criterios que las informan rigen la hermenéutica de la generalidad de los actos jurídicos, sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales. Sin embargo, el Código Civil da contenido a una norma de interpretación, en materia de contratos, en el art. 1401.

(44) Instituciones de Derecho Civil. I, págs. 283 y 284.
(45) El Negocio Jurídico, pág. 274.
(46) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág. 163.
(47) El Negocio Jurídico, pág. 275.
(48) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, pág. 63.

En efecto, según el acotado art. 1401, "Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[49], la que también antes de referirla al articulado de los contratos la consideró en el del acto jurídico[50]. Según expuso Max Arias Schreiber[51], la Comisión Revisora también analizó la posibilidad de remitir el art. 1401 a las reglas sobre interpretación contenidas en el Libro del Acto Jurídico antes de decidir su incorporación al articulado de los contratos, pero, como después lo ha aclarado el mismo Arias Schreiber[52], se trata, indudablemente, de un tema estrictamente relacionado con las cláusulas generales de contratación, por lo que su ubicación es pertinente, lo que es exacto, pues la *ratio legis* es muy clara y la norma tiene, además, un evidente fundamento de equidad en relación a los contratos que se celebran bajo cláusulas generales.

Adicionalmente, y en atención al antecedente del art. 1328 del Código de 1936 y la doctrina desarrollada a su alrededor (Supra Nº 117.3), es inevitable considerar como normas de interpretación los arts. 1361 y 1362, pese a que Arias Schreiber, su ponente ante la Comisión Reformadora, no los propuso como tales[53]. Pero el mismo calificado exégeta del Código vigente no puede dejar de considerarlos como normas de interpretación de los contratos, aunque en concordancia con los arts. 168, 169 y 170[54].

Así, pues, el Código no tiene más normas de interpretación que las reseñadas y salvo la interpretación de los contratos, la hermenéutica de la generalidad de los actos jurídicos debe hacerse en base a las normas de los arts. 168, 169 y 170, incluyendo los testamentos[55].

119. CARACTER DE LAS NORMAS DE INTERPRETACION

Existiendo normas de interpretación en el Código Civil es conveniente plantear la cuestión relativa a su carácter y preguntarse, como lo hace Stolfi[56]: ¿Constituyen las normas de interpretación meros criterios lógicos que son sugeridos al interprete? o ¿Son, por el contrario, verdaderas y propias normas del derecho que no puede el interprete infringir impunemente?

(49) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. II, pág. 252.
(50) Ibídem.
(51) Código Civil Peruano. Exégesis. T.I, pág. 153.
(52) Ibídem.
(53) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, págs. 457 y 458 y Comentarios al Proyecto del nuevo Código Civil, pág. 23.
(54) Código Civil Peruano. Exégesis. T.I, págs. 88 y sigtes.
(55) Vide, del autor, El Testamento como Acto Jurídico, en Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta, págs. 522 y 523.
(56) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 299.

Existen dos criterios contrapuestos sobre el carácter o naturaleza de las normas de interpretación. Así, para responder a la primera interrogante, las normas de interpretación son meras recomendaciones, pautas, para que el intérprete pueda establecer el verdadero sentido y alcance de la manifestación de voluntad; la segunda interrogante es respondida dando a las normas de interpretación un carácter de preceptivas, que el intérprete debe acatar imperativamente. La primera posición es la sustentada por la doctrina francesa y, la segunda, por la doctrina alemana, italiana y española moderna. Desde luego, que entre ambas posiciones extremas, se han planteado teorías de diversos matices.

Para la doctrina francesa, las normas de interpretación no pueden tener carácter imperativo pues su función es servir de pautas para que el intérprete pueda aplicar su prudente arbitrio. De ahí, que no considera la necesidad de incorporar tales normas a la codificación, pese a que el Código Napoleón las contiene. Josserand[57], comentándolas, las califica de directivas que llevan el sello del buen sentido y de la equidad, pero que son simples recomendaciones sin carácter obligatorio para el juez. De este modo, para los seguidores de estas ideas, quien deba interpretar un acto jurídico no se encuentra necesariamente obligado a aplicar las normas de interpretación, las cuales por su naturaleza, no resultan verdaderas normas jurídicas sino simples reglas técnicas destinadas a actuar como criterios directivos del prudente arbitrio del juez.

Según la doctrina italiana, las normas de interpretación tienen un efecto vinculante, obligatorio para el intérprete. Para Coviello[58], las normas interpretativas no deben mirarse como normas doctrinales, pues son verdaderas normas jurídicas, que constituyen criterios legales, y no simples criterios lógicos y, por eso, no pueden violarse impunemente. Según Stolfi[59], la característica peculiar de estas normas es formular un mandato, el cual no puede ser abandonado como si fuera un consejo. Para Messineo[60] las normas de interpretación son como actualmente se considera, de manera indiscutida –según afirma– después de haber superado la opinión que veía en ellas meros consejos o criterios confiados al arbitrio del intérprete en general y del juez en particular, verdaderas y propias normas coactivas cuya observancia, por lo tanto, es obligatoria. Betti[61] es radical al afirmar que la doctrina dominante en Italia es la única justa: la cuestión es sólo la de apreciar dónde reside el carácter imperativo de las normas de interpretación, es decir, si se trata de normas sólo formales, que derivan su contenido de máximas de experien-

(57) Derecho Civil. T.II. Vol. 1, pág. 176.
(58) Doctrina General Del Derecho Civil, pág. 456.
(59) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 300.
(60) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, págs. 483 y 484.
(61) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 247 y 248.

cia, o bien de verdaderas normas sustanciales, con un contenido idóneo de por sí para determinar la conducta de las partes, o la del juez al menos. Para Betti, las normas de interpretación contenidas en el Código italiano elevan a su contenido una exigencia ética de corrección social y tienden a prefijar al procedimiento hermenéutico un rumbo, una directriz, que expresa un principio valorativo, un juicio de valor. Se trata –concluye– de normas sustanciales, no formales ni procesales.

La moderna doctrina española es unánime también en cuanto a la imperatividad de las normas de interpretación, las que para Albaladejo(62) son verdaderas y propias normas jurídicas imperativas y considera que hay infracción a la ley cuando las declaraciones de voluntad no se interpretan como mandan los artículos del Código Civil.

Nuestro Código Civil ha incorporado las normas de interpretación siguiendo la corriente doctrinaria moderna y la que particularmente hemos relievado. Es imprescindible tener en cuenta que al incorporarlas, el Código ha asumido una definición: que sea el contenido de esas normas y no criterios distintos, los que rijan la interpretación del acto jurídico. De este modo, la interpretación queda sujeta al criterio impuesto por la ley y la hermenéutica del acto jurídico sometido a sus normas. Estas son, pues, imperativas y su omisión o violación genera la correspondiente cuestión de responsabilidad.

120. DESTINATARIOS DE LAS NORMAS DE INTERPRETACION

Por el hecho mismo de la incorporación de las normas de interpretación al Código Civil con el carácter de imperativas, sus destinatarios son las partes celebrantes del acto jurídico, y aun los terceros, los jueces y también los árbitros.

La doctrina que postula el carácter imperativo de las normas de interpretación es unánime en cuanto a señalar a sus destinatarios. Betti(63) precisa que los destinatarios son, en realidad, primeramente las partes que tienen el deber de hacerse cargo exactamente de los vínculos que contraen, para saber como arreglárselas, por ejemplo, en la ejecución del contrato y, en segundo lugar el juez cuando es requerido por las partes para resolver un litigio referente al negocio, a lo que nosotros agregamos que destinatarios también son los árbitros cuando son los llamados a resolver el conflicto. También se consideran destinatarios a los terceros interesados en la precisión del sentido y alcance de un acto jurídico determinado y, en general, en opi-

(62) El Negocio Jurídico, págs. 352 y 353.
(63) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 249.

nión de Albaladejo[64], destinatarios somos todos en virtud del carácter imperativo de las normas de interpretación.

Ahora bien, restringiendo el destino de las normas de interpretación, de un lado, a las partes, y, de otro, a los jueces –y por extensión a los árbitros–, se llega a la tradicional distinción de la interpretación en auténtica y en judicial o, más propiamente, jurisdiccional.

120.1. La interpretación auténtica

La interpretación auténtica es la que realizan las mismas partes celebrantes del acto jurídico mediante una declaración complementaria con la finalidad de precisar el sentido y alcance de las manifestaciones de voluntad que dieron lugar al acto jurídico en torno al cual se ha producido la desinteligencia.

La declaración interpretativa, en los actos bilaterales, constituye un acto jurídico nuevo, al cual Betti[65] llama negocio de constatación, el cual despliega una eficacia retroactiva entre las partes siempre que el negocio interpretado lo consienta, quedando a salvo, desde luego, los derechos que los terceros hayan adquirido en virtud del negocio precedente, cuando éste, según las normas legales de interpretación y los principios dominantes en la conciencia social tenía en realidad un significado diferente del que ha sido luego fijado con la interpretación auténtica.

El mismo Betti[66] explica cómo opera la interpretación auténtica en los actos unilaterales y bilaterales, con un criterio que nosotros compartimos. Tratándose de negocios unilaterales no recepticios, se precisa, y es suficiente, una declaración unilateral, la cual ha de considerarse parte integrante del negocio interpretado y constituye con él un negocio objetivamente complejo. En cambio, tratándose de negocios unilaterales recepticios o bilaterales, con un necesario destinatario de la manifestación de voluntad, la declaración interpretativa debe ser bilateral, constituyendo, como ya lo hemos señalado, el llamado acto o negocio de constatación.

120.2. La interpretación jurisprudencial

La interpretación jurisprudencial es la que realizan los órganos jurisdiccionales, sean jueces o árbitros, cuando por la desinteligencia de las partes

(64) El Negocio Jurídico, pág. 332.
(65) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 250.
(66) Ibídem.

de un acto jurídico, sea por oscuridad o ambigüedad de la manifestación de voluntad, se recurre a un órgano jurisdiccional para que establezca su sentido y alcance.

La interpretación jurisdiccional supone la instauración de un proceso judicial en el cual la sentencia, o el laudo si se trata de un proceso arbitral, que le pone fin da contenido a una interpretación del acto jurídico materia de la controversia, al cual se le han aplicado las normas de hermenéutica a las que, por su carácter de imperativas, queda sujeto el juez o árbitro. Lo resuelto resulta definitivo y obligatorio para los celebrantes del acto jurídico, o para quienes se deriven sus efectos.

121. CALIFICACION E INTEGRACION DEL ACTO JURIDICO

Según la doctrina dominante, la interpretación debe conducir a la calificación jurídica del acto y a la determinación de sus efectos. La calificación supone que el intérprete establezca si el acto jurídico interpretado reúne o no los elementos esenciales para su validez y, de reunirlos, si a su vez es posible subsumirlo en una categoría jurídica determinada, esto es, encontrar su tipicidad y su *nomen juris*. La interpretación viene a ser así una cuestión de hecho y la calificación una cuestión de derecho.

La calificación del acto jurídico debe conducir al intérprete a someterlo a un régimen legal determinado lo que, como es obvio, constituye una cuestión de derecho. La calificación es consecuencia de la interpretación y ella hace viable la aplicación del régimen legal aplicable permita integrar las lagunas o vacíos de la manifestación de voluntad y, por ese medio, integrar el acto jurídico, que es también una cuestión de derecho.

La calificación e integración del acto jurídico, como explicó León Barandiarán[67], en materia de interpretación de las declaraciones de voluntad se roza con la cuestión del diferente carácter de las reglas legales, pues colocan al intérprete frente a las normas imperativas y las normas supletorias.

La función integradora mediante la aplicación de las normas legales supone, pues, distinguirlas en imperativas y supletorias. En relación a las normas imperativas, si las partes expresan lo mismo, su expresión es irrelevante, y si expresan lo contrario, su expresión es ineficaz, no teniendo el intérprete nada que hacer, pues por el imperio de la norma la declaración en oposición a ella no puede prevalecer y deviene en ineficaz. La situación es diferente cuando las normas son supletorias, pues su función es integrar los

67) Acto Jurídico, pág. 98.

vacíos de la declaración. Así, por ejemplo, si se entrega un inmueble en posesión y el acto jurídico se interpreta y se califica como en un contrato de arrendamiento, y no de comodato, no habiéndose pactado si la renta debe pagarse por períodos vencidos o adelantados, integrándose el vacío debe entenderse que se ha convenido por períodos vencidos (art. 1676 Código Civil).

Capítulo X

LAS MODALIDADES DEL ACTO JURIDICO

Capítulo X

LAS MODALIDADES DEL ACTO JURIDICO

122. PREMISA

En el desarrollo de la estructura del acto jurídico hemos señalado entre sus elementos a los llamados elementos accidentales (Supra Nº 33). Indicamos que estos elementos no se ligan ni a la esencia del acto jurídico ni corresponden a la naturaleza propia de un acto determinado, pues son incorporados por las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad pero siempre que no desvirtúen la esencia o naturaleza del acto y que no resulten contrarios al orden público. Por eso, Messineo[1] indica que pueden, indiferentemente, existir o no existir.

Los elementos accidentales vienen a ser lo que el Código Civil denomina Modalidades del Acto Jurídico, considerando como tales a la condición, al plazo y al cargo, también llamado modo. Pese a que la denominación de modalidades deriva de esta última, Josserand[2] considera a las dos primeras como las modalidades por excelencia, criterio que hacemos nuestro y que más adelante explicitaremos.

En el desarrollo de los elementos accidentales y atendiendo a la posibilidad de su incorporación al acto jurídico, debemos asociar estos elementos a la distinción de los actos jurídicos entre actos modales y puros, según el acto jurídico pueda o no admitir la inserción de modalidades (Supra Nº 29).

Los actos modales se ubican en el campo de las relaciones obligacionales y es la razón por la cual el tratamiento legislativo de las modalidades los

(1) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II. pág. 459.
(2) Derecho Civil. T.II. Vol. I, pág. 591.

vincula al Derecho de las Obligaciones. Sin embargo, es conveniente precisar que en atención a la sistemática del Código Civil están comprendidos en el tratamiento legislativo que a la Teoría del Acto Jurídico le dispensa nuestro ordenamiento civil.

Antes de iniciar el estudio de cada una de las tres modalidades debemos señalar, desde ya, que existen similitudes entre la condición y el plazo, en cuanto ambas suspenden o extinguen los efectos del acto jurídico, mientras que el cargo impone obligaciones anexas a la adquisición de un derecho. Y hay que advertir, como lo hace Messineo[3], que la accidentalidad de la condición y del plazo debe entenderse solamente en el sentido de que queda al arbitrio del declarante, o de los declarantes, incluir, o no, aquellos elementos en el negocio, mas no en el sentido de que, una vez incluidos, se pueda dejar de respetarlos. Su inclusión en el acto jurídico los transforma, pues, en elementos tan esenciales como los verdaderamente esenciales, pues se constituyen en requisitos de eficacia, salvo el cargo, cuya inserción en el acto no afecta su eficacia.

Para concluir con esta premisa habría que plantear, como lo hace Albaladejo[4], una cuestión de terminología. A las modalidades se les considera también autolimitaciones voluntarias y determinaciones o disposiciones accesorias.

La expresión "autolimitaciones voluntarias", que corresponde a la condición y al plazo, se explica en cuanto que por la autonomía de la voluntad, ésta se restringe a sí misma, reduciendo el valor que en otro caso tendría, y los efectos más amplios que, faltando la limitación, surgirían *ex voluntate* del acto, pues si en vez de celebrar un contrato bajo condición o por un plazo se celebrase puramente, los efectos no estarían supeditados a que se cumpla la condición o se venza el plazo.

Las expresiones "determinaciones o disposiciones accesorias", que corresponden al cargo, se explican, pues mientras la condición y el plazo se constituyen en requisitos voluntarios de eficacia del acto, el cargo no se constituye en un requisito de eficacia.

(3) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 460.
(4) Derecho Civil. I. Vol. 2, pág. 294.

I

LA CONDICION

123. DELIMITACION CONCEPTUAL

Para delimitar el concepto de la condición como modalidad del acto jurídico es preciso considerar que la condición, como vocablo jurídico, deriva del latín *conditio*, que es indicativo de cualidad, índole, situación y hasta de cláusula de un contrato. De ahí, que se le atribuyan o se le use en distintos significados y sentidos y que, como advierte Coviello[5], se le emplee para indicar cosas diversas, como las circunstancias de hecho que deben realizarse para la aplicación de una ley, los requisitos de un negocio jurídico y, también la contraprestación en un contrato oneroso o las cláusulas o pactos que forman el contenido principal y necesario de un negocio. También es usado como indicativo de una situación jurídica, que Arauz Castex y Llambías[6], la refieren a la "condición jurídica de las personas" y aludir así a la situación general de ellas ante el Derecho como, por ejemplo, la condición de la mujer casada, la condición de los extranjeros o la condición de los incapaces.

Frente a la diversidad de acepciones es necesario, entonces, precisar el concepto de la condición como modalidad del acto jurídico, o simplemente, como condición-modalidad, esto es, delimitar su concepto para darle su sentido estricto como modalidad, a fin de que quede entendida, como también lo señala Coviello[7], como la cláusula por la cual el autor o autores del negocio jurídico hacen depender su eficacia o resolución de un acontecimiento futuro e incierto. De este modo, la condición viene a ser el mismo suceso futuro e incierto del que se hace depender la eficacia o la resolución del negocio.

El hecho, acontecimiento o suceso del que se hace depender la eficacia del acto jurídico, Albaladejo[8] lo conceptúa como la limitación puesta por el sujeto a su declaración de voluntad y en virtud de la cual los efectos jurídicos del negocio se hacen depender del acontecimiento incierto. Y, al igual que el autor italiano anteriormente citado, el tratadista español aclara que, por brevedad, se dice que el negocio es condicional, pero que realmente no es el negocio sino la producción de sus efectos lo que está *sub conditione*, por lo que con la palabra condición se designa no sólo la limitación establecida sino también el acontecimiento incierto del que se hacen depender los efectos

(5) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 471.
(6) Derecho Civil. Parte General. T.II, pág. 191.
(7) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 471.
(8) Derecho Civil. I. Vol. 2. págs. 295 y 296.

del negocio. Para León Barandiarán[9] el acto es condicional cuando sus efectos están subordinados a un acontecimiento incierto y futuro.

La condición, como ya lo hemos visto, es un elemento accidental del acto jurídico y es, también, una limitación que voluntariamente se imponen los propios celebrantes y que, como tal, se constituye en un elemento esencial pues de ella depende la eficacia del acto jurídico. Si de la condición, como afirma Coviello[10], depende la suerte de todo el negocio jurídico es evidente que forma parte integrante y sustancial del mismo, por lo que no es que se quiera una cosa distinta que viene a agregarse sino que se quiere bajo condición y, así es como la declaración de voluntad y la condición, sólo en fuerza de análisis y de abstracción, pueden considerarse distintamente, pues no son en realidad sino una cosa única e indivisible.

La condición-modalidad viene a ser, pues, un hecho futuro e incierto que arbitrariamente y por la sola voluntad de los declarantes se incorpora al acto jurídico, el que le queda supeditado en cuanto a la producción de sus efectos. El hecho, en sí, es un elemento extraño a la sustancia y naturaleza del acto jurídico y, por ello, la condición es un elemento accidental, pero es también, al mismo tiempo, una limitación a la eficacia del acto que voluntariamente se imponen sus celebrantes. Sin embargo, no obstante su génesis voluntaria, por distinguirse de los elementos requeridos por la ley, se le denomina *conditio facti* por contraposición de la *conditio iuris.*

La *conditio iuris* tiene su origen en la ley o en la naturaleza del acto, por lo que no es una condición-modalidad. Messineo[11] considera que no es una verdadera y propia condición y, por consiguiente, tampoco es un elemento accidental, sino que, más bien, constituye un presupuesto lógico, de naturaleza legal, o bien un requisito objetivo, al que esta subordinada la eficacia y, alguna vez, la validez misma del negocio. Como enfatiza el tratadista italiano, la *conditio iuris* no constituye parte de la declaración de voluntad, en cuanto tiene su raíz en la ley, o en la misma finalidad objetiva del negocio y por eso es un hecho extrínseco a él, por lo que influye sobre la suerte del negocio, pero *ab extra* y no, como la *conditio facti, ab intra.* Albaladejo[12] considerando la diversidad de criterios que ha desarrollado la doctrina para distinguir la *conditio facti* de la *conditio iuris*, estima que las condiciones *facti* no son requisitos legales de eficacia y, consiguientemente, no son sino circunstancias externas al negocio que, al ser acordadas por las partes, ellas mismas determinan que sin su concurrencia el negocio no despliegue sus efectos o deje de desplegarlos.

(9) Acto Jurídico, pág. 219.
(10) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 472.
(11) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 467.
(12) Derecho Civil. I, Vol. 2, pág. 310.

Por lo que queda expuesto, las *conditio iuris* y las *conditio facti* no son especies de un mismo género y así lo considera la doctrina dominante, puesto que la una es el resultado de un requisito de eficacia establecido por la ley y, la otra, por la voluntad de las partes. Son condiciones *iuris*, a manera de ejemplo, la muerte del testador respecto de la eficacia del testamento o que llegue a existir la cosa futura cuando de ella depende la existencia del contrato, pues si bien puede haber un grado de incertidumbre en la verificación de la condición, ella es impuesta por la ley y no por la voluntad de las partes.

La *conditio facti,* esto es, la condición-modalidad, es un hecho futuro e incierto del cual las partes deciden hacer depender los efectos del acto jurídico que han celebrado. Para Messineo[13] es un acontecimiento, evento o hecho futuro e incierto, esto es, un acontecimiento que no se ha verificado todavía y que se ignora si llegará a verificarse: a la verificación, o sea, a la producción del mismo, las partes subordinan la eficacia del negocio. León Barandiarán[14] la define como un evento futuro e incierto que tiene influencia en cuanto a las consecuencias que corresponden al acto jurídico en el cual la condición se ha insertado y, para precisar su definición, pone, entre otros, los siguientes ejemplos: te haré una donación mañana si llueve (o si no llueve) en Lima; te compraré tu casa si obtengo el premio mayor en la próxima lotería. Como precisó el maestro, se trata de una relación arbitraria entre el supuesto de hecho determinante del efecto jurídico y este último. Así, no sería condición-modalidad, por ende, la que dijese que te vendo mi casa con la condición que me pagues el precio pactado, pues el pago del precio es una *conditio iuris,* que además es un elemento esencial y constitutivo del contrato y no un elemento accidental, mientras que sí sería una condición-modalidad la que dijese que te dono mi casa si obtengo la casa que es materia de una lotería, pues se trata de un elemento que no es esencial ni constitutivo y sí más bien accidental, ya que la donación se hace depender de un suceso incierto arbitrariamente pactado y condicionante del acto jurídico, como es el resultado de una lotería.

124. CARACTERES DE LA CONDICION

De la delimitación conceptual de la condición-modalidad se infiere que debe ser necesariamente pactada y que los caracteres del hecho, suceso, evento o acontecimiento pactado como condición sea futuro y que sea incierto.

(13) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 460.
(14) Curso del Acto Jurídico, pág. 43.

La doctrina es coincidente en el señalamiento de estas características, aunque con algunos matices. Albaladejo[15], por ejemplo, considera que huelga hablar de futuro y que basta exigir que sea incierto, puesto que si el acontecimiento es pasado o presente, podrá ser desconocido, pero no incierto y que la incertidumbre implica futuridad, precisando como requisito indispensable o como característica propia la de ser un acontecimiento establecido arbitrariamente, posición, esta última, que también adopta León Barandiarán[16], pero precisando que la condición debe ser necesariamente un hecho futuro e incierto.

124.1. El hecho en que consista la condición ha de ser necesariamente pactado

La condición como modalidad del acto jurídico tiene su origen en la autonomía de la voluntad y, por eso, el hecho en que la condición consiste debe ser necesariamente pactado por las partes, sin más limitaciones que aquellas a las que está sometida la autonomía de la voluntad (Supra Nº 15). Como se trata, según ya se ha indicado, de una limitación que las mismas partes se imponen respecto a la eficacia del acto jurídico sólo es posible en los actos modales, que en este caso vienen a ser *sub conditione* o condicionales, pues no puede pactarse en los actos puros, como el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial o la aceptación o la renuncia de una herencia.

La autonomía de la voluntad, que implica la libertad de pactar, está enmarcada por el orden público que no permite la inserción de condiciones en los actos puros, prohibiendo su supeditación a una condición y, por ello, su estipulación, por ser contraria al orden público, la hace nula la norma general establecida en el art. V del Título Preliminar del Código Civil o le atribuye las consecuencias previstas en los arts. 171 y 172 del mismo Código cuando se configuran las denominadas condiciones impropias (Infra Nº 124.5) y la condición potestativa a cargo del deudor (Infra Nº 124.3).

La inserción de una condición tiene lugar, como aclara Albaladejo[17], no en el sentido de suceso, sino en el de limitación, en el momento de la manifestación de voluntad, y ha de revestir la forma prescrita para el acto. Si la inserción de la condición es posterior al acto, en realidad se celebra un nuevo acto con contenido igual al anterior, pero sometido a la condición.

(15) Derecho Civil. I. Vol. 2, págs. 296 y 297.
(16) Acto Jurídico, pág. 220.
(17) Derecho Civil. I, pág. 299.

124.2. El hecho en que consiste la condición ha de ser futuro

El hecho en que consiste la condición ha de ser futuro, pues esta característica asegura la incertidumbre objetiva de la condición. Como explica León Barandiarán[18], si bien un hecho futuro por sí solo no basta para caracterizar la condición, la incertidumbre del suceso debe ir acompañada de su carácter de futuro.

Esta característica explica la norma del Art. 175 del Código Civil, que permite la estipulación de un plazo dentro del cual el acontecimiento en que la condición consiste llegue o no a verificarse, señalando que "si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo se entenderá cumplida desde que vence el plazo ...".

124.3. El hecho en que consiste la condición ha de ser incierto

El hecho en que consiste la condición ha de ser incierto, es decir, contingente, en el sentido de que puede o no realizarse. Enneccerus[19] puntualiza que lo incierto debe serlo para el saber humano.

Esta característica sustenta el concepto mismo de la condición y, en alguna medida, tiene también asiento en el art. 175 anteriormente acotado: "si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida ... desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarce".

125. CLASIFICACION DE LA CONDICION

Delimitado el concepto de la condición y precisadas sus características, es imprescindible, para apreciar y mejor entender el tratamiento legislativo que le dispensa el Código Civil, proceder a su clasificación. Para el efecto, vamos a considerar, básicamente, la clasificación desarrollada por León Barandiarán[20] y, a partir de ella, pasar luego a considerar su tratamiento por el Código Civil.

Con este planteamiento, las condiciones pueden clasificarse en: a) expresas y tácitas; b) positivas y negativas; c) potestativas, casuales y mixtas; d) suspensivas y resolutorias; e) propias o impropias; y, f) perplejas.

(18) Acto Jurídico, pág. 220.
(19) Tratado de Derecho Civil. T.I. Vol. 2, pág. 656.
(20) Acto Jurídico, págs. 223 y sigtes.

Debemos advertir que las condiciones son opuestas dentro de un mismos criterio de clasificación, esto es, que son expresas o son tácitas o que son suspensivas o son resolutorias, por ejemplo, pero que son concurrentes cuando corresponden a distintos criterios de clasificación, esto es, que una misma condición puede ser expresa, propia y suspensiva.

Por último, debemos advertir que si bien todos los criterios de distinción son igualmente importantes, el tratamiento legislativo de la condición gira en torno a la condición suspensiva y a la condición resolutoria.

125.1. Condiciones expresas y condiciones tácitas

Las condiciones pueden ser expresas y pueden ser tácitas, según que resulten de la manifestación de voluntad expresa o tácita de las partes. Albaladejo[21] considera que la condición puede ser expresa o tácita como, en general, la manifestación de voluntad: el negocio es condicional, aunque la condición no se declare expresamente, siempre que se deduzca de la manifestación que se quiso *sub conditione.*

Para la determinación del carácter expreso o tácito de la condición es necesario, entonces, aplicar las reglas de la manifestación de voluntad expresa (Supra Nº 40.1) o de la manifestación de voluntad tácita (Supra Nº 40.2).

125.2. Condiciones afirmativas y condiciones negativas

Las condiciones pueden ser afirmativas, también llamadas positivas, o pueden ser negativas, según la condición se haga depender de la verificación o no del suceso respectivo. La distinción estriba simplemente en cómo se ha pactado la condición, esto es, según que el hecho o suceso en que consiste deba o no realizarse. Si la condición se ha pactado para que el hecho se realice, es afirmativa, y, si se ha pactado para que no se realice, es negativa.

Como puede apreciarse, lo afirmativo o negativo de la condición depende de si se produce o no una alteración y ese es el sentido que a esta distinción le da la doctrina. Enneccerus[22], por ejemplo, estima que las condiciones positivas exigen para su cumplimiento una alteración, no así las negativas, independientemente de la manera como han sido redactadas y así, verbigratia, "si te quedas soltero" es una condición negativa. Coviello[23] es del

(21) Derecho Civil. I. Vol. 2, pág. 303.
(22) Tratado de Derecho Civil. T.I. Parte Segunda. Vol.2, pág. 662.
(23) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 479.

mismo parecer y considera positiva la condición cuando el hecho cambia el estado actual de las cosas y es negativa cuando el estado actual de las cosas no se muda, importando poco la forma gramatical en que se hayan expresado las condiciones y, así, es condición positiva si se pacta "te doy ciento si te casas" y también si se pacta "te doy ciento, si no permaneces célibe"; por el contrario, la condición será negativa si se pacta "te doy ciento, si no tengo más hijos que el que tengo ahora" o "si me quedo con los únicos hijos que tengo".

Además, debe considerarse el pacto para que la condición se realice dentro de un plazo. En tal hipótesis, como acota Betti[24], las condiciones negativas sólo se tienen por cumplidas cuando el hecho o suceso no puede ya verificarse, que es la hipótesis prevista en el anteriormente acotado art. 175 del Código Civil.

Las condiciones afirmativas o positivas, y también las negativas, pueden ser expresas o tácitas, y éstas, a su vez, pueden ser positivas o negativas.

125.3. Condiciones potestativas, condiciones casuales y condiciones mixtas

Las condiciones pueden ser potestativas, casuales o mixtas, según que su realización sea dependiente de la voluntad de una de las partes, independiente de la voluntad de ambas, y por eso se les llama también fortuitas, o, a la vez, sean dependientes e independientes de la voluntad de una o de ambas partes.

El criterio expuesto es el generalizado en la doctrina. Para Ennecerus[25], por ejemplo, el cumplimiento de la condición potestativa depende de la declaración de voluntad de una de las partes, la casual de otros factores, y, la mixta, de la voluntad de uno de los interesados y de otras circunstancias.

Precisado el criterio de distinción, es conveniente detenerse en cada una de las clases de condiciones que resultan.

En primer lugar, en las condiciones potestativas, las cuales, a su vez, deben diferenciarse, según se trate de condiciones potestativas dependientes de la voluntad de la parte acreedora o de la voluntad de la parte deudora.

(24) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 397.
(25) Tratado de Derecho Civil. T.I. Parte II. Vol. 2, pág. 662.

León Barandiarán[26] enfatizó que esta diferenciación era imprescindible y en sus comentarios al Código Civil de 1936 explicó que si la condición potestativa dependía del deudor el acto era nulo en cuanto a su obligación concierne, porque uno no puede obligarse y al propio tiempo desobligarse al quedar a su arbitrio comprometerse o no por esa obligación, mientras que, en cambio, se podía pactar válidamente una obligación sujeta a condición potestativa dependiente del acreedor quien puede exigir el cumplimiento o condonar la obligación, lo que ha servido para que en el Código Civil vigente se declare nula la condición potestativa *parti debitoris* (art. 172).

La doctrina es uniforme en la apreciación que efectuó el maestro. Messineo[27] justifica este parecer con la consideración de que, si el enajenante, o respectivamente el deudor, pudiera a su placer querer o dejar de querer la enajenación del derecho o la asunción de la obligación, el negocio existiría y no existiría al mismo tiempo, o sea, carecería de consistencia; sería como si el negocio hubiese sido estipulado en broma. Del mismo parecer son Betti[28] y Coviello [29].

Para que la condición potestativa *parti debitoris* pueda anular el acto jurídico, advirtió también León Barandiarán[30], que debe ser absolutamente y no simplemente potestativa, es decir, que el hecho puesto como condición esté sometido, exclusivamente, a la voluntad del deudor, como si dijese que me obligo "si yo así lo quiero". De este modo, si la condición es simplemente potestativa de parte del deudor, pero no absolutamente, como si dijese que me obligo "si no me curo el vicio de la embriaguez", el acto es válido. De lo expuesto se infiere, entonces, que la condición potestativa a cargo del deudor puede distinguirse en absolutamente potestativa y en simplemente potestativa.

En relación a la condición potestativa *parti debitoris,* el Código Civil ha consignado en el art. 172 una norma según la cual "es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor". La norma no registra antecedente en el Código Civil de 1936 y recepta la posición de León Barandiarán en cuanto a la necesidad de integrar dicho vacío y la trata como una condición absolutamente potestativa, pero refiriéndola a sólo la condición suspensiva (Infra Nº 125.4), asumiendo la fórmula contenida en el Anteproyecto De la Puente-

(26) Acto Jurídico, págs. 228 y sigtes.
(27) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 462.
(28) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 397.
(29) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 477.
(30) Acto Jurídico, pág. 229.

Zusman[31], en cuya Exposición de Motivos[32] la denominan puramente potestativa y la definen como aquella que, dependiendo de la voluntad de uno de los interesados en el acto, consiste sólo en que éste lo quiera como, por ejemplo, si declara vender a condición de querer hacerlo, explicando que la nulidad se aplica no a cualquier clase de condición sino únicamente a la suspensiva, en el entendimiento de que si se pacta una condición resolutoria (Infra Nº 125.4) el deudor ya se obligó y, por lo tanto, queda sujeto a su declaración de voluntad.

La remisión de la nulidad de la condición potestativa a sólo la condición suspensiva no es compartida por la codificación civil, como lo hace notar Lohmann[33].

El acotado art. 172 parte de la consideración de una condición "que dependa de la exclusiva voluntad del deudor", lo que lleva a la interpretación de que se trata de una condición absolutamente potestativa *parti debitoris*. No obstante, debe de tenerse en cuenta que siempre habrán factores que le son ajenos al deudor y que pueden influir sobre el hecho dependiente de su voluntad en que consiste la condición, lo que significa que para la nulidad se requiere de la prevalencia de la voluntad del *solvens* en cuanto a la realización del hecho.

La condición potestativa dependiente de la voluntad del acreedor no presenta los problemas que la anterior y el Código Civil la considera plenamente válida, al extremo, que no objeta su inserción.

En segundo lugar, la condición casual que, como hemos advertido, está determinada por un hecho cuya realización es independiente de la voluntad de los sujetos comprometidos por su manifestación de voluntad, sea porque depende del azar o del hecho de un tercero, como por ejemplo, si se compromete una donación si sobreviene una sequía o si un tercero gana una competencia deportiva.

El Código Civil también considera a la condición casual plenamente válida, pues tampoco objeta su inserción.

Por último, la condición mixta que, como también hemos advertido, está determinada por un hecho cuya realización depende en parte de la voluntad de uno de los interesados y en parte del azar o del hecho de un tercero como, por ejemplo, si el interesado pacta jugar un partido de fútbol y contribuir

(31) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 164 y 165.
(32) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II. págs. 118 y 119.
(33) El Negocio Jurídico, pág. 312.

al triunfo haciendo por lo menos un gol y sin que el contrario llegue a anotar ninguno.

La condición mixta tampoco ha merecido objeción del Código Civil, lo que hace plenamente válida su estipulación.

Las condiciones potestativas, casuales o mixtas pueden ser expresas o tácitas y también positivas o negativas, de igual manera que éstas y aquéllas pueden ser potestativas, casuales o mixtas.

125.4. Condiciones suspensivas y condiciones resolutorias

La distinción de las condiciones en suspensivas y resolutorias es, como lo hemos ya advertido, la más importante y una u otra están siempre presentes en todo acto *sub conditione*, *máxime si la condición misma es un hecho*, suceso, evento o acontecimiento del cual se hace depender la eficacia del acto jurídico. La condición es suspensiva cuando se debe esperar su realización para que el acto produzca sus efectos y, es resolutoria, contrariamente, cuando los efectos del acto cesan al realizarse la condición.

La noción que hemos dejado expuesta se mantiene inalterada desde el Derecho Romano, luego de admitirse la resolutoria, pues la suspensiva fue admitida con anterioridad, como apunta Tola [34].

La condición suspensiva como la resolutoria fueron receptadas en el Código Napoleón e irradiadas a la codificación civil, habiéndoles la doctrina mantenido el mismo contenido conceptual. Coviello[35], por ejemplo, conceptúa la condición suspensiva como el acontecimiento futuro e incierto del que se hace depender el negocio jurídico, esto es, el negocio existe aun antes de que la condición se cumpla, pero permanece en suspenso su eficacia; y, la condición resolutoria, como el acontecimiento futuro e incierto del cual se hace depender la eficacia ya nacida del negocio, esto es, el negocio existe y produce todos los efectos de que es capaz hasta que la condición se realice. Para Betti[36], es suspensiva la condición que, mientras no se verifica, suspende la regulación de intereses dispuesta por el negocio, aplazando el momento de su vigencia, pero durante su pendencia el negocio sometido a ella no engendra aún la nueva situación jurídica que la ley vincula al tipo de negocio a que aquél pertenece, pero puede producir otros efectos, provisionales y preliminares, encaminados a hacer posible el orden de intereses con-

(34) Derecho Romano, págs 83 y 84.
(35) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 476.
(36) Teoría General del Negocio Jurídico, págs. 395 y 396.

cebidos una vez que la condición se cumpla; y, es resolutoria la condición que está destinada a resolver la regulación de intereses, a hacerla cesar con *su realización y, mientras pende,* el negocio a que afecta produce todos los efectos propios de su tipo, pero no gozan éstos de carácter definitivo e irrevocable.

Así, pues, cuando el acto jurídico está sometido a condición suspensiva o cuando lo está a condición resolutoria, es cuando de manera más nítida se puede apreciar el rol de la condición como una limitación establecida por las partes en cuanto a la producción de los efectos. Sin embargo, no es siempre fácil distinguir si la condición es suspensiva o resolutoria, ya que la diferencia de efectos que producen no depende de la naturaleza del acontecimiento, sino de la voluntad contenida en el acto *sub conditione.* Por eso Messineo[37] considera que ante la posible variedad de expresiones para indicar la condición, puede ocurrir que se forme duda sobre si la condición es suspensiva o resolutoria y que éstas pueden, lógicamente, convertirse la una en la otra, haciéndose de la condición suspensiva afirmativa una condición resolutoria negativa, como por ejemplo, si se pacta que "te daré mil si la nave llega a Asia", que *equivale a pactar que* "te daré mil, pero lo devuelves si la nave no llega a Asia".

Tanto la condición suspensiva como la resolutoria pueden ser expresas o tácitas, afirmativas o negativas, potestativas, casuales o mixtas, pues, como ya advertimos, los criterios de distinción de una categoría a otra no son excluyentes.

125.5. Condiciones propias y condiciones impropias

Las condiciones pueden ser propias o impropias y éste es el nombre con el que actualmente se les conoce, pues eran las que en el Derecho Romano se conocieron como posibles y lícitas y como imposibles e ilícitas. Por eso, como explicó León Barandiarán[38], las condiciones impropias son las que conciernen a acontecimientos ilícitos o imposibles, de suerte que son condiciones propias las referentes a sucesos lícitos y posibles. Pero hay que tener cuidado al aplicar el criterio de distinción: una condición consistente en un hecho físicamente necesario, es decir, un evento que no puede dejar de ocurrir, es también una condición impropia, pues ya hemos visto que una de las características de la condición es la de ser un hecho incierto (Supra Nº 124.3).

(37) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 465.
(38) Acto Jurídico, pág. 225.

La condición propia, por la acotación que acabamos de hacer, es la que consiste en un hecho, evento, suceso o acontecimiento futuro e incierto, siendo la incertidumbre una nota distintiva de gran importancia. De ahí que lo que necesariamente tiene que ocurrir, como la llegada del día después de la noche, al igual que lo que es imposible de ocurrir, como una nueva salida del sol al llegar la noche, por su certeza, no puede configurar una condición propia. La posibilidad, es decir, que el hecho pueda o no realizarse, es lo que configura la condición propia. Pero, además, la condición propia requiere de la licitud y de la posibilidad jurídica, todo lo cual permite su inserción en el acto jurídico y constituirla en una limitación en cuanto a la producción de sus efectos.

Para explicar las denominadas condiciones impropias, la doctrina suele subdistinguirlas. Así, Albaladejo[39] lo hace en necesarias, imposibles, de presente y pasado y legales: las necesarias son los acontecimientos de inevitable realización; las imposibles son las irrealizables y pueden ser de hecho o de derecho; las de presente y pasado, carecen de incertidumbre –y de futuridad, agregamos nosotros–; y, las legales, que vienen a ser las *conditio iuris* –las hemos ya considerado al hacer la delimitación conceptual de la condición (Supra Nº 123)–. Además, el mismo tratadista español se refiere a las condiciones prohibidas, considerando por tales aquellas que por ser ilícitas, inmorales o contrarias a las buenas costumbres, el Derecho las excluye[40].

El Código Civil sólo legisla, de manera explícita, sobre las condiciones impropias no haciéndolo respecto de las condiciones propias por ser innecesario, pues lo hace implícitamente desde que éstas son las susceptibles de pactarse al ser las contrarias a las impropias.

A las condiciones impropias el Código Civil les dedica el art. 171 preceptuando las consecuencias de pactarlas: "La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan en el acto. La condición resolutoria ilícita y la física y jurídicamente imposible se consideran no puestas". La norma fue tomada tanto del Proyecto de la Comisión Reformadora formulado en base a las ponencias de León Barandiarán y de Vega García, como del Anteproyecto de Manuel de la Puente y Susana Zusman[41]. Registra como antecedente el art. 1104 del Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse, el art. 171 da una solución diferente según se trate de una condición suspensiva impropia o de una condición resolutoria

(39) Derecho Civil. I. Vol. 2, pág. 306.
(40) Ibídem, pág. 311.
(41) Código civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 163 y 164.

impropia. Manuel de la Puente y Susana Zusman, autores del Anteproyecto anteriormente citado, en su Exposición de Motivos[42] explicaron que la invalidez del acto, cuando se trata de una condición suspensiva impropia, resulta de la interpretación de que quien hace depender el acto de una condición física y jurídicamente imposible y que por ello no ha de verificarse, no quiere, en definitiva, el acto; y, en cuanto a la condición resolutoria impropia, en aplicación del mismo criterio interpretativo, se llega a una solución contraria, puesto que quien hace depender la resolución del acto jurídico de una condición física o jurídicamente imposible, no quiere la resolución y, por ello, el acto debe mantener plenamente su vigencia. A este razonamiento debe considerarse la ilicitud de la condición, según sea suspensiva o resolutoria, agregamos nosotros.

El tratamiento del Código Civil, mediante su art. 171, a las condiciones suspensiva y resolutoria cuando son impropias nos parece coherente. Cuando la condición suspensiva es impropia la invalidez del acto es una consecuencia necesaria toda vez que la condición no debe ni puede realizarse y la eficacia del acto depende de tal realización. Cuando la condición resolutoria es impropia, la consecuencia necesaria es contraria, ya que la ineficacia del acto depende de una condición que no debe ni puede realizarse.

Por último, es del caso precisar que el art. 171 es una norma de excepción respecto de la norma general del art. V del Título Preliminar del Código Civil.

125.6. Condiciones perplejas

Las condiciones perplejas son las que contienen una interna contradicción que, como precisó León Barandiarán[43], son insalvables, pues no permiten conocer lo que quieren los que las han pactado. Albaladejo[44] considera como tales a los acontecimientos que cuando son pactados como condición contradicen lo querido, como por ejemplo si alguien estipula: "Quiero que A sea mi heredero, pero sólo para el caso de que muera antes que yo". Para Messineo[45] la condición perpleja es una clase de condición impropia y la define como aquella cuyo sentido es ambiguo o contradictorio con el resto del negocio, o bien no inteligible en relación al contenido del negocio: su efecto es la invalidez del negocio. Del mismo parecer es Enneccerus[46], para quien las condiciones perplejas anulan el negocio en su totalidad, si de la interpretación no resulta otra cosa.

(42) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, pág. 118.
(43) Acto Jurídico, pág. 27
(44) Derecho Civil. I. Vol. 2, pág. 311.
(45) Manual de Derecho Civil y Comercial T.II, pág. 468.
(46) Tratado de Derecho Civil. T.I. Parte II. Vol. 2, pág. 719

En nuestra opinión, la solución que plantea el art. 171 del Código Civil es también aplicable a la condición perpleja: si la condición perpleja es suspensiva el acto es inválido; si es resolutoria, se considera no puesta.

126. EFECTOS DE LA CONDICION

Pactada la condición, que para que surta efectos debe ser propia (Supra Nº 125.5), el acto jurídico queda celebrado pero su eficacia subordinada a la condición pactada: si es suspensiva, la eficacia está en suspenso hasta que la condición se realice, y, si es resolutoria, despliega su eficacia hasta que la condición se realice.

Sea que la condición se haya pactado como suspensiva o que se haya pactado como resolutoria, respecto de la eficacia del acto jurídico celebrado se presentan etapas perfectamente diferenciadas: a) la etapa de la pendencia de la condición, o *pendent conditione*, que comprende la etapa o el período en que todavía no se realiza el hecho en que la condición consiste y se ignora si se cumplirá o no; b) la de cumplimiento de la condición, o *existit conditione*, que comprende la etapa o el período que sigue a la realización del hecho en que la condición consiste o que se le tiene por realizado; y, c) el de la falta de realización, o *déficit conditione,* que es cuando se comprueba que el hecho en que la condición consiste no se ha realizado o no podrá realizarse. Como señala Messineo[47], a cada una de las etapas de la condición se vinculan los correspondientes efectos de la condición y, correlativamente, del negocio.

Los efectos de la condición pactada son distintos, y hasta opuestos, según la condición sea suspensiva o resolutoria.

126.1. La pendencia de la condición

Ya hemos advertido que la etapa *pendent conditione* es la que corresponde a la espera de la realización del hecho en que la condición consiste. En esta etapa los efectos del acto no se producen si la condición es suspensiva, o se han producido, si es resolutoria.

Es conveniente, en primer lugar, determinar la naturaleza de los derechos originados por el acto jurídico antes que la condición se realice. La doctrina suele, en tal circunstancia, hacer referencia a derechos contingentes, eventuales o expectaticios. Albaladejo[48], considerando que el derecho defi-

(47) Manual de Derecho Civil y Comercial T. II, pág. 463.
(48) Derecho Civil. I. Vol. 2, págs. 315 y 316.

nitivo no se adquirirá sino cuando la condición suspensiva se cumpla, cree preferible hablar de que la celebración del negocio crea una expectativa de producción de los efectos de éste, atribuyendo, así, al adquirente eventual una expectativa de adquisición; y, en el caso de la condición resolutoria, el mismo autor español considera que existe también una expectativa pues, por ejemplo, quien enajena bajo condición resolutoria, tiene la expectativa de readquirir lo enajenado. Betti[49] afirma que el titular de una expectativa condicionada no lo es de ningún derecho actual; sólo es el eventual titular de un derecho futuro. León Barandiarán[50] se refirió a derechos eventuales.

El Código Civil se ocupa del período de pendencia de la condición en el art. 173: "Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos concervatorios. El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios. El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria". La norma está tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[51] y registra como antecedentes los arts. 1106 y 1108 del Código Civil de 1936, así como del art. 1356 del Código Civil italiano, como anotaron Manuel de la Puente y Susana Zusman[52].

El art. 173, como puede apreciarse, regula la etapa *pendent conditione* en relación a la cual destaca el derecho del adquirente a realizar actos conservatorios y el derecho del deudor a repetir lo pagado.

126.1.a. El derecho del adquirente a realizar actos conservatorios

Ya hemos visto que el derecho que emerge de un acto *sub conditione* es un derecho eventual, contingente o expectaticio, pero derecho que, como tal, es susceptible de tutela jurídica. De ahí, que el art. 173 reconozca al adquirente el derecho a realizar actos conservatorios. Pero la titularidad del derecho a los actos conservatorios es distinta según se trate de que la condición sea suspensiva o que sea resolutoria.

En el caso de la condición suspensiva es el adquirente el que con su derecho expectaticio tutelado puede realizar los actos conservatorios, pues el acto *sub conditione* aún no ha desplegado su eficacia y así lo establece el primer apartado del art. 173: "Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios".

(49) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 402.
(50) Acto Jurídico, pág. 237.
(51) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, págs. 165 y 166.
(52) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T. II, pág. 119.

En el caso de la condición resolutoria no es el adquirente el que puede realizar los actos conservatorios sino el transferente el que recibe la tutela jurídica, pues el adquirente del derecho puede ejercitarlo y es ante tal ejercicio que el transferente tiene el derecho a realizar actos conservatorios, como lo precisa el segundo apartado del art. 173: "El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios".

Planteada así la tutela jurídica es conveniente precisar lo que debe entenderse por actos conservatorios y para ello debemos atender a la fuente del art. 173 que, como hemos indicado, es también el art. 1356 del Código Civil italiano, no obstante lo cual la doctrina italiana no ha explicitado un concepto para explicarlos. Messineo[53] se limita a señalar que acerca de la expresión "actos conservatorios" debe observarse que la misma no puede dejar de ser diversa, según que se trate del adquirente o bien del enajenante del derecho condicionado. Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli[54] consideran que se trata de remedios que operan en forma preventiva.

Tomando estas ideas, nosotros consideramos que se trata de actos orientados a evitar la pérdida del derecho y, de ahí, que la noción de los actos conservatorios deba referirse a una multiplicidad de actos, tales como requerimientos para la constitución de garantías reales, constitución de fianzas, contratación de pólizas de seguro y toda otra medida para asegurar el derecho y evitar su pérdida. Lohmann[55], con buen criterio, anota que con la mención a los actos conservatorios el art. 173 ha querido excluir los actos dirigidos a ejecutar o cumplir el negocio condicionado.

Por último, como lo establece la más generalizada doctrina, los derechos *pendent conditione* pueden ser objeto de transmisión por acto *inter vivos* y también *mortis causa*.

126.1.b. El derecho del deudor a repetir lo pagado

El tercer apartado del art. 173 confiere al deudor el derecho a repetir lo pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o de la condición resolutoria.

El deudor viene a ser la parte obligada frente al adquirente si la condición es suspensiva, y, en el caso de la condición resolutoria, es el adquiren-

(53) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 464.
(54) Derecho Civil. T. I. Vol. 2, pág. 960.
(55) El Negocio Jurídico, pág. 314.

te. Así como el derecho que emerge del acto *sub conditione* es de naturaleza eventual, contingente o expectaticia, así también la correlativa obligación no puede generar una pretensión firme en favor del acreedor, que en el caso de la condición suspensiva es el adquirente que está a la espera que el hecho en que la condición consiste se realice, y, en el caso de la condición resolutoria, es quien está a la espera de que la condición se realice para que el adquirente entregue lo que le entregó.

El carácter condicional mismo de la obligación no coloca al deudor en una posición en la cual le sea exigible la prestación en que la obligación consiste, pues ésta se tornará exigible sólo una vez cumplida la condición. Por eso su derecho a reclamar la devolución, esto es, a la repetición de lo pagado, se sustenta en el carácter *sub conditione* de la obligación resultante de la condición suspensiva o resolutoria, en su caso, y en el carácter mismo del derecho del acreedor, como derecho eventual, contingente o expectaticio. En este sentido se han pronunciado Manuel de la Puente y Susana Zusman[56] señalando que en el caso de la condición suspensiva, por no crearse un derecho cierto en el adquirente, se estaría verificando un verdadero pago indebido; y, en el caso de la condición resolutoria, no existe inconveniente en aplicar el mismo criterio, aunque a la inversa.

Es pues, en conclusión, la naturaleza contingente del derecho del *accipiens* la que sirve de sustento al derecho a la repetición del *solvens*, quien sólo debe probar, para que se le devuelva lo pagado, que cumplió con la prestación sin que se hubiera realizado el hecho en que consistía la condición.

126.2. El cumplimiento de la condición

La etapa de cumplimiento de la condición, *existit conditione,* es la que sobreviene si la condición se realiza. Realizado el hecho en que la condición consistía, si era suspensiva, el acto comienza a desplegar su eficacia, y, si era resolutoria, cesa en sus efectos. Los derechos se tornan en firmes, constituidos o adquiridos y las obligaciones en exigibles.

Con la realización de la condición, como anota Messineo[57], si ha sido suspensiva el negocio se convierte en puro y simple, esto es, como si no hubiese estado nunca subordinado a condición, y se hace eficaz; si la condición es resolutoria, se desvanecen todos sus efectos. Al acaecer la condición, ha escrito Betti[58], surge, o bien desaparece, la regulación de intere-

(56) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, pág. 119.
(57) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 465.
(58) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 487.

ses dispuesta, y el negocio despliega automáticamente los efectos propios del tipo a que pertenece, o los pierde automáticamente.

La etapa *existit conditione* la regula el Código Civil en las reglas, respectivamente, de la indivisibilidad y de la irretroactividad de la condición.

126.2.a. La indivisibilidad de la condición

Como acabamos de advertir, la indivisibilidad de la condición la norma el art. 174 del Código Civil: "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". La norma registra como antecedente el art. 1107 del Código Civil de 1936 y fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(59).

Como puede apreciarse, el art. 174 da contenido a una norma general en el sentido de que el cumplimiento de la condición es indivisible, pero que puede pactarse la divisibilidad sea que se trate de una condición suspensiva o de una condición resolutoria. De ahí, que la indivisibilidad opere si es que la partes no pactaron en contrario, constituyéndose, por eso, en una norma supletoria.

La indivisibilidad del cumplimiento de la condición debe entenderse en el sentido de que el hecho en que la condición consiste debe realizarse totalmente, como cuando la eficacia del acto se hace depender de que una persona cruce a nado desde Chorrillos hasta La Punta: para que la condición se considere cumplida debe haberse cubierto íntegramente la distancia, pues, de no ser así, no se adquiere el derecho ni es exigible la obligación, si la condición es suspensiva; y, si es resolutoria, no se readquiere el derecho y es inexigible la obligación.

Las prestaciones vinculadas a la relación jurídica *sub conditione* pueden ser divisibles o indivisibles. La divisibilidad o indivisibilidad de la prestación depende de su naturaleza o del pacto. Por su naturaleza, la prestación es divisible si es susceptible de división, como una suma de dinero, y, es indivisible, si no lo es, como la entrega de un caballo. Por el pacto, la divisibilidad o la indivisibilidad depende de lo convenido, como cuando se pacta que la entrega de la suma de dinero sea en su totalidad y no por partes.

La norma que regula la indivisibilidad de la condición no es de orden público, porque, siendo supletoria, puede convenirse que aunque la condición

(59) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 166 y 167.

se cumpla sólo en parte la obligación sea exigible en todo o en parte, requiriéndose, en este ultimo caso, eso sí, que la prestación sea divisible por naturaleza.

126.2.b. La irretroactividad de la condición

Como también lo hemos advertido, la irretroactividad de la condición la norma el art. 177 del Código Civil: "La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario". La norma registra como antecedente al art. 1110 del Código Civil de 1936 y fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(60).

La norma de la irretroactividad de la condición apareció en la codificación civil del presente siglo al ser planteada por el Código alemán, pues el Código Napoleón propició la retroactividad así como también el Código de Vélez Sarsfield, aunque respecto de este último los proyectos de reforma se han orientado dentro de la tendencia de la irretroactividad y autorizando a las partes a pactar la retroactividad, tanto en el Anteproyecto Bibiloni, como el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954.

Nuestro Código Civil de 1852, como los de su época, receptó la retroactividad de la condición como principio y, por eso, fue un sustancial cambio el que introdujo el art. 1110 del Código Civil de 1936, lo que llevó a Olaechea(61) a destacar la cuestión tocante a la irretroactividad, señalando que la mayoría de los Códigos modernos no atribuían efecto a la condición sino a partir del momento en que se cumple, aunque algunos reservaban a las partes el derecho de estipular la retroacción. León Barandiarán(62), comentando la introducción de la irretroactividad, explicó que algunos textos del Derecho Romano dieron efecto retroactivo a las estipulaciones bajo condición y que la tesis de la retroacción hizo fortuna entre los Códigos modernos, sancionándolo el Código Civil francés y además, entre otros, los de Italia de 1865, de Argentina, España y, como ya se ha indicado, el nuestro de 1852, para, posteriormente, al ser impugnada la tesis de la retroacción, adoptarse la irretroactividad en Códigos como el de Alemania y Brasil, entre otros.

La posición en favor de la retroactividad de la condición se explica en la consideración de que toda condición se realiza retroactivamente, pues realizada la condición es como si el contrato hubiera sido concluido pura y simplemente, desde su origen, quedando las partes en la misma situación en que habrían estado de no haber pactado la condición. De este modo, si se

(60) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 169 y 170.
(61) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, pág. 7.
(62) Acto Jurídico, pág. 247.

trata de condición suspensiva, el cumplimiento de ella determina como si la eficacia existiera desde la fecha de la celebración del acto y, en cambio, si se trata de condición resolutoria, el cumplimiento de ella determina que se considere como si nunca hubiese existido el acto.

La adopción de la irretroactividad de la condición, como ya lo hemos indicado, la inició el Código Civil alemán. Sin embargo, no fue tratada categóricamente, pues si bien el art. 158 la enuncia, el art. 159 previó un efecto retroactivo cuando éste resultara del contenido del negocio.

Inspirándose en el Código Civil alemán, a través del brasileño, fue que el Código Civil de 1936 acogió la regla de la irretroactividad. León Barandiarán[63] la justificó señalando que diversos efectos propios de la condición, una vez realizada, no podrían tener explicación de aplicarse el principio de retroacción, considerando, a manera de ejemplo, lo relativo a la cuestión de la prestación del riesgo y del peligro tanto con la condición suspensiva como con la resolutoria. Lo hizo también con referencia a los efectos en el pasado y procedió a analizar la doctrina clásica francesa y la de algunos de sus doctrinarios, como Colin y Capitant, para quienes la retroactividad de la condición era una ficción, concluyendo el maestro en que resultaba explicable el movimiento contrario al principio de la retroactividad. Tomando posición por la irretroactividad se preguntó el maestro: ¿Por qué ciertos efectos de causas anteriores a la verificación de la condición han de respetarse?. Para León Barandiarán el acto *sub conditione* existe y no depende del hecho puesto como condición aunque sus efectos estén subordinados a un acontecimiento futuro que significa un aplazamiento, pues tales efectos no surgen coetáneamente con el acto, sino que quedan pendientes, sujetos a la eventualidad de la producción del hecho incierto y futuro. Y así, concluyó León Barandiarán que enfrentadas las tesis de la retroactividad y de la irretroactividad, se saca la impresión de que más vale no imponer en la ley una declaración general sobre el asunto, pues se trata de efectos jurídicos que conciernen a las situaciones derivadas de una convención condicional, de la que puede resultar que algunos efectos de la condición se remonten al pasado y otros no, no siendo necesario para los primeros declarar la retroactividad ni para los segundos declarar la irretroactividad.

No obstante la corriente legislativa y doctrinal que se inicia con el Código Civil alemán, el Código Civil italiano de 1942 ha dado cabida a la regla de la retroactividad en su art. 1360. Messineo[64] lo explica porque la condición se pone en el momento mismo en que se perfecciona el negocio y nace juntamente con él, de lo que infiere que, verificándose la condición suspensiva,

(63) Acto Jurídico, págs. 248 y sigtes.
(64) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 466.

el negocio adquiere eficacia *ab origine* (*ex tunc*) y que, verificándose la condición resolutoria, el negocio pierde eficacia *ab origine (ex tunc)* y, así, todo lo que *medio tempore* ha sido efecto del ejercicio del derecho, o materia de adquisición por parte del sujeto, viene a ser, por sí, reducido a la nada. Betti[65], para quien la retroactividad responde mejor al nexo hipotético que por disposición de las partes une el evento previsto a la regulación de sus intereses, considera que la retroactividad no es un carácter necesario y constante de la condición, sino sólo una nota natural y dispositiva de ella, lo que las partes o la naturaleza de la relación pueden perfectamente excluir.

El art. 177 del Código Civil vigente ratifica, pues, la adopción del principio de la irretroactividad en nuestra codificación civil a partir de 1936 manteniéndolo sin categoricidad. Como la norma no es de orden público y, más bien, supletoria, la condición no sólo opera *ex nunc,* esto es, para el futuro, sino que también puede operar *ex tunc,* esto es, para el pasado, según lo convengan las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad. De este modo, *ad exemplum,* si se vende un inmueble arrendado bajo condición suspensiva, hasta que ésta se realice el vendedor seguirá percibiendo la renta, pero, si se pacta la retroactividad y la condición se realiza, la renta corresponde al comprador y debe reintegrársela el vendedor; y si lo que se ha pactado es una condición resolutoria, hasta que ésta se realice la renta la percibe el comprador, pero, si se pacta la retroactividad y la condición se realiza, la renta corresponde a quien era la parte vendedora en el contrato que se resuelve.

127. DEFECTO DE LA CONDICION

Como lo hemos venido desarrollando, la condición está sujeta a pasar por dos de las tres etapas que hemos señalado: el de pendencia o *pendet conditione,* y la de cumplimiento, o *existit conditione.* Sin embargo, como también lo hemos señalado, puede haber una tercera que es la de la falta de cumplimiento o *déficit conditione.* Esta última, es excluyente con la del cumplimiento, pues cesando la etapa de la pendencia la condición o se cumple o defecciona. Esta última situación constituye el defecto de la condición.

La doctrina considera los efectos de la *déficit conditione* en dos hipótesis, según se haya pactado una condición suspensiva o una resolutiva. El Código Civil vigente, como tampoco su antecedente, no tiene norma expresa al respecto, por lo que las consecuencias del defecto de la condición deben entenderse normados implícitamente y con este criterio concluir en que si la condición pactada es suspensiva y no se realiza, el acto carecerá de efica-

(65) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 407.

cia, y, si la condición pactada es resolutoria y tampoco se realiza, el acto mantendrá su eficacia indefinidamente, como si se hubiera celebrado un acto puro. Esta es la solución de la doctrina dominante y la que consideramos que emerge del articulado del Código Civil vigente.

No obstante lo que queda expuesto, consideramos también que la norma contenida en el art. 175 puede encuadrarse dentro de la regulación del defecto de la condición.

En efecto, el acotado art. 175 establece que "Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(66), y registra como antecedente el art. 1105 del Código Civil de 1936, que León Barandiarán(67) comentó considerando que si se había fijado plazo dentro del cual debía realizarse la condición podía sobrevenir uno u otro extremo, decidiéndose a esa virtud la suerte definitiva del convenio.

En el desarrollo del maestro(68), si el plazo se vencía sin que llegara a ser cierto que la condición suspensiva no podía ya realizarse, si el hecho fue positivo, la condición caducaba y el negocio no surtía sus efectos si la condición era suspensiva, o resultaban estos efectos sin variación si la condición era resolutoria. Pero si el hecho era negativo, entonces, a diferencia del hecho positivo, había que esperar, como regla, a que venciera el plazo fijado, para determinar si la condición se cumplía o no. Evidentemente, precisó León Barandiarán, en el caso positivo no había nada que esperar una vez que dentro del plazo el evento tenía lugar. Pero en el caso negativo había que esperar hasta el vencimiento del plazo, porque hasta ese momento podía verificarse el hecho y, por lo tanto, no cumplirse la condición, aunque en ciertos casos no es de necesidad, por razón de la fuerza natural de las cosas, aguardar hasta el vencimiento del plazo, pues desde antes puede resultar indubitable que no puede *in futurum* sobrevenir el evento, como puede ser en el caso de que se ofrezca una prestación si una yegua no tiene crías dentro de un plazo y la yegua muere antes siquiera de estar en estado de preñez.

El acotado art. 175 ha previsto sólo el caso de una condición negativa. Sin embargo, puede interpretarse en consideración a la exégesis de León Barandiarán a su norma antecedente, que, *mutatis mutandis,* si la condición

(66) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, págs. 167 y 168.
(67) Acto Jurídico, pág. 234.
(68) Ibídem, págs. 234 y sigtes.

es positiva y llega a ser cierto que no se realizará, caduca automáticamente la condición antes del vencimiento del plazo. Así, conforme al ejemplo propuesto por el maestro, si se ofrece una prestación si una yegua tiene crías dentro de un plazo y muere antes de estar siquiera en estado de preñez, la condición se tendrá por no cumplida antes del vencimiento del plazo.

Como hemos visto al detenernos en las características de la condición se trata de un hecho futuro e incierto y son, precisamente, estas características, las que justifican una norma como la del art. 175. El pacto para hacer del acto jurídico uno *sub conditione* puede tener una limitación temporal, pues si la condición no está sujeta a un plazo, y se mantiene la incertidumbre en cuanto a la posibilidad de su realización, los derechos emergidos del acto jurídico no serán definitivos ni éste surtirá efectos definitivos, manteniéndose la contingencia propia del acto que se celebra *sub conditione* y que sólo puede encontrar solución, a nuestro criterio, en aplicación del art. 175, si el hecho en que consiste la condición se torna irrealizable y deviene, por tanto, en condición impropia (Supra Nº 125.5).

La norma contenida en el art. 175 puede considerarse, pues, como regulatoria de la *déficit conditione* y, sin lugar a dudas, como una solución legal *a priori* a fin de que los interesados no estén indefinidamente en espera de la realización de la condición.

128. EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION COMO SANCION A LA MALA FE

El Código Civil ha considerado un modo de realización de la condición, dándola por cumplida, como sanción a la mala fe y que nosotros tratamos separadamente en razón de que no corresponde propiamente a la manera como debe operar la condición, aunque, desde luego, si estamos de acuerdo con la solución planteada.

El art. 176 del Código Civil establece que: "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 aprovecha tal cumplimiento". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[69] y registra como antecedente el art. 1111 del Código Civil de 1936.

La acotada norma trata de preservar la buena fe que debe regir la relación jurídica emanada de un acto jurídico al que han querido las partes su-

(69) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, págs. 168 y 169.

bordinar sus efectos a la producción de un evento pactado como condición. La hipótesis es de una condición potestativa que no depende exclusivamente de la voluntad del deudor o que sea de cargo del acreedor.

La idea es, como ha escrito León Barandiarán[70] en su exégesis del Código Civil de 1936, que no se impida o no se provoque la realización de la condición por ninguna de las partes a que concierne la obligación respectiva, o sea, que si el impedimento o la provocación para la realización de la condición proviene de hecho extraño a ellas, de fuerza mayor o de la voluntad de un tercero, no obraría el art. 1111 del Código antecedente, o sea, en la actualidad el art. 176 del vigente Código Civil.

El mismo León Barandiarán[71] indicó que pactada la condición, ni el obligado debe proceder de mala fe para impedir que se cumpla, ni el acreedor debe proceder de mala fe para forzar su cumplimiento. Frente a este indebido comportamiento es que el art. 176, en el primer supuesto, reprende el proceder del deudor considerando que la condición se ha efectuado y, en el segundo, castiga el comportamiento del acreedor disponiendo que la condición no se ha realizado.

(70) Acto Jurídico, pág. 261.
(71) Curso del Acto Jurídico, pág. 48.

II

EL PLAZO

129. DELIMITACION CONCEPTUAL

El plazo está indesligablemente vinculado al transcurso del tiempo, que es el hecho jurídico de mayor relevancia y al que el ordenamiento legal le atribuye diversas consecuencias jurídicas, pues está vinculado a la existencia humana misma y de él depende, por ejemplo, alcanzar la mayoría de edad y con ella la capacidad de ejercicio, así como la vigencia de un contrato. El transcurso del tiempo sustenta, además, instituciones jurídicas tales como la prescripción, adquisitiva o extintiva, y la caducidad. El transcurso del tiempo adquiere, así, una trascendencia fundamental en relación a los actos jurídicos.

El vocablo tiempo, del latín, *tempus*, es uno de los más ricos en acepciones en la lengua española y, por eso, indagar sobre la esencia del tiempo y trazar su noción es más una tarea de la Filosofía que del Derecho. Acierta, por ello, García Amigo[72] cuando afirma que el Derecho recibe la idea del tiempo del mundo extrajurídico, acoplándola a sus exigencias y tomando en consideración notas peculiares como la necesidad de su acaecer, la de ser un hecho permanente, continuo y constante, y, la de ser un fenómeno cuantitativamente medible y computable por unidades convencionales. El tiempo deviene, pues, en una realidad jurídica en cuanto que el Derecho Objetivo lo reconoce como un factor de las relaciones jurídicas y lo aprehende mediante las normas para el cómputo de su transcurso (Infra Nº 134).

El plazo, que es transcurso del tiempo, considerado como modalidad, viene a ser, al igual que la condición, una limitación puesta por las partes a la eficacia del acto jurídico que han celebrado. Messineo[73] entiende por plazo el tiempo en el que el negocio adquiere eficacia, o bien pierde eficacia. Betti[74] expresa que cuando la parte no tiene motivos para dejar en suspenso o sumir en incertidumbre el valor vinculante del negocio, y sí, en cambio, interés en diferir o limitar en el tiempo su realización práctica, haciéndola comenzar o cesar en una cierta fecha, lo obtiene imponiéndole un plazo.

El Derecho Romano admitió subordinar la eficacia de los contratos a un plazo, que llamó *dies* y que los romanistas, traduciéndolo, denominaron tér-

(72) Instituciones de Derecho Civil. I. Parte General, pág.883.
(73) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 469.
(74) Teoría General del Acto Jurídico, pág. 412.

mino, dándole al vocablo *dies* diferentes manifestaciones, como las apunta Tola[75]. De ahí, que sea usual utilizar plazo y término como sinónimos, aunque la diferencia radica en que el término es el día inicial y final del plazo, pero debiéndose advertir que el Código Civil vigente evita utilizar la expresión término y sólo da cabida a la de plazo.

León Barandiarán[76] recogió la distinción de las siguientes manifestaciones del plazo: a) *Dies certus an et quando*, cuando el término es determinable con toda exactitud, como cuando se dice te pagaré el 20 de enero del próximo año, o la próxima Navidad, o de aquí a 5 meses; b) *Dies certus an et incertus quando*, cuando el término tiene que presentarse inevitablemente, pero no se sabe por anticipado que día será, como cuando se dice el día que Pedro muera; c) *Dies incertus an et certus quando*, cuando no se sabe si el término tendrá lugar aunque se puede precisar el día a que alude ese término, como cuando se dice te pago el día 5 de febrero de 1999 en que Pedro cumplirá 50 años de edad, pues el término puede ser fijado con certeza pero puede ocurrir que Pedro muera antes de cumplir 50 años; y, d) *Dies incertus an et quando,* cuando hay incertidumbre en cuanto si el término se presentará, como cuando se dice te pagaré el día que Pedro se case, pero puede ser que Pedro no quiera casarse nunca. Como lo aclara el propio León Barandiarán, en los casos c) y d) no hay propiamente un plazo, sino una condición, pues lo característico del plazo es la certidumbre que el término se presentará o llegará.

La doctrina es unánime en la determinación conceptual del plazo. Así, los Mazeaud[77] lo definen como un acontecimiento futuro y cierto cuya llegada retrasa la exigibilidad de un derecho o entraña su extinción, entendiendo por acontecimiento futuro y cierto aquel que se producirá con seguridad en el porvenir, aquel cuya realización futura es cierta. Para Coviello[78], el término o plazo es un acontecimiento futuro, pero cierto, desde el cual comienza o hasta el cual dura la actuación de la eficacia de un negocio jurídico, o sea el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que de él derivan. Arauz Castex y Llambías[79] lo conceptúan como la modalidad de los actos jurídicos referida a un hecho futuro, pero a un hecho necesario, que fatalmente ha de ocurrir. Albaladejo[80] dice que el negocio jurídico a término o plazo es aquel negocio en el que las partes no quieren que los efectos se produzcan sino desde o hasta un momento futuro, pero cierto.

(75) Derecho Romano, págs. 77 y sigtes.
(76) Acto Jurídico, págs. 263 y 264.
(77) Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol.I, pág.381.
(78) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 491.
(79) Derecho Civil. Parte General. T.II, pág. 200.
(80) Derecho Civil. I, Vol. 2, pág. 321.

El acto jurídico, pues, al que puede insertarse el plazo no ha de ser puro, sino modal, esto es, un acto en el que las partes han pactado un plazo con la finalidad de determinar el momento desde el cual comienza o acaba la eficacia del negocio, por lo que su incorporación se constituye en una limitación a la eficacia del acto jurídico, porque siendo un elemento extraño a él ha sido arbitrariamente establecido por voluntad de las partes, por lo que esa misma voluntad lo convierte en un elemento esencial.

Los efectos de todo negocio jurídico, como expone Albaladejo[81], precisan producirse en el tiempo y, por ello, todo negocio implica tiempo durante el cual desarrollar su eficacia. Pero el negocio en el que el término es elemento accidental debe ser distinguido del negocio que por propia naturaleza requiere un tiempo limitado en el que falten, o durante el que se produzcan sus efectos o, en general, sus consecuencias. Así, por ejemplo, no es accidental la existencia del plazo durante el cual el depositario debe custodiar la cosa recibida en depósito (art. 1814 del Código Civil), o el plazo en el cual el comodatario debe devolver la cosa que recibió para su uso (art. 1728 del mismo Código). Hay también otros actos en los que la temporalidad es de su esencia y, por eso, el plazo es un elemento esencial de carácter constitutivo, como en el arrendamiento (art. 1666 del Código acotado).

El plazo, como elemento accidental o modalidad del acto jurídico viene a ser, entonces, un hecho, acontecimiento o evento futuro y cierto, que necesariamente, fatalmente, tiene que producirse, como si una persona vende un inmueble de su propiedad ocupado por sus padres y conviene en entregarlo cuando sus padres mueran, se tiene un plazo, pues la entrega depende de un hecho futuro que es también un hecho cierto, que necesariamente va a ocurrir; o, si una persona arrienda su casa por un año y conviene en entregarla a los tres meses de celebrado el contrato, se tienen dos plazos convencionalmente pactados: uno, el primero, que es un elemento esencial, constituido por la temporalidad del contrato de arrendamiento (art. 1666 del Código Civil), aun cuando sea resolutorio (art. 1699), y, el segundo, que es un elemento accidental, pues es un plazo pactado que no es constitutivo del arrendamiento sino determinante de su eficacia, pues la obligación de entregar la casa al arrendatario está en suspenso hasta que se cumpla el plazo pactado para la entrega.

El plazo se distingue de la condición en que es un hecho futuro y cierto, mientras que ésta es un hecho futuro e incierto, y, por eso, no puede entenderse como plazo el hecho que sea de realización imposible. De este modo, en relación con la condición, tiene de común el que el hecho sea futuro y ne-

(81) Ibídem, pág. 323.

cesariamente pactado, pero la diferencia radica en la certeza de la realización del evento, siendo este criterio unánime en la doctrina. Messineo[82] enfatiza la diferencia a base del carácter de la falta de certeza de la realización, que está ínsita en la condición, y de la certeza de su realización, que es propio del término, como ligado que está al indefectible transcurso del tiempo, por lo que concluye en que no puede oscurecer tal criterio el hecho de que se trate, en ambos casos, de un evento futuro.

Para concluir con la delimitación conceptual del plazo debemos enfatizar que el plazo como modalidad del acto jurídico, el plazo-modalidad, tiene que ser pactado, esto es, originarse en la autonomía de la voluntad, característica por la cual no debe confundirse con el plazo que tiene su origen en la ley aun cuando la determinación de su duración corresponda a la voluntad de las partes.

130. CARACTERES DEL PLAZO

De la delimitación conceptual que hemos trazado se infiere que el plazo-modalidad debe ser necesariamente pactado y que el hecho, acontecimiento, suceso o evento en que consista debe ser futuro y debe ser cierto.

130.1. El plazo debe ser necesariamente pactado

El plazo debe ser necesariamente pactado por las partes. Como se trata de una restricción a la eficacia del acto jurídico sólo es posible pactarlo en los actos modales; su inserción en un acto puro no es válida.

El pacto que determine la existencia del plazo debe también diferenciarse de los plazos establecidos por la ley, aun cuando en relación a éstos las partes quedan en libertad para establecer su duración.

La libertad de las partes para pactar la inserción del plazo-modalidad en un acto jurídico, se sustenta en el postulado de la autonomía de la voluntad, con las restricciones que resultan de las normas de orden publico. Al contrario de la regulación de la condición, el Código Civil no le ha prestado al plazo, en este aspecto, una especial atención.

130.2. El plazo debe ser un hecho futuro

El plazo debe ser un hecho futuro porque está ligado al transcurso del

(82) Manual de Derecho Civil y Comercial T.II. pág. 470.

tiempo. Requiere, necesariamente, del *medio tempore* entre la celebración del acto jurídico y la realización del hecho al que están subordinados los efectos.

130.3. El plazo debe ser un hecho cierto

El plazo debe ser un hecho cierto porque necesaria y fatalmente ha de realizarse. Sólo puede haber contingencia, es decir, incertidumbre, en cuanto a la oportunidad de la realización del hecho, mas no en cuanto a su realización, respecto de la cual debe haber certeza. Esta característica es esencial y es la determinante del lindero conceptual con la condición.

Para dejarlo claramente establecido, y como lo advirtió León Barandiarán[83], en el plazo hay certidumbre en cuanto a que el término llegará, aunque puede no haberla en cuanto al momento o la fecha de su verificación, como por ejemplo, cuando se constituye una renta en favor de un interdicto a partir de la muerte de sus padres.

131. CLASIFICACION DEL PLAZO

Delimitado el concepto de plazo y precisadas sus características, es necesario proceder a su clasificación. Así, vamos a distinguir el plazo, siguiendo los criterios dominantes en la doctrina, en: a) expreso y tácito; b) de duración determinada y de duración indeterminada; y, c) suspensivo y resolutorio.

131.1. Plazo expreso y plazo tácito

El plazo puede ser expreso o tácito. La existencia de un plazo, como de la condición, no se presupone: ha de surgir de la manifestación de voluntad, expresa o tácita (Supra Nº 40).

131.2. Plazo de duración determinada y plazo de duración indeterminada

El plazo puede ser de duración determinada o de duración indeterminada, según pueda determinarse o no su duración al momento de celebrarse el acto jurídico. El primero es un *dies certus an et quando* y, el segundo, un *dies certus an incertus quando*. Uno y otro pueden ser expresos o tácitos.

Para el plazo de duración determinada, el Código Civil contiene normas

(83) Curso del Acto Jurídico, pág. 51.

para su cómputo (Infra Nº 134) pues su determinación es en base a una fecha. Por eso, es posible que por anticipado se fije el día del vencimiento.

El plazo de duración indeterminada depende de un hecho de necesaria realización pero que no puede establecerse la oportunidad o fecha de su realización. El plazo existe porque existe la certidumbre de que el acontecimiento se producirá, pero no puede conocerse anticipadamente la fecha de su ocurrencia, cuando, como en el ejemplo anterior, se constituye una renta para un interdicto pero a partir de la muerte de sus padres.

La duración del plazo de duración indeterminada puede ser fijada por la voluntad de una de las partes, por un tercero o judicialmente, de lo que nos ocuparemos más adelante (Infra Nº 133).

131.3. Plazo suspensivo y plazo resolutorio

Es la distinción más importante por cuanto, conceptuado el plazo como un hecho, suceso, acontecimiento o evento del cual se hace depender la eficacia del acto jurídico, la idea del plazo suspensivo o del plazo resolutorio está ínsito en el concepto. Así, el plazo es suspensivo, *dies a quo*, cuando debe cumplirse para que el acto comience a surtir sus efectos y, por eso, se le llama también plazo inicial. El plazo es resolutorio, *dies ad quem*, cuando los efectos del acto jurídico se producen inmediatamente después de su celebración pero cesan a partir de su vencimiento y, por eso, se le llama también plazo extintivo o final.

Los derechos y las obligaciones nacidas de un acto jurídico sometido a un plazo son derechos firmes, constituidos o adquiridos, porque dependen de un hecho de necesaria realización. En el plazo suspensivo el derecho o la obligación han nacido, existen, pero no son exigibles hasta el vencimiento del plazo, como cuando se celebra un contrato de compraventa y se pacta que la entrega del bien y el pago del precio se efectuarán el 1º de enero del año siguiente. Por el contrario, en el plazo resolutorio, el derecho o la obligación han nacido, existen, son exigibles, pero hasta el vencimiento del plazo, como cuando se constituye una renta en favor de un menor hasta que cumpla la mayoría de edad.

El Código Civil distingue con toda claridad el plazo suspensivo del plazo resolutorio en su art. 178: "Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente. Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento ...".

Tanto del plazo suspensivo como del plazo resolutorio nos volveremos a ocupar al hacerlo de los efectos del plazo (Infra Nº 132).

132.EFECTOS DEL PLAZO

Pactado el plazo el acto jurídico queda celebrado, pero sujeto a los efectos del plazo, sea suspensivo o resolutorio, como se infiere del ya acotado art. 178: "Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte 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".

La norma, que no registra antecedente en nuestra codificación civil y que fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(84), plantea dos etapas perfectamente diferenciadas: a) la de la pendencia del plazo; y, b) la del cumplimiento o vencimiento del plazo.

132.1. La pendencia del plazo

La pendencia del plazo es la etapa durante la cual se está a la espera de su cumplimiento o vencimiento. Como lo dispone el art. 178 del Código Civil, anteriormente acotado, si el plazo es suspensivo, el acto no surte efectos hasta que se cumpla o venza, y, si el plazo es resolutorio, los efectos del acto se han producido pero cesan a su cumplimiento o vencimiento.

El mismo art. 178 al regular esta etapa preceptúa que, antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho. Además, el art. 180 dispone que si el deudor pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado, pero que si pagó por ignorancia del plazo si tiene derecho a la repetición.

Antes de ocuparnos de las normas regulatorias de la etapa de pendencia del plazo, debemos detenernos en la consideración de la naturaleza de los derechos originados por el acto jurídico cuyos efectos están supeditados al cumplimiento de un plazo y reiterar que estos derechos son firmes, constituidos o adquiridos al contrario de los derechos nacidos de un acto *sub conditione.*

En efecto, al contrario que la condición, que es un hecho futuro e incierto y que por estos caracteres los derechos emergidos del acto *sub conditione* son contingentes, eventuales o meramente expectaticios, el plazo, por ser un hecho futuro pero cierto, hace que los derechos emergidos del acto

(84) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, págs. 170 y 171.

que le está sometido sean derechos ya firmes, constituidos o adquiridos. Por ello también, la naturaleza de estos derechos los hace, con mayor razón que los emanados de actos *sub conditione*, transmisibles, tanto por acto *inter vivos* como por acto *mortis causa*.

132.1.a. Las acciones conducentes a la cautela del derecho

Como ya hemos advertido, el último párrafo del Art. 178 establece que "Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho". Como también lo hemos advertido, la norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora con los cambios de redacción hechos por la Comisión Revisora(85) y no registra antecedente en el Código Civil de 1936 que sólo la previó para el caso de un acto *sub conditione*, respecto de la cual acotó León Barandiarán(86) que si la cautela del derecho está permitida en atinencia a la condición con mayor razón en cuanto al plazo.

"Las acciones conducentes a la cautela del derecho" son equivalentes a "los actos conservatorios" a que hace referencia el art. 173 del Código Civil. Pero la expresión utilizada por el art. 178 nos parece más acertada por su precisión y mayor amplitud ya que comprende, entre otras, a la acción pauliana (Infra Nº 166) y a todas a las que nos hemos referido al ocuparnos de los actos conservatorios (Supra Nº 126.1.a).

132.1.b. El derecho a la repetición de lo pagado

Al igual que durante la pendencia de la condición, puede el deudor, durante la pendencia del plazo, cumplir con la obligación. En este caso, según el art. 180 "El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero, si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(87) y registra como antecedente el art. 1113 del Código Civil de 1936, aun cuando ésta no se refirió sólo al plazo suspensivo como lo hace el art. 180.

En relación a la norma antecedente consideramos conveniente detenernos en las principales opiniones que ella motivó. En su Exposición de Motivos, Olaechea(88) dejó constancia que se reconocía al deudor el derecho de repetir el pago si lo hizo por error antes de cumplirse el plazo, agregando

(85) Ibídem.
(86) Curso del Acto Jurídico, pág. 123.
(87) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág.172.
(88) Pág. 9.

que el punto dividía a los juristas pues, mientras algunos sostenían que el pago es irrepetible, otros propugnaban la tesis contraria, y que se había adoptado esta segunda posición considerando que el pago anticipado por error del plazo implicaba un enriquecimiento indebido. León Barandiarán[89] tomó una posición contraria y consideró que la facultad de repetir supone que no existe un *debitum*, aunque erróneamente lo haya creído el deudor, lo que presupone, a su vez, que se haya pagado lo indebido, y, en su exégesis de la norma afirmó que tratándose de una deuda con plazo la obligación existe, es cierta, y sólo están diferidos sus efectos, por lo que si se paga antes del plazo no hay pago de lo indebido. Refutando a Olaechea sostuvo que era insostenible la identificación que pretendía entre la situación del deudor bajo condición que paga antes de realizarse ésta, y la del deudor a plazo que paga antes de vencerse éste, porque en el primer caso no hay aún un derecho creado sino una expectativa, a diferencia del segundo caso, en que el derecho está constituido.

La posición de León Barandiarán, que compartimos, es la inspiradora de la solución adoptada por el art. 180 del vigente Código al establecer la irrepetibilidad de lo pagado, pues el plazo es un hecho cierto de cumplimiento inexorable, y sólo permitir la repetición si se paga por ignorancia del plazo.

La norma contenida en el art. 180 es clara y no requiere de esfuerzo hermenéutico para su cabal interpretación. Sin embargo, creemos que son válidas algunas acotaciones.

En primer lugar, debe considerarse que la irrepetibilidad de lo pagado es la regla general y que la excepción es la repetibilidad, el derecho a exigir la devolución de lo pagado, cuando el pago se efectúa por ignorancia del plazo.

En segundo lugar, que la procedencia de la repetición de lo pagado que franquea el mismo art. 180 se fundamenta en la ignorancia del plazo. La ignorancia es ausencia de conocimiento y como tal se asimila al error, que es un vicio de la voluntad (Infra Nº 172) que puede hacer anulable el acto jurídico (Infra Nº 176). De ahí, que la ignorancia deba entenderse respecto a la existencia del plazo o de la oportunidad de su cumplimiento o de la fecha de su vencimiento, pues nada obsta para que el deudor concientemente efectúe un pago anticipado.

Por último, el art. 180 sólo considera el derecho a la repetición si el plazo es suspensivo, por lo que el derecho a repetir no es ejercitable si el plazo

(89) Acto Jurídico, pág. 270.

es resolutorio. La *ratio legis* radica en que la obligación del deudor ya existe, como existe el derecho del acreedor, aunque diferida en cuanto a la oportunidad en que debe procederse al pago por tratarse de un plazo suspensivo, mientras que si el plazo es resolutorio el acto ya ha desplegado su eficacia y las prestaciones tienen que ser necesariamente pagadas hasta el vencimiento del plazo. De ahí, que la limitación a sólo el plazo suspensivo puede considerarse atinada, pero creemos que la misma *ratio legis* tampoco impide que pueda repetirse lo pagado, por ignorancia, antes del vencimiento del plazo resolutorio.

132.2. El cumplimiento o vencimiento del plazo

Como lo hemos ya precisado, el plazo como hecho de necesaria realización determina que, luego de cumplido o de vencido, el acto jurídico surta definitivamente sus efectos, si es suspensivo, o que éstos cesen, si es resolutorio. El Código Civil no ha legislado sobre la etapa de cumplimiento o vencimiento del plazo, pero así resulta de su tantas veces acotado art. 178.

La interpretación de la situación resultante del cumplimiento o vencimiento del plazo que dejamos expuesta, que corresponde a la del art. 178, y que ahora concluimos en el sentido de que opera *ex nunc*, es la asumida unánimemente por la doctrina. Así, por ejemplo, Albaladejo[90] la resume claramente al sostener que la llegada del término opera *ipso iure*, es decir, de pleno derecho y sin alcance retroactivo. El cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos que constituyen el contenido de la relación jurídica son, con el término inicial, diferidos, y con el término final, limitados en el tiempo y se extinguen al quedar cumplido según ha expuesto Betti[91], lo que no releva de mayor desarrollo.

133. LA DETERMINACION DE LA DURACION DEL PLAZO

Como hemos visto, el plazo puede ser de duración determinada o de duración indeterminada (Supra Nº 131.2) por lo que no obstante ser un hecho de necesaria realización, el Código Civil establece criterios para que la duración del plazo pueda determinarse. Estos criterios están en función al plazo *dies certus an et quando*, es decir, cuando la determinación del plazo pueden hacerla las partes celebrantes del acto jurídico con toda exactitud y, excepcionalmente, cuando se trata de un plazo *dies certus an et incertus quando*, es decir, cuando no es posible a las partes determinar anticipadamente la duración del plazo.

(90) Derecho Civil. Vol. 2, pág. 329.
(91) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 412.

Para la determinación de la duración del plazo con toda exactitud y anticipadamente, el Código Civil ha dado contenido a las reglas de cómputo a que se refiere el art. 183 y, para los casos en que no es posible determinarla anticipadamente el Código Civil autoriza a que pueda ser determinado judicialmente, conforme al art. 182.

Veamos, separadamente, las dos maneras de determinación de la duración del plazo.

134. LA DETERMINACION DE LA DURACION DEL PLAZO MEDIANTE LA APLICACION DE LAS REGLAS DE COMPUTO

El ya acotado art. 183 del Código Civil establece las reglas de cómputo del plazo para determinar su duración de manera exacta y anticipada por las partes celebrantes del acto jurídico en los términos siguientes: "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. 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 del 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". La norma fue adoptada por la Comisión Revisora[92] y registra como antecedente el art. 1116 del Código Civil de 1936.

Como podemos apreciar, el art. 183 sólo considera reglas para computar el plazo por días, por meses y por años, sometiendo todas estas unidades de medida del tiempo al Calendario Gregoriano. El análisis e interpretación de las reglas de cómputo hace necesario detenerse en ellas y vincularlas con los conceptos desarrollados por la doctrina en relación al tiempo y su transcurso.

134.1. El Calendario Gregoriano

Como acabamos de ver, el art. 183 somete las reglas de cómputo al Calendario Gregoriano, así llamado por haber sido adoptado por el Papa Gregorio XIII, en 1582, y que rige, desde entonces, en el mundo occidental y cristiano.

(92) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 175 a 177.

El cómputo de los plazos, que es el cómputo del transcurso del tiempo, se remonta a épocas primitivas cuando el ser humano va dejando de ser nómade y comienza a asentarse como agricultor, presentándosele la necesidad de conocer la duración de las estaciones pues los períodos de siembra y de cosecha los vinculó siempre a los fenómenos solares y lunares. Con el avance de la civilización y el progreso pudo ir determinando la duración del período anual hasta llegar a poder hacerlo con relativa exactitud.

El calendario usado en la actualidad tiene su origen en el que usaron los romanos. Fue el emperador Julio César quien ordenó la adopción de un año solar de 365 días y 6 horas, disponiendo que un año, que resultó ser el año 46 anterior a la era cristiana, tuviera 445 días para así concordar cada año con el año solar, que habría de tener 365 días, excepto cada cuatro años, en que el año habría de tener 366 días para así absorber las 6 horas que no se incluían en los tres años inmediatamente anteriores. Este fue el llamado Calendario Juliano.

En el siglo XVI la Iglesia Católica procedió a la revisión del Calendario Juliano con la finalidad de ajustarlo a las festividades de la cristiandad, que consideró se habían desfasado. Fue así que el Papa Gregorio XIII ordenó que se suprimieran diez días del año 1582 y dispuso, además, que dejara de ser bisiesto el año final de cada siglo a menos que el número correspondiente a tal año fuera múltiplo de 400. A partir de esta reforma el calendario pasó a denominarse, como hasta nuestros días, Calendario Gregoriano.

El Calendario Gregoriano, como es sabido, plantea el cómputo del transcurso del tiempo por años de 365 días más un año bisiesto de 366 días cada 4 años; los años divididos en 12 meses de 31 días los de Enero, Marzo, Mayo, Julio, Agosto, Octubre y Diciembre, de 30 días los de Abril, Junio, Setiembre y Noviembre, y de 28 días el de Febrero que, al ser bisiesto cada cuatro años, alcanza 29 días; las semanas en 7 días y los días divididos en 24 horas, las horas en 60 minutos y los minutos en 60 segundos.

Tomando como base el Calendario Gregoriano, la doctrina ha hecho varias distinciones en relación al tiempo y su transcurso, distinguiendo, así, un tiempo fijo y un tiempo móvil y un tiempo útil y un tiempo continuo.

El Calendario Gregoriano es considerado como el tiempo fijo al que hace referencia la doctrina, respecto del cual Messines[93] opina que escapa a la consideración doctrinal del tiempo y su transcurso. El tiempo móvil, por el contrario, según la referencia de la doctrina, es al que se aplican las unida-

(93) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 329.

des de medida para la determinación de la duración del plazo y en relación a ellas se distingue el tiempo útil, cuando el cómputo sólo considera los días hábiles, y el tiempo continuo, cuando son considerados tanto los días hábiles como lo inhábiles.

134.2. El cómputo del tiempo móvil

El tiempo móvil, por lo que acabamos de dejar indicado, es el que requiere de reglas para establecer los momentos o instantes del tiempo, medido en su transcurso, para determinar la duración del plazo. Para su cómputo se han formulado dos sistemas: el de la computación natural, *computatio naturalis*, y el de la computación civil, *computatio civilis.*

Por la computación natural se procede a determinar la duración del plazo de momento a momento, esto es, de una hora determinada a otra hora determinada dentro de un día, un mes o un año, como, por ejemplo, si se contrae la obligación a las 12 horas de un día y se establece el vencimiento del plazo a las 12 horas del día al que corresponde dicho vencimiento; mientras que por el sistema de la computación civil no se procede de momento a momento, sino que se adopta el día por entero, como, por ejemplo, si el plazo es de 30 días debe esperarse el transcurso completo del trigésimo día, hasta las 24 horas, para que quede vencido el plazo. Por la computación natural si se trata de meses, se consideran todos los días que calendariamente tenga cada mes y así, por ejemplo, si el plazo se otorgó en un mes de 30 días y el mes de vencimiento tiene 31, el plazo queda vencido ese día 31; en cambio, en la *computatio civiles* se considera que todos los meses tienen 30 días y, así, por ejemplo, el plazo de 6 meses se considera de 180 días, aun cuando no todos los meses del período tengan 30 días. Por último, mientras que en la *computatio naturalis* se excluyen los días hábiles, en el cómputo civil se incluyen.

El Código Civil no ha diferenciado los dos sistemas y, como ya los hemos advertido, su art. 183 sólo refiere a la aplicación del tiempo móvil las unidades de medición determinadas por días, meses y años.

134.2.a. El cómputo por días

El art. 183 en sus incs. 1), 4) y 5) norma el cómputo por días. Según el inc. 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"; por el inc. 4), "el plazo excluye el día del vencimiento"; y, por el inc. 5), "el plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente".

Como puede apreciarse, el Código Civil utiliza las expresiones días na-

turales, días hábiles y días inhábiles, por lo que corresponde establecer los conceptos.

La regla es, conforme al inc. 1, que el plazo se computa por días naturales, lo que no significa que el Código Civil haya adoptado el sistema de la *computatio naturalis*, ni el cómputo de momento a momento, sino que la referencia a los días naturales implica a los días enteros, a las 24 horas de cada día. Por ello, por el carácter supletorio de la regla, el inc. 1 deja librado a que la ley –referencia que para los efectos del plazo-modalidad no es pertinente– o el acto jurídico establezcan que se hagan por días hábiles, lo que significa que se deja librada a la autonomía de la voluntad los días que pueden ser computables.

La norma, por su carácter supletorio, delega en la voluntad de las partes que decidan sobre el sistema de cómputo. Nada impide que adopten la computación natural y que establezcan los días de momento a momento y que excluyan los días inhábiles, o, que adopten la *computatio civilis* e incluyan los días hábiles. Sólo ante el vacío de la manifestación, esto es a falta de pacto, se aplica la regla del cómputo por días naturales.

La norma del inc. 1) la complementa la del inc. 4), que excluye del cómputo el día inicial, lo que determina que el plazo comience a correr desde el día siguiente sea hábil o inhábil, e incluye el día del vencimiento y, si éste, según el inc. 5), es inhábil, el plazo vence el primer día hábil siguiente. Estas normas complementarias no tienen carácter imperativo, por lo que consideramos que tampoco prevalecen sobre la voluntad de las partes.

134.2.b. El cómputo por meses

El inc. 2) del art. 183 norma el cómputo por meses disponiendo que "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".

Como puede apreciarse, la norma aplica la *computatio naturalis* pues considera todos los días que los meses tengan, sin que nada obste para que el plazo pueda también pactarse de momento a momento o por días enteros, como en la *computatio civiles.* Si el día al que corresponde el vencimiento fuera inhábil puede esperarse el primer día hábil siguiente.

134.2.c. El cómputo por años

El inc. 3) del art. 183 norma el cómputo por años, disponiendo la aplica-

ción de la regla del cómputo por meses: "El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2".

134.3. Aplicación supletoria de las reglas de cómputo

El art. 184 del Código Civil dispone la aplicación supletoria de las reglas de cómputo a todos los plazos: "Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente". La norma fue adoptada por la Comisión Revisora(94) y no registra antecedente en el Código Civil de 1936.

En esta norma, como en la del inc. 1) del art. 183, en cuanto hace referencia a la ley como la fuente del plazo, se ha incurrido en un defecto de sistemática, pues ambas están dentro del desarrollo legislativo del plazo como modalidad del acto jurídico y, sin embargo, ambas hacen referencia a plazos que no constituyen una modalidad desde que no se originan en la autonomía privada, lo que se explica, por cuanto el Código Civil ha optado por ubicar las reglas para el cómputo de los plazos en el Libro del Acto Jurídico y no en un lugar aparte de donde se proyecten las reglas de cómputo a todos los plazos, originados en la autonomía de la voluntad o en la ley.

135. LA DETERMINACION JUDICIAL DE LA DURACION DEL PLAZO

Como lo hemos ya precisado (Supra Nº 130.1), uno de los caracteres del plazo como modalidad del acto jurídico es que sea establecido voluntariamente por sus propios celebrantes. Pero, como puede ocurrir y ocurre, las partes convienen en un plazo cuya duración no han determinado o no pueden determinar, por lo que, surgiendo la divergencia, la duración del plazo debe ser fijada por decisión judicial o, en su caso, por una decisión arbitral. La hipótesis está prevista en el art. 182 del Código Civil.

Según el art. 182 "Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren. La demanda se tramita como proceso sumarísimo". La norma registra como antecedente al art. 1115 del Código Civil de 1936 y fue tomada del proyecto de la Comisión Reformadora(95) con la modificación introducida por el Código Procesal Civil (Primera Disposición Modificatoria).

(94) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, págs. 177 y 178.
(95) Ibídem, págs. 174 y 175.

León Barandiarán[96], en el comentario a la norma del Código derogado que sirve de antecedente a la del Código vigente, la criticó en cuanto que de su texto se podía inferir que era el juez el que fijaba el plazo, lo que no podía ser, pues al juez no le incumba la determinación de un plazo que ha de existir, sino sólo que a él le compete fijar su extensión, pues una cosa es la existencia misma del plazo y otra la fijación de su duración.

Lamentablemente, el art. 182 ha mantenido la misma redacción equívoca de su antecedente y ello le hace aplicable la acertada crítica del maestro, por lo que enfatizamos que la norma no debe ser interpretada en el sentido de que el juez fija el plazo sino que sólo puede determinar su duración.

Hay otros aspectos contenidos en la norma del art. 182 sobre los cuales es conveniente detenerse.

En primer lugar, se refiere a la conclusión de que el plazo se haya establecido en beneficio del deudor, de lo que nos ocuparemos más adelante (Infra Nº 136).

En segundo lugar, el segundo apartado del art. 182 plantea no sólo la hipótesis de que "también fija el Juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor", sino que agrega "o un tercero y éstos no lo señalaren".

En la primera hipótesis, que plantea una *cum debitur*, la determinación de la duración del plazo por decisión judicial tiene su sustento en el hecho de haberse dejado librada la determinación a la voluntad del deudor, situación que puede presentarse de dos maneras: que el cumplimiento de la obligación y su plazo estén librados únicamente al querer del deudor (*cum voluerit*), o, que el deudor disponga de los medios suficientes para cumplir y, en tal caso, fijar el plazo (*cum potueris*). Como considera Coviello[97], aunque la fijación del término dependa de la voluntad del obligado, es válido el negocio jurídico porque el vínculo jurídico existe independientemente de la voluntad del obligado, del que depende únicamente la fijación del plazo. Además, el arbitrio del deudor no es en todo caso ilimitado, pues compete a la autoridad judicial establecer, en dicha hipótesis, el término conveniente para el cumplimiento de la obligación.

En la segunda hipótesis, se plantea la determinación de la duración del plazo por un tercero, lo que no estuvo previsto en la norma antecedente del Código Civil de 1936. La previsión es, sin embargo, original y además acer-

(96) Acto Jurídico, pág. 278.
(97) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 492.

tada, ya que con igual y mayor razón, cuando un tercero acepta el encargo de fijar la duración del plazo y no lo hace, debe corresponder fijarla al juez o a un árbitro, pues éste no puede ser considerado como el tercero al que se refiere el art. 182.

Por último, el tercer apartado del art. 182 señala que la demanda para la determinación de la duración del plazo se tramita como proceso sumarísimo, lo que significa la posibilidad de una más pronta solución al conflicto derivado de la falta de determinación de la duración del plazo.

136. BENEFICIARIOS DEL PLAZO

El plazo, como modalidad del acto jurídico y por originarse en la autonomía de la voluntad, es pactado por acuerdo de las partes, las que deberán establecer en beneficio de cuál de ellas se establece. De ahí, que el Código Civil al ocuparse de los beneficiarios del plazo lo haga con una norma supletoria.

El art. 179 dispone que "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 en favor del acreedor o de ambos". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[98] y registra como antecedente el art. 1112 del Código Civil de 1936.

Olaechea[99] explicó la norma antecedente precisando que se había adoptado del sistema francés en el que el plazo favorece al deudor. He ahí la regla –enfatizó– salvo si por el tenor del documento, o por otras circunstancias, resulta haberse puesto en favor del acreedor o de ambos. León Barandiarán[100], comentándola, estimó que se concretaba a formular una regla sobre la presunción a favor de quién se establecía el plazo y que si el plazo se consideraba constituido en provecho del deudor, a éste no le era exigible la prestación antes de su vencimiento, pero si era estipulado en favor del acreedor, el deudor no podía pagar antes del vencimiento, y, si el plazo era establecido en favor de ambas partes, el acreedor no podría ser compelido a recibir el pago, ni el deudor a ejecutarlo, pendiente el plazo.

Como lo hemos señalado, el art. 179 reitera textualmente la norma antecedente, por lo que hemos traído a colación la exposición de motivos de su autor y el comentario de su más calificado exégeta. Sin embargo, debemos acotar que la norma vigente restringe el tratamiento del beneficio del plazo a

(98) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 171 y 172.
(99) Exposición de Motivos del Libro quinto del Proyecto de Código Civil, págs. 8 y 9.
(100) Acto Jurídico, pág. 268.

sólo el plazo suspensivo, lo que merece que nos detengamos en este aspecto.

Consideramos que hubiera resultado ocioso no hacer la anotada restricción para que la norma pudiera ser interpretada en el sentido de que rige también para el plazo resolutorio, pues en tal hipótesis sería inaplicable toda vez que el acto jurídico ya ha desplegado sus efectos y las prestaciones están cumplidas hasta el vencimiento del plazo. De ahí, que el art. 179 precise que debe tratarse de plazo suspensivo, por cuanto bajo su pendencia el derecho no puede tornarse en pretensión, ni la obligación, en exigible.

Con la limitación introducida se mantiene una norma ya arraigada en nuestra codificación civil, advirtiéndose su inaplicabilidad respecto del plazo resolutorio, pues hace referencia expresa al plazo suspensivo.

En conclusión, el beneficiario del plazo es el deudor, pero bajo una presunción *iuris tantum*, pues si del tenor del instrumento o de otras circunstancias puede desvanecerse la presunción, el plazo puede entenderse en beneficio del acreedor, o de éste y del deudor.

137. LA CADUCIDAD DEL PLAZO

Consistiendo el plazo en un hecho de necesaria realización el simple transcurso del tiempo da lugar a su cumplimiento. Pero puede ocurrir que se produzca la caducidad del plazo, esto es, que antes de su vencimiento se dé por cumplido en detrimento del deudor, por las causales previstas en el Código Civil.

Partiendo del supuesto de que el plazo se establece en beneficio del deudor, el art. 181 ha previsto causales que determinan su caducidad: "El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo: 1) Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda. Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación. 2) Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido. 3) Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieren por causa no imputable a éste, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor. La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito".

La norma registra como antecedente el art. 1114 del Código Civil de 1936 y fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[101], habiéndosele introducido modificaciones por el Código Procesal Civil (Primera Disposición Modificatoria).

Como puede apreciarse, las tres causales, si bien están interrelacionadas, son diferenciables, pues la primera se basa en la insolvencia sobreviniente del deudor, la segunda en el incumplimiento en cuanto a la constitución de las garantías ofrecidas y, la tercera, en la disminución del valor de las garantías que ha constituido.

137.1. La insolvencia sobreviniente del deudor

El acreedor tiene respecto de su deudor el derecho a ser pagado y por eso la insolvencia que le sobreviene al deudor, luego de contraída la obligación, le hace perder el beneficio del plazo. Es la causal prevista en el inc. 1 del art. 181. Sin embargo, puede recuperarlo si constituye garantías o señala bienes libres que aseguren a su acreedor la efectivización de su derecho.

La insolvencia debe entenderse como la imposibilidad de poder responder frente a las obligaciones contraídas, porque el deudor ya no cuenta con patrimonio suficiente. León Barandiarán[102] la explica, simplemente, en la imposibilidad económica del deudor de responder por sus obligaciones, por lo que hace desaparecer la razón de la concesión del plazo al deudor.

Con la modificación introducida por el Código Procesal Civil se establece una presunción para determinar la insolvencia del deudor. Ella requiere de un emplazamiento judicial para que dentro de los 15 días siguientes el deudor constituya garantías o señale bienes libres que pueda embargarle el acreedor, por valor suficiente. Si transcurren los 15 días la presunción de su insolvencia opera y el acreedor puede pedir que se den por vencidos los plazos tramitando su demanda como proceso sumarísimo y hacer uso de las medidas cautelares que le aseguren la satisfacción del crédito. Pero si el deudor garantiza la deuda, entendiéndose la garantía como una en sentido estricto, o le señala al acreedor bienes libres de gravamen por valor suficiente para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, desaparece la inseguridad del acreedor en cuanto a poder hacerse pago y, en este caso, el deudor recupera el derecho a utilizar el plazo.

(101) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, págs. 173 y 174.
(102) Acto Jurídico, pág. 273.

137.2. El incumplimiento en cuanto a la constitución de las garantías ofrecidas

El acreedor puede haber otorgado el crédito confiando en el ofrecimiento de su deudor en cuanto a la constitución de garantías. La falta de cumplimiento del deudor es, entonces, causa suficiente para que pierda el derecho a utilizar el plazo. Es la causal prevista por el inc. 2 del art. 181.

Debe tratarse de garantías convenidas en la celebración del acto jurídico que origina el crédito y, por eso, la pérdida del derecho al beneficio del plazo se justifica, por cuanto la concesión del crédito por el acreedor se dio en mérito de las garantías que para asegurar el cumplimiento ofreció el deudor. La causal no distingue la naturaleza de las garantías, por lo que puede tratarse de garantías reales, como la prenda y la hipoteca, o de garantías personales, como la fianza.

Al igual que en el caso del inc. 1, la caducidad del plazo debe ser materia de pronunciamiento judicial debiendo el deudor, para tal fin, tramitar su demanda como proceso sumarísimo y haciendo uso de las medidas cautelares que estime convenientes a su derecho.

No obstante que el inc. 2 del art. 181 no lo ha previsto, consideramos que si el deudor constituye garantías y éstas las acepta el acreedor, el plazo puede ser restablecido.

137.3. La disminución del valor de las garantías

Las garantías a que se viene haciendo referencia pueden ser reales o personales, pues como hemos advertido, deben entenderse en sentido estricto y porque únicamente éstas pueden ofrecer seguridades al acreedor en cuanto a la efectivización de su crédito. Pero, además, el valor de las garantías debe ser suficiente para cubrir el monto del crédito que debe ser solventado en el plazo pactado, por lo que la disminución de ese valor acarrea la pérdida del beneficio del plazo. Esta es la causal prevista por el inc. 3 del art. 181.

La causal se ha puesto en las hipótesis de que las garantías disminuyeren por acto propio del deudor o desaparecieren por causa no imputable al mismo deudor.

El fundamento de la caducidad es el mismo que en los casos anteriores. El acreedor en ejercicio de su derecho a ser pagado puede exigir el cumplimiento inmediato de la obligación frente a la inseguridad devenida por la disminución o desaparición de las garantías. El tenor de la norma *sub exámine*

induce a inferir que las garantías a que se refiere son sólo las garantías reales, pero creemos que pueden estar comprendidas las garantías personales, como sería el caso de que al fiador le sobrevenga una situación de insolvencia que incluso lo conduzca a ser sometido a un concurso de acreedores y, eventualmente, a la declaración de quiebra.

La disminución por acto propio del deudor puede producirse, por ejemplo, tratándose de una prenda con entrega jurídica (art. 1059 del Código Civil) y, por tanto, los bienes prendados están en posesión del deudor, si éste no les presta la debida atención y diligencia para su mantenimiento y conservación, como puede ser el caso del industrial que adquiere nuevos equipos constituyéndolos en prenda ante la entidad financiera que lo dotó de los recursos, pero no los confía a personal debidamente capacitado para su operación ni les presta los servicios técnicos requeridos ni utiliza repuestos legítimos.

La disminución o desaparición de las garantías por acto no imputable al deudor, como ya hemos advertido, puede deberse a caso fortuito o fuerza mayor (art. 1315 del Código Civil), no obstante lo cual el deudor pierde el derecho al plazo porque el acreedor no tiene ya la seguridad de hacer efectivo su crédito.

Pero en cualquiera de las dos hipótesis, el deudor puede recuperar el plazo si sustituye de inmediato las garantías por otras equivalentes a satisfacción del acreedor, conforme lo establece el mismo inc. 3 del art. 181.

Al igual que en los dos casos anteriores, la caducidad del plazo deberá ser materia de pronunciamiento judicial para cuyo efecto el acreedor deberá tramitar su demanda como proceso sumarísimo y hacer uso de las medidas cautelares que estime convenientes a su derecho.

III

EL CARGO

138. DELIMITACION CONCEPTUAL

El cargo, también llamado modo, que deriva del latín *modus*, y además carga y gravamen, es un genuino elemento accidental del acto jurídico que se vincula a los actos jurídicos de disposición a título gratuito (Supra Nº 26), sean *inter vivos*, como es la donación, o *mortis causa*, como es el legado.

El cargo viene a ser un hecho consistente en un dar o en un hacer que se impone como restricción a la ventaja económica que obtiene la parte que es favorecida con una disposición gratuita, en beneficio del propio disponente o de un tercero. Coviello[103] lo explica diciendo que consiste en una declaración accesoria de voluntad por la cual se impone, a quien se concede a título gratuito un derecho patrimonial, la obligación de realizar un hecho cualquiera, ya sea en un determinado uso de la cosa dada, o en una prestación de índole pecuniaria o no, en favor de quien ha transmitido el derecho, o de un tercero. Para Messineo[104], a diferencia de la condición y el plazo, que forman cuerpo con la declaración de voluntad, el *modus* queda, en cierto modo, separado e independiente de ella, y no incide sobre la eficacia del negocio, no la suspende: el negocio es inmediatamente eficaz, pues quien recibe la donación, o quien es instituido legatario entra en goce del derecho pero está personalmente gravado con la obligación de dar o hacer alguna cosa a favor del disponente, o de un tercero, o incluso a favor propio, o bien de emplear de una manera, determinada por el disponente, el objeto de la donación o de la disposición testamentaria, o parte del mismo, aclarando que se llama *modus* porque implica, precisamente, un límite, una medida del alcance económico o jurídico de la liberalidad. Según Betti[105], quien desea al celebrar un negocio jurídico gratuito, *mortis causa* o *inter vivos*, que la ventaja patrimonial sea destinada, en todo o en parte, a un determinado fin, en interés propio o de un tercero, provee ello disponiendo *sub modo*, es decir, imponiendo a la atribución patrimonial una carga. León Barandiarán[106], citando a Bevilaqua, define el cargo como la determinación accesoria en virtud de la cual se restringe la ventaja creada por el acto jurídico, estableciendo el fin a que debe ser aplicada la cosa adquirida o imponiendo una cierta prestación.

(103) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 498.
(104) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 471.
(105) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 415.
(106) Acto Jurídico, pág. 287.

El cargo, pues, precisando su concepto, sólo tiene lugar en los actos de disposición patrimonial a título gratuito, tales como la donación y el legado; no en la herencia forzosa.

Constituye una limitación que se impone al donatario o al legatario para restringir las ventajas económicas que obtienen con la adquisición del derecho proveniente de la liberalidad. Así, quien recibe una donación o un legado, es decir, quien es beneficiario de un acto gratuito no tiene, por lo regular, prestación alguna que cumplir, pues los actos gratuitos o de liberalidad sólo obligan a quien los otorga. Por excepción, y en ello radica que el cargo sea un genuino elemento accidental, puede imponerse al beneficiario de la liberalidad un deber jurídico que no constituye contraprestación pues el acto jurídico del que se origina no configura un acto que genere prestaciones recíprocas.

Pero como advierte León Barandiarán[107], la carga misma que constituye el *modus*, como deriva de una relación convencional, es una obligación - un deber jurídico, preferimos llamarlo nosotros -, una relación sobre derechos personales, por lo mismo asumida voluntariamente por el beneficiado con la liberalidad al aceptar ésta; por lo tanto, quedan excluidas del *modus*, las cargas reales, como las servidumbres y los usufructos, así como las cargas legales, como puede ser el pago de deudas de la herencia. Es necesario, entonces, precisar el carácter del deber jurídico que determina el cargo.

La posición de León Barandiarán, gravitante en nuestra doctrina, es la de la doctrina en general. Así, para Coviello[108] el cargo importa una obligación y lo distingue del mero consejo o de la recomendación, que no tienen eficacia jurídica sino, en todo caso, moral, pues mientras la violación del consejo o de la recomendación, por más que pueda considerarse como un hecho inmoral, si no siempre en muchos casos, no produce efectos jurídicos y de ahí la necesidad de establecer si en un caso concreto existe un *modus*, o bien un consejo o una recomendación, lo que es cuestión que se resuelve mediante la interpretación del acto que contenga cláusula que la haga necesaria. Para Albaladejo[109] el modo se diferencia de la contraprestación de los negocios onerosos en que no existe entre él y la liberalidad la interdependencia que en los primeros se da, entre la prestación y la contraprestación, que no son una accesoria de la otra, sino que se encuentran en un mismo plano. El mismo Coviello[110] aclara el carácter de la obligación que importa el cargo, explicando que no puede confundirse con las obligaciones

(107) Ibídem, pág. 288.
(108) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 498.
(109) Derecho Civil. I. Vol. 2, pág. 332.
(110) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 499.

que se encuentran en los negocios por los que una persona transmite un derecho patrimonial para obtener una contraprestación, como, por ejemplo, si se vende un fundo imponiéndole al comprador la obligación de constituir una servidumbre en favor de otro fundo perteneciente al mismo vendedor o de un tercero, pues esta obligación no puede llamarse *modus* porque no obstante su apariencia de obligación accesoria, no es en substancia sino una parte de la compensación debida al vendedor y entra, por consiguiente, en el contenido esencial del negocio.

Por lo que queda expuesto no puede hablarse de cargo si no se habla de donaciones y de legados, porque son actos que por su naturaleza no producen obligación a quien recibe el beneficio de la liberalidad. El *modus*, como lo dice la misma palabra latina, no es más que una medida, o mejor, una limitación de la liberalidad y, porque importa un deber jurídico, no le impide al negocio desplegar su eficacia mientras el *modus* no se cumple.

Pese a que el cargo constituye un deber jurídico hay autores que consideran que puede confundirse con una condición potestativa (Supra Nº 125.3). Pero una posición de esta naturaleza es fácilmente descartable. Ya hemos visto que el cargo no afecta la eficacia del acto y el aspecto es interesante por cuanto en lo que a nuestra codificación civil se refiere, Olaechea, en la Exposición de Motivos del Proyecto del Código Civil de 1936[111], trazó el deslinde: el cargo no se debía confundir con la condición, pues cuando la restricción del derecho es un simple accesorio de la disposición hay cargo y, cuando la restricción entraña la razón de la disposición, hay condición.

La accesoriedad del cargo la explica Albaladejo[112] diciendo que así como la accidentalidad es nota común a la condición y al término, la accesoriedad es privativa del cargo. En aquellos casos no se quieren los efectos del negocio, sino presupuestos de la condición y del término, porque, por ejemplo, A, al vender bajo condición suspensiva, es porque no quiere los efectos de la venta si la condición no se cumple, lo que significa que la eficacia se autolimita voluntariamente reduciéndose a querer los efectos sólo para el caso que concurran las circunstancias previstas. Por el contrario, en el modo hay una voluntad encaminada a los efectos normales del negocio y que también formula una disposición accesoria deseando unos efectos dependientes de aquellos efectos normales, pues el donante *sub modo* quiere donar y además quiere que el donatario haga tal o cual cosa.

El cargo no afecta, pues, la eficacia del acto jurídico al que se inserta, ni tampoco cambia su naturaleza. El acto sigue siendo una liberalidad. Así, por

(111) Pág. 9
(112) Derecho Civil. I. Vol. 2. pág. 331.

ejemplo, la donación a la que se anexa una obligación modal, no se torna onerosa pues sigue siendo gratuita, no se desnaturaliza, ya que el cargo no viene a ser una contraprestación. Pero como obligación modal que es el cargo, aquel en cuyo beneficio se ha impuesto puede exigir su cumplimiento.

En conclusión, el concepto de cargo, luego se su delimitación, da lugar a una figura típica, consistente en una restricción a la ventaja económica que obtiene la parte beneficiada con un acto de disposición a título gratuito, determinando esta restricción una obligación modal que es un deber jurídico pero que no constituye una contraprestación sino un elemento accidental al acto jurídico así celebrado. El cargo, por todo lo expuesto, es una figura inconfundible con la condición y con el plazo, como puede apreciarse al considerarse sus caracteres.

139. CARACTERES DEL CARGO

De la delimitación conceptual que hemos dejado trazada se infiere que el cargo tiene las siguientes características: a) Es una modalidad que sólo puede anexarse a los actos de disposición a título gratuito; b) Debe consistir en un hecho lícito y posible; y c) Debe ser expresamente establecido.

139.1. El cargo es una modalidad que sólo puede anexarse a los actos de disposición a título gratuito

El cargo es una modalidad que sólo puede anexarse a los actos de disposición a título gratuito, también llamados liberalidades (Supra Nº 26), y no a la generalidad de los actos modales (Supra Nº 29). Ya hemos visto que las liberalidades pueden ser actos *inter vivos*, que se resumen en el contrato de donación, y actos *mortis causa*, que se resumen en el legado.

139.2. El cargo debe consistir en un hecho lícito y posible

El cargo debe consistir en un hecho lícito y posible, en cuanto que no debe ser contrario a la ley, al orden jurídico y ser realizable.

Esta característica se encuentra en el art. 189 del Código Civil, según el cual "Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno". La norma fue adoptada por la Comisión Revisora[113] y registra como antecedente a los arts. 1119, 1120 y 1121 del Código Civil de 1936, pero con una solución distinta pues aplica el

(113) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. II, págs. 181 y 182.

principio de conservación del acto, toda vez que el acto jurídico subsiste pese a la ilicitud y a la imposibilidad del hecho en que el cargo consiste.

Como puede apreciarse del acotado art. 189 el cargo para que tenga virtualidad jurídica, debe consistir en un hecho lícito, esto es, conforme a ley, y posible, esto es, tener posibilidad física y también jurídica.

El hecho en el que el cargo consiste configura un deber jurídico (Supra Nº 77.1) y no una obligación que constituya una contraprestación, como lo hemos delimitado conceptualmente (Supra Nº 138), porque si bien está vinculado al derecho que adquiere el beneficiario de la liberalidad, es sólo una restricción a la ventaja económica que obtiene y no constituye, por eso, enfatizamos nuevamente, una contraprestación.

139.3. El cargo debe ser expresamente establecido

El cargo debe ser expresamente establecido, pues debe derivar de la voluntad inequívoca del autor de la liberalidad expresamente manifestada.

Como se trata de un elemento modal, el cargo debe ser establecido observándose la forma prescrita para los actos a los que puede anexarse. Así, conforme al Código Civil, si se trata de una donación de bienes muebles de valor considerable se deberá instituir por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, especificándose y valorizándose los bienes que se donan (art. 1624) y, si se trata de bienes inmuebles, por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados y de su valor real, también bajo sanción de nulidad (art. 1625). Y, si se trata de un legado, puede establecerse según las formas testamentarias que le hayan dado contenido a tal disposición (art. 691).

140. LA SISTEMATICA DEL CARGO

El Código Civil en el tratamiento del cargo ha seguido la misma sistemática que estableció el Código Civil de 1936, que siguió a su vez la del Código brasileño (Supra Nº 3.4.b), ubicándolo, junto con la condición y el plazo, como otra de las modalidades dentro del desarrollo legislativo de la Teoría del Acto Jurídico.

Nuestra codificación civil ha tomado así partido en el tratamiento del cargo, dándole mayor relevancia, pues el Código Civil de 1852 no le prestó mayor atención ni le confirió un tratamiento especial, ya que se limitó a vincularlo a la donación (art. 603) y al legado (art. 780), considerándolo como "remuneratorio".

La codificación civil comparada no le confiere al cargo una uniformidad sistemática. Los Códigos europeos, como el francés, el alemán y el italiano, lo ubican vinculado a las donaciones y a los legados. El Código argentino lo coloca dentro de las obligaciones en general. Pero este tratamiento dispar, como lo señaló León Barandiarán[114], no perturba el carácter mismo del cargo como elemento modal o accidental.

En nuestro vigente Código Civil, no obstante el tratamiento especial que le dispensa, la donación con cargo tiene una norma particular (art. 1642) a la que se remite la de los legados con cargo (art. 768), lo que veremos más adelante, al ocuparnos de su incumplimiento (Infra Nº 145).

141. LOS SUJETOS QUE SE VINCULAN AL CARGO

Como ya ha quedado precisado, el cargo puede ser impuesto en un contrato de donación o por decisión unilateral del testador al instituir un legado, por lo que por la por la naturaleza propia del cargo dos son los sujetos que protagonizan el acto al que se impone: el autor de la liberalidad y el beneficiado con ella, que es el que asume el deber de cumplirlo. Si el cargo se impone en beneficio del propio autor de la liberalidad, son sólo éstos los sujetos que se vinculan al cargo, pero, si el cargo se impone en beneficio de un tercero, este sujeto queda también vinculado al cargo.

En relación a los sujetos vinculados al cargo, como apuntó León Barandiarán[115], la voluntad dominadora es la del autor de la liberalidad, pues el otro sujeto, el beneficiado con la liberalidad, se limita a aceptar o no la imposición del cargo. Si se trata de una donación, el acto es bilateral, pero no lo es tratándose de una disposición testamentaria no obstante lo cual el legatario debe también aceptar o no la liberalidad (arts. 773 y 677 del Código Civil). Y como el cargo, de alguna manera, limita el beneficio de la liberalidad, se genera así un vínculo que genera un deber en el beneficiado con la liberalidad, respecto del propio autor de la liberalidad o del tercero beneficiado con el cargo.

El acto jurídico con cargo genera, pues, una relación jurídica entre el autor de la liberalidad y el beneficiado con la misma a quien se le impone el cargo. Pero también con la persona que debe ser beneficiada con el cargo, si es un tercero. Como esta modalidad no afecta la eficacia del acto jurídico, la liberalidad surte plenos efectos en la relación jurídica entre el autor de la liberalidad y el beneficiado con ella y, si éste último no cumple con el cargo, el

(114) Acto Jurídico, pág. 287.
(115) Ibídem.

beneficiario, sea un tercero o el propio autor de la liberalidad, si el acto es, obviamente, *inter vivos*, o sus sucesores, pueden exigir su cumplimiento, como también pueden exigirlo los albaceas del imponente del cargo, si se impuso por acto *mortis causa* (art. 787, incs. 6 y 9 del Código Civil).

142. LA TRANSMISIBILIDAD Y LA INTRANSMISIBILIDAD DEL CARGO

Determinados los sujetos que se vinculan al cargo es conveniente precisar el alcance de su imposición, esto es, si el cargo es transmisible o intransmisible.

El Código Civil ha previsto la cuestión relativa a la transmisibilidad o intransmisibilidad del cargo en el art. 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, como inherentes a su persona. En este caso, si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(116) y registra como antecedente a la del art. 1118 del Código Civil de 1936, cuyo tenor reproduce.

Como puede apreciarse, el acotado art. 188 establece como regla general que el cargo es transmisible, esto es, que pasa a los herederos de quien asumió el cargo, quienes adquieren los bienes otorgados con la liberalidad pero asumiendo el deber de cumplir con el cargo, el que les puede ser exigible a ellos. Como excepción a la regla, la misma norma ha previsto la imposición del cargo *intuitu personae,* esto es, para que sólo sea cumplido por el sujeto al que se le impuso y que, en este caso, si el impuesto con el cargo no lo cumple o muere sin cumplirlo, los bienes otorgados mediante la liberalidad revierten al imponente del cargo o a sus herederos.

143. EL PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CARGO

El cargo debe ser cumplido en la oportunidad establecida por el autor de la liberalidad y aceptada por el beneficiado con ella. Pero puede darse el caso de que de la manifestación de voluntad del autor de la liberalidad se infiera la existencia de un plazo para el cumplimiento mas no haberse determinado su duración, por lo que el Código Civil le atribuye al juez la facultad de fijarlo.

(116) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 180 y 181.

En efecto, dispone el art. 186 que "Si no hubiese plazo para la ejecución del cargo éste debe cumplirse en el que el Juez señale. La demanda se tramita como proceso sumarísimo". La norma fue adoptada por la Comisión Revisora, en base al Proyecto de la Comisión Reformadora(117) y registra como antecedente el art. 1117 del Código Civil de 1936, habiendo sido modificada, en cuanto a la vía procesal, por el Código Procesal Civil (Primera Disposición Modificatoria).

Como puede apreciarse, el tenor de la norma acotada incurre en el mismo defecto del art. 182, ya señalado (Supra Nº 135), por lo que la referencia al plazo debe entenderse en su duración. Por eso, el juez sólo debe limitarse a establecer su duración y no a fijar el plazo mismo, pues éste debe inferirse de la manifestación de voluntad del autor de la liberalidad e imponente del cargo.

144. LA EXIGIBILIDAD DEL CARGO

Por su naturaleza misma, el cargo constituye una obligación modal, esto es, un deber jurídico que, por eso, no es una contraprestación a la liberalidad aceptada. Sin embargo, es exigible dentro de las condiciones establecidas por la ley y por quien tenga un legítimo interés económico o moral.

Como lo hemos visto anteriormente al tratar de los sujetos que se vinculan al cargo (Supra Nº 141), los interesados en exigirlo son el autor de la liberalidad, sea o no beneficiario del cargo, y este último si es un tercero.

El Código Civil lo precisa en su art. 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". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(118) y no registra antecedente en el Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse, el acotado art. 185 franquea la exigibilidad del cargo al propio autor de la liberalidad, o a sus sucesores, si se trata de un acto *inter vivos,* y a sus albaceas, si se trata de un acto *mortis causa* (art. 787, incs. 6 y 9). Franquea también la exigibilidad al beneficiario del cargo, y, poniéndose en la hipótesis de que el cargo sea de interés social, la exigibilidad se la franquea a "la entidad a la que concierna".

Puede ocurrir que el cargo exceda el valor de la liberalidad en cuyo ca-

(117) Ibídem, T. I, pág. 179.
(118) Ibídem, pág. 178.

so resulta inexigible, como lo establece el art. 187: "El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[119] y no registra antecedente en el Código Civil de 1936, mas sí en la posición de León Barandiarán[120] su más connotado exégeta y comentarista, quien tomó partido por la solución del Código alemán en cuanto a eximir de su deber a quien aceptó el cargo.

Como puede apreciarse, la acotada norma toma la posición sugerida por León Barandiarán, en cuanto a eximir del cumplimiento del cargo si éste excede el valor de la liberalidad. Sin embargo, hay una cuestión que queda planteada y es si la exención es también aplicable si la disminución del valor de la liberalidad es imputable a quien aceptó el cargo, respecto de lo cual, somos de opinión, que tal exención no debe funcionar.

La disposición del art. 187 se explica por la naturaleza modal del cargo, que resulta de una restricción a la ventaja económica que obtiene el beneficiario del cargo, lo que implica siempre que el importe del cargo deba ser menor al de la liberalidad.

145. EL INCUMPLIMIENTO DEL CARGO

El incumplimiento del cargo, como acabamos de ver, lo hace exigible, pudiéndose llegar al extremo de plantear la ejecución forzosa.

Para el caso de la ejecución forzosa, el interesado que puede accionar ha de ser el beneficiario del cargo. A este respecto, el Código Civil no tiene norma específica, por lo que, a nuestro parecer, son de aplicación por analogía lo previsto como efecto de la inejecución de la obligación que para el acreedor franquea el art. 1219 del Código Civil, ya sea para que el beneficiario del cargo emplee las medidas legales (inc. 1) y para que se lo haga procurar por otro a costa de quien asumió el deber de cumplir con el cargo (inc. 2). Lo que sí no creemos es que pueda exigir el pago de una indemnización (inc. 3), pues a ella se opone la naturaleza modal del cargo (Supra Nº 138).

146. LA REVOCABILIDAD DE LA DONACION Y DEL LEGADO CON CARGO

El Código Civil ha establecido la revocabilidad del cargo, contrariamente a la posición que tuvo el Código Civil de 1936, cuyo art. 1485 estableció la

(119) Ibídem, págs. 179 y 180.
(120) Acto Jurídico, págs. 291 y 292.

irrevocabilidad de la donación con cargo, aunque el articulado que regulaba el legado no dio contenido a norma alguna al respecto.

El art. 1642 del Código Civil vigente permite la revocación de la donación con cargo y, si éste ha sido cumplido, dispone la obligación del donante de abonar al donatario el valor del cargo satisfecho, manteniendo el principio de la revocabilidad de la donación (art. 1637), pero sin que esta facultad pase a los herederos del donante (art. 1638). Estas mismas disposiciones son aplicables al legado con cargo en virtud de lo prescrito por el art. 768.

Conviene detenernos para precisar en qué casos procede la revocación de la donación y del legado con cargo.

Según el art. 1637 el donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación. De este modo, en aplicación de las causas de indignidad para suceder (art. 667), procede revocar la donación y el legado con cargo, según el caso, si el donatario o el legatario son autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa contra la vida del donante o del testador, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge (inc. 1); si el donatario o el legatario son condenados por delito doloso cometido en agravio del donante o del testador o de alguno de los parientes anteriormente referidos (inc. 2); si el donatario o el legatario han denunciado calumniosamente al donante o al testador por delito que la ley sanciona con pena privativa de la libertad (inc.3); si el donante o el legatario hubieran empleado dolo o violencia para compelerlo a la donación o a la institución del legado (inc. 4); y, si el legatario ha hecho uso de un testamento falsificado (inc. 5). Y, en aplicación de las causas de desheredación procede revocar la donación o el legado con cargo si el donatario o el legatario han maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al donante o al testador (art. 744 inc. 1); si el donatario o el legatario le han negado los alimentos al donante o al testador, si alguno de ellos son sus ascendientes, sin motivo justificado, o por haberlos abandonado encontrándose gravemente enfermos o sin poderse valer por sí mismos (art. 744 inc. 2); si el donatario o el legatario privaron de su libertad al donante o al testador injustificadamente (art. 744 inc. 3); si el donatario o el legatario llevan una vida deshonrosa o inmoral (art. 744 Inc. 4); si siendo ascendientes, el donatario o el legatario negaron injustificadamente los alimentos al donante o al testador (inc. 1 art. 745); si siendo ascendientes del donante o del testador, el donatario o el legatario incurrieron en causas por las que se pierde la patria potestad o por haber sido privados de ella (art. 745 inc.2); y, si el donatario o el legatario son cónyuges del donante o del testador y han incurrido en adulterio, han ejercido violencia física o psicológica, han atentado contra su vida, los han injuriado gravemente, si abandonaron injustificadamente la casa conyugal o si han tan tenido conducta deshonrosa (art. 746).

Las causales para la revocación deben ser probadas en un proceso judicial, *onus probandi incumbit actori,* y declaradas por sentencia ejecutoriada.

Capítulo XI

EL ACTO JURIDICO SIMULADO

Capítulo XI

EL ACTO JURIDICO SIMULADO

147. PREMISA

La manifestación de voluntad, lo hemos ya destacado (Supra Nº 35), constituye la esencia misma del acto jurídico por cuanto mediante ella se da a conocer la voluntad interna. De este modo, la voluntad interna no es suficiente pues necesita de la manifestación, de la misma manera como ésta requiere de ella, para la formación del acto jurídico, ya que entre ambas es imprescindible que exista una correlación máxime si la manifestación tiene por contenido la voluntad interna. En el caso de los actos bilaterales, la manifestación de voluntad de cada una de las partes debe ser expresión de su verdadera y real intención.

Pero puede ocurrir que los actos jurídicos sean simulados. Como indica Josserand[1], puede ocurrir que los actos revistan carácter ficticio: en la idea de las partes no están destinados a recibir ejecución, por lo menos en los términos en que se presentan ostensiblemente.

La idea de la simulación del acto jurídico parte, pues, de una disconformidad entre lo que se declara y lo que se quiere, de una discordancia entre la voluntad interna y su manifestación, con la finalidad de presentar un acto jurídico cuyos efectos no desean las partes, pero que es, en realidad, lo que ellas quieren.

148. DELIMITACION CONCEPTUAL

La simulación del acto jurídico es una figura típica, nominada y autóno-

(1) Derecho Civil. T. II. Vol. 1, pág. 226.

ma. Sus caracteres la hacen inherente a la Teoría del Acto o del Negocio Jurídico. Como la ha precisado Ferrara[2], negocio simulado es el que tiene *una apariencia contraria a la realidad, porque no existe en absoluto o porque* es distinto de como aparece. Por eso, Messineo[3] destaca que simular importa mentir, o porque se oculta en todo o en parte una verdad, o porque se hace aparecer como verdadera una mentira, o porque se hace aparecer a los ojos de los terceros una verdad diversa que la efectiva. Para Coviello[4] la simulación consiste en querer una cosa diversa de la contenida en la declaración, concientemente, y con el asenso de la parte a la que va dirigida la declaración. Stolfi[5] conceptúa que la simulación consiste en manifestar de acuerdo con la otra parte una voluntad aparente: ya por no querer concertar acto alguno, en cuyo caso se denomina absoluta, ya porque se quiere concertar un acto distinto del ficticio, en cuyo caso se denomina relativa.

La simulación. como figura jurídica, es abstracta y compleja. Ferrara[6] la explica con la siguiente descripción: dos contratantes, para sus fines particulares, se proponen engañar a los terceros haciéndoles creer que realizan un acto que realmente no quieren efectuar. Para ejecutar su acuerdo llevan a cabo, exteriormente, el acto ficticio, es decir, declaran querer cuando, en realidad, no quieren; y esta declaración, deliberadamente disconforme con su secreta intención, va dirigida a engendrar en los demás una falsa representación de su querer. En efecto, los terceros, que ignoran el concierto secreto de los contratantes y no pueden penetrar en sus intenciones, creen la verdad del acto realizado: entienden, y tienen motivo para entender, que aquellas declaraciones contractuales son serias y han producido una transformación real en las relaciones jurídicas de las partes. Así, si se finge una enajenación o la constitución de una obligación, o una transferencia de propiedad que no existe porque la cosa aparentemente enajenada sigue en el patrimonio del enajenante, o la constitución de una deuda puramente imaginaria, porque el deudor aparente no queda obligado, todo lo cual se ha hecho creer a los terceros, y lo mismo sucede en el caso de que se disimule un negocio bajo la apariencia de otro pues los contratantes han declarado vender cuando, en realidad, han querido donar, engañando a los terceros presentando formas mentidas del negocio.

En el acto jurídico simulado, pues, hay un concierto de voluntades para presentar un acto jurídico que no responde a la voluntad interna de las partes y que sólo sirve de medio para producir engaño a los terceros. De ahí

(2) La simulación de los negocios jurídicos, pág. 43.
(3) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, págs. 446 y 447.
(4) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 412.
(5) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 154.
(6) La simulación de los negocios jurídicos, pág. 43.

que, con Albaladejo[7], precisemos que con el negocio simulado se persigue un fin de engaño, utilizando como medio una declaración divergente de la voluntad y que esta divergencia se fija a través de un acuerdo simulatorio. Por ello, también, consideramos plenamente vigente la clásica definición de Ferrara[8] según la cual la simulación es la declaración con un contenido de voluntad no real, emitida concientemente y de acuerdo entre las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico.

149. CARACTERES DEL ACTO JURÍDICO SIMULADO

De la delimitación conceptual que hemos dejado trazada y tomando en consideración los elementos de la clásica definición de Ferrara, establecemos los siguientes caracteres del acto jurídico simulado: a) Disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad manifestada; b) Concierto entre las partes para producir el acto simulado; y, c) Propósito de engañar a los terceros.

149.1. La disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad manifestada

El acto jurídico simulado supone una disconformidad deliberada entre la voluntad interna de las partes y su manifestación, desde que las partes quieren que ésta no sea el reflejo de aquélla. Cuando la manifestación no da contenido a la voluntad interna se configura la simulación absoluta y, cuando la manifestación da contenido a la voluntad interna pero sólo para hacer ostensible un acto aparente, porque el verdadero permanece oculto, se configura la simulación relativa. De ambas nos ocuparemos más adelante (Infra Nº 153 y Nº 154).

La disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad manifestada, por ser deliberada, presupone la existencia de una acuerdo para simular, que es el que da contenido a la voluntad interna de las partes y a su verdadera y real intención. A este acuerdo lo denominamos acuerdo simulatorio.

Algunos autores consideran que la simulación no supone un caso de disconformidad entre la voluntad interna y su manifestación y, por eso, cuestionan esta primera característica. Así, Stolfi[9], quien afirma que el acto simulado no pertenece a los casos de discordancia entre voluntad y declaración, ya que ninguna de las partes manifiesta una voluntad en contraste con

(7) Derecho Civil. I. Vol. 23, pág. 240.
(8) La simulación de los negocios jurídicos, pág. 56.
(9) Teoría del Negocio Jurídico, págs. 155 y 156.

el querer interno y, ambas concuerdan en dar cierta forma a una voluntad diversa de la verdadera, de manera que en definitiva componen dos actos auténticos entre sí: de un lado declaran querer en apariencia algo, y, de otro, declaran en realidad que no quieren nada o quieren cosa distinta. En el mismo sentido De Cossio[10] sostiene que habiéndose dicho que existe simulación del negocio siempre que se produce una disociación de apariencia y realidad con un fin de engaño, y que se le ha considerado como un caso de discrepancia entre la voluntad interna y la declarada, que ello está lejos de la realidad, ya que en los supuestos de simulación ninguna de las partes manifiesta una voluntad disconforme con su interno querer, sino que entre ambas están de acuerdo en dar apariencia de veracidad a una voluntad diversa de la real: de una parte, aparentar querer algo, y por otra, no querer nada o querer algo diferente. Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli[11] precisan, por su parte, que la existencia de un acuerdo para simular impide reducir el fenómeno de la simulación a los confines lineales de una divergencia querida y conciente entre manifestación y voluntad negocial.

Sin embargo y pese a la autorizada opinión de los autores que hemos citado, la doctrina mantiene el clásico criterio de Ferrara, aun entre los autores italianos. Messineo[12] refuta la doctrina que niega que en el caso de la simulación exista divergencia entre voluntad y declaración, señalando que cada una de las partes sabe bien lo que con las declaraciones de voluntad quiere decir, toda vez que emplean un lenguaje convencional, o sea, un lenguaje que trae un sentido efectivo, diverso del que aparece de la letra de las declaraciones de voluntad, y, por eso, las declaraciones rezan diversamente de la que es la efectiva voluntad de cada declarante y, por tanto, también en las relaciones entre las partes las declaraciones divergen de las respectivas voluntades, aunque tal divergencia sea inocua, precisamente, porque las partes son conocedoras de ella.

La posición de Ferrara la siguen autores españoles de la talla de Díez-Picazo y Gullón[13] y Albaladejo[14], quienes consideran que la disconformidad entre la voluntad real y la manifestación es una divergencia conciente y que tal divergencia existe porque en el negocio simulado la manifestación, que es la declaración propia del negocio simulado, discrepa de la voluntad real y, el hecho de que ésta coincida con el interno querer de las partes, no modifica las cosas, pues lo que acontece es que la manifestación discrepa de la voluntad interna de las partes, así como también de su acuerdo para producir el acto simulado.

(10) Instituciones de Derecho Civil. I, pág. 152.
(11) Derecho Civil. T. I. Vol. 2, pág. 918.
(12) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 449.
(13) Instituciones de Derecho Civil. Vol. 1, pág. 340.
(14) Derecho Civil. I. Vol. 2, pág. 241.

En nuestro medio, León Barandiarán[15], en su clásica obra, y Lohmann[16] consideran como propia de la simulación la característica de la disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad manifestada. Nosotros, por nuestra parte, consideramos que uno de los caracteres de la simulación es la disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad manifestada, reiterando nuestra afiliación a la clásica definición de Ferrara. Estamos con el célebre profesor de la Universidad de Pisa en cuanto a que lo más característico de la simulación es la divergencia intencional entre la voluntad interna y la voluntad manifestada, y que lo interno, que es lo querido, y lo externo, que es lo manifestado, están en oposición conciente, pues las partes no quieren el negocio, sino quieren solamente aparentarlo y, por eso, emiten una declaración disconforme con su voluntad, que predetermina la nulidad del acto jurídico y, al mismo tiempo, sirve para provocar la ilusión falaz de su existencia[17].

149.2. El concierto entre las partes para producir el acto simulado

Para que exista un acto jurídico simulado, como lo acabamos de advertir, es indispensable que los celebrantes se concierten para producirlo, pues de otro modo no puede existir la común disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad manifestada. Como afirman Ospina y Ospina[18], la simulación presupone siempre la connivencia entre quienes han participado en ella.

El concierto entre las partes viene a ser lo que hemos denominado como acuerdo simulatorio. Messineo[19] explica que el contenido del acuerdo simulatorio consiste en establecer cuál será el alcance jurídico efectivo que deben tener las declaraciones de voluntad, emitidas simultánea o sucesivamente por las partes para la formación del negocio bilateral, alcance jurídico que, de cualquier manera, es diverso del que esas declaraciones tendrían si se las considera en su tenor literal y objetivo, o bien, en el caso de un acto unilateral destinado a persona determinada que sea simulado por acuerdo entre el declarante y el destinatario de la declaración, que el acuerdo simulatorio consista en atribuir al acto alcance jurídico diverso del que tendría por sí. En ambos casos –sostiene el tratadista italiano– un acuerdo simulatorio prevé agregados o sustracciones o modificaciones al contenido del negocio, o bien en absoluto la sustitución del mismo por otro contenido, pero de todos modos un acuerdo simulatorio debe existir ya que, sin él, la simulación no

(15) Acto Jurídico, pág. 162.
(16) El Negocio Jurídico, pág. 366.
(17) La simulación de los negocios jurídicos, pág. 44.
(18) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 117.
(19) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 447.

sería eficiente, ni siquiera entre las partes, teniéndose, en cambio, dos declaraciones con reserva mental.

La simulación es excluyente de la reserva mental y viceversa, pues la primera, como acabamos de ver, requiere del acuerdo simulatorio. La reserva mental, como ya lo hemos visto (Supra Nº 39.2), consiste en declarar una voluntad con el oculto y no declarado propósito de no aceptar los efectos del acto jurídico, de no querer obligarse, por lo que va dirigida a engañar al otro celebrante si se trata de un acto bilateral o, al destinatario de la declaración si es un acto unilateral recepticio. De ahí que resulte contrapuesta a la simulación.

La doctrina distingue también la simulación de las declaraciones no serias o informales, a las que ya hemos considerado (Supra Nº 39.1). Al respecto, escribió León Barandiarán[20] que el fin deliberado de hacer aparecer como existente un negocio que en verdad no tiene vida es característico en la simulación, pero en las declaraciones informales, como son las hechas en broma, las irónicas, las teatrales, didácticas y otras de la misma laya, es que es notorio que falta no sólo el propósito de obligarse, sino también el de aparentarlo.

El concierto entre las partes para producir la simulación, que viene a ser el acuerdo simulatorio, está dirigido a privar al acto jurídico de sus propios y naturales efectos. Como lo señala De Cossio[21] la doctrina discute si se presentan dos declaraciones contradictorias que se integran en un mismo negocio, o, por el contrario, dos negocios jurídicos distintos que se anulan o limitan. Para nosotros la simulación es un acto jurídico unitario, querido en esa forma por una voluntad única, y no el mero resultado de dos voluntades contradictorias. Podrá la voluntad interna de las partes ser contraria al contenido de sus respectivas manifestaciones, pero de lo que no existe duda es de que ambas no hacen sino poner en evidencia una misma y sola voluntad que queda contenida en el acuerdo simulatorio.

149.3. El propósito de engañar

Como la simulación se dirige a producir un acto jurídico aparente, el propósito de engañar le es inherente. El engaño va dirigido a los terceros, aunque sea un engaño no reprobado por la ley. De ahí que, como veremos más adelante el acto jurídico simulado puede ser lícito (Infra Nº 156) o ilícito (Infra Nº 157), ya que, como advirtió Ferrara[22], no debe confundirse la intención

(20) Acto Jurídico, pág. 163.
(21) Instituciones de Derecho Civil, I, pág. 152.
(22) La simulación de los negocios jurídicos, pág. 45.

de engañar con la intención de dañar, porque la simulación en sí misma no es lícita ni ilícita, pudiendo ser el acto ilícito por su finalidad (Supra Nº 56), esto es, si mediante el acto simulado se persigue perjudicar a un tercero.

El propósito engañoso es el designio de las partes respecto de los terceros, pues ellas no pretenden engañarse entre sí. Como afirman Ospina y Ospina[23], mientras no exista el propósito de engañar a terceros o si este engaño no se realiza, la actuación contradictoria de los sujetos nada simula ni disimula.

150. LA SIMULACION EN LOS ACTOS UNILATERALES

Por lo que hasta ahora queda expuesto puede pensarse que la simulación se configura sólo en los actos bilaterales, desde que es indispensable el acuerdo simulatorio. Sin embargo, nada obsta para que también puedan simularse actos unilaterales cuando son recepticios, pues en ellos el acuerdo simulatorio se concierta entre quien va a manifestar la voluntad y quien la va a recepcionar. Así, por ejemplo, si se quiere reconocer una deuda inexistente para engañar a acreedores que lo son realmente.

La doctrina no formula ningún reparo a la simulación en los actos unilaterales recepticios. Nuestro Código Civil no se ha pronunciado sobre la unilateralidad recepticia del acto simulado, dejando librada su calificación como simulado a la concurrencia de las características que hemos anteriormente desarrollado (Supra Nº 149).

151. AUTONOMIA Y TIPICIDAD DEL ACTO SIMULADO

Delimitada conceptualmente la simulación y determinados sus caracteres, es oportuno detenerse en la autonomía y tipicidad del acto simulado, trazando su distinción con otros actos jurídicos con los que, sólo en apariencia es susceptible de confundirse, tales como los denominados actos o negocios indirectos y los fiduciarios. La distinción con los actos fraudulentos la haremos al ocuparnos del acto fraudulento (Infra Nº 161).

151.1. El acto simulado y el acto o negocio indirecto

La doctrina ha venido a denominar como negocio indirecto al acto aparente que encubre uno realmente querido. Ferrara[24] los estudió como "actos aparentes" y los distinguió de los simulados.

(23) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 118.
(24) La simulación de los negocios jurídicos, págs. 89 y sigtes.

El negocio indirecto no tiene una finalidad contraria al derecho. Es un acto aparente pero que ha sido realmente celebrado, por el cual las partes, sin pretender engañar, persiguen su verdadero propósito como, por ejemplo, cuando alguien que es deudor confiere su representación con poder irrevocable (Supra Nº 98) a quien es su acreedor a fin de que éste haga efectivo el cobro de una deuda que le tienen pendiente y con cuyo importe se haga pago. El acto aparente es el de la representación con poder irrevocable, pero ha sido realmente celebrado, conforme a la verdadera voluntad de las partes, ya que el conferimiento del poder irrevocable se ha otorgado para que el acreedor cobre el crédito y así se extinga la obligación del deudor-poderdante.

La diferencia del negocio indirecto con el acto simulado es clara y radica en que en este último no se ha celebrado el acto jurídico porque las partes no han tenido la voluntad de celebrarlo, si la simulación es absoluta (Infra Nº 153), o han celebrado un acto que ocultan y dan a conocer un acto ficticio, si la simulación es relativa (Infra Nº 154). El negocio indirecto tiene como principal característica la de constituirse en un medio para la consecución del fin que se han propuesto alcanzar las partes y que no es contrario al Derecho. De ahí que el negocio indirecto no constituye una categoría especial de simulación sino tan sólo es un medio por el cual un acto o negocio típico busca alcanzar una finalidad que no es la inherente o consustancial a su naturaleza.

El Código Civil no ha legislado sobre el acto indirecto, lo que conduce a su asimilación a los actos simulados, lo que es indebido por la diferencias ya señaladas, o, a su confusión, pese a los linderos conceptuales de uno y otro.

151.2. El acto simulado y el negocio fiduciario

La doctrina hace derivar del negocio indirecto el negocio fiduciario, que viene a ser un acto por el cual se transfiere un derecho para una finalidad realmente querida por las partes, pero, una vez alcanzada la finalidad, el derecho transferido retorna al transfirente o se transmite a la persona que éste haya designado. El *nomen iuris* viene de fiducia, que significa fe en el sentido de confianza, y, por eso, lo celebran el fiduciante, que es el que transfiere el derecho, y el fiduciario, que es el que lo recibe y se obliga a devolverlo al fiduciante o a transferirlo a la persona que le fue designada.

Como puede apreciarse, se trata de un acto verdadero cuya ejecución corresponde a los efectos queridos por las partes. Se basa en la confianza depositada en el fiduciario, quien actúa como verdadero titular del derecho porque lo es hasta alcanzar la finalidad perseguida de común acuerdo con el fiduciante. Así, *ad exemplum*, la cesión de un derecho de crédito para que el fiduciario exija la prestación a cargo del deudor y el importe de lo cobrado lo

entregue luego al propio cedente, que es el fiduciante, o a la persona designada; ó el endoso de una letra de cambio que, con el mismo fin, se endosa en propiedad en vez de hacerse en procuración.

El acto fiduciario se aproxima al acto simulado con simulación relativa (Infra Nº 154), pero la diferencia radica en que se trata de un acto realmente querido por las partes, quienes han convenido voluntariamente la finalidad que se proponen mediante la fiducia, por lo que es un acto real y no un acto ficticio, como el simulado con simulación relativa.

El acto fiduciario, en nuestro país, no ha sido normado por el Código Civil. En la actualidad lo regula la Ley Nº 26702-Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y también puede encontrarse en la Ley del Mercado de Valores puesta en vigencia mediante el Decreto Legislativo Nº 862.

Continuando el tratamiento desarrollado a partir de la modernización de la legislación bancaria, que ha hecho derivar el fideicomiso de los negocios fiduciarios[25], la Ley Nº 26702 lo conceptúa como "una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de una patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario" (art. 241). Para su validez el fideicomitente debe tener la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmite y el acto reunir, además, los del art. 140 del Código Civil (art. 243). El fiduciario sólo pueden ser la Corporación Financiera de Desarrollo-COFIDE y las empresas bancarias, las empresas financieras, las cajas municipales de ahorro y crédito, las cajas municipales de crédito popular, la Entidad de Desarrollo de la Pequeña y Micro Empresa, las cooperativas de ahorro y crédito y las cajas rurales de ahorro y crédito autorizadas para desempeñarse como tales, así como las empresas de servicios fiduciarios y las empresas de seguros y reaseguros (art. 242). La misma ley, por lo demás, establece las formalidades para su celebración (art. 246) y, en general, desarrolla una amplia regulación del acto de fideicomiso, cuyo detalle no es del caso tratar.

Por su parte, la Ley del Mercado de Valores ha introducido el denominado fideicomiso de titulación, que su art. 301 conceptúa como el fideicomiso por el cual "una persona, denominada fideicomitente, se obliga a efectuar las transferencia fiduciaria de un conjunto de activos en favor del fiduciario para la constitución de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideico-

(25) Vide, de Alberto Stewart Balbuena, El fideicomiso como negocio fiduciario.

metido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores, cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de fideicomisario ...". Estos fideicomisos sólo pueden ser celebrados por las denominadas sociedades titulizadoras, que deben constituirse como sociedades anónimas con la finalidad exclusiva de desempeñar la función de fiduciario en procesos de titulación, esto es, para la constitución de patrimonios que respalden el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio.

152. CLASES DE SIMULACIÓN EN LOS ACTOS JURIDICOS

Con la delimitación conceptual hasta aquí trazada, para establecer precisiones es conveniente distinguir el acto jurídico simulado con simulación absoluta (Infra Nº 153) y con simulación relativa (Infra Nº 154), pues por esta distinción, que es la más importante de todas, no es posible determinar una noción única de la simulación. No obstante, los caracteres del acto jurídico simulado que hemos dejado expuestos (Supra Nº 149) si les son comunes y todos ellos deben concurrir para que el acto jurídico simulado se configure.

Tomando en consideración el tratamiento que el Código Civil dispensa a la simulación, vamos a distinguir los actos jurídicos con simulación relativa en actos con simulación total (Infra Nº 154.1) y actos con simulación parcial (Infra Nº 154.2), vinculando a la simulación relativa los actos jurídicos simulados con simulación interpósita persona (Infra Nº 155). Por último, vamos a considerar también los actos jurídicos simulados con simulación lícita (Infra Nº 156) y los actos jurídicos simulados con simulación ilícita (Infra Nº 157).

153. LA SIMULACION ABSOLUTA

La simulación es absoluta cuando recae en la existencia del acto jurídico, es decir, cuando no existe voluntad de los sujetos de celebrarlo y sólo en apariencia lo celebran, por lo que sólo existe un acto aparente sin que exista una acto jurídico real y verdaderamente celebrado. Como lo explica Messineo[26], las partes no declaran una voluntad verdadera, como cuando se declara vender pero en realidad no se quiere vender: por consiguiente, a base del acuerdo simulatorio, la cosa ficticiamente vendida permanece en el patrimonio del fingido enajenante, mientras que en el patrimonio del fingido adquirente queda lo que se dice ser el precio de la cosa.

(26) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, págs. 447 y 448.

En la simulación absoluta el acuerdo simulatorio está dirigido a dar apariencia de realidad a un acto ficticio y sin contenido, ya que en la voluntad interna de los celebrantes no ha existido intención de que el acto pueda producir algún efecto jurídico más allá del propósito de engañar a los terceros. El acto con simulación absoluta, como lo explicó León Barandiarán[27], se resume en el aforismo romano *colorem habet, substantia vero nullum.*

El Código Civil ha dado contenido a una noción del acto jurídico simulado con simulación absoluta en el art. 190: "Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad de celebrarlo". La norma fue adoptada por la Comisión Revisora[28] y no tiene antecedente en el Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse, la noción contenida en el acotado art. 190 vincula la simulación absoluta a la inexistencia de una voluntad real que es indispensable para la celebración del acto jurídico y pretende significar que no existe acto jurídico verdadero sino sólo uno aparente, que es el resultado del acuerdo simulatorio que se ha convenido, precisamente, para que no exista un acto real y verdadero. El acto jurídico originado con el acuerdo simulatorio sólo tiene una existencia aparente a la que la voluntad de las partes no ha dotado de validez y, en consecuencia, de eficacia.

En la simulación absoluta, pues, existe una voluntad real pero sólo para formar el acuerdo simulatorio del que se origina un acto jurídico sólo en apariencia, sin contenido verdadero, pues no se corresponde con el de la voluntad real de los celebrantes. Así, verbigratia, si se simula un contrato de compraventa, por el acuerdo simulatorio el vendedor manifiesta vender sin querer vender y el comprador, comprar sin querer comprar: se trata sólo de aparentar el contrato.

El acto jurídico simulado con simulación absoluta es nulo (Infra Nº 223.5), aunque despliegue la eficacia que las partes han querido darle en apariencia y sólo hasta que se haga evidente la simulación, esto es, la vacuidad de su contenido, lo que determinará que el acto aparente nunca tuvo existencia, no creó una relación jurídica, ni la reguló, modificó o extinguió.

154. LA SIMULACION RELATIVA

La simulación es relativa cuando existe voluntad real de celebrar un acto jurídico que se oculta, presentándose a los demás un acto aparente. De este modo, se produce una dualidad de actos: uno oculto o disimulado, que

(27) Acto Jurídico, pág. 167.
(28) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 182 y 183.

contiene la voluntad real de las partes; y otro aparente o simulado, que es el que instrumentaliza el propósito de engañar. Al respecto, Messineo[29] la explica indicando que cuando las partes, en lugar de la voluntad que expresan, que es una voluntad ficticia, tienen otra que no revelan al exterior, pero que es la verdadera, como cuando se declara vender y, respectivamente, comprar, cuando en realidad, según establecen las contradeclaraciones, se dona y, respectivamente, se recibe a título de donación, se configura la simulación denominada relativa, por la cual coexisten un negocio aparente, simulado o fingido, y un negocio efectivo, pero secreto, esto es, oculto o disimulado.

En la simulación relativa por el acuerdo simulatorio las partes convienen en producir un acto aparente y otro oculto, pero es el oculto el que va a regir las relaciones de las partes. León Barandiarán[30] la explicó con el aforismo *romano colorem habet, substantia vero alteram.*

De lo hasta aquí expuesto se puede ya trazar la diferencia entre la simulación absoluta y la simulación relativa. En la absoluta no existe ningún acto jurídico porque el acuerdo simulatorio es sólo para producir un acto aparente, mientras que en la relativa, como estamos viendo, el acuerdo simulatorio es para producir un acto oculto y uno aparente, para dar lugar, con el primero, a la creación de una relación jurídica que rige verdaderamente entre las partes, regularla, modificarla o aun extinguirla, mientras que con el segundo no existe otra finalidad que engañar por tratarse de un acto ficticio o simulado.

La simulación relativa es susceptible de confusión con el negocio fiduciario (Supra Nº 151.2) y aún más con el negocio indirecto (Supra Nº 151.1), pero, en realidad, existe una evidente diferencia conceptual.

La transferencia del derecho en el negocio fiduciario es verdadera, como verdadero es también el acto aparente en el negocio indirecto. Para establecer si hay o no simulación se precisa atender a la voluntad interna de las partes y determinar si quisieron o no los efectos que exceden a los inherentes al acto aparente en que consiste el negocio indirecto; o, si se ha generado una relación obligacional en el negocio fiduciario del que deriva el fideicomiso, de tal modo que si el fiduciario no da el destino final al derecho transferido deberá resarcir el daño y perjuicio irrogados al fideicomitente por la violación de la confianza. No hay simulación, pues de lo que se trata es de alcanzar la finalidad perseguida por las partes y no la de engañar, que es la finalidad del acto simulado. En la simulación el acto aparente es sólo eso, una mera apariencia, sin más propósito que engañar. En el negocio indirec-

(29) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 448.
(30) Acto Jurídico, pág. 167.

to, como en el fiduciario, hay una finalidad práctica buscada por la voluntad real de las partes que utilizan como medio un acto realmente celebrado.

El Código Civil ha dado contenido a una noción del acto jurídico simulado con simulación relativa en el art. 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 forma y no perjudique el derecho de tercero". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(31) y no tiene antecedente en el Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse, la noción contenida en el art. 191 vincula la simulación relativa a la existencia de una voluntad real para concluir en un acto verdadero que, en virtud del acuerdo simulatorio, regirá la relación entre las partes pero que éstas mantendrán oculto, haciendo visible sólo el acto ficticio. La voluntad interna de las partes no sólo ha dado lugar al acuerdo simulatorio para producir un acto verdadero que permanecerá oculto sino para presentar a los demás, con propósito de engaño, el acto aparente.

El acto aparente, en la simulación relativa, al igual que en la simulación absoluta, no ha dado contenido a la verdadera voluntad de las partes, por lo que no tiene existencia jurídica y carece en absoluto de eficacia, más allá de los efectos que se busquen con el engaño. La validez y eficacia en esta clase de simulación corresponde al acto que permanece oculto y es de este acto que emerge la verdadera relación jurídica entre las partes, su regulación, modificación o extinción. Sin embargo, frente a los demás, es el acto aparente el que rige las relaciones entre las partes, no obstante ser un acto nulo por carecer de existencia.

Las relaciones entre las partes, como queda dicho, se rigen por el acto oculto al cual, por exigencia del acotado art. 191 deben concurrir "los requisitos de sustancia y forma" y no debe perjudicar el derecho de tercero.

Los requisitos de sustancia y forma son los que el art. 140 del Código Civil señala para los actos jurídicos en general, más los requisitos que para un acto jurídico determinado el mismo Código Civil o leyes especiales establezcan. Así, por ejemplo, en el caso de una donación de inmueble, que queda como acto oculto y se presenta con la apariencia de una compraventa, para que la donación pueda producir efectos el acto aparente deberá haber sido celebrado por sujetos capaces, estar referido a un objeto física y jurídicamente posible, así como determinado o determinable, tener finalidad lícita y haberse formalizado mediante escritura pública, pues la donación, además

(31) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 183 y 184.

de requerir de la capacidad del donante y dar lugar a un objeto física y jurídicamente posible, no debe ser inoficiosa (art. 1629) y además celebrarse por escritura pública (art. 1625).

A los requisitos de sustancia y forma para la validez y eficacia del acto oculto, el art, 191 agrega el de que "no perjudique el derecho de tercero". Este perjuicio al derecho de tercero constituye la causal de anulabilidad del acto oculto y es el que legitima al perjudicado a impugnarlo (Infra Nº 159.2). Además, el perjuicio al derecho de tercero conduce a la distinción de la simulación en lícita e ilícita, que desarrollaremos más adelante (Infra Nº 156 y Nº 157).

El acto oculto de la simulación relativa es anulable (Infra Nº 231.3). El acto aparente es nulo en cuanto constituye una simulación absoluta (Infra Nº 223.5).

Como ya lo hemos advertido, la simulación relativa puede ser total y parcial. Veamos.

154.1. La simulación total

La simulación relativa es total cuando abarca al acto jurídico en su totalidad, como en los ejemplos que hemos utilizado en el desarrollo que venimos haciendo.

La simulación total es inherente a la simulación absoluta, pues ella tiene esta característica desde que comprende la totalidad del acto, en todos sus aspectos, ya que, como lo hemos precisado (Supra Nº 153), el acto es inexistente en su totalidad.

Por la razón que queda expuesta, *no hemos hecho referencia a esta* distinción cuando nos hemos ocupado de la simulación absoluta y sólo la hacemos ahora, al ocuparnos de la simulación relativa, que puede ser total cuando el acto aparente es totalmente ficticio.

154.2. La simulación parcial

Hay simulación parcial cuando el acuerdo simulatorio está dirigido a uno o más aspectos o cláusulas del acto jurídico a fin de que no correspondan a la voluntad real de los celebrantes y cuyo verdadero contenido, siendo de su conocimiento, lo mantienen oculto. Según León Barandiarán[32], la consigna-

(32) Acto Jurídico, págs. 171 y 172.

ción de cláusulas, fechas, datos o modalidades no sinceras, no reales, importa simulación, porque con ello se falta a la concordancia que debe existir entre lo querido y lo expresado. Así, por ejemplo, puede haber simulación respecto al precio, consignándose uno más elevado o más bajo del realmente pactado; puede haberla también respecto de la fecha o sobre algún otro dato o cláusula del negocio.

Pero, como bien lo señala el maestro, de esta clase de simulación debe distinguirse el hecho que se conoce con el nombre de falsedad.

En la falsedad, como en la simulación, hay propósito de engañar. Pero en la falsedad se trata de un hecho material, por el cual se crea, se altera o se suprime algo, con lo que se forja, se modifica o se destruye una prueba testificativa de alguna obligación. Se trata ya de un hecho punible, que cae dentro de la esfera del Derecho Penal. No es una declaración que no corresponde a la realidad, esto es, a lo verdaderamente querido. En la falsedad, la disconformidad con lo verdadero no es, como en la simulación, de orden psicológico o intelectual, sino de orden material, que se manifiesta en la grosera forma de que aquello que se declaró no es lo mismo que se hace constar en la prueba que de ello da fe, o esto último no responde a declaración alguna.

El Código Civil se ocupa del acto jurídico simulado con simulación parcial al hacer referencia a los "datos inexactos" en el art. 192: "La norma del art. 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos ...". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[33] sin registrar antecedente en el Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse de la remisión al art. 191, la simulación parcial sólo la concibe el art. 192 cuando se trata de la simulación relativa. Y no puede ser de otro modo, pues en la simulación absoluta, como ya lo hemos dejado expresado (Supra Nº 153) al no existir acto jurídico, la simulación es siempre total. Por lo demás, el art. 192 refiere la simulación parcial a los "datos inexactos", lo que significa que los "exactos" se mantienen ocultos en el conocimiento de las partes, en su acuerdo simulatorio.

Los "datos inexactos" pueden estar referidos a fechas, hechos, cantidades y, en general, declaraciones que no guardan conformidad con la realidad, como en el caso de declarar en un contrato de compraventa un precio que no corresponde al realmente pactado, o colocarle al documento en el que consta el contrato una fecha distinta de la que le corresponde a la oportunidad de su celebración.

(33) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, pág. 184.

Consideramos que los datos inexactos a los que hace referencia el art. 192 deben ser interpretados con la mayor amplitud y, de ninguna manera, restrictivamente. Esta amplitud debe abarcar no sólo los "datos inexactos" con los que se ha pretendido establecer una noción de la simulación relativa parcial, pues nada impide que el acuerdo simulatorio verse sobre aspectos que no son elementos constitutivos del acto y, por ello, objetivos como los "datos". Así, por ejemplo, una cesión de arrendamiento que se hace aparecer como gratuita entre el cedente y el cesionario ante el propietario del bien, cuando en realidad el cedente ha cobrado un "derecho de llave" o "juanillo". En este caso, como en cualquier otro similar, y como en los "datos inexactos", la simulación parcial no afecta la validez del acto jurídico, es decir, no ocasiona su nulidad total, salvo disposición legal expresa, debiendo la impugnación del tercero perjudicado enervar únicamente el aspecto o aspectos ocultados por el acuerdo simulatorio.

155. LA SIMULACION POR INTERPOSITA PERSONA

La simulación por interpósita persona es una modalidad de la simulación relativa que consiste en que una persona aparezca como celebrante del acto y destinatario de sus efectos cuando en realidad es otra persona, pues el que aparece celebrando el acto es un testaferro u hombre de paja, un sujeto interpuesto ficticiamente, ya que el acto realmente se celebra con la otra persona, el interponente, y sólo en apariencia se celebra con el interpuesto o testaferro. Esta clase de simulación se configura, según Messineo[34], cuando alguien finge estipular un negocio con un determinado sujeto, cuando, en realidad, quiere concluirlo y lo concluye con otro, que no aparece.

Esta modalidad de simulación, que es una interposición ficticia de persona, es necesario distinguirla de la interposición real de persona, ya que esta última corresponde a la figura de la representación indirecta (Supra Nº 108). En la representación indirecta la interposición de la persona es real porque si bien el interpuesto actúa en representación del interponente, tal representación la ignora quien celebra el acto con la interpósita persona. El representante indirecto, con arreglo a sus facultades y cautelando los intereses del representado, actúa en nombre propio y no *contemplatio dómini*, por lo que el tercero contratante cree contratar con él. Por eso, hay interposición real, como afirma Albaladejo[35], porque verdaderamente se celebra el negocio con el sujeto interpuesto, aun cuando en definitiva los efectos del negocio los transmitirá al representado que no ha otorgado una representación directa.

(34) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 448.
(35) Derecho Civil. I. Vol. 2. pág. 244.

En la simulación por interpósita persona la interposición es ficticia porque quien celebra el negocio con el interpuesto sabe que es un testaferro y que los efectos del acto celebrado se proyectan hacia el simulante interponente, porque el acuerdo simulatorio es tripartito, ya que en él participan las dos partes simulantes y la persona interpuesta, quien deliberadamente, de acuerdo con ambas partes, se presta para la formación del acto jurídico simulado.

El acuerdo simulatorio tripartito, que es la nota característica de la simulación por interposición de persona, permite distinguir esta modalidad de la simulación con el negocio fiduciario (Supra Nº 151.2). En esta especie de acto indirecto la transferencia del derecho por el fiduciante o fideicomitente al fiduciario es real y verdadera, quien, por ello, queda vinculado por una relación jurídico-obligacional, siendo susceptible de imputación de responsabilidad en caso de inejecución en cuanto al propósito perseguido por las partes.

El Código Civil hace referencia a esta modalidad de simulación en el art. 192: "La norma del art. 191 es de aplicación cuando en el acto ... interviene interpósita persona". La disposición fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(36) y no registra antecedente en el Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse de la remisión del art. 192 al art. 191, la simulación *sub exámine* está comprendida dentro de la simulación relativa. Además, la escueta referencia a la intervención de una persona que se interpone conduce a la interpretación de que toda interposición ficticia de persona configura simulación y que el acto así celebrado produce eficacia respecto al interponente, "siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero", como lo precisa el art. 191.

156. LA SIMULACION LICITA

La simulación, en principio, no es reprobada por la ley. Stolfi(37), refiriéndose al acuerdo simulatorio dice que semejante acuerdo no tiene en sí nada de ilícito. Barbero(38) considera también que el fin de la simulación puede ser lícito y que no hay nada de 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 los 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

(36) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I. pág. 184.
(37) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 154.
(38) Sistema del Derecho Privado. T. I. págs. 548 y 549.

por interposición de persona), entendiendo en realidad beneficiar a la primera.

Nosotros, fundándonos en el criterio asentado en nuestra codificación civil estamos con la doctrina que admite la licitud en la simulación. Para ello nos sustentamos en la posición asumida en nuestra codificación civil, pues el art. 1094 del Código Civil de 1936 sostuvo, en principio, la licitud de la simulación al preceptuar que "La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito", tomando literalmente la norma del art. 957 del Código Civil argentino, en relación a la cual Arauz Castex y Llambías[39] precisan que el carácter lícito o ilícito de la simulación depende del fin para el cual se emplea y que bien se ha dicho que la simulación en sí misma, es neutra, ni buena ni mala, es incolora.

La simulación lícita, en principio, también ha sido receptada por el Código Civil en vigor, aunque sin reproducir la norma del art. 1094 del Código anterior. Así resulta del art. 191, que reconoce la validez del acto oculto siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma "y no perjudique el derecho de tercero" y que, según León Barandiarán[40], es comparable con el derogado art. 1094.

El art. 191 está normando, pues, en principio, la licitud de la simulación, pero condicionándola a que no perjudique el derecho de tercero. La simulación en sí misma, entonces, no es reprobable ni está reprobada cuando es lícita, esto es, cuando "no perjudique el derecho de tercero".

Por último, debemos aclarar que si bien la pauta para la calificación de licitud en la simulación la hemos tomado del art. 191, que establece el marco conceptual de la simulación relativa, nada obsta para que esta misma calificación se aplique a la simulación absoluta, aunque esta misma calificación no puede gravitar respecto a la existencia del acto simulado con simulación absoluta, que es nulo *per se*.

157. LA SIMULACION ILICITA

La simulación es ilícita cuando es perjudicial al derecho de tercero, por interpretación a contrario del art. 191 del Código Civil. Esta simulación es la reprobable y reprobada por el Código Civil al franquear, conforme al art. 193, la acción de nulidad del acto simulado por el tercero perjudicado, por lo que reservamos su desarrollo (Infra Nº 159.2).

(39) Derecho Civil. Parte General. T.II, pág. 335.
(40) Curso del Acto Jurídico, pág. 171.

158.LA EFICACIA JURIDICA DE LA SIMULACION

Por lo que hemos dejado expuesto, la simulación puede ser lícita o ilícita y, siendo posible que la primera sea menos frecuente que la segunda, pues no es lo normal que deba recurrirse al engaño para un propósito sano, la simulación es susceptible de reputarse ilícita. Sin embargo, como en principio la simulación no es reprobable, es conveniente precisar que su licitud o ilicitud dependen del fin para el cual sea empleada pues, hasta tanto no sea puesta en evidencia, el acto simulado surte sus efectos. Por ello, debemos advertir, como lo hace Messineo[41], que la simulación, mientras no sea descubierta o desenmascarada, el negocio simulado despliega su validez y eficacia normal como si fuera efectivo.

La cuestión a dilucidar es, entonces, si la simulación tiene eficacia jurídica, esto es, si teniendo validez el acto simulado despliega efectos, y si es oponible.

158.1. La eficacia entre las partes

La eficacia jurídica entre las partes del acto simulado, para su determinación, requiere que se tome en consideración de si se trata de simulación absoluta (Supra Nº 153) o de simulación relativa (Supra Nº 154).

Si el acto jurídico ha sido simulado con simulación absoluta, en la que existe sólo un acto aparente, irreal, que carece de contenido, pues la voluntad de las partes quedó contenida únicamente en el acuerdo simulatorio convenido precisamente para no producir un acto verdadero, el acto jurídico así simulado no produce eficacia alguna. Así, pues, el acto simulado con simulación absoluta no tiene eficacia entre las partes, aun cuando haya servido para poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado, como sería el caso de una compraventa por la que los simulantes, en virtud del acuerdo simulatorio, sólo persiguen que el simulante comprador pueda oponer una tercería a los acreedores del simulante vendedor (art. 536 del Código Procesal Civil). Como ya lo hemos dejado establecido, en la simulación absoluta nada se modifica ni altera, pues en el ejemplo propuesto, el simulante vendedor sigue siendo el propietario y el simulante comprador no ha adquirido nada.

Como veremos más adelante (Infra Nº 223.5), el acto jurídico absolutamente simulado es nulo.

(41) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 450.

Distinta es la situación si la simulación es relativa. En ella, como hemos visto, el acuerdo simulatorio es para producir un acto aparente, irreal, y un acto verdadero, que permanece oculto. El acto aparente no despliega ninguna eficacia para las partes pues éstas se la han dado al acto oculto que, conforme al art. 191, es el que tiene efecto entre ellas siempre que reúna los requisitos de sustancia y forma. Como el acto aparente y el acto verdadero, pero oculto, es la característica de la simulación relativa, si ésta es total (Supra Nº 154.1), la eficacia se considera en relación al acto oculto y no respecto del acto aparente.

Si la simulación relativa es parcial, tampoco los aspectos o cláusulas aparentes son las que despliegan eficacia *inter partes*, sino los aspectos o cláusulas ocultas.

Y si la simulación es mediante interposición de persona, la eficacia se da entre las partes, mas no con el interpuesto.

Concluyendo, entonces, la simulación absoluta es ineficaz entre las partes porque el acto jurídico en que consiste es nulo. Y lo es, porque el acto jurídico debe nutrirse de la voluntad expresada en la manifestación, y no en el acuerdo simulatorio, para la producción de los efectos. En el acto jurídico simulado con simulación absoluta hay ausencia de una voluntad real, de una intención verdadera, para producir los efectos que el acto, de ser verdadero, habría de producir. La manifestación está dirigida a constituir una apariencia, mas no a la creación de una relación jurídica, regularla, modificarla o extinguirla. El acto jurídico así simulado, por cuanto la declaración no da contenido a voluntad ninguna, no es un acto jurídico, no existe ni puede existir como tal.

En la simulación relativa, que se caracteriza, como hemos indicado, por un acto oculto y uno aparente, el acto aparente es nulo mas no lo es el acto oculto, pues es este acto, por ser verdadero, el que gobierna las relaciones entre las partes y el que despliega la eficacia que los simulantes han querido si la simulación relativa es total. Si la simulación es parcial (Supra Nº 154.2), la eficacia *inter partes* deviene de las cláusulas ocultas y no de las aparentes. Y, si la simulación ha sido practicada con interposición de persona (Supra Nº 154.3), como ya lo hemos indicado, la eficacia se da entre las partes con exclusión del interpuesto. Para la señalada eficacia, en cualquiera de los casos, deben concurrir los requisitos de sustancia y forma y no ser ilícita, esto es, perjudicial al derecho de terceros.

158.2. La eficacia respecto de los terceros

Los terceros, como los hemos conceptuado (Supra Nº 74), son los sujetos que no son parte en la relación jurídica entablada por el acto jurídico, por

no haber intervenido en él. En el caso de la simulación son los que toman conocimiento del acto aparente sin saber que se trata de un acto simulado, pues a ellos va dirigido el engaño y por eso son terceros relativos.

El acto jurídico simulado despliega su eficacia respecto a los terceros y puede o no irrogarles perjuicio. Si la simulación les irroga perjuicio, quedan legitimados para accionar a fin de que se declare la nulidad del acto simulado (Infra Nº 159.2).

Además de los terceros antes indicados, en relación al acto simulado pueden haber otros terceros, que son también terceros relativos, por tener una expectativa o ser causahabientes del titular aparente de un supuesto derecho generado por el acto simulado. De estos terceros volveremos a ocuparnos al hacerlo de la oponibilidad o inoponibilidad del acto jurídico simulado (Infra Nº 160).

159. LA ACCION DE NULIDAD CONTRA EL ACTO SIMULADO

La acción de nulidad contra el acto simulado es incoable sea que la simulación sea absoluta o sea relativa.

La simulación absoluta, como ya lo hemos precisado, hace del acto jurídico un acto inexistente, lo que lleva a concluir que la acción de nulidad le es innecesaria. Sin embargo, debe tenerse en consideración que uno de los simulantes frente al otro puede pretender que el acto simulado sea un acto real y verdadero, o que ambos simulantes lo pretendan frente a los terceros. De ahí, que la acción de nulidad sea necesaria a fin de que la nulidad se declare por sentencia judicial.

Tratándose de la simulación relativa, como ella produce un acto aparente que es, en el fondo, inexistente desde que no refleja la voluntad real de las partes las que han quedado vinculadas por el acto oculto, o porque puede tratarse de cláusulas ocultas que son las que rigen y no las aparentes, o porque puede también aparentarse una relación con una persona interpuesta cuando la relación jurídica rige entre los sujetos interponentes, la situación creada mantendrá su eficacia mientras no se produzca una declaración judicial que la haga cesar. Para tal declaración, que es una sentencia, se requiere del correspondiente ejercicio de la acción de nulidad, o si se quiere, con más precisión, de anulabilidad.

El Código Civil en su art. 193 concede la acción a las partes del acto simulado y a los terceros perjudicados por la simulación: "La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso". La norma fue tomada del

Proyecto de la Comisión Reformadora[42] y registra como antecedente, con las acotaciones que explicitaremos más adelante, a los arts. 1094 y 1095 del Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse, el acotado art. 193 hace referencia a la acción de nulidad, sin distinguirla de la de anulabilidad, por lo que la acción debe entenderse en sentido genérico, pudiendo ejercitarla los propios simulantes del acto, en cuyo caso uno será el demandante y el otro el demandado, y también los terceros perjudicados con la simulación, en cuyo caso serán ellos los demandantes y ambos simulantes los demandados.

La acción de nulidad por simulación se tramita, por lo general, en proceso de conocimiento, aunque en circunstancias especiales podrá tramitarse en vía procesal distinta. Las mismas personas legitimadas para el ejercicio de la acción, pueden también interponerla como reconvención, como sería el caso del simulante comprador demandado por el simulante vendedor para el pago del precio.

159.1. El ejercicio de la acción por las partes

El ejercicio de la acción de nulidad por simulación incoada por las partes procede tanto en los casos de actos jurídicos simulados con simulación absoluta como de actos jurídicos simulados con simulación relativa, y trátese de simulaciones lícitas o ilícitas. Así está previsto en el ya acotado art. 193: "La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes ...", que no hace distinción alguna.

La norma transcrita, como ya lo hemos indicado, no registra antecedente en el Código Civil de 1936, cuyo criterio informante ha sido variado sustancialmente por el Código vigente, que ya no distingue según se trate del ejercicio de la acción ante una simulación lícita o ilícita, pues como consecuencia de esta última, en el Código derogado, los simulantes quedaban privados del ejercicio de la acción.

En el Código Civil vigente, como puede apreciarse, se franquea en todo caso el ejercicio de la acción a los simulantes. En el caso de la simulación absoluta nada obsta para que una de las partes accione contra la otra para que se declare la nulidad del acto. Si bien el acto simulado con simulación absoluta no es un acto real y verdadero y nada vincula a las partes, como no sea el acuerdo simulatorio celebrado con la finalidad de no celebrar el acto, la sentencia habrá de establecer, precisamente, que del acto simulado no ha

(42) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, pág. 185.

surgido relación jurídica alguna ni que se han generado derechos ni deberes.

En el caso de la simulación relativa, sea lícita o ilícita, nada obsta tampoco para que una de las partes pueda accionar contra la otra para que se declare la nulidad del acto aparente y del acto oculto porque el acuerdo simulatorio ha sido celebrado para producirlo, y aunque el acto aparente sea nulo por carecer del contenido de la verdadera voluntad de las partes. Si la simulación es ilícita, el ejercicio de la acción de nulidad por cualquiera de las partes debe restablecer las cosas al estado anterior al acuerdo simulatorio, enervando el perjuicio causado al derecho de tercero.

La acción fundada en la simulación, sea de nulidad o de anulabilidad, debe ser incoada durante su vigencia. Este aspecto nos ubica ante la cuestión relativa a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción, sobre la cual nuestro Código Civil ha tomado partido por la prescriptibilidad.

La doctrina que postula la imprescriptibilidad se fundamenta en la inexistencia del acto simulado, siendo Ferrara[43] su más eminente propulsor, para quien lo que no existe no adquiere vida por el solo transcurso del tiempo, razón por la cual la acción para el reconocimiento de esa inexistencia es siempre incoable.

El Código Civil, como acabamos de adelantar, no ha acogido la doctrina de la imprescriptibilidad como sí lo hizo el Código Civil de 1936, según explicó Olaechea[44] en su Exposición de Motivos, y a tenor de lo que disponía su art. 1096, respecto de lo cual León Barandiarán[45] tuvo un criterio discrepante. El Código vigente, si bien no contiene norma al respecto, o sea, que no se pronuncia sobre la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción por simulación, de su articulado en materia de prescripción extintiva se infiere que la acción es prescriptible con arreglo a los plazos prescriptorios establecidos para la acción de nulidad, que es de 10 años (art. 2001, inc. 1), y la de anulabilidad, que es de 2 años (art. 2001, inc. 4), pues como veremos oportunamente (Infra Nº 223.5) la simulación absoluta hace nulo al acto y la simulación relativa lo hace *anulable* (Infra Nº 231.3).

Además de las acciones de nulidad y de anulabilidad, las partes tienen también una acción indemnizatoria la una contra la otra por la violación del acto simulado por los daños y perjuicios que la violación irrogue, la que es prescriptible y se extingue en un plazo de 7 años (art. 2001 inc. 2).

(43) La simulación de los negocios jurídicos, pág. 407.
(44) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, pág. 6.
(45) Acto Jurídico, págs. 180 y sigtes.

La simulación ha de ser probada y ello incumbe a la parte que la alega: *onus probandi incumbit actori.*

Para la prueba de la simulación pueden utilizarse los medios probatorios establecidos por el Código Procesal Civil (arts. 188 y sigtes.) y sus sucedáneos (art. 275 y sigtes.), pues en nuestro Derecho desde hace muchos años se ha dejado ya de lado el tradicional criterio de restringir la prueba al contradocumento, así llamado por ser el que daba contenido al acuerdo simulatario.

Probada la simulación y amparada la acción por una sentencia judicial, debemos detenernos ahora en establecer las consecuencias de la declaración judicial, las que deben ser establecidas según se trate de simulación absoluta o de simulación relativa.

En el caso de la simulación absoluta, como sostiene Boffi[46], la sentencia reconoce la inexistencia del acto simulado y se declara que la situación preexistente a la celebración del acto no fue modificada. Así, si un inmueble se transfirió simuladamente, no es necesaria una nueva escritura traslativa de dominio, bastando, en nuestra opinión, la sentencia declarativa de la nulidad por simulación y, si la transferencia del inmueble se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble debe procederse a la anotación de la sentencia en el mismo Registro.

En el caso de la simulación relativa, la sentencia hace ostensible el acto oculto y la declaración de su nulidad, que es constitutiva, producirá efectos retroactivos como si el acto oculto nunca se hubiera celebrado, quedando las partes, al igual que en la simulación absoluta, en la misma situación preexistente a la celebración del acto simulado.

159.2. El ejercicio de la acción por terceros

La acción fundada en la simulación, sea de nulidad o de anulabilidad, también puede ser ejercitada por terceros que hayan sido perjudicados por la simulación. El art. 193 del Código Civil también los legitima al establecer que "La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada ... por el tercero perjudicado ...". La norma, como ya lo hemos indicado, fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora y, en este aspecto registra como antecedentes en el Código Civil de 1936 a los arts. 1094, por interpretación a *contrariu sensu*, y 1095, por estar referido a la simulación ilícita, que el ordenamiento derogado llamaba maliciosa.

(46) Tratado de las Obligaciones. T. II, pág. 506.

La referencia a la acción de nulidad debe entenderse también a la acción de anulabilidad, pues al igual que en el ejercicio de la acción por las partes, hay que distinguir cuando se trata de simulación absoluta y de simulación relativa.

Si se trata de simulación absoluta, como el acto es nulo, la acción que puede hacerse valer es la de nulidad, que puede incoarla cualquier tercero que tenga interés, haya sido o no perjudicado por la simulación, pese a lo dispuesto por el art. 193, pues el art. 220 Código Civil, al precisar los caracteres de la nulidad absoluta, preceptúa que contra el acto nulo puede accionar cualquiera que tenga interés (Infra Nº 224.2). Pero si se trata de simulación relativa, sólo los terceros perjudicados por la simulación son los legitimados para incoarla, pues así lo precisa el acotado art. 193 y porque el ejercicio de la acción puede incoarse únicamente en los casos de simulación ilícita.

La simulación relativa, como no hace al acto nulo sino anulable, pues el acto oculto surte sus efectos *inter partes* mientras que el acto aparente es el que produce el engaño a los terceros, permite plantear una cuestión que con toda claridad ha desarrollado León Hurtado[47] exponiendo que, en cuanto a los terceros de buena fe, la doctrina es uniforme en estimar que pueden asumir la actitud que más les convenga frente a las partes y, así, podrán hacer valer a su arbitrio el acto aparente o el oculto. Los simulantes no pueden oponerse puesto que el acto aparente es el que conocen los terceros y si éstos prueban la existencia del acto secreto, los simulantes tampoco pueden desconocer la realidad, es decir, el verdadero acto jurídico que han celebrado.

La acción incoable por los terceros es de carácter personal. Su prescriptibilidad no plantea ninguna cuestión doctrinaria, por lo que se extingue en los plazos establecidos por el Código Civil: 10 años para la acción de nulidad (art. 2001, inc. 1) y 2 años para la de anulabilidad (art. 2001, inc. 4).

Para la prueba es de aplicación el principio general: *onus probandi incumbit actori.* Los terceros pueden recurrir a cualquier medio probatorio y sucedáneos, conforme al Código Procesal Civil.

La sentencia que declare la simulación genera distintos efectos, según se haya hecho valer contra un acto jurídico simulado con simulación absoluta o contra un acto jurídico simulado con simulación relativa. En el primer caso, la sentencia verifica la existencia de la simulación absoluta y reconoce la

(47) La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos, pág. 163.

inexistencia del acto jurídico así celebrado. En el segundo, como sólo puede ser impugnada una simulación ilícita, a la acción de anulabilidad puede acumularse una pretensión indemnizatoria por el perjuicio causado, en cuyo caso la ilicitud determina que ambos simulantes sean responsables y queden solidariamente obligados, luego de declararse la nulidad con efectos retroactivos a la celebración del acto simulado (Infra Nº 232.2).

160. OPONIBILIDAD E INOPONIBILIDAD DEL ACTO JURIDICO SIMULADO

Luego de habernos detenido en la eficacia jurídica de la simulación y los resultados de la acción de nulidad, se trata, ahora, de ver cuál es la situación del adquirente de derechos generados por un acto jurídico simulado, esto es, de aquel a quien le es transferido un derecho por uno de los simulantes. Se trata de establecer si la simulación le es oponible o le es inoponible.

Según la más generalizada doctrina, el acto simulado no es siempre nulo para los terceros. Al respecto, Betti[48] considera que la simulación, manteniendo circunscrita su influencia a las relaciones internas entre los simulantes, no puede oponerse a los terceros de buena fe que adquieran la cosa o el derecho de quien, respecto de ellos, aparece legitimado para disponer. La buena fe a que se alude es un estado de conciencia consistente en ignorar el acuerdo simulatorio y creer, por tanto, en la plena eficacia vinculante del negocio simulado y en la legitimación de quien fundamenta sobre él su posición jurídica. De ella deriva, también, la razón de que no pueda oponerse y sea, por tanto, intrascendente la simulación frente a terceros de buena fe que estén interesados en la eficacia del acto simulado, como sería el caso de un acreedor de quien simuladamente adquiere un bien y sobre el que tiene la expectativa de embargarlo y rematarlo para cobrar su crédito.

Sin perjuicio de lo expuesto, no puede dejar de considerarse la oponibilidad de la simulación, esto es, en buena cuenta, establecer cuándo la simulación es oponible y cuándo no lo es.

La cuestión esta prevista en el art. 194 del Código Civil: "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". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora [49] y registra como antecedente el art. 1097 del Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse, el acotado art. 194 plantea la inoponibilidad de

(48) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 306.
(49) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I. págs. 185 y 186.

la simulación, tanto por los simulantes como por los terceros perjudicados con ella, al adquirente de buena fe y a título oneroso, como sería el caso de una compraventa en la que el comprador cree en la legitimidad del derecho de quien es sólo un titular aparente. En este caso, ni el simulante víctima de la violación del acuerdo simulatorio ni el tercero perjudicado con dicha simulación pueden invocarla contra el adquirente, pues su adquisición es de buena fe y onerosa, que son los elementos constitutivos de un derecho firme y amparable. Pero ambos elementos constitutivos deben de ser concurrentes, pues la adquisición onerosa no es suficiente para que resulte inoponible la simulación, como tampoco lo es la buena fe si la adquisición es gratuita.

El art. 194, por su tenor, parece referirse a sólo la simulación relativa, por lo que consideramos oportuno dejar establecido que puede interpretarse también referido a la simulación absoluta.

Pero, además, en la interpretación del art. 194 debe tenerse en consideración que el Código Civil mantiene una posición constante en cuanto que la protección del derecho adquirido lo funda en la onerosidad y en la buena fe, como requisitos concurrentes. De ahí, que el art. 194 lleva a una solución distinta cuando la adquisición, aun de buena fe, es a título gratuito, como sería el caso de una donación, pues el sentido del art. 194 no es otro que el de evitar el daño al simulante víctima de la violación del acuerdo simulatorio y de sacrificar el lucro del adquirente a título gratuito, y, si el adquirente es a título oneroso pero de mala fe, lo que se sanciona es la mala fe.

El principio de derecho que informa al Código Civil es el que hace prevalecer el evitar un daño antes que favorecer un lucro, para hacer inoponible u oponible la simulación. De este modo, por el art. 194 la simulación es inoponible al adquirente de buena fe y a título oneroso, pero le es oponible al adquirente de mala fe sea a título oneroso o gratuito, que, por serlo, sólo adquiere un derecho precario que requerirá del transcurso del plazo prescriptorio para convalidarse y legitimarse. A éste, como la simulación le es oponible, la parte del acuerdo simulatorio violado o el tercero perjudicado, en su caso, podrá entablarle la acción de nulidad fundada en la simulación.

Capítulo XII

EL ACTO JURIDICO FRAUDULENTO

Capítulo XII

EL ACTO JURIDICO FRAUDULENTO

161. PREMISA

El tratamiento del acto jurídico fraudulento supone detenerse previamente en la figura del fraude, que aparece recién en nuestra codificación civil con el Código de 1936, pues no fue considerada por el de 1852 pese a su raigambre romanista. El codificador de 1936 la integró al desarrollo legislativo de la Teoría del Acto Jurídico, lo que también ha hecho el Código vigentes desde 1984, pese a que se trata de una figura estrechamente vinculada al Derecho de las Obligaciones.

El estudio del fraude mediante un acto jurídico requiere, por lo que hemos dejado indicado y por su indesligable vinculación a una relación jurídica de carácter obligacional o creditoria, detenerse, también de manera previa, en consideraciones relativas a la noción de obligación y responsabilidad, que se justifican en cuanto que el fraude legitima al acreedor a impugnar el acto jurídico por el cual el deudor dispone de bienes o derechos, que califica de fraudulento, mediante el ejercicio de una acción –ia llamada acción pauliana– para que no surta efectos tal acto de disposición y se le permita hacer efectivo su crédito.

El desarrollo del concepto de fraude requiere, entonces, traer a colación, con los conceptos de obligación y de responsabilidad, que ya hemos considerado (Supra Nº 77.2), una relación jurídica en la que en cada uno de los extremos se encuentra un acreedor *(accipiens)* y un deudor *(solvens)*, que se caracteriza por ligar un derecho creditorio a una obligación, como contrapartida, y por la preservación del derecho fundamental del acreedor a ser pagado.

El fraude está vinculado, pues, a las obligaciones que tienen su fuente en una convención, o mejor, en un acto jurídico bilateral de carácter patrimo-

nial, que implican, en el deudor, responsabilidad que, como hemos visto, es inherente a toda obligación (Supra Nº 77.2), aunque, debemos precisar, haciendo nuestro el criterio de Castán Tobeñas[1], que la responsabilidad no es un elemento constitutivo de la obligación sino únicamente una sanción al incumplimiento y el medio de realización coactiva del derecho del acreedor.

162. ORIGEN HISTORICO DE LA FIGURA DEL FRAUDE

La figura del fraude tiene su origen histórico en el Derecho Romano como resultado de la evolución de la responsabilidad del deudor frente a su acreedor, pues aparece cuando la responsabilidad comienza a dejar de ser personal para tornarse en patrimonial, es decir, desde que se sustituye la ejecución en la persona del deudor por la ejecución en sus bienes.

Como se sabe, la responsabilidad derivada de las obligaciones evolucionó de la responsabilidad personal a la responsabilidad estrictamente patrimonial, siendo ésta el resultado de una progresiva y constante suavización de la condición del deudor, que fue dejando de ser objeto de la ejecución por su incumplimiento. Esta evolución determinó también que la responsabilidad comenzara a bifurcarse y se pudiera diferenciar la responsabilidad civil, que paso a ser sólo patrimonial pues el deudor debía responder con sus bienes, de la responsabilidad penal, en la que el imputado o reo responde con su persona, desde que se le puede imponer una pena privativa de su libertad y, aun, la pena de muerte.

En el antiguo Derecho Romano era la persona del deudor la que respondía por sus obligaciones y, en su fase primitiva, su incumplimiento lo sometía a las penas personales más rudas, pudiéndosele reducir a la condición de esclavo. Posteriormente, la legislación se fue suavizando paulativamente, llegando a su momento culminante cuando en el año 326 antes de Cristo se promulgó la *Lex Poetelia* que abolió la esclavitud por deudas e introdujo la *bonorum venditio*, con la que la ejecución por deudas se hizo patrimonial. De este modo, la responsabilidad personal por deudas se fue atenuando y dio lugar a la aparición, en la etapa del Derecho Pretoriano, de la denominada acción pauliana (Infra Nº 166).

El fenómeno de la recepción del Derecho Romano se produjo ya atenuada la responsabilidad del deudor por sus deudas, pese a lo cual el Código Napoleón previó la prisión del deudor para casos específicos y la reguló con el *nomen iuris* de apremio personal.

(1) Derecho Civil Español, Común y Foral. T. III, pág. 248.

Recién en la segunda mitad del Siglo XIX la legislación de los países de civilización occidental y cristiana hizo desaparecer este último vestigio de la responsabilidad personal por deudas, al extremo que se elevó a la categoría de precepto constitucional la prohibición de la prisión del deudor por el hecho de serlo.

En el Perú republicano también se proscribió la prisión por deudas, alcanzando la prohibición a dar contenido a un precepto constitucional. En la actualidad integra el derecho a la libertad y seguridad personales como Derecho Fundamental de la Persona, aunque no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios (ap. c del inc. 24 del art. 2 de la Constitución Política).

Al quedar establecido el sistema de la responsabilidad patrimonial como garantía de las obligaciones, esta responsabilidad, como la conceptúa Castán Tobeñas[2], constituye para el acreedor un vínculo de garantía general sobre todos los bienes del deudor, que tiene por fin conseguir, mediante la ejecución, la obtención de lo debido o su equivalente económico. Así pues, cuando se contrae una obligación el deudor asume una responsabilidad sobre todos los bienes que conforman su patrimonio, salvo que, al contraerla, haya constituido una garantía específica sobre un segmento del mismo, afectando sus bienes ya sea en prenda, hipoteca o anticresis.

163. DELIMITACION CONCEPTUAL DEL FRAUDE

Como lo acabamos de indicar, el fraude se origina con la evolución de la responsabilidad de los deudores, cuando ésta se torna de personal a patrimonial. De ahí que sea imprescindible su delimitación conceptual, pues por su origen es un *fraus creditorum,* un fraude a los derechos creditorios del acreedor, y es bajo este concepto como lo legisla nuestro vigente Código Civil.

El vocablo fraude viene de las locuciones latinas *fraus, fraudis,* que significan falsedad, engaño, malicia, abuso de confianza que produce un daño, por lo que es indicativo de mala fe, de conducta ilícita. Este significado, aplicado a las relaciones jurídicas de naturaleza obligacional o creditoria, resulta indesligable de los actos de disposición que realiza el deudor con los que se reduce a la insolvencia o, por lo menos, opone dificultad para que su acreedor o acreedores puedan hacer efectivo su derecho a ser pagados.

El concepto de fraude que estamos delimitando debe distinguirse del lla-

(2) Ibídem. pág. 249.

mado fraude a la ley, pues éste consiste, como señala Messineo[3], en eludir una norma, o sea, en la violación del ordenamiento jurídico y puede no producir daño a nadie. El fraude, como lo estamos delimitando, está dirigido a los acreedores e importa una lesión a un derecho subjetivo. Según el mismo Messineo[4] por fraude en este sentido debe entenderse un malicioso y desleal obrar en daño ajeno, en el cual debe apreciarse, agravada, la figura de la mala fe en sentido objetivo. La figura del fraude se presenta, así, cuando una persona enajena sus bienes a fin de sustraerlos a la ejecución de sus acreedores, pero con una voluntad real, lo que distingue el acto jurídico fraudulento del acto jurídico simulado (Supra Nº 148).

El fraude se realiza mediante un acto jurídico real y verdadero cuyos efectos son queridos por el fraudator. Consiste en la enajenación de bienes, a título oneroso o gratuito, que realiza quien es deudor para evitar que su acreedor pueda ejecutarlo haciéndose pago con dichos bienes, o en la renuncia de derechos, o en la constitución de garantías en favor de un acreedor en detrimento de otro u otros o constituyéndolas por deudas ajenas teniendo deudas propias. Frente a tales actos, en el Derecho Pretoriano se dió creación a la acción denominada pauliana, como un remedio a utilizarse por el acreedor (Infra Nº 166).

El Código Civil, pese al epígrafe del Título VII de su Libro II legisla sobre el fraude pero sin adoptar noción alguna. El epígrafe, a nuestro parecer, es equívoco en cuanto se refiere al "Fraude del Acto Jurídico" y por eso hemos preferido nominar este capítulo como "El Acto Jurídico Fraudulento". El articulado de la materia lo dedica el Código Civil a la regulación del ejercicio de la acción pauliana, de la que su presupuesto es el *fraus creditorum.*

164. AUTONOMIA Y TIPICIDAD DEL ACTO JURIDICO FRAUDULENTO

La delimitación conceptual de la figura del fraude nos lleva a concluir en la autonomía y tipicidad del acto jurídico fraudulento o fraudatorio, pues se trata de un acto con un *nomen iuris* propio, sometido a un régimen legal y respecto del cual, si bien el Código Civil no ha adoptado una noción, de sus arts. 195 y 196 se infieren las notas características que le dan tipicidad. Se trata, como hemos visto, de un acto real y verdadero cuyos efectos son queridos por el fraudator, quien con la finalidad de perjudicar el derecho de su acreedor a ser pagado dispone de sus bienes, o los afecta, o abdica derechos.

(3) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. IV, pág. 163.
(4) Ibídem, T. II, pág. 131.

La autonomía y tipicidad del acto jurídico fraudulento permite distinguirlo del acto simulado, pues la idea de fraude también implica la de engaño. El acto simulado, como hemos visto (Supra Nº 148), es un acto aparente en el que los simulantes no se engañan entre sí pues el engaño está dirigido a los terceros. Por el contrario, el acto fraudulento es un acto verdadero y realmente querido por el fraudator, quien puede o no actuar en concilio con el sujeto en cuyo favor dispone de sus bienes; no se trata de un engaño a su acreedor o acreedores sino de un perjuicio a su derecho a ser pagados.

165. TRATAMIENTO SISTEMATICO

La misma delimitación conceptual de la figura del fraude y el hecho de que sea el presupuesto para el ejercicio de la acción pauliana permite inferir que, en rigor, no es un tema que constituya un tópico inherente a la Teoría del Acto Jurídico. Sin embargo, el Código Civil, manteniendo el tratamiento sistemático del de 1936, ubica el fraude dentro del desarrollo legislativo de la Teoría del Acto Jurídico y, al igual que el derogado, regula el ejercicio de la acción pauliana. Nosotros creemos que el Código Civil ha podido ser explícito en el desarrollo conceptual del fraude y legislar el ejercicio de la acción pauliana como un "efecto" más de las obligaciones y ser considerada con las acciones que enumera el art. 1219 en cautela del derecho fundamental de todo acreedor, como es el derecho a ser pagado.

La figura del fraude en el Código Civil, como lo hemos advertido, es simplemente referencial. Sin embargo, Manuel de la Puente y Susana Zusman[5] expresaron su preferencia por mantener la ubicación de esta figura dentro del articulado del acto jurídico discrepando con el sector de la doctrina que considera que debe legislarse como lo acabamos de señalar, en la consideración de que la acción pauliana se limitaba a los actos jurídicos. Esta posición prevaleció al interior de la Comisión Reformadora y fue posteriormente adoptada por la Comisión Revisora[6].

Planteada la cuestión relativa al tratamiento sistemático y con la advertencia de que el Código Civil sólo se refiere al fraude en el epígrafe mas no en el articulado, vamos a proceder a estudiar la acción paulina, aunque comprendiendo aspectos sustantivos en cuya virtud la figura del fraude mantiene su relevante connotación jurídica.

(5) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código civil. T. II, pág. 110.
(6) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, págs. 186 y sigtes.

166.LA ACCION PAULIANA

El planteamiento para el estudio de la acción pauliana es indesligable de la figura del fraude, pues ésta, como *fraus creditorum,* le sirve de presupuesto. Si bien el fraude todo lo vicia, *fraus omnia viciatur,* como se consideraba en el Derecho Romano, el acto jurídico fraudulento es un acto válido y, como tal, eficaz, tanto respecto de las partes como de los terceros, pero inoponible a éstos cuando son acreedores del enajenante por cuanto pueden impugnarlo mediante la acción pauliana.

Pero habría que advertir que, en principio, el acto de disposición o el acto abdicativo es inoponible no a todos los acreedores sino únicamente a los a los que no tienen garantizado su crédito por cualquiera de las garantías reconocidas en el Derecho, sea por una garantía personal, como es la fianza (art. 1868), o con una garantía real, como es la prenda (art. 1055), la anticresis (art. 1091) o la hipoteca (art. 1097), constituidas sobre bienes de propiedad del deudor o de terceros. Estos acreedores, llamados comunes o quirografarios, son los que para hacer efectivo su crédito tienen que irse contra el patrimonio del deudor y, en su caso, del fiador, pues su crédito sólo está respaldado por los bienes que conforman el patrimonio de uno y otro, y en disputa con los demás acreedores comunes al no haber el deudor, y en su caso el fiador, constituido garantías reales sobre bienes propios o de otro. Mientras que el acreedor llamado preferente o privilegiado, por tener garantizado su crédito con una prenda o una hipoteca, y, por ello, asegurado el pago ejecutando con derecho excluyente las garantías, el acreedor quirografario o común, es decir, el que carece de garantías reales, está al descubierto y no tiene más posibilidad de obtener el pago que ejecutando al deudor en los bienes que conforman su patrimonio. Es por esta razón que, en principio, sólo el acreedor quirografario goza del derecho de impugnar mediante la acción pauliana los actos que realice el deudor y que califica de fraudulentos, a fin de que tales actos queden sin efecto. La acción pauliana viene a ser, así, un medio que la ley otorga a los acreedores quirografarios para la reconstitución del patrimonio del deudor.

No obstante, en algunas circunstancias también los acreedores privilegiados pueden hacer ejercicio de la acción pauliana. Como expresan Ospina y Ospina[7], bien puede ocurrir que el producto de la venta de los bienes gravados resulte insuficiente para cubrir el monto total de los créditos específicamente garantizados, en cuyo caso los respectivos acreedores pueden perseguir los demás bienes del deudor. De ahí, que el Código Civil no distinga sobre la calidad de los acreedores –quirografarios o privilegiados– que pueden interponer la acción contra el fraude (Infra Nº 167.1).

(7) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág.583.

El hecho de que la codificación civil tenga prevista la acción pauliana no significa que quien sea deudor no goce, en principio, de plena libertad para disponer de sus bienes. Pero, como ha escrito Boffi[8], si en esa disposición se configura un fraude, entonces la ley pone en manos del acreedor el medio jurídico apto para impedirlo, que es la acción *sub examine*. Por eso, Messineo[9] dice que esta acción opera como salvaguarda del patrimonio del deudor y del derecho del acreedor.

166.1. Origen histórico

La acción pauliana tiene su origen en el Derecho Romano y aparece como remedio contra el *fraus creditorum* cuando la responsabilidad de los deudores se va tornando sólo patrimonial.

Si bien el origen es coincidente con el surgimiento de la responsabilidad patrimonial, no existe consenso en la doctrina para reconocerle la autoría al pretor Paulus. Así, según Castán Tobeñas[10], la acción fraudatoria fue el resultado de la unificación, llevada a cabo por los compiladores justinianeos, de algunos recursos o acciones existentes en el antiguo Derecho Romano, y que fueron tres: el *interdictum fraudatorium*, la *restitutio in integrum ob fraudem* y la *actio personalis in factum o ex delicto*. Sin embargo, la más generalizada versión es la de que la acción fraudatoria recibió el nombre de pauliana en homenaje al pretor que la instituyó como un remedio contra los actos de enajenación efectuados por el deudor con el propósito de eludir el cumplimiento de sus obligaciones.

166.2. Su evolución

La acción pauliana ha evolucionado en su naturaleza y caracteres desde que hizo su aparición en el escenario jurídico de Roma, atribuyéndosele una naturaleza punitiva y para oscilar entre acción individual o colectiva, entre acción real o personal y entre acción de nulidad, revocatoria o de ineficacia.

Según Bejarano[11], el deudor que sustraía intencionalmente sus bienes de la persecución de los acreedores cometía un delito perseguible por la acción pauliana y era reprimido penalmente mediante una condena pecuniaria que lo obligaba a restituir, por el mismo valor, los bienes sustraídos, condena

(8) Tratado de las Obligaciones. T. 2, pág. 523.
(9) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. IV, págs. 150 y 151.
(10) Derecho Civil Español, Común y Foral. T. III, pág. 276.
(11) Obligaciones Civiles, pág. 325.

que se dejaba sin efecto sólo en el supuesto de que el tercero en cuyo favor había dispuesto los bienes los restituyera. Por ello, era una acción restitutoria o revocatoria y además tenía un carácter colectivo, pues la revocación del acto fraudulento beneficiaba a todos los acreedores del deudor y no sólo al que había ejercitado la acción.

Entre nuestros civilistas, Angel Gustavo Cornejo[12] le atribuye a la acción pauliana, en sus orígenes, un carácter colectivo, ya que no podía sino ejercitarla el *curator bonorum*, una especie de administrador o síndico, que representaba a los acreedores y en cuyo provecho procedía. León Barandiarán[13] le atribuyó un carácter delictual.

La acción pauliana desde su origen fue, pues, experimentando una marcada evolución, ya que fue perdiendo el carácter punitivo para convertirse en una acción típicamente civil como producto de la unificación de las acciones a que hace referencia Castán Tobeñas. Es como acción de naturaleza civil como la recepta el Código Napoleón y la irradia a toda la codificación civil. Es con esta naturaleza como llega a nuestro Derecho.

166.3. Naturaleza jurídica de la acción pauliana

La naturaleza jurídica de la acción pauliana, como ya hemos podido apreciar, desde su origen en el Derecho Romano generó siempre opiniones discordantes en cuanto a su naturaleza y caracteres. Su recepción en el Derecho moderno tampoco la libró del debate doctrinario y la codificación civil ha asumido diversas posiciones, de todo lo cual nos vamos a ocupar a continuación.

Según expone Boffi[14], basándose en los orígenes históricos de la acción pauliana que la vinculan al proceso de las ejecuciones en Roma, se estimó que la acción era real, no obstante que los romanistas terminaron por inclinarse a considerarla como una acción personal, que nosotros en la clasificación que hemos trazado la denominamos creditoria (Supra Nº 77), por lo que vamos a seguir usando esta denominación. Para Castán Tobeñas[15], la mayoría de los pandectistas antiguos y modernos y de los civilistas consideraron siempre a la acción pauliana como personal (creditoria), fundándose: a) en que en el Digesto está calificada explícitamente como *actio in personam;* b) en que dicha acción se basa en una relación obligatoria y tiene como finalidad la revocación de actos que pueden afectar no a derechos rea-

(12) Código Civil. Exposición Sistemática y Comentario. T.II. pág. 212.
(13) Acto Jurídico, pág. 194.
(14) Tratado de las Obligaciones. T. 2, pág. 195.
(15) Derecho Civil Español, Común y Foral. T.III. págs. 278 y 279.

les, sino personales, creditorios en la clasificación que hemos trazado (Supra Nº 77); c) en que dicha acción no se puede ejercitar contra cualquier tercero, ya que, en todo caso, no se promueve contra el tercero por ser poseedor, sino por estar obligado por complicidad fraudulenta o por ganancia injusta, siendo por ello manifiesto el carácter personal (creditorio) de la acción pauliana.

El mismo Boffi[16], circunscribiendo la cuestión de la naturaleza jurídica a la actualidad, aunque en relación al Código argentino, considera que la acción pauliana es personal (creditoria). Por de pronto –expresa– la acción no siempre recae sobre cosa determinada pues a veces su objeto encierra elementos incorporales, ni deriva de una prenda pues la expresión "prenda común" es tomada como garantía genérica y no en el sentido de derecho real; nace de un crédito y procura proteger la garantía común para preservar ese crédito. Si fuese una acción reivindicatoria, por ejemplo, tendría que poner en movimiento la acción oblicua para actuar, no a nombre propio, sino en nombre de otro; y, además, alcanzaría a los terceros, sin que ello sea exacto en todos los casos y, cuando lo es, deriva de la participación del tercero en el fraude.

Josserand[17] es concluyente. Considera que la acción pauliana entra en la categoría de las acciones personales (creditorias) pues, sin duda, sus resultados pueden repercutir sobre los terceros, los adquirentes o los subadquirentes, y por tal razón pensaron los autores ver en ella una acción real, pero como quien la ejerce es, por hipótesis, un acreedor, está provista de un derecho personal (creditorio), máxime que no puede concebirse que un derecho de crédito sea sancionado por una acción real.

En conclusión, la acción pauliana es creditoria, ya que de ser real el acreedor tendría que tener un derecho especifico sobre un bien, que sería el que lo legitima para accionar. El acreedor acciona en virtud de una relación obligacional que ha dado lugar a la constitución del crédito, por lo que la acción que se deriva es de carácter creditorio. Y no está demás señalar que éste es el carácter que le dio nuestra codificación civil, tanto la de 1936 como la actual.

Pero esclarecida la naturaleza creditoria de la acción pauliana es imprescindible, ahora, determinar su naturaleza específica, esto es, su genuino y auténtico carácter. Castán Tobeñas[18], citando a De Castro, resume la naturaleza específica de la acción pauliana en tres fórmulas: 1) La acción revo-

(16) Tratado de las Obligaciones. T. 2, pág. 526.
(17) Derecho Civil. T.II, Vol. 1, pág. 561.
(18) Derecho Civil Español, Común y Foral. T.III, págs. 279 y 280.

catoria es una acción dirigida a obtener una indemnización de daños y perjuicios; 2) Es una acción de nulidad: su fin es anular el acto frente a los terceros y las partes, frente a todos; y 3) Es una acción rescisoria: el acto revocable no se considera eficaz respecto de las personas amparadas por la acción pauliana. Citando también a Colin y Capitant, el tratadista español hace notar que la acción pauliana es una acción modelada por los siglos con el propósito de defender los derechos de los acreedores, respetando, al mismo tiempo, los intereses de los terceros de buena fe y que, por esa razón, ofrece rasgos característicos que le dan una fisonomía especial, no siendo ni una acción de nulidad ni una acción pura y simple para la reparación del perjuicio, pero tiene algo de la una y de la otra.

Interesa, entonces, esclarecer con relación a la naturaleza jurídica de la acción pauliana, si es una acción revocatoria y también de nulidad, como la consideró nuestro Código Civil de 1936, o es una acción de ineficacia, como la considera el Código Civil en vigencia.

Josserand[19] es enfático al sostener que la acción pauliana es una acción de nulidad. En realidad –ha escrito– la acción pauliana, mal llamada acción revocatoria, es una acción de nulidad. Sustenta su posición el autor francés en los arts. 622 y 788 del Código Napoleón que, al referirse a los resultados de la acción pauliana, emplean la expresión anular, y que ello explica que esta acción repercuta contra los terceros –que es propio de las acciones de nulidad–, y también que el demandante no concurra con los acreedores del demandado: la anulación hace salir retroactivamente el bien del patrimonio de éste, y, por consiguiente, de la garantía de sus acreedores. Sin embargo, el célebre profesor de Lyon le reconoce un carácter particular: 1º Es ejercida, no por un contratante, sino por un tercero; 2º Alcanza, no a un tercero cualquiera, sino solamente a quien reúne condiciones determinadas (causahabiente a título gratuito o causahabiente a título oneroso cómplice del fraude); 3º No realiza necesariamente la anulación íntegra del acto, que sólo desaparece con relación al actor y en la medida en que lo exigen sus legítimos intereses. Concluye Josserand en que es una acción de nulidad de modelo reducido y a base de indemnización: la nulidad interviene en forma de indemnización minimizada.

Como lo hemos advertido, nuestro Código Civil de 1936 le dio a la acción pauliana el carácter de acción de nulidad, usando indistintamente los vocablos "revocación" y "nulidad" en el articulado respectivo. Además asimiló el fraude a los vicios de la voluntad en la enumeración de las causales de anulabilidad, lo cual no guardaba fidelidad con el concepto de fraude, pues siendo el acto fraudulento una determinación verdadera de la voluntad del

(19) Derecho Civil. T.II. Vol. I, pág. 562.

fraudator lo que hay es una intención perjudicial contra un tercero, pues el fraude se presenta en relación con ese acreedor y en función de su perjuicio.

La moderna doctrina rechaza la atribución de acción de nulidad a la acción pauliana, llegando a sostener, incluso, que la tesis de la nulidad no se compadece con el régimen tradicional de la acción pauliana. Según Betti[20] la acción revocatoria no es una acción de nulidad y le atribuye a Coviello el haber refutado exhaustivamente la tesis de la nulidad. Para Castán Tobeñas[21] tampoco puede confundirse la acción pauliana con la acción de nulidad, pues esta última presupone un acto jurídico incompleto en sus elementos esenciales o tachado de un vicio sustancial que por el ejercicio de la acción de nulidad se tiene por no realizado. La acción pauliana, por el contrario, implica un acto jurídico válidamente celebrado que, por razón de un perjuicio causado a un extraño (el acreedor que tenía un derecho preferente a reintegrarse con el patrimonio del deudor enajenante), es objeto de una revocación, no siempre absoluta. Y no lo es siempre absoluta –aclaramos el desarrollo del tratadista español–, porque la revocación sólo tiene eficacia hasta donde sea necesario para que el acreedor pueda hacerse pago.

Aun cuando la doctrina ha tratado de matizar la nulidad que implicaría la acción pauliana, y por ello hemos citado a Josserand que, en buena medida, encarna a los modernos tratadistas franceses, en la consideración de que la tesis de la nulidad como atributo de la acción pauliana tomó asiento en el Code Civil, las ideas en torno a la naturaleza específica de la acción *sub exámine* han evolucionado en la doctrina actual, particularmente a partir del Código Civil italiano de 1942.

Messineo[22], uno de los más difundidos comentaristas del Código Civil italiano, sostiene que desde el punto de vista del efecto y del modo en que opera, la acción pauliana no importa anulación, o declaración de nulidad del acto de disposición, sino declaración de ineficacia de dicho acto y solamente frente al acreedor que insta; que, por tanto, se trata de hacer declarar una ineficacia relativa, por efecto de la cual el acto de disposición se hace inoponible al acreedor que insta y queda neutralizado respecto de él. De este modo, continúa Messineo, el legislador de 1942 demuestra haber refutado la tesis según la cual la acción pauliana habría sido un medio para invalidar el acto de disposición. De ello se sigue –concluye– que, no siendo acción dirigida a la invalidez, los efectos de la acción no perjudican la validez del acto de disposición, salvo la limitada consecuencia de su ineficacia relativa. Y, por otra parte, termina Messineo, si el acto fuese nulo o anulable, resultaría

(20) Tratado de las Obligaciones. T.II. pág.396.
(21) Derecho Civil Español, Común y Foral. T.III. pág. 281.
(22) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. IV. pág. 158.

superfluo impugnarlo con la acción pauliana: bastaría la acción de nulidad o, respectivamente, de anulación.

Betti[23], otro connotado tratadista italiano, se pregunta: ¿Qué es lo que pide el acreedor que ejercita la acción revocatoria?. Y, respondiéndose, expone que no pide la declaración de nulidad del acto de disposición, pues el acto de disposición no es nulo porque es perfecto en sus elementos constitutivos y en sus presupuestos de validez. Considera el mismo autor que la acción pauliana pudiera ser, en sentido amplio, de rescisión, porque tiende a rescindir, a paralizar los efectos del acto de disposición llevado a cabo, aunque sea válido entre las partes, en la medida que este acto patrimonial perjudica la garantía del patrimonio que corresponde a los acreedores que la ejercitan, lo que significa que el acreedor que actúa consigue, a través de la declaración del carácter fraudulento del acto de disposición, una reintegración en su favor de la garantía patrimonial, reintegración que no hace entrar nuevamente los bienes en el patrimonio del deudor, sino sólo idealmente y para este único fin: satisfacerse sobre el mismo bien que había sido enajenado. Para Betti, pues, el acto de enajenación es únicamente declarado ineficaz en la medida que perjudica al acreedor que ejercita la acción y, por ello, si el tercero adquirente, conciente del fraude, ofrece al acreedor el resarcimiento del daño sufrido por efecto de la enajenación fraudulenta, el acreedor debe aceptar la oferta.

Como también lo hemos advertido, el Código Civil vigente le da a la acción pauliana el carácter de acción declarativa de ineficacia, cuidando la uniformidad de la terminología utilizada en el articulado. Arias-Schreiber[24] destacó el carácter dado a la acción pauliana como uno de los más importantes cambios respecto al tratamiento del Código Civil de 1936.

Manuel de la Puente y Susana Zusman[25] han explicado la acción pauliana como una de ineficacia al dejarse de lado el cuestionable tratamiento de que fue objeto por el Código Civil de 1936, que la consideró como una acción de anulabilidad, precisando que la razón del cambio se fundamenta en la naturaleza jurídica de la acción pauliana, pues su finalidad es declarar, simplemente, la ineficacia del acto practicado por el deudor en la medida que este acto perjudique los derechos del acreedor y que la ineficacia de tal acto sea el único medio como éste puede hacer efectivo su derecho. Señalaron de la Puente y Zusman, con acierto, que el acto del deudor se forma válidamente pero se impide que surta determinados efectos, esto es, los efectos que perjudican los intereses del acreedor. De esta manera –explicaron– el

(23) Tratado de las Obligaciones, T. II, pág. 407.
(24) Comentarios al Proyecto de nuevo Código Civil, pág. 12.
(25) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, T.II, págs. 110 y 111.

acto practicado por el deudor con el tercero, al ser declarado ineficaz respecto del acreedor, no desaparece: simplemente no produce tales efectos. No puede, por ello –concluyeron– asimilarse la acción pauliana a una de anulabilidad, puesto que en la primera el acto jurídico surgió válidamente, pero no tiene capacidad de producir determinados efectos, mientras que para la procedencia de la anulabilidad el vicio debe ser coetáneo al nacimiento del acto y afectar un elemento presente en el momento de su formación, con lo que, al ser declarado inválido, desaparece como tal.

El Código Civil le da, pues, a la acción pauliana la naturaleza de una acción creditoria y el carácter de una acción de ineficacia. Sin embargo, ha incurrido en el error de haber dado pervivencia al *nomen iuris* de acción revocatoria al tratar sobre ella en lo relativo a su prescriptibilidad (art. 2001, inc. 4).

167. LA ACCION PAULIANA EN EL CODIGO CIVIL

La acción pauliana, como lo acabamos de precisar, está concebida en el Código Civil como una acción creditoria y declarativa de ineficacia. Como también los hemos advertido, el Código no ha incorporado una noción del *fraus creditorum*, sino que su noción se infiere de los arts. 195 y 196 que regulan, básicamente, el ejercicio de la acción pauliana y que, junto con los demás que estructuran el Título VII del Libro II, sus resultados. El articulado ha innovado el tratamiento que le dispensaba el Código Civil de 1936 y acusa como fuente al Código Civil italiano.

Vamos a proceder al análisis del articulado del Código Civil para hacer el desarrollo del fraude y de la acción pauliana.

167.1. Los titulares de la acción pauliana

Los titulares de la acción pauliana son los acreedores legítimamente constituidos y que, por ello, tienen un interés directo sobre el patrimonio de su deudor, aun cuando su crédito esté sujeto a condición o a plazo. Así lo establece el art. 195: "El acreedor, aunque el crédito este sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él ...". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[26].

Como puede apreciarse, los acreedores que tengan un crédito no solventado están legitimados para ejercitar la acción pauliana.

Puede tratarse de un acreedor cuyo crédito esté sometido a condición

(26) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I págs. 186 y 187.

suspensiva o a condición resolutoria, no sólo porque lo franquea el art. 195, sino también porque la acción pauliana puede devenir en uno de los actos conservatorios a que se refiere el art. 173 (Supra Nº 126.1.a), aunque, en tal caso, por la contingencia inherente al crédito *subconditionem* pueda quedar expuesto a la obligación de indemnizar daños y perjuicios. El reconocimiento de este derecho al acreedor condicional no tiene antecedente en el Código Civil de 1936, que nada dijo al respecto. Sin embargo, Olaechea[27], señaló que el derecho de practicar la acción pauliana correspondía a todos los acreedores, fueran comunes o privilegiados, inclusive a los acreedores a plazo, mas no a los condicionales. Esta posición también fue adoptada por León Barandiarán[28], que calificó de inidóneo el crédito condicional para la promoción de la acción pauliana[29].

La propuesta de otorgarse la acción pauliana a los acreedores condicionales, finalmente plasmada en el art. 195, fue explicada por Manuel de la Puente y Susana Zusman[30] en el sentido de que al permitirse el ejercicio de la acción pauliana al acreedor condicional, se entiende, desde luego, que se está haciendo referencia a la condición suspensiva, pues en el caso de la condición resolutoria la situación del acreedor es la misma que la de un acreedor puro y simple ya que el crédito puede ser exigido mientras no se cumpla esta condición.

Puede tratarse también de un acreedor cuyo crédito esté sometido a un plazo, ya que no sólo lo franquea el art. 195, sino porque la acción pauliana es una acción conducente a la cautela de su derecho, conforme al art. 178 (Supra Nº 132.1.a) y sin quedar expuesto a la indemnización de daños y perjuicios porque el plazo es un hecho de necesaria realización y porque el acreedor puede plantear la caducidad del plazo en los casos previstos en el art. 181 (Supra Nº 137). La naturaleza del plazo es la que hace incuestionable el reconocimiento de este derecho, pues el crédito no está sujeto a ninguna eventualidad, sino tan sólo tiene diferida su exigibilidad, y por eso su titular puede ejercitar la acción pauliana.

Al franquear el Código Civil la acción pauliana a los acreedores cuyos créditos están sometidos a condición o a plazo ha adoptado el criterio evolucionado de que el crédito no tiene que ser necesariamente exigible. En la doctrina tradicional para que un acreedor pudiera incoar la acción pauliana su crédito debía ser exigible, pues como lo explica Josserand[31], para interponer la acción pauliana era preciso que el demandante tuviera un crédito lí-

(27) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil. pág. 6.
(28) Acto Jurídico, pág. 208.
(29) Curso del Acto Jurídico, pág. 172.
(30) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, pág. 111.
(31) Derecho Civil. T.II. Vol.1, pág. 556.

quido y exigible, pues un acreedor a término o condicional no podía ser admitido a criticar los actos realizados por su deudor, no obstante que, sin duda, los actos conservatorios le eran permitidos pero sin que el ejercicio de la acción pauliana pudiera ser incluida en esa categoría de actos.

Aun cuando el art. 195 no lo explicita, pero partiendo del criterio de interpretación según la cual no se debe distinguir donde la ley no distingue, creemos que los titulares de la acción pueden ser no sólo los acreedores quirografarios o comunes sino también los privilegiados, cuando la garantía constituida por el deudor no es suficiente para cubrir el monto del crédito, o, cuando ejecutada la garantía, el resultado de la ejecución no solventa la totalidad de la deuda.

La acción pauliana, por lo que queda expuesto, pertenece individualmente a cada uno de los acreedores del fraudator. Como expresa Josserand[32], la acción ha ido perdiendo el carácter de medida colectiva que le dio el Derecho Romano tornándose, en el Derecho moderno, de carácter individual.

En la doctrina italiana contempóranea –que es la inspiradora del art. 195– la acción pauliana se ha individualizado aun más. Según advierte Messineo[33], la acción pauliana es acción individual, que se resuelve en beneficio solamente del acreedor que insta, no de los otros acreedores ni del deudor. De ahí, que el primer párrafo del art. 195 –tomado del art. 2901 del Código Civil italiano– precise que el acreedor que promueve la acción es para la ineficacia de los actos fraudatorios "respecto de él", o sea, respecto del acreedor que promovió la acción. No obstante, nada impide que otros acreedores puedan incoar la acción y que hasta pueda producirse una acumulación si se dan los requisitos exigidos por el Código Procesal Civil (arts. 83 y sigtes.).

167.2. La naturaleza de la acción

Al ocuparnos de su origen, evolución y naturaleza jurídica (Supra Nº 166) y tal como lo veremos a continuación, la acción pauliana es una acción creditoria, por los fundamentos que hemos expuesto para preferir esta denominación a la de acción personal (Supra Nº 76). Es también una acción de ineficacia, esto es, para que se declare sin efecto el acto jurídico que el acreedor que la incoa califica de fraudulento, con un carácter individual, como acabamos de ponerlo en relevancia, lo cual nos exime de un mayor desarrollo.

(32) Ibídem, pág. 558.
(33) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. IV, págs. 155.

167.3. Los actos jurídicos contra los cuales procede la acción pauliana

Los actos jurídicos, que son tales pues tienen plena validez y surten sus efectos, contra los cuales procede la acción pauliana están genéricamente considerados por el Código Civil, pues se refiere a ellos como actos de renuncia de derechos, como actos de disposición y como actos constitutivos de garantías, como puede apreciarse en el art. 195 para los dos primeros, y en el art. 196 para el último, aunque en el fondo todos se resumen en el acto de disposición, pues los abdicativos suponen la disposición de un derecho expectaticio o adquirido y a los de gravamen se les asimila a los de disposición, pues como considera Messineo[34], el concepto de acto de disposición debe entenderse en su mayor amplitud, en el sentido de sustracción, aun virtual, de elementos al patrimonio del deudor.

A los actos de renuncia de derechos se refiere el art. 195 que, como ya hemos advertido fue tomado del Proyecto de la Comisión Reformadora: "El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos ...". Estos actos abdicativos, como hemos indicado, están genéricamente considerados pues quedan comprendidos dentro de ellos diversos actos, tales como los de renuncia a herencias y legados (art. 674) y pese a la impugnación que se puede plantear contra tales actos (art. 676), los de condonación de una obligación (art. 1295) y los de renuncia a la prescripción ya ganada (art. 1991).

Si bien, como hemos indicado, el tratamiento legislativo del fraude se inspira en el Código Civil italiano, concordante con la doctrina tradicional el art. 195 franquea la acción pauliana a todos los actos de disposición, sean gratuitos u onerosos.

Los actos gratuitos son susceptibles del remedio pauliano porque producen un empobrecimiento, como es el caso de la donación (art. 1621), también la condonación de obligaciones y la constitución de renta vitalicia, entre otros. El art. 195 se refiere a ellos como los actos gratuitos con los que el deudor "disminuya su patrimonio y perjudiquen el cobro del crédito", bastándole al acreedor que insta la demostración de la gratuidad, pues conforme al aforismo romano *non debet lucrari ex alieno damno*, no debe lucrarse en daño ajeno, el órgano jurisdiccional tiene que sacrificar el lucro del adquirente para evitar el daño al acreedor.

(34) Ibídem, págs. 151 y 152.

Los actos onerosos también pueden dar lugar al ejercicio de la acción pauliana cuando comportan un daño al acreedor y el adquirente tiene conocimiento de ese daño o adquiere en connivencia con el fraudator para perjudicar al acreedor. El art. 195 así lo establece, pero preceptúa además que deben concurrir los requisitos que precisa en sus incs. 1 y 2, de los que nos ocuparemos más adelante (Infra Nº 167.4).

Los actos constitutivos de garantías pueden ser también susceptibles del remedio pauliano, como resulta del art. 196: "Para los efectos del art. 195, se considera que las garantías, aun por deudas ajenas, son actos a título oneroso ...". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora que la Comisión Revisora convirtió en el art. 196.

Como puede apreciarse del tenor del art. 196, se trata de actos de gravamen por obligaciones propias, cuando se deja a los demás acreedores al descubierto, y por obligaciones ajenas, teniéndose obligaciones propias y dejándose a los acreedores al descubierto. A estos actos de gravamen el art. 196 los considera actos a título oneroso para hacerles de aplicación los requisitos precisados en el art. 195.

Por último, aun cuando su noción no asoma de los arts. 195 y 196, consideramos que el pago, esto es, los actos de cumplimiento de obligaciones, pueden también configurar un fraude o ser calificados de fraudulentos y promoverse contra ellos una acción pauliana. Así resulta, por interpretación *contrariu sensu*, del art. 198, salvo que el vencimiento de la obligación conste en documento de fecha cierta. De ahí, entonces, que no todo cumplimiento de obligaciones puede dar lugar a la acción pauliana, como vamos a considerarlo a continuación.

167.3.a. Los actos de cumplimiento de obligaciones vencidas

Los actos de cumplimiento de obligaciones vencidas pueden determinar no sólo la entrega de una suma de dinero sino también de bienes, como es el caso de la dación en pago (art. 1265). De ahí, que la procedencia de la acción pauliana contra los actos de cumplimiento de obligaciones vencidas esté prevista en el art. 198, que establece: "No procede la declaración de ineficacia cuando se trata de una deuda vencida, si ésta consta en documento de fecha cierta". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora, a la que le agregó la Comisión Revisora la referencia a la "fecha cierta"[35], siendo su fuente el art. 2901 del Código Civil italiano, que no tiene la referencia a la "fecha cierta".

(35) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 190 y 191.

En relación a la norma del Código italiano, Messineo[36] explica que la acción pauliana no procede siempre que el cumplimiento se lleve a cabo de modo normal, porque se supone que la respectiva obligación haya sido asumida en tiempo no comprendido en el período de sospecha y, sobre todo, porque el vencimiento es un hecho en el cual el deudor no pone nada propio para perjudicar a los otros acreedores y porque el acreedor es pagado *suum recepit.*

La "fecha cierta" viene a ser un elemento objetivo que sirve para la prueba de la verdadera data de un documento. No se trata, claro está, de la fecha puesta por el interesado, sino de una fecha que resulta puesta por personas ajenas a la relación jurídica que vincula al deudor con el acreedor que pretende incoar la acción pauliana, como puede ser, *ad exemplum,* la del protesto notarial. Se trata de un elemento de certeza en cuanto a la verosimilitud del vencimiento de una obligación en relación al vencimiento de otras.

El Código Procesal Civil ha plasmado una noción de "fecha cierta" refiriéndola a los documentos privados, pues es obvio que los documentos públicos tienen fecha cierta determinada por la intervención del notario o funcionario público que los otorga. Precisa su art. 245: "Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde: 1. La muerte del otorgante; 2. La presentación del documento ante funcionario público; 3. La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas; 4. La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y 5. Otros casos análogos. Excepcionalmente, el juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción".

167.4. Los requisitos para el ejercicio de la acción pauliana

La doctrina tradicionalmente ha exigido y sigue exigiendo dos requisitos para el ejercicio de la acción pauliana: el perjuicio al acreedor y el designio fraudulento. Josserand[37] ha escrito que las condiciones requeridas para el ejercicio y el éxito de la acción pauliana gravitan en derredor de esas dos nociones esenciales y tradicionales, agregando que es preciso que el acto en cuestión haya producido un perjuicio al acreedor y es indispensable que presente con respecto a él un carácter fraudulento, esto es, que haya sido realizado en fraude de sus derechos.

(36) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. IV, pág. 151.
(37) Derecho Civil. T. II. Vol. 1, págs. 546 y 547.

Vamos a considerar, en atención a lo expuesto, los dos requisitos para el ejercicio de la acción pauliana.

167.4.a. El perjuicio al acreedor

El perjuicio al acreedor, esto es, el *eventus damni,* es un requisito objetivo. Un acto de disposición se considera perjudicial a los acreedores, según indica Josserand(38), cuando determina su insolvencia y que mientras el deudor sea solvente, y lo es en tanto que sus bienes embargables sean suficientes para responder frente a los acreedores, éstos no están legitimados para actuar interfiriendo en los actos de disposición que realice, salvo que con tales actos se produzca una disminución patrimonial que afecte su solvencia y se presente el *eventus damni* que legitima a los acreedores a ejercitar la acción pauliana. Según Barbero(39), el *eventus damni* es un presupuesto de la acción pauliana porque el acreedor, después del acto de disposición, ya no encuentra en el patrimonio del deudor los medios suficientes para satisfacerse.

El art. 195 ha establecido el requisito del *eventus damni* en cuanto lo precisa como los actos del deudor "... por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito ..." Como hemos ya indicado, el acotado art. 195 se inspiró en el art. 2901 del Código Civil italiano y, al no registrar antecedente en el Código Civil de 1936, se aleja del dato objetivo de la "insolvencia del deudor" que este Código utilizó, sustituyéndolo por un concepto más genérico, como es el de que "perjudiquen el cobro del crédito", que es el *eventus damni* del Derecho Romano. De esta manera, no solamente la insolvencia del deudor es causal para la procedencia de la acción pauliana sino que se incluyen determinados actos que, sin colocar al deudor en estado de insolvencia, perjudican al acreedor por poner en peligro la efectividad de su crédito por razón del decrecimiento del patrimonio del deudor. Por ello, en relación al art. 195 cuando estaba proyectado, León Barandlarán(40) advirtió que hablaba de perjuicio ocasionado al acreedor, y no de insolvencia, como lo hacían los arts. 1098 y 1099 del Código Civil de 1936.

El Código Civil ha abandonado, pues, el criterio de la insolvencia para la configuración del *fraus creditorum* y como requisito de la acción pauliana, optando tan sólo por el requisito del perjuicio al acreedor, ya que en la mayoría de las veces el remedio pauliano tiene su razón de ser en la insolvencia del deudor, en cuanto ella significa que el acreedor no puede obtener el pa-

(38) *Ibídem*, pág. 550.
(39) Sistema de Derecho Privado. T. III, pág. 142.
(40) Curso del Acto Jurídico, pág. 172.

go íntegro de su crédito. Pero puede haber perjuicio contra el acreedor, realizado con fraude, sin que represente insolvencia en términos absolutos, siendo justo en este caso someter el acto perjudicial al remedio pauliano, por cuanto aquél, de todos modos, viene a afectar desfavorablemente al acreedor.

El criterio adoptado es, entonces, de una mayor amplitud y abarca, en todo caso, a la insolvencia, pues reducirse a este estado es una manera de perjudicar al acreedor. Además, hay diversas modalidades como se puede causar perjuicio al derecho del acreedor y de tales actos ya nos hemos ocupado (Supra Nº 167.3).

El mismo criterio adoptado nos debe llevar a la interpretación de que la acción pauliana puede ejercitarse, cuando se trata de actos de disposición gratuita, con sólo el requisito del *eventus damni,* fundándose la interpretación en el aforismo romano *non debet lucrari ex alieno damno* y en el criterio que sacrifica el lucro para evitar el daño. Lo que sí debe quedar en evidencia es la existencia de una imprescindible relación de causalidad entre el acto de disposición practicado por el deudor y el perjuicio sufrido por el acreedor, por lo que la acción pauliana procede si es que al momento de ejercitarse el deudor no ha repuesto su patrimonio.

Tratándose de los actos de disposición onerosa es imprescindible adicionar y hacer concurrir el requisito del designio fraudulento (Infra Nº 167.4.b).

Ahora bien, para que exista el perjuicio al acreedor es obvio que debe existir un crédito, que es el derecho del acreedor que la ley tutela mediante el remedio pauliano.

Tradicionalmente se consideraba que el crédito debía ser preexistente al acto fraudulento porque el perjuicio al acreedor sólo podía producirse cuando éste tenía un crédito ya existente a la fecha en que el fraudator realizaba el acto de disposición.

La doctrina justificaba este requisito en razón de que siendo el fundamento de la acción pauliana el derecho a ejecutar al deudor en los bienes que conforman su patrimonio y sobre los cuales recaía la "prenda general" en favor de los acreedores, los bienes dispuestos con anterioridad a la constitución del crédito no integraban la "prenda general" y, en consecuencia, tal disposición no podía causar perjuicio a los acreedores. Así, Josserand[41], al

(41) Derecho Civil. T.II. Vol.I. pág. 557.

considerar las condiciones requeridas en el acreedor demandante con acción pauliana, señala que es preciso que el crédito del demandante haya preexistido al acto atacado, sin lo cual no se puede decir que éste haya causado un perjuicio al querellante: si ha habido fraude, sólo lo han sufrido los que eran ya acreedores en el momento en que fue cometido.

La existencia del crédito, así considerada, requería de fecha cierta para que se pudiera determinar la procedencia de la acción pauliana, pues era su elemento probatorio. El art. 1102 del Código Civil de 1936 acogió el requisito de la preexistencia del crédito precisando que "Sólo los acreedores cuyos créditos sean de fecha anterior al acto impugnado, podrán ejercitar la acción revocatoria". Olaechea[42], su ponente, así lo dejó de manifiesto al señalar que se "otorga el ejercicio de la acción pauliana, siempre que su título sea de fecha anterior al acto impugnado". León Barandiarán[43] confirmó que, en efecto, el art. 1102 sólo exigía, para que la acción prosperara, que emanara de acreedor por crédito anterior al acto fraudatorio y que tal anterioridad había de demostrarse por el demandante de la acción. Pero, citando a Colin y Capitant, advirtió que el acto de enajenación aunque fuera anterior al crédito, podía ser impugnado si había sido realizado precisamente en atención al crédito futuro, y a fin de privar por adelantado al futuro acreedor de las garantías con que hubiera podido contar, por lo que en este caso no podía decirse que el acreedor no sufría con el acto de disposición y que el motivo que hacía excluir a los acreedores posteriores no se justificaba y, por lo tanto, no debía subsistir esta exclusión.

El Código Civil ha seguido las ideas del maestro y así resulta del art. 195 cuando en su inc. 1 se refiere a los créditos anteriores a los actos fraudatorios y, en el inc. 2, a actos fraudatorios anteriores al nacimiento del crédito. Además, como lo hemos ya advertido, la norma está tomada del art. 2901 del Código Civil italiano, respecto del cual Messineo[44] considera que, de ordinario, es necesaria la anterioridad del crédito, respecto del acto de disposición, porque, antes de aquel tiempo, el acreedor no era tal y el deudor no podía proponerse perjudicarlo o tener conciencia de ello; que, por otra parte, el acreedor no tiene interés en la declaración de ineficacia, porque no tiene derecho a contar sobre los bienes que no formaban ya parte del patrimonio del deudor en el acto en que el derecho de crédito nació, pero que, sin embargo, si el acto de disposición, aunque anterior al nacimiento del crédito, hubiese sido preordenado dolosamente por el deudor con la finalidad de perjudicar la satisfacción de los derechos del acreedor, ese acto está sujeto a la declaración de ineficacia, así como también que, por igual motivo,

(42) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, pág. 6.
(43) Acto Jurídico, pág. 208.
(44) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.IV, pág. 152.

está protegido por la declaración de ineficacia el crédito nacido simultáneamente al acto de disposición fraudulenta, cuando pueda comprobarse, en ella, la dolosa preordenación.

Con la adopción de la norma del art. 195, el Código Civil ha quedado definitivamente desligado del requisito de la preexistencia del crédito. De este modo, aun cuando el acreedor al concertar su crédito, debía conocer la conformación del patrimonio de su deudor, no puede dejar de considerarse la factibilidad de que los actos anteriores hayan sido verificados precisamente con el fin de defraudarlo. Por esta razón es que el Código Civil ha eliminado el requisito de la preexistencia del crédito y posibilita el ejercicio de la acción pauliana por actos fraudatorios anteriores, simultáneos o posteriores a los de la concertación del crédito.

En conclusión, lo que requiere el acreedor para accionar con el remedio pauliano es alegar el perjuicio que le irroga el acto del deudor que califica de fraudulento.

167.4.b. El designio fraudulento

El designio fraudulento es un estado subjetivo que conduce al deudor a celebrar actos fraudatorios con la finalidad de perjudicar a sus acreedores y el Código Civil lo ha previsto como requisito de la acción pauliana para atacar los actos de disposición onerosa. Consiste en la intención del deudor de causar perjuicio a su acreedor o acreedores y en el conocimiento del adquirente de los bienes del perjuicio que causa el acto de disposición o en el actuar del adquirente de consuno con el fraudator para el perjuicio a su acreedor. Este requisito no fue considerado en el Código Civil de 1936 y por eso hemos señalado que el art. 195 no registra antecedente en el Código derogado, siendo su fuente, como ya lo hemos indicado, el art. 2901 del Código Civil italiano.

La doctrina italiana ve en este requisito un estado anímico del deudor que lo motiva a perjudicar a su acreedor o acreedores y, en cuanto al adquirente, lo distingue en *conscius fraudis* y en *consilium fraudis*. Barbero[45] explica el *conscius fraudis* como la conciencia o conocimiento del perjuicio que el acto irroga al acreedor, cuando dicho acto ha sido cumplido con posterioridad al origen del crédito, y, el *consilium fraudis*, como la preordenación dolosa del acto en perjuicio de la satisfacción del crédito, esto es, cuando el acto perjudicial es anterior al crédito. Pero, en este punto nuestro Código Civil se aleja del modelo italiano en virtud de la modificación introducida al art. 195 por el Código Procesal Civil (Primera Disposición Modificatoria).

(45) Sistema de Derecho Privado. T.III, págs. 143 y 144.

En efecto, el art. 195, luego de la modificación acotada, deja como único requisito para el ejercicio de la acción pauliana cuando el acto fraudatorio es gratuito el del *eventus damni,* prescribiendo el requisito del designio fraudulento para los actos fraudatorios celebrados a título oneroso. El art. 195 ha quedado estructurado en dos partes: la primera dedicada a los actos fraudulentos gratuitos y, la segunda, a los actos fraudulentos onerosos, los cuales requieren necesariamente para su declaración de ineficacia del requisito del designio fraudulento, sea como *conscius fraudis* o como *consilium fraudis.*

Prescribe el texto vigente de la segunda parte del art. 195: "Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos: 1. Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos. 2. Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del futuro crédito ...".

Como puede apreciarse, cada uno de los dos incisos transcritos se ocupa de situaciones diferentes.

El inc. 1 está referido al acto fraudatorio celebrado con posterioridad al del nacimiento del crédito y precisa que para el ejercicio de la acción pauliana el tercero, es decir, el adquirente a título oneroso, debe haber actuado *conscius fraudis,* esto es, con conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor del fraudator o haber estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos. La justificación de la declaración de ineficacia radica, en este caso, en el *conscius fraudis*, sancionándose la mala fe del adquirente que conocía o no ignoraba el perjuicio que se causaba al acreedor.

El inc. 2 está referido al acto fraudatorio anterior al del surgimiento del crédito y precisa que para el ejercicio de la acción pauliana se requiere que el fraudator y el tercero, es decir, el adquirente de los bienes a título oneroso, hayan celebrado el acto perjudicial en *consilium fraudis,* esto es, con el propósito de perjudicar el crédito del futuro acreedor. La justificación de la declaración de ineficacia radica en el *consilium fraudis,* sancionándose la mala fe del adquirente por haberse prestado al propósito del fraudator de engañar al futuro acreedor con la existencia de bienes que ya estaban fuera de su ámbito patrimonial.

Como ya lo hemos señalado al considerar los actos contra los cuales procede la acción pauliana (Supra Nº 167.3), los actos constitutivos de garantías pueden configurar un *fraus creditorum.* Según el art. 196: "Para los efectos del art. 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".

Como puede apreciarse, el Código Civil considera a los actos constitutivos de garantías, sean por deudas propias o por deudas ajenas, como actos celebrados a título oneroso, por lo que para que se ejercite la acción pauliana el acreedor perjudicado tendrá que establecer el *consilium fraudis* si el acto que califica de fraudulento es anterior al crédito o el *conscius fraudis,* si es posterior. Si los actos constitutivos de garantías son posteriores, deben entenderse como actos gratuitos y en consecuencia para el ejercicio de la acción pauliana resulta suficiente alegar el *eventus damni.*

En conclusión, lo que requiere el acreedor para accionar con el remedio pauliano frente a los actos fraudatorios celebrados onerosamente, o considerados onerosos, es del *eventus damni* al que debe concurrir el designio fraudulento, como *conscius fraudis* o como *consilium fraudis*, según el caso.

167.5. La vía procesal

Manteniendo el tratamiento diferente para los actos fraudatorios, según sean gratuitos u onerosos, el art. 200, en su primer párrafo, ha establecido las correspondientes vías procesales: "La ineficacia de los actos gratuitos se tramita como proceso sumarísimo; la de los actos onerosos como proceso de conocimiento. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable". La norma ha sido introducida por el Código Procesal Civil (Primera Disposición Modificatoria).

La demanda debe emplazar al fraudator y al adquirente.

167.6. La prueba del fraude

El acto fraudulento debe ser probado con la demostración del perjuicio al derecho a ser pagado que tiene el acreedor, si el acto fraudatorio es gratuito, y, si es oneroso, poniendo además en evidencia el designio fraudulento, como *conscius fraudis* o como *consilium fraudis* si el acto fraudatorio es posterior o anterior al acto jurídico que originó el crédito. De ahí que, como acabamos de ver, el Código Civil haya dispuesto distintas vías procesales.

Con la finalidad de facilitar la probanza, el Código Procesal Civil ha introducido las modificaciones al art. 195 que contienen presunciones y la distribución de la carga de la prueba (Primera Disposición Modificatoria).

Para facilitar la prueba del *eventus damni* establece el art. 195: "... Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la im-

posibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro ...". Y, en relación al designio fraudulento: "... Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados ...". Como puede apreciarse, se trata de presunciones *juris tantum*, pues no son apodícticas y puede ofrecerse prueba en contrario para desvanecerlas al defenderse el acto de disposición atacado con la acción pauliana.

La distribución de la carga de la prueba la dispone el último párrafo del art. 195: "... Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito". La claridad y precisión de la norma nos exime de todo comentario, por lo que sólo queremos dejar establecido que pueden usarse todos los medios probatorios pertinentes, incluidos los sucedáneos.

167.7. Los resultados de la acción pauliana

Interpuesta la acción pauliana y probados sus fundamentos, debe ser declarada fundada por sentencia judicial. Veamos cuáles son los efectos o resultados que esta sentencia produce.

167.7.a. El resultado frente a los adquirentes

Como acabamos de indicarlo, al ocuparnos de la vía procesal para el ejercicio de la acción pauliana (Supra Nº 167.5), el acreedor accionante debe emplazar con la demanda también al adquirente, pues la sentencia va a surtir efectos respecto de él al declararse la ineficacia del acto que celebró con el fraudator y va a afectar los derechos que adquirió con ese acto.

En efecto, según el art. 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". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[46] y no registra antecedente en el Código Civil de 1936, siendo su fuente el art. 2902 del Código Civil italiano.

(46) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs 191 y 192.

Como puede apreciarse, el acotado art. 199, en su primer párrafo, se refiere a las acciones que puede promover el acreedor accionante frente a los terceros adquirentes respecto de los bienes objeto del acto jurídico cuya ineficacia ha sido declarada en su favor. Al respecto, León Barandiarán[47] consideró que este párrafo no es sino una especie de epifonema a lo que se ha establecido fundamentalmente sobre la acción fraudatoria en seguridad de los intereses del acreedor accionante. Y es así, en efecto, pues como en el régimen del Código Civil la ineficacia sólo favorece al acreedor accionante, la declaración de ineficacia, al no anular el acto fraudatorio, no modifica la relación jurídica entablada entre el fraudator y el adquirente, limitándose tan sólo a posibilitar a que el acreedor pueda embargar los bienes y hacerse pago con ellos, aun cuando éstos se encuentren en el ámbito patrimonial del adquirente.

El segundo párrafo del mismo art. 199 precisa la situación de subordinación en que queda el adquirente respecto del acreedor accionante, ya que no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto del acto ineficaz sino después que el acreedor haya cobrado lo suyo, pues establece que el derecho del adquirente a concurrir sólo lo puede hacer valer sobre el remanente. La reclamación que formule el adquirente al fraudator y la eventual indemnización que obtenga sólo podrá hacerla efectiva sobre bienes distintos de los que han sido objeto de la acción pauliana.

167.7.b. El resultado frente a los subadquirentes

Los subadquirentes son aquellos que adquirieron los bienes de quienes, a su vez, los adquirieron del fraudator. Se trata de establecer, entonces, la situación de quiénes vienen a ser los subadquirentes o ulteriores adquirentes, pues la situación del primer adquirente ha sido anteriormente considerada.

El Código Civil ha previsto la situación de los subadquirentes y plantea una solución en el art. 197: "La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[48] y registra como antecedente al art. 1110 del Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse, la norma, que está referida a transmisiones realizadas por el primer adquirente, pone a salvo del remedio pauliano a quienes hayan adquirido a título oneroso y de buena fe. Por interpretación *contrariu sensu,* la declaración de ineficacia si perjudica los derechos adqui-

(47) Curso del Acto Jurídico, pág. 173.
(48) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág. 150.

ridos a título gratuito y también los adquiridos a título oneroso pero de mala fe. La cuestión nos ubica nuevamente frente a la figura de la oponibilidad o inoponibilidad de los actos jurídicos.

Castán Tobeñas[49] resume los alcances de la acción pauliana contra los subadquirentes, sea contra los que adquirieron del adquirente directo o inmediato del fraudator, como de los que adquirieron a su vez de un subadquirente, en los siguientes requisitos: 1º Que concurran los supuestos legales generales que son necesarios para que la acción pauliana sea puesta en marcha; 2º Que el subadquirente lo sea a título gratuito, o si lo es a título oneroso, que haya procedido de mala fe pues quedan inmunes a los efectos de la acción pauliana los subadquirentes a título oneroso y de buena fe.

El criterio expuesto, que es el de la generalidad de la doctrina, se encuentra acogido por el art. 197 de nuestro Código Civil. La ineficacia del acto de la subadquisición gratuita se rige por la contraposición de un lucro y un daño: como el acto es perjudicial se debe preservar el derecho del acreedor frente al lucro que se deriva para el subadquirente a título gratuito. Para la ineficacia de los actos onerosos la solución es distinta, pues como no se presenta un desequilibrio patrimonial lo que se sanciona es la mala fe del subadquirente.

168. LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PAULIANA

La prescriptibilidad de la acción pauliana fue prevista en el Derecho Romano y con este modo de extinguirse fue receptada en la codificación civil moderna, aun cuando ha sido materia de diversos plazos prescriptorios.

El Código Civil, para el que la acción pauliana es una acción declarativa de ineficacia, en el inc. 4 de su art. 2001 le fija un plazo prescriptorio de dos años: "Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: ... A los dos años la acción revocatoria." La norma, de la que fuimos ponentes ante la Comisión Reformadora fue tomada de su Proyecto[50], denominándola acción revocatoria, como lo hacía el Código Civil de 1936, manteniéndosele el *nomen iuris* por error, pues en el Proyecto sometido a la Comisión Revisora a la acción pauliana se le había ya dado la naturaleza de una acción de ineficacia. En nuestra Exposición de Motivos[51] precisamos que se trataba de la acción revocatoria proveniente del fraude, esto es, de la acción pauliana y, posteriormente, hemos dejado expuesto, atendiendo al tratamiento que se le da en

(49) Derecho Civil Español, Común y Foral. T.III, pág. 288.
(50) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.II, págs. 717 y 718.
(51) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, pág. 713.

los arts. 195 y siguientes como remedio pauliano ante el fraude con el carácter de acción de ineficacia, frente a las dudas que su nominación por el inc. 4 del art. 2001 suscitaba, que no se le puede llamar acción revocatoria y que lo más propio es llamarla, simplemente, acción pauliana, como la hemos venido llamando, o acción fraudatoria(52).

169. EL FRAUDE Y LA QUIEBRA

El Código Civil ha querido distinguir la acción pauliana que legisla de cualquier otra acción que persiga la ineficacia de actos de disposición. Por ello, el art. 200 en su segundo párrafo precisa que "Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra". La norma tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(53) no registra antecedente en el Código Civil de 1936.

Las disposiciones pertinentes en "materia de quiebra" son las aplicables a la reestructuración patrimonial de los deudores, en la actualidad regulada por el Decreto Legislativo Nº 845 de 20 de setiembre de 1996.

(52) Vide, del autor, La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil Peruano (1985), pág. 169, y, Prescripción Extintiva y Caducidad (1996), pág. 173.
(53) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I., pág. 192.

Capítulo XIII

LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

Capítulo XIII

LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

170. PREMISA

Como lo hemos dejado establecido al estudiar la manifestación de voluntad (Supra Nº 35), la voluntad del sujeto constituye la esencia misma del acto jurídico, pues la falta de ella hace que el acto no llegue a ser tal; que la voluntad sola no es suficiente, pues su manifestación necesita que entre ambas exista una imprescindible correlación, toda vez que la manifestación debe dar contenido a la verdadera y real voluntad interna del sujeto; y, que entre lo que el sujeto manifiesta y lo que quiere exista también una necesaria e imprescindible correlación. Sin embargo, como también lo hemos dejado señalado (Supra Nº 39), se presentan casos en que la voluntad jurídica no llega a formarse, ya sea por ausencia del discernimiento, de la intención o de la libertad. Además, la voluntad manifestada debe responder a una determinación seria, destinada a crear un resultado jurídico.

La voluntad generadora del acto jurídico, que es la voluntad jurídica que definió Aguiar[1], y que Abelenda prefiere denominarla jurígena[2], es la voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma y extingue derechos y que es el resultado de la conjugación de los elementos que dan lugar a la formación de la voluntad interna, como son el discernimiento, la intención y la libertad, y de su elemento externo, que viene a ser la manifestación en cualquiera de sus modalidades. Cuando esta conjunción de elementos se rompe por la presencia de factores perturbadores surge una voluntad viciada, porque no existe ya la necesaria correlación entre lo que quiere el sujeto y la voluntad que exterioriza. Se presentan, así, los llamados vicios de la vo-

(1) Hechos y Actos Jurídicos. I. La Voluntad Jurídica, pág. 46.
(2) Derecho Civil. Parte General. T.2, pág. 264.

luntad distinguidos, tradicionalmente, como error, dolo, violencia e intimidación.

Los vicios de la voluntad vienen a ser, pues, los factores perturbadores que impiden que la voluntad interna se forme de manera sana. Pueden presentarse en el sujeto de manera consciente o inconsciente, impidiéndole la necesaria correlación entre lo que quiere y lo que manifiesta.

Pero al lado de estos vicios, en lo relacionado al error, existen los errores que distorsionan la exteriorización de la voluntad, no por afectar el proceso formativo de la voluntad interna, que está bien formada, sino por afectar la declaración. Se presentan así los llamados errores en la declaración.

Pero no sólo los vicios a los que hacemos referencia afectan al acto jurídico. Por ello, para precisar su concepto, es conveniente hacer referencia a otros vicios que también afectan el acto jurídico, en su validez y en su eficacia, tales como los denominados vicios de forma que provienen de la inobservancia de las formalidades exigidas por la ley respecto de los actos jurídicos a los que se las prescribe *ad solemnitatem causa*. Estos, junto con otros vicios sustanciales o de fondo, como la ausencia de manifestación de voluntad, la falta de capacidad del sujeto, la imposibilidad del objeto o la ilicitud de la finalidad del acto, constituyen causales de nulidad del acto jurídico (Infra Nº 221).

La facultad que tienen las personas, y que el Derecho Objetivo les reconoce, para regular sus relaciones jurídicas mediante las manifestaciones de voluntad generadoras de actos jurídicos, hace necesario que la ley las proteja contra sus propios errores, del dolo de quienes celebran con ellos el acto, o de la intimidación o de la violencia de las que puedan ser víctimas. Por esta razón, la codificación civil no sólo requiere que todo acto jurídico sea celebrado voluntariamente, por sujetos capaces, sino que también exige que lo hagan con la intención que resulte del conocimiento y de la libertad, a falta de lo cual el acto existe, pero queda viciado. Como señalan Ospina y Ospina[3], para la existencia de un acto jurídico es necesaria la manifestación de la voluntad, pero, además, es indispensable para la validez del mismo acto que dicha voluntad sea sana, es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye la libertad y la conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Los vicios de la voluntad fueron tratados como vicios del consentimiento

(3) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 185.

por el Código Civil de 1852, siguiendo el modelo napoleónico que los receptó del Derecho Romano, en el articulado correspondiente a los contratos. El Código Civil de 1936, que, como ya hemos expuesto (Supra Nº 3.5.b) introdujo la Teoría del Acto Jurídico y su sistematización, varió la denominación de vicios del consentimiento usada por el Código que abrogó por la de vicios de la voluntad, ubicándola en el articulado correspondiente a los actos jurídicos. Sin embargo, la distinción conceptual no la hizo el Codificador, pues Olaechea en su Exposición de Motivos[4] usa la expresión consentimiento al explicar la reforma de entonces, y, en el mismo articulado se hizo referencia también al consentimiento.

León Barandiarán, en sus comentarios al Código Civil de 1936[5], sin despojarse de la referencia de los vicios al consentimiento, explicó que la declaración aportada por el agente debía, en principio, responder a un verdadero consentimiento sano y que, por eso, la ley defendía esta vinculación exigiendo que el consentimiento no estuviera viciado, es decir, que no hubiera inconsecuencia entre lo declarado y lo querido, organizando determinados remedios en caso de que tal coyuntura se presentara. Agregó el maestro que no bastaba, pues, que se aportara un consentimiento serio por el agente, sino que era menester, además, que aquél no ofreciera determinados defectos que quitaran a la declaración su pleno valimento, por lo que cualquier voluntad no era causa eficiente del negocio jurídico sino una voluntad que coincidiera con la causa final, con el propósito tenido, siempre que el mismo se ofreciera dentro de ciertas caracterizaciones que merecieran el amparo legal. Concluyó nuestro eminente tratadista en que por las razones que exponía, los códigos habían disciplinado la figura de los vicios de la voluntad o, lo que es sinónimo, del consentimiento.

Tradicionalmente, pues, los vicios de la voluntad, como apuntan Arauz Castex y Llambías[6], han sido considerados como propios de los contratos a cuyo respecto se había formado la sistematización de los vicios del consentimiento, pues para formar el contrato se requería del consentimiento de las partes, es decir, del sentimiento común, del *cum sentire*, que lleva a una de las partes a adherirse al sentimiento de la otra. El consentimiento se entendía que quedaba roto cuando la voluntad de alguno de los contratantes se había formado de manera viciada.

El Código Civil vigente, con la sistematización que ha adoptado, legisla sobre los vicios de la voluntad en el Libro del Acto Jurídico de lo que se infiere, sin hesitaciones, que su noción y aplicación está referida a la formación

(4) Págs. 4 y sigtes.
(5) Acto Jurídico, pág. 104.
(6) Derecho Civil. Parte General. T.II. pág. 294.

de la voluntad interna y a su manifestación en relación a todos los conceptos que puedan ser calificados como actos jurídicos, incluidos, desde luego, los contratos.

Los vicios de la voluntad de los que nos vamos a ocupar son los que el Código Civil considera que afectan la formación del acto jurídico, tales como el error, sea como error-vicio o error en la declaración, el dolo, la violencia y la intimidación.

I

EL ERROR

171. DELIMITACION CONCEPTUAL

El error es un factor perturbador inconsciente que afecta el proceso formativo de la voluntad jurídica, ya en el aspecto relativo a la voluntad interna, en cuyo caso se configura el denominado error-vicio, o ya en lo que se refiere a la exteriorización de la voluntad interna, en cuyo caso se configura el denominado error en la declaración, que el Código Civil legisla claramente diferenciados en el articulado pero bajo el título común de Vicios de la Voluntad.

El denominado error-vicio, así llamado porque es propiamente el error como vicio de la voluntad, afecta la función cognoscitiva del sujeto pues su voluntad interna se forma en base a la ausencia de conocimiento o a un conocimiento equivocado. Este error produce una divergencia inconsciente entre la voluntad interna del sujeto, así formada, y los efectos que busca con su manifestación. Consiste, fundamentalmente, como señala de Cossio[7], en una representación subjetiva contraria a la verdadera realidad objetiva, y cuando esa falsa representación ha tenido tal importancia en la génesis del negocio que haya sido capaz de determinar la voluntad, constituye un vicio de la misma. Aguiar[8], siguiendo a Giorgi, lo conceptúa como una disconformidad entre las ideas de nuestra mente y el orden de las cosas. Para los Mazeaud[9], cometer *un error* es tener *una opinión contraria* a la realidad. Según León Barandiarán[10] es una disconformidad entre el objeto intencional de la apreciación y ésta misma, o sea el objeto mental. Castañeda[11] afirma que es la sustitución de la idea verdadera por una idea falsa sobre la persona o la cosa u objeto, pues se trata de una representación que no es verdadera.

El error-vicio, como está referido a la función cognoscitiva del sujeto comprende dentro de su ámbito conceptual la ausencia de conocimiento, que es la es ignorancia, y el conocimiento equivocado, que es propiamente el error. De ahí que jurídicamente la ignorancia se equipare al error y, como

(7) Instituciones de Derecho Civil. *I*, pág. *157*.
(8) Hechos y Actos Jurídicos. I. La Voluntad Jurídica, pág. 137.
(9) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. 1, pág. 184.
(10) Acto Jurídico, pág. 105.
(11) Los vicios de la voluntad, pág. 22.

sostienen Ospina y Ospina[12], que el error provenga de la ignorancia pues el concepto falso encuentra su origen en el desconocimiento de la realidad.

La equiparación de la ignorancia con el error fue planteada desde el Derecho Romano. Si bien la ignorancia era empleada preferentemente por los jurisconsultos romanos para calificar el vicio que consistía en el desconocimiento o en el falso concepto de la realidad, y además era empleada preferentemente en los textos romanos, de *juris et facti ignorantia*, el Derecho Moderno sólo ha modificado la nomenclatura referente a este vicio, dando preferencia al vocablo error, por lo que ambas locuciones –ignorancia y error– tienen el mismo significado jurídico y están comprendidas en el mismo concepto, siendo así como lo receptó la codificación civil y ha llegado hasta nuestros días.

La doctrina es unánime en la equiparación de la ignorancia con el error y en considerarlos como fenómenos cognoscitivos que resultan de una falsa o inexacta representación de la realidad. Así, según Stolfi[13], el error consiste en la falsa representación de la realidad determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte 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. Para Messineo[14], el error consiste en una falsa representación y, por consiguiente, en un falso conocimiento de la realidad y está equiparado a la ignorancia, es decir, a la falta de cualquier noción sobre un determinado hecho.

Ahora bien, hemos planteado la delimitación conceptual del error partiendo de la diferenciación del error-vicio, o propiamente error, con el error en la declaración o en la manifestación, estableciendo como premisa para el primero de que se trata de una divergencia inconsciente entre la voluntad interna y la voluntad que se exterioriza mediante la manifestación. Y ya ha quedado precisado que el error es ausencia de conocimiento y también conocimiento equivocado. Es conveniente precisar, entonces, que el error como vicio sólo afecta a la voluntad y no a su manifestación, que sólo sirve de vehículo. El error como vicio, como explica Messineo[15], interviene como agente eficiente en la determinación de la voluntad, pues es el motivo de la voluntad.

Pero, además, como también lo hemos advertido, existe el error en la declaración o en la manifestación. En él la voluntad se ha formado sanamen-

(12) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 187.
(13) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 171.
(14) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 434.
(15) Ibídem.

te pero el factor perturbador que ocasiona la divergencia se presenta al exteriorizarse la voluntad y queda contenido en la manifestación. Como ha señalado Coviello[16], el error en la declaración puede consistir en una simple distracción, *lapsus linguae* o *lapsus calami,* pues en vez de decir o escribir vender, digo o escribo arrendar; o bien por error o reproducción infiel de la declaración por parte de quien debía ponerla por escrito o transmitirla, pues he dictado vender y mi secretaria escribe o transmite arrendar; o bien la entrega de la manifestación a persona distinta del destinatario, aunque del mismo nombre y apellido; o bien se usan palabras a las que se les atribuye un significado distinto al que verdaderamente les corresponde.

Debe, pues, distinguirse el error en la formación de la voluntad y que queda contenido en la voluntad, que es el error-vicio, del error al exteriorizarse la voluntad y que por ello queda contenido en la declaración. El primero es un error al interior del sujeto, mientras que el segundo lo es al exterior del mismo. La diferenciación hay que hacerla con mucho cuidado, pues como lo hemos desarrollado anteriormente (Supra Nº 37), el contenido de la manifestación es la voluntad interna: si ésta es la viciada el error es un error-vicio. Pero si la voluntad interna es sana y el error produce la divergencia entre la voluntad interna y la manifestación, pues en ésta es donde se ha producido, el error es un error en la declaración.

Para concluir con esta delimitación conceptual es imprescindible precisar que para que se configure el error, sea error-vicio o error en la manifestación, es necesaria su espontaneidad. Como señala Puig Peña[17], la doctrina del error se construye en base a la espontaneidad, pues si el error es espontáneo tendremos el error *stricti sensu*; en cambio, si el error es provocado por maquinaciones de la otra parte se entra en los dominios del dolo (Infra Nº 184). La espontaneidad del error es excluyente de la mala fe, pues para que se configure el error la buena fe debe caracterizar la conducta del errante y de su contraparte a la que se le imputa la conocibilidad del error (Infra Nº 176.1).

A pesar de las diferencias que hemos precisado, el error-vicio y el error en la declaración coexisten y ambos reciben en el Código Civil un tratamiento diferenciado y al mismo tiempo igualitario. Por ello, nosotros los vamos a tratar por separado, ocupándonos primero del error-vicio y, luego, del error en la declaración.

(16) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 422.
(17) Tratado de Derecho Civil Español. T.I. Vol.II, pág. 485.

172. CARACTERES DEL ERROR-VICIO

Resumiendo los aspectos analizados en la delimitación conceptual que hemos dejado trazada, el error como vicio de la voluntad queda revestido de los siguientes caracteres: a) Se produce espontáneamente como consecuencia de la falta de conocimiento o de ausencia de conocimiento del errante; b) Genera una divergencia inconsciente entre la voluntad interna y la manifestación; y c) La manifestación de voluntad no es correlativa a los efectos queridos y a los que van a resultar de la celebración del acto jurídico.

173. CLASIFICACION DEL ERROR-VICIO

La doctrina ha planteado diversos criterios para clasificar el error que puede constituirse en vicio de la voluntad. Nosotros vamos a utilizar el adoptado por el Código Civil para el desarrollo de su tratamiento legislativo.

En primer lugar, vamos a considerar el criterio que distingue el error en esencial y en indiferente, así como el que lo distingue en error de hecho y en error de derecho.

173.1. El error esencial

El error es esencial cuando es determinante en la formación de la voluntad interna e induce al sujeto a la celebración del acto jurídico mediante una manifestación de voluntad que no va a ser correlativa a los efectos queridos, o, en otras palabras, el error es esencial cuando de no haber mediado el sujeto no hubiera celebrado el acto jurídico. Esencial es, por consiguiente, como precisa Pietrobon[18], todo error que impide el exacto conocimiento del negocio nacido al mundo jurídico.

El Código Civil no contiene una noción del error esencial, pero de algunas de sus disposiciones se puede extraer el criterio que hemos expuesto y que es el que ha adoptado. Así, cuando hace referencia al error esencial permite inferir que lo es el "determinante de la voluntad" (art. 202 incs. 1 y 2, y art. 204) y que también lo es cuando es "la razón única o determinante del acto" (art. 202, inc. 3). Por ello, no participamos del criterio expuesto por Susana Zusman[19] en cuanto distingue entre error esencial y error determinante y que sólo el primero está comprendido en los enumerados por el art. 202.

(18) El error en la doctrina del negocio jurídico, pág. 473.
(19) El error en el acto jurídico, pág. 65.

El error esencial puede ser de hecho y de derecho y, como veremos más adelante, puede ser causa de anulación del acto jurídico (Infra Nº 176), siendo esta la razón por la que ha recibido preferente atención de la codificación civil.

173.2. El error indiferente

El error es indiferente por contraposición al error esencial, pues lo es en tanto no ha incidido en la formación de la voluntad interna de manera tal como para constituirse en razón o causa determinante.

La doctrina explica el error indiferente tal como hemos planteado su noción. Así, Messineo[20] nos dice que por argumentación a contrario debe considerarse no-esencial o in-esencial, o sea accidental –el Código Civil no utiliza un *nomen iuris* y por eso nosotros hemos preferido denominarlo indiferente– al error que recae sobre cualidades no sustanciales y consideradas secundarias de la cosa o de la persona, y que, por tanto, no pudieron ser determinantes de la voluntad; o bien, en la cantidad, cuando no haya sido tampoco determinante de la voluntad, pues en esta clase de error se subsumen los errores en el motivo que no llegan a ser esenciales y, por consiguiente, no atribuye el poder de pedir la anulación del negocio.

El error indiferente viene a ser, pues, un simple accidente en el acto jurídico y, por ello, no alcanza a viciarlo con nulidad sino que puede dar lugar, tan sólo, a efectos rectificatorios.

El error indiferente puede ser también de hecho y de derecho cuando no es la razón única ni determinante de la voluntad interna.

173.3. El error de hecho

El error de hecho o error *facti* consiste en la ausencia de conocimiento o en el conocimiento equivocado que puede recaer en cualquier clase de objetos o en sus cualidades esenciales, en las personas o en sus cualidades, en una operación de cálculo o en una cantidad, o en el motivo mismo que induce a la celebración del acto jurídico. La comprensión de su concepto viene a ser, por ello, sumamente lata pues sólo excluye a lo que sea una norma jurídica, que se reserva para el error de derecho (Infra Nº 173.4).

El error de hecho puede ser esencial o indiferente, según pueda o no servir de causa de anulación del acto jurídico.

(20) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II. pág. 436.

La doctrina distingue diversas clases de error de hecho cuando es esencial y también cuando es indiferente. Nosotros vamos a detenernos en las distinciones acogidas por el Código Civil.

173.3.a. El error en la esencia o en las cualidades esenciales del objeto

El error en la esencia o en las cualidades esenciales del objeto, que viene a ser el denominado error *in substantia,* tiene raigambre en el Derecho Romano y fue receptado por el Código Napoleón (art. 1110) que lo irradió a toda la codificación civil, llegando a nuestro Código Civil de 1852, en cuyo art. 1237 lo trató como error que recae "sobre la sustancia de la cosa" y al de 1936, que en su art. 1080 lo trató como el error en las "cualidades esenciales" del objeto.

El Código Civil vigente lo considera en el inc. 1 de su art. 202 según el cual "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". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[21] y registra como antecedente el ya indicado art. 1080 del Código Civil de 1936 pero inspirándose en el 1429, inc. 2, del Código Civil italiano.

Como puede apreciarse, el inc. 1 del acotado art. 202 considera el error *in substantia* como un error esencial pero siempre que "de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad", lo que permite interpretar que si no puede considerarse determinante de la voluntad sólo es un error indiferente.

El error *in substantia* fue reconocido en el Derecho Romano, como error en la sustancia del objeto identificando la sustancia del objeto con su composición material. Según Ospina y Ospina[22], los jurisconsultos romanos reconocieron eficacia al error sobre la sustancia del objeto que tenía lugar, por ejemplo, cuando una persona compraba un objeto enchapada de plata creyendo que era todo de plata maciza y este error *in substantia* constituía un vicio de la voluntad que daba lugar a la anulación del acto respectivo.

El Código Civil francés receptó la noción del error *in substantia* como el error que recae "sobre la sustancia misma de la cosa" (art. 1110). Según acotación de Josserand[23], esta noción suscitó polémicas que se fueron ex-

(21) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 193, 194 y 195.
(22) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 194.
(23) Derecho Civil. T.II, Vol.I, pág. 52.

tinguiendo por obra de la jurisprudencia y de los modernos tratadistas franceses. Según los Mazeaud[24], los redactores del Code al reproducir la expresión latina de error *in substantia* parecieron haberse sumado al criterio del Derecho Romano que lo refería a la composición material de la cosa. De este modo, como anotó Josserand[25], la función del error *in substantia*, así conceptuado, era muy reducida: se limitaba a inadvertencias típicas y groseras como aquellas de comprar candelabros de cobre plateado creyéndose que se adquirían candelabros de plata y, en cambio, el error que se refiere al origen de la cosa, a su antigüedad o a su mérito artístico, no sería de ninguna consideración, pues el comprador de un lienzo que suponía adquirir un Corot y que sólo había adquirido una copia y el coleccionista que pensaba haber adquirido una cómoda Luis XV auténtica y que recibía un mueble de fabricación reciente, no tendrían razón para quejarse, pues el error en que habían incurrido no interesaba a la sustancia misma de la cosa ya que les había sido entregado determinado lienzo o determinada cómoda. Por la influencia del Code Civil, ya hemos visto como nuestro Código Civil de 1852 legisló sobre el error *in substantia*.

El verdadero significado del error *in substantia*, como lo enfatiza Josserand[26], lo dieron, pues, la jurisprudencia y la doctrina, al considerar que debía entenderse como sustancia de la cosa sus cualidades esenciales, es decir, aquellas de sus cualidades que han sido determinantes de la voluntad. Los Mazeaud[27] han explicado que la jurisprudencia de los tribunales fueron abandonando el sentido de "sustancia" como composición material para acercarse al calificativo de "sustancial", que ha derivado en lo que en la actualidad significa esencial.

El Código Civil alemán, que introdujo verdaderas innovaciones y formuló una orientación objetivista, también consideró el error *in substantia*, pero legislándolo como "error sobre aquellas cualidades de la cosa que en el trafico se consideran esenciales" (art. 119, ap. 2). Enneccerus[28] lo explica con el ejemplo del comprador de un anillo el que cree que es de oro, pero que no lo es y que, por ello, incurre en un error en la cualidad esencial de la cosa.

Con la perspectiva de la doctrina francesa y con la influencia del BGB, el Código Civil de 1936 legisló sobre el error *in substantia*, como ya lo hemos indicado, como un error en las "cualidades esenciales" del objeto. León Barandiarán[29], haciendo la comparación del art. 1080 del Código Civil de

(24) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol.1, pág. 188.
(25) Derecho Civil. T.II. Vol.1, pág. 52.
(26) Ibídem, pág. 53.
(27) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol.1, pág. 190.
(28) Tratado de Derecho Civil. T.I. Parte General II. Vol.2, pág. 345.
(29) Curso del Acto Jurídico, pág. 173.

1936 con el tenor del entonces proyecto de inc. 1 del art. 202 , consideró que el anterior pecaba de elíptico al referirse al error *in substantia* con la expresión "cualidades esenciales", reconociéndole acierto a la proyectada norma del vigente Código Civil. En efecto, –escribió el maestro– cabe distinguir, en lo que atañe al error esencial, el que recae en la esencia misma del objeto del que recae en una cualidad esencial. El primero incide en la naturaleza misma de la composición entitativa del objeto, como si se comprara un objeto de cobre creyéndose que es de oro. El segundo afecta solamente a una cualidad como atributo o peculiaridad de importancia en la cosa, pero que no recae en la naturaleza de ésta, como si se comprara un penco en lugar de un caballo de raza. Destacó, por último, la novedad de la norma al caracterizar la cualidad como esencial cuando ello ocurre de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias. A esta virtud –concluyó– se recurre a un criterio de apreciación objetiva: el "modo de ver general de las gentes" y no a un criterio subjetivo, como la mera intención que tuvo el agente.

Ya en sus comentarios al Código Civil de 1936 el maestro León Barandiarán[30] se había inclinado por una posición objetivista en relación a la apreciación del error, precisando la actitud de la tesis objetiva y de la subjetiva y señalando que dentro de la una y de la otra, el error se estimaba, en cuanto a su existencia misma, como un hecho subjetivo, desde que respecta a un hecho de la voluntad del sujeto, de modo que sólo éste puede establecer, de acuerdo con su criterio propio, cuándo cayó en error. La discrepancia de las dos tesis comienza, según explicó el maestro, al apreciarse cuándo tal error adquiere relevancia para el Derecho, pues para la teoría subjetiva basta que la parte considere como esencial una cualidad, negociando en virtud de esta consideración, mientras que para la objetiva tal consideración carece de todo valor, pues lo que se precisa es que la cualidad falsamente atribuida desplace la cosa de la especie a la que pertenece a otra, o resulte, de acuerdo con las fórmulas de los códigos modernos, en el caso concreto, que tal cualidad es esencial a la cosa "según el modo de ver general".

El art. 202, en su inc. 1, del vigente Código, como bien lo precisó el maestro León Barandiarán, trata del error *in substantia* distinguiendo la esencia misma del objeto de las cualidades esenciales del mismo e introduce un elemento objetivo para la apreciación de la esencia propia del objeto o de sus cualidades esenciales, como es el de "la apreciación general" o la "relación a las circunstancias".

Ya hemos advertido también que la norma *subexámine* está inspirada en el art. 1429, inc. 2, del Código Civil italiano. Al respecto explica Stolfi[31]

(30) Acto Jurídico, pág. 114.
(31) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 183.

que cuando el error *in substantia* está referido a la esencia del objeto debe entenderse la materia de que se compone el objeto o su composición entitativa, coincidiendo con la explicación de León Barandiarán. Así, si alguien compra unos candelabros de bronce creyendo que son de oro, el error es *in substantia* porque la esencia del objeto no corresponde a la "composición entitativa" que le atribuye el *errans*.

Como puede apreciarse, pues, la codificación civil por obra del Código Civil alemán y la doctrina de este siglo no ha utilizado la traducción literal de *substantia* y le ha dado el significado de esencia y es con este significado que el error *in substantia* es legislado por el art. 202, inc. 1, del vigente ordenamiento civil y con un claro énfasis objetivista.

En efecto, el acotado art. 202, inc. 1, se ocupa de este error como el que recae "sobre la propia esencia", que es la composición material, propia o entitativa, o una "cualidad del objeto", que no cabe duda debe entenderse como cualidad esencial, que es lo caracterísitico que determina que el objeto sea considerado dentro de una clase o categoría especial, pero no según la apreciación que el mismo errante pueda hacer, sino que debe estar de acuerdo con la "apreciación general" o "en relación a las circunstancias".

173.3.b. El error en las cualidades esenciales de la persona

El error en las cualidades esenciales de la persona tiene también raigambre en el Derecho Romano que lo denominó como error *in personam* y fue receptado por el Código Napoleón (art. 1110), que lo irradió a la codificación civil. Sin embargo, nuestro Código Civil de 1852 no lo legisló expresamente, pues su art. 1237 se limitó al error *in substantia* y "sobre cualquier circunstancia". El Código Civil de 1936 lo legisló expresamente en su art. 1081, como el error "que se refiere a la persona".

El Código Civil vigente lo considera en el inc. 2 de su art. 202, según el cual "El error es esencial: 2. Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[32] y registra como antecedente el art. 1081 del Código de 1936 pero inspirándose en el art. 1429, inc. 3, del Código Civil italiano.

Como puede apreciarse, el inc. 2 del acotado art. 202 considera el error *in personam* como un error en las cualidades personales de la otra parte, entendiéndose que deben ser esenciales, pero siempre que haya sido determi-

(32) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 193, 194 y 195.

nante de la voluntad, lo que permite interpretar que si no puede considerarse como determinante de la voluntad es sólo un error indiferente.

En el Derecho Romano se consideraba el error *in personam* como una causal suficiente para impugnar la validez del acto jurídico.

Al producirse el fenómeno de la recepción del Derecho Romano, el Código francés lo legisló como un vicio del consentimiento que "no es causa de nulidad cuando no recae más que sobre la persona con la cual se tiene la intención de contratar, a menos que la consideración a esta persona sea la causa principal de la convención" (art.1110). Los Mazeaud[33] explican que sus redactores no admitieron este error más que cuando el contrato se había concluído *intuitu personae*. Para estos autores franceses, todo contrato a título gratuito se concluye *intuitu personae* pero advierten que no por eso hay que concluir, a contrario, que lo de *intuitu personae* resulta siempre indiferente en los contratos a título oneroso. En el mismo sentido se pronuncia Josserand[34]. Así, pues, tomando en consideración la opinión de estos calificados tratadistas puede inferirse que para el sistema francés el error *in personam* supone un acto celebrado *intuitu personae*, sea gratuito u oneroso, evidenciándose una marcada afiliación a la tesis subjetiva.

El Código alemán legisla sobre el error *in personam*, conjuntamente con el error *in substantia* (art.119, ap. 2) y lo aprecia con criterio objetivo, pues se remite únicamente a las cualidades esenciales de la persona, entendiendo por tales, como acotó Enneccerus[35], tanto las de carácter corporal como espiritual, como sus condiciones jurídicas y de hecho, como, por ejemplo, la solvencia.

Con estos antecedentes, y acogiendo el perfil conceptual de su evolución en el Derecho moderno, se gestó el art. 1081 del Código Civil de 1936 que legisló como error sustancial el "que se refiere a la persona cuando la consideración a ella hubiera sido el motivo principal del acto". Olaechea[36], lo explicó como un error concerniente a la persona que vicia el consentimiento si la consideración a ella fue el motivo propulsor y es ineficaz cuando no fue el impulso directivo de la voluntad, dejando entrever que el codificador de 1936 estuvo en la idea de distinguir los efectos del error *in personam* según la gratuidad u onerosidad de los actos celebrados. León Barandiarán[37] fue del parecer que el art. 1081 se apoyaba en la circunstancia de que el acto se celebrara *intuitu personae* y que el error podía estar referido,

(33) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol.I, pág. 194.
(34) Derecho Civil. T. II. Vol. 1, págs. 57 y sigtes.
(35) Tratado de Derecho Civil. T. I. Parte General II. Vol. 2, pág. 348.
(36) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, págs. 4 y 5.
(37) Acto Jurídico, pág. 118.

no siendo el acto gratuito, a alguna de las cualidades esenciales de la persona.

Como puede apreciarse, el antecedente legislativo en el que nos hemos detenido no fue explícito en cuanto al criterio para la determinación del error en la persona. León Barandiarán[38] lo interpretó en el sentido de que en el error en la persona era constatable la misma actitud de criterio, ora subjetivo, ora objetivo, que respecto al error *in substantia,* y que el error en la persona es también en cuanto a su existencia misma, un hecho subjetivo pero, en lo que concierne a cuando él sea legalmente atendible, la misma disputa entre los dos criterios renace, aunque concluyó indicando que el Código Civil de 1936 parecía estar afiliado al criterio subjetivo, al referirse meramente a que "la consideración a ella (a la persona) hubiese sido el motivo principal del acto".

La fórmula adoptada por el art. 202, inc. 2, del ordenamiento vigente, refiere el error *in personam* a "las cualidades personales de la otra parte". León Barandiarán[39], haciendo la comparación con el art. 1081 del Código de 1936, fue de opinión que la fórmula utilizada por el vigente Código es preferible pues el art. 1081 hablaba del error "que se refiera a la persona", lo que permitía que se comprendiera no sólo un error en la cualidad de una persona, sino a su misma identidad, pues este último se considera error en la declaración (Infra Nº 175.3) mientras que el primero es un error-vicio.

El error *in personam*, tal como está conceptuado en el inc. 2 del art. 202 de Código Civil, se configura, pues, con una equivocación en cuanto a las cualidades de la persona con la que se celebra el acto jurídico y debe referirse a caracteres objetivos permanentes de ella y que son resultado de una atribución que realiza el *errans* cuando, por ejemplo, contrata los servicios médicos de quien tiene una especialidad distinta, o, para ser extremos, no es profesional en medicina humana. Por ello, esta referencia a las cualidades personales de "la otra parte" no aleja del concepto de error *in personam* la idea del *intuitu personae.*

En efecto, dentro del criterio objetivo hacia el que ha evolucionado el tratamiento del error y que es el que informa al Código vigente, consideramos que el error *in personam* se configura en base a una declaración *intuitu personae*, en virtud de las cualidades esenciales atribuidas, con la parte con la que se celebra el acto, o de la persona que recepciona la manifestación del errante.

(38) Ibídem, pág. 119.
(39) Curso del Acto Jurídico, págs. 173 y 174.

173.3.c. El error de cálculo

El error de cálculo es el que resulta de una operación aritmética mal hecha, equivocada, que responde al viejo aforismo *erro calculi retractur potest,* y, aparentemente, no presenta las complejidades que presentan los que hemos considerado anteriormente. Sin embargo, no es así porque, como veremos, el Código distingue de este error el error en la cantidad (Infra Nº 173.3.d).

El Código Civil legisla el error de cálculo en su art. 204 estableciendo que "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".

La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(40) y se inspira en el art. 1430 del Código Civil italiano, y, como puede apreciarse, comprende tanto el error de cálculo como el error en la cantidad. El antecedente en nuestra codificación civil se encuentra en el art. 1083 del Código de 1936, que lo trató sólo como error de cálculo y, el más remoto, en el Código de 1852, que lo legisló como error en las transacciones (art. 1727).

El error de cálculo es un típico error indiferente, puesto que como precisa el acotado art. 204, en su parte pertinente, "... no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación ...". Al respecto y en relación al art. 1430 del Código Civil italiano, ha escrito Messineo(41) que, practicada la rectificación, el error de cálculo se hace irrelevante, puesto que poco importa la cantidad declarada desde el momento en que, mediante la rectificación, se establece la cantidad exacta, efectivamente querida por el declarante.

Como ya hemos advertido, el tratamiento que a este error le ha dispensado el Código Civil lo ha tornado complejo, pues conceptúa al error de cálculo o error de cuenta como un género del cual se desprende, como especie, el error en la cantidad, que es esencial.

173.3.d. El error en la cantidad

El error en la cantidad, error *in quantitati,* como acabamos de ver, lo legisla el mismo art. 204 como un error esencial siempre que "haya sido determinante de la voluntad", lo que significa que si no lo ha sido queda como un indiferente error de cálculo.

---

(40) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág. 196.
(41) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 435.

El acotado art. 204 que, como hemos advertido, está inspirado en el art. 1430 del Código Civil italiano, lo presenta en los siguientes términos: "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".

La norma, como también lo hemos advertido, fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora y en lo que se refiere al error *in quantitati* no registra antecedente en el Código Civil de 1936, que sólo legisló sobre el error de cálculo al que llamó error de cuenta. Sin embargo, Castañeda[42] sí lo menciona al estudiar el error al que se refería el derogado art. 1083, advirtiendo que si bien el error de cuenta no es causal de anulabilidad, ello, no obstante, "existe en esta institución algo más profundo, que es susceptible de darse en cualquier contrato, aleatorio o conmutativo, que en la doctrina extranjera se distingue del error de cuenta y se le conoce como error de cantidad".

La doctrina de la actualidad reconoce la relevancia del error *in quantitati.* Espin[43], clasificando las varias especies de error, se refiere a él en relación con las cosas que se numeran, pesan o miden, aunque algunos, como Puig Peña[44], en relación con el Código Español, lo consideran, como el error de cuenta, un error no-esencial. Albaladejo[45], distinguiendo las diversas clases de error, señala que también puede el error ser *in quantitati,* es decir, versar sobre la cantidad, bien sea en cuanto a las dimensiones de la cosa, o en cuanto al número de unidades que encierra, o en cuanto a la cifra por la que se adquiere.

Precisar el error en la cantidad requiere vincularlo necesariamente con el error de cuenta o de cálculo, porque es una especie de éste. Como esta modalidad de error se ha inspirado en el Código Civil italiano consideramos oportuno buscar su explicación en la doctrina italiana. Por eso, acudimos, en primer lugar a Stolfi[46], quien lo explica diciendo que si en la compra de diez acciones de una sociedad por 100 liras cada una el comprador se declara deudor de 800 liras, es obvio que basta rectificar la suma para comprender que la deuda es de 1,000 liras, pues en este caso la equivocación no ha influido sobre la naturaleza del negocio ni en el precio sino sólo sobre la operación aritmética necesaria para determinarlo exactamente; pero, si las acciones se compran "al precio de Bolsa" y que, por un error de interpretación del Boletín de Cotizaciones, el precio se señala en 100 cuando en realidad

(42) Los vicios de la voluntad, pág. 64.
(43) Derecho Civil español. Vol. I, pág. 513.
(44) Tratado de Derecho Civil Español. T.I. Vol.II, pág. 488.
(45) Derecho Civil. T.I. Vol. 2, pág. 218.
(46) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 180.

es de 150, han de distinguirse dos hipótesis posibles: si la parte quiere adquirir pura y simplemente las acciones y el precio de la Bolsa se indica como sinónimo de precio corriente en el día de la contratación basta comprobar el error de importe para que el comprador deba reembolsar la diferencia, pero si la parte había declarado querer invertir 10,000 liras para tener según el precio de la cotización publicado las 100 acciones necesarias para adquirir la mayoría en la Junta de Accionistas, está expresando que la compra no le interesa sino en cuanto le permita imponer su voluntad en la Junta: por consiguiente, si de la rectificación del cálculo resulta que no obtiene la mayoría tal como lo había previsto, su error no es un error de cálculo sino determinante de su voluntad. Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli[47] lo explican con este otro ejemplo: supóngase que un contrato no indique las bases de cálculo que ha de hacerse y que el sujeto, en virtud de un cómputo erróneo se forma una idea errada de la cantidad de los bienes que va a adquirir y es en virtud de dicha falsa representación que se decide a estipular el acto.

El error *in quantitati* debe entenderse, pues, como un error en el motivo, y no solamente referido a cosas mensurables, ya que siempre una operación aritmética puede establecer la exactitud de la medida, del pesaje o de la cuenta. Como error en el motivo lo reconoce el propio Messineo[48] y de los ejemplos tomados de los autores italianos anteriormente citados se acentúa aún más su carácter de error en el motivo.

Nosotros consideramos que, siendo el error en la cantidad un error en el motivo, hubiera sido preferible que el Código Civil no lo legislara pues, como veremos a continuación, legisla sobre el error en el motivo, lo que no hace el Código Civil italiano. De ahí, tal vez, la dificultad del deslinde conceptual.

173.3.e. El error en el motivo

El error en el motivo es el característico error-vicio, pues puede afirmarse que todas las modalidades de error que hemos estudiado se resumen en éste, pues es la motivación del sujeto lo que lo determina a la celebración del acto jurídico. Sin embargo, el Código Civil ha querido diferenciarlo de los demás al precisar que puede ser esencial o indiferente, según se manifieste o no como razón determinante de la celebración del acto jurídico.

En efecto, como bien lo precisa Albaladejo[49], el error-vicio funciona como motivo que determina la formación de la voluntad. Pero el vicio no se configura cuando sólo se trata de razones personales, ajenas en sí al acto

(47) Derecho Civil. T.I. Vol. 2. pág. 828.
(48) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II. pág. 435.
(49) Derecho Civil. I. Vol. 2, pág. 219.

jurídico, como si alguien compra una casa en Piura porque cree haber sido nombrado para desempeñar una función en dicha ciudad. Puede ocurrir que su creencia no tenga fundamento cierto y este solo motivo no es suficiente para que pueda impugnar el acto jurídico en virtud del cual compró la casa. Para que la impugnación sea posible, el motivo debe ser expresamente manifestado y aceptado por la otra parte. Sólo así se podrá invocar el error si resulta no ser cierto el nombramiento para desempeñar una función en Piura, pues el motivo de la celebración del acto jurídico le fue manifestado a la otra parte y fue objeto de su aceptación.

El Código Civil legisla el error en el motivo en el art. 205 en los términos siguientes: "El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[50] y registra como antecedente el art. 1084 del Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse, el Código Civil lo legisla como un error esencial si "expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte", lo que permite interpretar que el error en el motivo no será esencial sino indiferente, y en consecuencia, no vicia el acto, cuando el motivo no es expresamente manifestado y, por tanto, no puede ser aceptado por la otra parte. De este modo, pues, puede distinguirse el error en el motivo manifestado y el error en el motivo no manifestado.

Se concluye, entonces, que el motivo exteriorizado y puesto en conocimiento de la otra parte, y aceptado por ésta, es lo que configura el error en el motivo como error esencial. Pero si no se manifiesta ni es aceptado por la otra parte, será indiferente.

La doctrina es unánime al señalar que el error en el motivo es, en principio, irrelevante. Así, los Mazeaud[51] estiman que poco importa que el comprador haya contratado con el fin de realizar un pingüe negocio, que un industrial haya celebrado un contrato de publicidad dando por seguro numerosos pedidos, que un funcionario haya adquirido una casa para que en ella transcurra su retiro: el acto es válido si el negocio es malo, incluso si el funcionario muere antes de jubilarse. Puig Peña[52], considera, con Colin y Capitant, que los motivos que impulsan a un individuo a realizar un acto son en principio extraños a este acto pues solamente los conoce él y no habría seguridad en el comercio jurídico si se pudiesen anular los actos libremente realizados so pretexto de que se ha determinado obrar por falsos motivos.

(50) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I. págs. 196 y 197.
(51) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. I. págs. 190 y 191.
(52) Tratado de Derecho Civil español. T. I. Vol. II. pág. 488.

De ahí, que el motivo que induce a la celebración del acto constituye error indiferente, salvo que se manifieste a la otra parte, como razón determinante de la celebración del acto y ésta los acepte como tal. Si el motivo sólo queda en la esfera subjetiva, el error en él será absolutamente irrelevante al acto celebrado: le es indiferente.

173.4. El error de derecho

El error de derecho es la ausencia de conocimiento o el conocimiento equivocado referido a una norma jurídica y, por ello, tiene un ámbito de aplicación específico que lo diferencia sustancialmente del error de hecho, según criterio que viene desde el Derecho Romano. Ospina y Osplna[53] lo ilustran con el ejemplo clásico tomado de Paulo: si una persona celebra un contrato con un menor de edad creyendo que negocia con un mayor de edad, comete un error de hecho; pero si dicha persona, a sabiendas de que está negociando con un menor de edad, supone que puede pretermitir las formalidades legales protectoras de los incapaces, incurre en un error de derecho.

El error *iuris* que, como acabamos de precisar, consiste en la ignorancia o conocimiento equivocado de una norma de derecho, puede consistir también en la equívoca interpretación o inexacta aplicación de la norma y en la ignorancia de un derecho subjetivo cuando ésta recae sobre un elemento de derecho, según la noción que dejó esbozada Coviello[54]. Según Messineo[55], el error de derecho debe diferenciarse del error sobre las consecuencias jurídicas del negocio, que afecta, de ordinario, a las consecuencias accesorias del negocio que nacen de por sí de la ley, como son los denominados efectos legales, pues respecto de tales consecuencias es indiferente que el sujeto las haya contemplado y querido, o haya hecho referencia a ellas, pues los efectos legales se producen igualmente porque nacen de normas dispositivas y quedan excluidas solamente por expresa declaración de voluntad en contrario. Por tanto, este error es irrelevante, porque su materia está gobernada por la ley y no por la voluntad del declarante. Stolfi[56] advierte que no siempre es fácil saber en concreto si el error en que se incurre es de hecho o de derecho, pues considera que el error es de derecho cuando consiste en la ignorancia de la existencia de una norma jurídica que regula la relación jurídica e incide en ella directamente, o en el contenido de una norma de la que se desconoce su existencia, o en el significado de una nor-

(53) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 187.
(54) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 430.
(55) Manual de Derecho. Civil y Comercial. T.II, pág. 437.
(56) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 176.

ma de la cual, en cambio, se conoce su existencia y su contenido: en tales casos el error recae sobre el Derecho Objetivo.

Las dudas, expuestas por los mismos autores, surgen en la hipótesis de que el error recaiga sobre un derecho subjetivo, es decir, cuando haya equivocación al aplicar al caso concreto una norma de la que se conocen su existencia, su contenido y su significado. Si el agente incurrió en error por haber analizado erróneamente la situación de hecho a que se aplica la norma, el error es de hecho; en cambio, si no pudo concretar a que hecho se refería la norma a la que no obstante conoce en abstracto, el error será de derecho, ya que ignora la norma que en efecto ha de aplicarse en la práctica.

El error de derecho, como lo hemos ya indicado, fue conocido en el Derecho Romano, aunque los tratadistas no se ponen de acuerdo sobre sus efectos. Así, Puig Peña[57] considera que la legislación romana le negó toda eficacia a base de la máxima *nemo potest ignorarem legem.* Sin embargo, Aguiar[58] es del parecer de que en el Derecho Romano era siempre inexcusable el error de derecho y que pese al adagio *error iuris nocet* se establecieron principios en cuanto a su inexcusabilidad.

El Código Napoleón no hace mención expresa al error de derecho pues su art. 1109 legisló sobre el error como uno de los vicios del consentimiento pero sin distinguir entre error de hecho y error de derecho. Ello permitió, según acotación de los Mazeaud[59], que la jurisprudencia admita que el error de derecho, como el error de hecho, constituya un vicio del consentimiento,

El Código alemán tampoco hace referencia expresa al error de derecho. León Barandiarán[60], al ocuparse del tema, convino con el autor alemán Warneyer, para quien el error consistente en el desconocimiento o falsa aplicación del Derecho Objetivo es indiferente.

El Código Civil de 1936 no hizo referencia expresa al error *iuris.* La Exposición de Motivos de Olaechea no se pronunció sobre el particular y León Barandiarán[61] le restó importancia a la omisión. El propio Olaechea[62] justificó la omisión en la consideración de que el error de derecho no invalidaba el hecho obrado por cuanto la ley debía suponerse conocida por todos desde que fue promulgada, no obstante lo cual aclaró que si la estabilidad del or-

(57) Tratado de Derecho Civil Español. T.I. Vol.II, pág. 488.
(58) Hechos y Actos Jurídicos. 1. La Voluntad Jurídica, pág. 146.
(59) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol.I, pág. 198.
(60) Acto Jurídico, pág. 105.
(61) Ibídem, págs 105 y sigtes.
(62) Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora. Cuarto Fascículo, pág. 210.

den jurídico, como base necesaria de la vida común, justificaba el principio de que promulgada la ley debía suponerse conocida por todos y, en consecuencia, era inexcusable el error de derecho cuando se trataba de leyes cuyo fundamento reside en la necesidad social, como también cuando se tratara de leyes que garantizaran la efectividad de los derechos privados por lo que, en consecuencia, el error de derecho no podía ser eficazmente invocado como causal de nulidad respecto de las leyes que interesan al orden público, pero si se trataba de leyes que no miran al interés común podía invocarse contra la validez de las relaciones de derecho viciadas por un consentimiento anormal. Con el sustento, pues, de lo expuesto por Olaechea, el Código Civil de 1936 acogió el error de derecho sólo para situaciones concretas. Se planteó así, en nuestro Derecho, una confusión entre el error de derecho –entendido como ignorancia de la ley– y la inexcusabilidad del cumplimiento de la ley, que, en nuestra opinión, es cuestión totalmente distinta.

El error *iuris* no tiene nada que ver con la obligatoriedad del cumplimiento de la ley pues, como acota Albaladejo[63], una cosa es que la ignorancia o errónea noticia de la ley no excuse de cumplirla y, otra, que por ignorarla o interpretarla erróneamente se emita una declaración que el sujeto era dueño de emitir o no, pero que habiendo conocido o interpretado bien la norma no la hubiera emitido. La opinión de Albaladejo resume la de la doctrina dominante de nuestros días, que plantea que el error de derecho es irrelevante frente al sometimiento de la norma y que, en cambio, frente a la eficacia del negocio jurídico es posible invocarlo.

El Código Civil vigente legisla de manera expresa sobre el error de derecho en el inc. 3 del art. 202: "El error es esencial: ... 3. Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[64] y se inspira en el inc. 4) del art. 1429 del Código Civil italiano.

Como puede apreciarse, el Código legisla el error *iuris* como error esencial siempre que haya sido "la razón única o determinante del acto", por lo que, *contrariu sensu*, puede ser error indiferente si no lo ha sido.

Teniendo en consideración la fuente de la norma que legisla sobre el error de derecho, es oportuno considerar, como lo hace Stoffi[65] respecto al Código de su país, que la consignación del error de derecho no es para que quien lo alegue pretenda sustraerse a la observancia de la ley que obliga indistintamente a todos, sino en cuanto pueda haber viciado su consentimien-

(63) Derecho Civil. I. Vol. 2, pág. 215.
(64) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 193, 194 y 195.
(65) Teoría del Negocio Jurídico, págs. 175 y 176.

to, cuya manifestación depende exclusivamente de su error *iuris*, al haber determinado su voluntad de diversa manera a la que hubiera determinado si no hubiese ignorado o aplicado erróneamente una norma vigente. Por ello, debe entenderse que la norma del Código Civil significa que el sujeto puede invocar su error de derecho como un remedio contra un factor perturbador que afecta la formación de su voluntad interna, pero no para burlar la norma.

Delimitado el concepto del error de derecho y de que es inconfundible con la excusabilidad del cumplimiento de la ley por ignorancia de la misma, debe repararse en que el art. 202 lo considera como error esencial, en su inc. 3, cuando "haya sido la razón única o determinante del acto". Significa, entonces, que el acto jurídico se vicia por la ausencia de conocimiento o conocimiento equivocado de una norma jurídica y porque la voluntad no se habría manifestado de no haber mediado el error, pues éste es "la razón única o determinante del acto". Así, por ejemplo, quien compra un objeto arqueológico para revenderlo, ignorando que la ley prohíbe su tráfico, no podrá invocar su ignorancia de la ley para incorporarlo a su patrimonio pero sí podrá invocar esa misma ignorancia para anular el acto de la adquisición.

Por último, el error de derecho previsto en el inc. 3 del art. 202 no está relacionado tan sólo a la norma jurídica, sino que puede estar referido a una relación jurídica y también puede recaer sobre el propio derecho subjetivo. Así lo considera la doctrina italiana, como es el caso de Barbero[66], para quien el falso conocimiento de una relación jurídica constituye un error de derecho si concierne a las condiciones del derecho subjetivo de las cuales la relación misma ha tomado origen o por las cuales, por el contrario, ha faltado. Para Pietrobon[67] anulable por error de derecho es el negocio concluido por quien se consideraba erróneamente obligado a hacerlo, ilustrando su afirmación con el ejemplo de la celebración de un contrato definitivo ignorando la causa legal de nulidad que afecta al contrato preliminar.

174. CARACTERES DEL ERROR EN LA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD

Resumiendo, ahora, los aspectos analizados en la delimitación conceptual que hemos dejado trazada (Supra Nº 171), los caracteres del error en la manifestación de la voluntad o error en la declaración, son los siguientes: a) La voluntad interna se ha formado sanamente pero se incurre en error en el momento de su exteriorización; b) La divergencia se genera entre la voluntad interna y la voluntad manifestada; y, c) Los efectos del acto jurídico, de producirse, serían correlativos a la manifestación pero no a la voluntad interna.

(66) Sistema del Derecho Privado. T.I. pág. 520.
(67) El error en la doctrina del negocio jurídico. pág. 618.

Así planteados los caracteres, consideramos oportuno detenernos en considerar el modo como el error en la declaración ha llegado a ser legislado en nuestro Código Civil, que lo hace en sus arts. 208 y 209.

El art. 208 establece que: "Las disposiciones de los arts. 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, 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 al caso en que la declaración hubiese sido trasmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(68) y, como error en la declaración, no registra antecedente en el Código Civil de 1936.

Por su parte, el art. 209 establece que: "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 puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado". La norma también fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(69) y registra como antecedente el art. 1082 del Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse, la redacción del art. 208 no es muy precisa, y hasta resulta contradictoria, puesto que, de un lado, precisa que se trata de error en la declaración y, de otro, lo enfatiza como error esencial "cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad" y no de la declaración. En el art. 209, que prevé que el error en la declaración pueda ser indiferente, se ha omitido el error en la trasmisión de la declaración.

El error legislado por los acotados arts. 208 y 209 tiene su antecedente en el denominado error obstativo u obstáculo, también llamado impediente, que algún sector de la doctrina llama disentimiento, y que la moderna doctrina prefiere reconocer como error en la declaración.

Como antecedente histórico del error en la declaración Ospina y Ospina(70) recuerdan que cuando en el Derecho Romano se introdujeron las especies contractuales denominadas *bonae fidei,* porque en la interpretación de ellas prevalecía la ponderación de la voluntad interna de los contratantes sobre la forma de la declaración, ciertos errores, como el que versaba sobre la identidad de la persona, o sobre la naturaleza del negocio, o sobre la iden-

(68) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 199 y 200.
(69) Ibídem, pág. 200.
(70) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 180.

tidad de la cosa, se reputaron, por regla general, como que impedían la formación del consentimiento.

El concepto romanista que hemos dejado expuesto fue receptado e inspiró a los redactores del Código Napoleón, manteniéndose invariable en la doctrina francesa. Así, según Josserand[71] este error no sólo vicia sino que destruye el consentimiento. Los Mazeaud[72] lo conceptúan como el error que impide el acuerdo de voluntades y por eso prefieren llamarlo impediente, explicándolo en el sentido de que los dos contratantes no se han entendido pues cada uno se ha engañado no sobre lo que él quería, sino sobre lo que quería el otro contratante y, por ello, el error impediente es un "diálogo de sordos" y concluyen en que hay que ver en él algo más que un vicio del consentimiento pues impide el acuerdo de las voluntades y que, en realidad, existe una ausencia de consentimiento que lleva consigo la nulidad absoluta del contrato.

El Código alemán adoptó un criterio distinto. Bajo el concepto genérico de error en la declaración, según explica Ennecerus[73], el BGB comprende el error en el acto de la declaración, el error en la inexacta trasmisión de la declaración y el error en el contenido de la declaración. En el primero, el declarante emite una declaración que no quería emitir cometiendo un *lapsus linguae* o un *lapsus calami:* el error consiste en que el declarante cree que ha declarado lo que quería declarar. En el segundo, la declaración es transmitida inexactamente por la persona o institución utilizada al efecto. En el tercero, el declarante yerra sobre el contenido de su declaración, o sea, en su sentido o significado, pues ésta dice en realidad una cosa distinta de la que debía decir. Por ello, según el mismo Ennecerus, existe un error en el contenido de la declaración cuando el declarante yerra sobre el objeto del negocio, sobre el tipo de negocio o sobre la persona con la que quiere concluirlo.

El Código Civil de 1936 legisló sobre el error en el acto y en el objeto en el art. 1080, y sobre el error en la persona en el art. 1081, sin considerarlos como errores en la declaración, pero sin recoger el error en la trasmisión de la declaración y, como acotó León Barandiarán[74], sin considerar tampoco la concepción francesa del error obstativo, según la cual se hace el acto inexistente. Como se sabe, en el sistema del Código de 1936 el error podía producir la anulabilidad del acto jurídico, criterio que ha mantenido el Código Civil vigente (Infra Nº 231.2).

(71) Derecho Civil. T.II, pág. 49.
(72) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. 1, pág. 49.
(73) Tratado de Derecho Civil. T.II. Parte General. Vol. 2, págs. 334 y sigtes.
(74) Acto Jurídico, pág. 110.

El Código Civil italiano adoptó como tipos especiales de error, sin entrar a distinguir si se tratan de error-vicio o error obstativo, algunos de los que nuestro Código Civil legisla como errores en la declaración, como el error sobre la naturaleza del negocio (art. 1429, inc. 1), el error sobre el objeto de la prestación (art. 1429, inc. 2) y el error sobre la identidad de la persona (art. 1430, inc. 4), motivando críticas entre sus comentaristas. Así Messineo[75] expresa que hubiera sido coherente que el legislador se hubiese limitado a regular los casos de error que consisten en vicios, o sea en móviles de la voluntad, pues cuando se habla de error que nace sobre la naturaleza o sobre el objeto del negocio, o de error sobre la identidad del objeto de la prestación, o sobre la identidad de la persona del otro contratante, se toma, efectivamente, en consideración, no el error referido al móvil de la voluntad, sino otra especie de error que es el error en la declaración que se genera por la divergencia entre la declaración y la voluntad, por lo que el error, en tal caso, se denomina obstativo, u obstáculo, para significar que él mismo impide la formación del negocio. En el mismo sentido y en términos más severos se pronuncia Stolfi[76]. Por el contrario, un autor de la talla de Betti[77] no formula crítica al respecto y explica el error en la declaración o error obstativo desde la perspectiva particularmente objetiva con que sustenta sus ideas.

El Código Civil vigente ha tomado partido por el error en la declaración, que nosotros preferimos denominar error en la manifestación de la voluntad para ser consecuentes con el art. 141, que legisla sobre la manifestación de voluntad (Supra Nº 35).

175. CLASIFICACION DEL ERROR EN LA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD

La clasificación del error en la manifestación de la voluntad se basa en las especies de error a las que se refiere el art. 208 del Código Civil que, distinguiendo el error-vicio del error que denomina error en la declaración, considera cuatro tipos de error: el error en la naturaleza del acto, el error en el objeto principal de la declaración, el error en la identidad de la persona y el error en la trasmisión de la declaración.

175.1. El error en la naturaleza del acto

El error en la naturaleza del acto, conocido como error *in negotio,* se configura cuando los sujetos que lo celebran manifiestan celebrar un acto ju-

(75) Manual de Derecho Civil y Comercial, T.II, pág. 438.
(76) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 180 y sigtes.
(77) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 311 y sigtes.

rídico distinto del que quieren celebrar y para el que han formado su voluntad interna. Es el error obstativo u obstáculo tradicional, el "diálogo de sordos" al que hacen referencia los Mazeaud y que, para explicarlo, toman el ejemplo clásico de Pothier[78], "si alguno cree venderme una cosa, y yo creo recibirla a título de préstamo o como regalo, no hay en ese caso ni venta, ni préstamo, ni donación".

Como venimos viendo, el error en la naturaleza del acto ha pasado a ser un tipo de error en la declaración. Sin embargo, la doctrina no es uniforme en conceptuarlo como tal, pues bajo la denominación de error in negotio no siempre se alude a lo mismo, aunque, desde luego, se trate, en todo caso, de error referente al negocio. Albaladejo[79], por ejemplo, entiende por error *in negotio* al error sobre la índole, contenido principal o naturaleza del negocio, pero estima que no hay error *in negotio* cuando el error se produce por un lapsus (como cuando se quiere vender y se expresa arrendar), por lo que el tratadista español vincula el error *in negotio* al error en las consecuencias del negocio o en los efectos de éste cuando se cree que tiene otros efectos de los que realmente debe producir el acto celebrado, o al error en los requisitos o elementos del negocio cuando se cree que la ley exige requisitos que verdaderamente no son exigibles. Por ello se le encuentra una proximidad muy cercana con el error de derecho o con sus resultados.

Hemos señalado como antecedente del error en la naturaleza del acto que legisla el art. 208 del Código Civil en vigor al art. 1080 del Código Civil de 1936, que lo trató como vicio de la voluntad, pero que León Barandiarán[80] calificó de vicio en la manifestación de voluntad, desde que el declarante manifiesta querer algo que realmente no quiere, explicando que existe cuando la parte que invoca el error entendía hacer un contrato distinto de aquel que ha declarado consentir y que, en este caso, no hay concurso de voluntades desde que las partes han querido cosas fundamentalmente diversas, pues el error recae sobre las obligaciones y los derechos que con respecto al acto pensaron adquirir las partes, y esas obligaciones y esos derechos constituyen lo esencial del acto jurídico.

Creemos que la calificación que del error *in negotio* hizo León Barandiarán y la posición que adoptó en sus Comentarios al Código Civil de 1936, en cuanto que era un error en la manifestación, condujeron a la Comisión Reformadora a plantearlo como un error en la declaración y a la Comisión Revisora a incorporarlo en lo que es ahora el acotado art. 208, que lo describe en el caso de que "el error en la declaración se refiere a la naturaleza del acto".

(78) Lecciones de derecho civil. Parte segunda. Vol. I, pág. 184.
(79) Derecho Civil I, Vol. 2, pág. 219.
(80) Acto Jurídico, pág. 111.

El error *in negotio*, que desde sus orígenes romanistas fue conceptuado como el error obstáculo, desde que impedía la formación del acto jurídico, si bien el acotado art 208 la da relevancia como error esencial, el art. 209 lo torna error indiferente "... cuando por su texto o las circunstancias se pueda identificar ... al acto designado", como sería el caso de que una persona ceda a otra un bien a cambio de una renta, habiendo pleno acuerdo entre la prestación y la contraprestación, pero nominan el acto como un comodato: aclarada la naturaleza del acto como la de un arrendamiento el error en la nominación del acto no tiene ya fundamento para causar su nulidad.

175.2. El error en el objeto principal de la declaración

El error en el objeto principal de la declaración, también llamado error *in ipso corpore rei* o, simplemente, error *in corpore,* se configura cuando la declaración del sujeto que celebra el acto jurídico no es coincidente con el objeto al que la dirige, pues su voluntad interna la ha formado respecto de un objeto distinto y cuya identidad confunde. No se trata del objeto del acto jurídico cuyo concepto hemos desarrollado al ocuparnos de los requisitos de validez (Supra Nº 51), sino del objeto entendido como bien o cosa. Por ello, nos parece oportuna la noción que da Betti[81] que lo explica como el error sobre la identidad de la cosa objeto de la declaración cuando la indicación o descripción que se haga de ella conduzca a identificar una cosa distinta de la que concebía el declarante.

La doctrina es uniforme en distinguir de este error el error en la sustancia o error *in substantia,* que ya hemos considerado (Supra Nº 173.3.a), pues el error que ahora nos ocupa es el error sobre la identidad, individualidad o existencia del objeto al que se dirige la manifestación de la voluntad. Valga para determinar la diferencia el planteamiento que formula Stolfi[82] para quien difícilmente se daría la hipótesis de que el error *in corpore* no sea obstativo cuando se contrata sobre una cosa que se tiene delante, ya que entonces es fácil indicarla con precisión, pero que el error ocurriría fácilmente cuando se contrata sobre una cosa no presente, a la que se alude refiriéndose, por ejemplo, a su posición o a alguna de sus características. Estos conceptos se pueden graficar con uno de los ejemplos que usa el mismo Stolfi: Piénsese en el caso del que visitando la vivienda de un amigo ve que en el comedor hay una mesa estilo imperial; después de algún tiempo quiere comprarla, ignorando que en su puesto hay otra mesa de estilo renacimiento aún más valiosa, pero que no le gusta o no le interesa. En esta hipótesis, según Stolfi, el error sobre la identidad del objeto no es obstativo, ya que se

(81) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 315.
(82) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 182.

quería adquirir cierta mesa y se declara la voluntad correspondiente: pero por infortunio el error determinó a la voluntad en distinta forma de como habría ocurrido si se hubiese conocido el cambio de posición del mueble.

La doctrina considera que no todo error *in corpore* es necesariamente obstativo o en la declaración. Así, Coviello[83] considera que el error *in corpore* es obstativo cuando es producto de la falta de acuerdo entre la voluntad y la declaración, pero que hay casos en que no existe tal desacuerdo y, sin embargo, el declarante está en un error sobre la identidad del objeto en cuanto declara querer y quiere una cosa determinada pero sólo porque la ha confundido con otra, o tan sólo imaginado, con la que habría querido y declarado querer si no hubiese estado en el error. Para León Barandiarán[84] el error *in corpore* es obstativo cuando impide el concurso de voluntades exigido para la creación de la relación jurídica. El obstáculo, en nuestra opinión, debe provenir de una desinteligencia de ambas partes, como cuando ambas tienen en mira un objeto distinto del que quieren como objeto principal de la prestación que va a generar el acto jurídico.

Al error *in corpore* se refiere el art. 208 del Código Civil cuando menciona que el error en la declaración se refiera "al objeto principal de la declaración", que es la misma expresión que utilizó el Código Civil de 1936 en su art. 1080 y en relación a la cual León Barandiarán[85] comentó que por la forma amplia como estaba concebido permitía considerar dentro de él las diferentes manifestaciones en que podía presentarse el error sobre el objeto de la declaración.

El Código Civil, al contrario que el Código anterior, no suscita duda alguna en cuanto que ha legislado sobre el error *in corpore* sólo como error en la declaración y no como error-vicio, pues en relación a éste ha legislado sobre el error *in substantia*. Se trata, pues, de un error al declararse como objeto principal un objeto distinto del que se quiere, produciéndose la divergencia entre la voluntad interna y su manifestación. Lo que ocurre en este error es que la declaración no está referida a la esencia del objeto o a alguna de sus cualidades esenciales, sino a un objeto divergente, como cuando alguien quiere comprar un caballo y por la declaración la otra parte entiende que lo que quiere adquirir es un burro.

Al igual que en el caso del error *in negotio*, el error *in corpore* es considerado como error esencial y el art. 208 lo describe como el error en la declaración que se refiere "al objeto principal de la declaración". Se trata, evi-

(83) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 433.
(84) Acto Jurídico, pág. 111.
(85) Ibídem, pág. 112.

dentemente, de un error obstáculo desde que también impide la formación del acto jurídico y por eso el mismo art. 208 lo considera error esencial. Sin embargo, de la misma manera, el art. 209 lo torna error indiferente "cuando por su texto o circunstancias ... se pueda identificar al objeto ...", como sería el caso que se atribuya a un libro que se vende el de ser de una edición anterior y, verificada la edición en el pie de imprenta, resulta ser de una edición posterior: el hecho de que el libro corresponda a una edición posterior no es ya fundamento para la nulidad del acto, salvo que la edición anterior le confiera una cualidad esencial, lo que convierte al error en un error *in substantia* (Supra Nº 173.3.a).

175.3. El error en la identificación de la persona

El error en la identificación de la persona se configura cuando la declaración se dirige a persona distinta de la persona con la cual se quiere celebrar el acto, o a la que se le quiere dirigir la declaración si se trata de un acto unilateral recepticio. No se trata de un error en las cualidades personales, de un error *in personam* (Supra Nº 173.3.b), sino de un error sobre la identificación, de un error *in nómine*. La doctrina lo reconoce siempre como un error obstativo o en la declaración.

Al error en la identificación de la persona se refiere el art. 208 del Código Civil cuando hace mención a que el error en la declaración se refiera a "la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad", lo que induce a una confusión puesto que no es descrito como un error en la declaración sino como un error-vicio, aparte de que el vocablo identidad resulta impropio, por cuanto el error debe referirse a la identificación de la persona. Su antecedente es el art. 1081 del Código Civil de 1936 que lo describió haciendo referencia a la persona "cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo principal del acto".

Si bien el antecedente fue interpretado como el error referido tanto a las cualidades de la persona como a su identidad, el Código vigente ha querido plasmar legislativamente la distinción, pues al primero se refiere en el art. 201, inc. 2, mientras que al segundo en el acotado art. 208, con el equívoco ya señalado. Parece ser, entonces, que el antecedente determinado por el derogado art. 1081 ha originado confusión, porque la norma vigente lo legisla como error en la declaración pero lo describe induciendo a pensar de que se trata de un error-vicio.

El error en la identificación de la persona previsto en el art. 208 es, sin lugar a dudas, un error en la manifestación de la voluntad y en él incurre el sujeto cuando se refiere a persona distinta de la persona respecto de la cual ha formado su voluntad interna. De este modo, se refiere el acto jurídico a una persona a la cual, de no haber mediado el error, no lo hubiera referido.

Ahora bien, atendiendo al tratamiento del error en la declaración la equivocada identificación de la persona debe constar en el contenido de la declaración y, como bien acota Lohmann[86], como el art. 208 no se refiere sólo a la persona que sea "la otra parte", como en el caso del inc. 2 del art. 202, el error puede recaer en la persona de la otra parte o sobre un tercero, como cuando se celebra un contrato con un agente de espectáculos para la actuación del artista X y se menciona al artista Z.

Al igual que a los anteriores errores en la declaración el acotado art. 208 le atribuye el carácter de error esencial al error en la identidad de la persona "cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad". Pero de la misma manera, conforme al art. 209, también este error en la manifestación de la voluntad puede tornarse indiferente "... cuando por su texto o las circunstancias se pueda identificar a la persona ...", pero en este caso el acotado numeral hace una precisión diferente pues se refiere a "la identidad o a la nominación de la persona", lo que mereció un reparo de León Barandiarán[87] en cuanto no considera sólo un error en la denominación sino también en la identidad, lo que conduce a una confusión de ideas. Por ello, debe quedar claro de que el error sólo puede tornase indiferente cuando es *in nómine*.

175.4. El error en la transmisión de la declaración

El error en la transmisión de la declaración se configura cuando la manifestación de la voluntad es transmitida inexactamente por la persona encargada de hacerla. En este error no incurre el manifestante de la voluntad sino persona distinta y a la que no le ha conferido su representación (Supra Nº 96).

Al error en la transmisión de la manifestación de la voluntad se refiere el art. 208 del Código Civil cuando hace mención al caso de "que la declaración hubiese sido trasmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo". Esta especie de error no registra antecedente en el Código Civil de 1936 y su fuente se remonta a los arts. 120 del Código Civil alemán y 1433 del Código Civil italiano.

En relación a sus fuentes consideramos oportuno citar la opinión de algunos de sus tratadistas. Así, en relación al art. 120 del BGB, Enneccerus[88], dice que hay trasmisión incorrecta cuando la declaración es transmitida inexactamente por la persona o institución utilizada al efecto (el nuncio,

(86) El Negocio Jurídico, pág. 491.
(87) Curso del Acto Jurídico, pág. 175.
(88) Tratado de Derecho Civil. T. I. Parte General. T. I. Vol. 2. pág. 336.

la oficina de telégrafos) y que, en tal caso, a pesar de su incorrecta transmisión, la declaración puede ser imputada al declarante pero que éste puede impugnarla como una declaración que hubiere emitido por error. Si en el formulario se escribe –continúa Enneccerus– "venda usted" pero el despacho que se entrega al destinatario dice "compre usted", la voluntad interna difiere de la declaración, pues no es una declaración de la oficina de telégrafos o del mensajero sino del declarante, en sentido jurídico, pues la oficina de telégrafos o el mensajero no son sino los medios de que se sirve para emitirla.

En relación al art. 1433 del Código italiano, Betti[89] le da a este error la denominación de error sobre la identidad de la declaración y dice que existe cuando, hallándose la declaración representada en un documento o comunicada a la otra parte por un mensajero, es cambiada y sustituida por una declaración de diferente contenido, por lo que, en este caso, la declaración documentada o comunicada no es la que en realidad fue emitida y la equivocación afecta al negocio considerado en su complejo, ya en cuanto el documento, que con su distinto tenor atribuye a la parte una declaración diferente a la hecha, ya en cuanto el *nuntius* infiel o el encargado de la trasmisión den a la declaración un contenido o tenor distinto a los verdaderos. Para Stolfi[90] el error en la trasmisión de la declaración consiste en una equivocación cometida por la persona o el funcionario a los cuales se ha recurrido para hacer conocer una voluntad propia al otro interesado, pues el nuncio que debía referir el precio a francos suizos lo ha referido a francos franceses, o el cartero ha entregado al médico Ticio la oferta dirigida a un comerciante del mismo nombre, o se ha encargado transmitir "no acepto" pero la transmisión se hizo sin la primera palabra y el destinatario creyó en la aceptación al no tomar conocimiento de la inadmisión de la propuesta.

Considerando los avances de la tecnología de nuestros días, obviamente, el error en la trasmisión de la manifestación de la voluntad debe entenderse referido a lo más avanzado en comunicaciones, como es el caso del fax y del correo electrónico, mediante los cuales es siempre posible que se deslice un error de esta naturaleza, máxime si en la actualidad se ha intensificado el uso de siglas, y podría suceder con las que consigna el INCOTERMS para su uso en los contratos de comercio internacional, como podría ser que una persona se decida por un contrato CIF (*cost, insurance and freight*) y al trasmitirse su manifestación de voluntad se trasmita como CIP (*carriage and insurance paid to*).

Al igual que a los otros errores en la manifestación de la voluntad, el acotado art. 208 considera al error en la transmisión de la declaración como

(89) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 317.
(90) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 143.

un error esencial en el caso "en que la declaración hubiese sido trasmitida inexactamente por quien estuviese encargado de hacerlo". Sin embargo, el art. 209, a diferencia que con los demás errores en la manifestación de voluntad, no ha previsto que pueda devenir en error indiferente, lo que constituye una grave omisión.

176. EL ERROR ESENCIAL COMO CAUSA DE ANULACION DEL ACTO JURIDICO

Como ya hemos adelantado (Supra Nº 173.1), el error esencial puede ser causa de anulación del acto jurídico. Según el art. 201, "El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[91] y registra como antecedente el art. 1079 del Código Civil de 1936, aunque innovándolo mediante la introducción de un elemento objetivante del error y que lo bilateraliza, como es la conocibilidad (Infra Nº 176.1), tomado del art. 1428 del Código Civil italiano.

Como puede apreciarse, no basta que el error deba considerarse determinante de la voluntad o ser su razón única, sino que es necesario que concurra la conocibilidad del error "por la otra parte". De ahí, que nuestro Código Civil, afiliándose al tratamiento del error en el Código Civil italiano, se haya alejado de la doctrina tradicional y que haya objetivizado el error, desde que éste no tiene relevancia si se configura sólo en la esfera subjetiva del errante, y que lo haya bilateralizado, desde que el error no es sólo del *errans* sino que debe compartirlo con la otra parte.

A tenor de lo dispuesto por el acotado art. 201, pues, el error esencial es causa de anulación del acto jurídico cuando es conocible por la otra parte. Pero el art. 201 debe concordarse con el art. 206, del que resulta que el errante para pedir la anulación deberá, además, haber sufrido un perjuicio.

Resulta, entonces, que para impugnar la validez del acto jurídico por causa de error, son necesarios tres requisitos: a) la esencialidad del error; b) la conocibilidad del error; y, c) el perjuicio del errante.

De la esencialidad del error ya nos hemos ocupado (Supra Nº 173.1).

176.1. La conocibilidad del error

La conocibilidad del error es otro de los requisitos para que el error

(91) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. pág. 195.

esencial pueda ser causa de anulación del acto jurídico. Es un requisito concurrente, pues un error puede ser esencial pero no conocible, con lo que no habría lugar a la anulación. El art. 201 lo atribuye a la otra parte, precisándolo como requisito, pues no protege a la víctima de su propio error en cuanto ha incurrido en él sino en cuanto ese error haya podido ser advertido por la otra parte. Por ello, en el régimen adoptado por el Código Civil no basta la esencialidad del error sino que se requiere de la conocibilidad, que Messineo[92] explica que se refiere a la posibilidad abstracta de advertir el error ajeno.

El Código Civil ha dado contenido a una noción de la conocibilidad del error en el art. 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". La norma esta tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[93] y se inspira en el art. 1431 del Código Civil italiano.

Para explicar el requisito de la conocibilidad contenido, como acabamos de indicar, en el art. 1431 del Código Civil italiano, Barbero[94] ha escrito que la razón de este requisito está en que si por una parte sería injusto admitir que un error oculto pudiera perturbar las expectativas de la otra parte fundadas en la declaración que ha recibido, no es justo tampoco sacrificar al declarante caído en un error que el destinatario de la declaración hubiese podido denunciar, habida cuenta de las circunstancias y del contenido del negocio, o bien de las personas celebrantes del acto.

La norma del acotado art. 203 fue calificada por León Barandiarán[95] como una innovación importante, manifestando opinión favorable a la necesidad de que el error sea conocible por la otra parte, es decir, por quien celebra el negocio con el errante y fue enfático en reiterar su parecer respecto a la excusabilidad del error, la que quedaba definitivamente excluida al haber incorporado el Código la exigencia de la conocibilidad para la anulación del negocio, siendo de mayor interés más que una falta *in cogitando* en el agente una falta *in contrahendo* en la otra parte.

Excluida en definitiva la excusabilidad del error con la incorporación de la conocibilidad del error, es pertinente, por interesante, la pregunta que formula Espín[96] sobre si la protección de la voluntad del que sufrió el error esencial debe llegar hasta el punto de no enjuiciar su propia conducta al inci-

(92) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 434.
(93) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág. 195.
(94) Sistema de Derecho Privado. T.I, pág. 525.
(95) Curso del Acto Jurídico, pág. 174.
(96) Derecho Civil español. Vol.I, pág. 514.

dir en el error, y más aun, si tampoco habrá de considerarse la buena o mala fe de la otra parte y el posible perjuicio que la anulación del negocio le puede ocasionar. Nosotros estamos con la solución adoptada por el art. 201, en cuanto al requisito de la conocibilidad del error, esto es, que una persona de normal diligencia debe estar en la posibilidad de advertirlo. Y en esto estamos con el autor español[97] en cuanto le parece lógica esta exigencia, pues el error que se constituye en un vicio de la voluntad conduce a una parte a la celebración del acto, pero lo está celebrando con otra a la que le debe ser imputada la posibilidad de percatarse del error, pero que actúa de buena fe, por lo que como veremos más adelante, el errante requerirá de un perjuicio para poder pedir la anulación del acto (Infra Nº 176.2).

La conocibilidad excluye la mala fe, lo que debe enfatizarse, pues la imputación de conocibilidad no es atribuir dolo a la otra parte, ya que la conocibilidad no supone mala fe, lo que implica una diferencia nítida con el dolo que, como veremos (Infra Nº 184) se caracteriza por la ausencia de la buena fe. La conocibilidad es una imputación a la otra parte del acto jurídico en cuanto a que estaba en la posibilidad de percatarse del error y por eso lo comparte, así como sus consecuencias. La conocibilidad no la entendemos como que la parte a la que se le imputa "conoce" el error. Lo "conocible", en virtud del sufijo "ble", es indicativo de lo que está en la "posibilidad de conocerse" y no de lo que se "conoce", pues el conocimiento del error en que incurre el *errans* implica mala fe, es decir, dolo. No es este el sentido del art. 201 del Código Civil al legislar sobre el error.

Ahora bien, con el requisito de la conocibilidad el error se ha objetivado. El Código Civil se ha alejado del subjetivismo que hacía de la prueba del error una tarea poco menos que imposible. Con el auxilio de la noción contenida en el art. 203, la prueba se ha facilitado para el errante y hasta se puede considerar que en virtud de la "conocibilidad" la carga se ha invertido y ha pasado del errante a la otra parte.

La misma objetivación del error lo ha "bilateralizado", desde que es un error compartido entre el errante y la "otra parte" en virtud de la "conocibilidad". De este modo, el error cuando es esencial puede ser causa de anulación de los actos bilaterales y, en nuestra opinión, de los unilaterales recepticios, aun cuando en éstos no exista "otra parte", en sentido estricto, al celebrarse el acto jurídico sino una vez generada la relación jurídica (Supra Nº 71).

El Código Civil, como lo hace el Código italiano, ha introducido elementos objetivos al señalar como pautas para la conocibilidad del error, el conte-

(97) Ibídem, pág. 515.

nido y las circunstancias del acto, así como la calidad de los celebrantes. De este modo, quien es la otra parte, o quien recibe la declaración, está en la posibilidad de negarse a celebrar el acto, o a recepcionar la declaración, sustrayéndose a un negocio que puede devenir en ineficaz. Como expresa Messineo[98], si el error no habría podido apreciarse, aun usando de la normal atención– diligencia, dice el art. 203 de nuestro Código –y, por consiguiente, si se ha tenido razón para pensar que la declaración de voluntad que se recibe es normal, esa declaración debe considerarse, a los efectos del negocio, como si estuviese inmune de error y al que lo comete no le es admisible la impugnación ni la defensa de la anulación, concluyendo en que la ley no se fija en el hecho de que el sujeto, en concreto, no haya reconocido el error sino que se fija en la abstracta posibilidad de conocer el error por parte de una persona de diligencia normal. De lo expuesto por el maestro italiano se infiere que error conocible no significa siempre y necesariamente error evidente.

El requisito de la conocibilidad es exigible cualquiera que sea el error esencial de que se trate, salvo, claro está, por obvio, en el error en el motivo manifestado y aceptado por la otra parte (Supra Nº 173.3.d). Así, si se trata de un error sobre la propia esencia o una cualidad esencial del objeto (Supra Nº 173.3.a), la conocibilidad del error debe resultar de la apreciación general o de las circunstancias; si se trata de un error en las cualidades personales de la otra parte (Supra Nº 173.3.b), esta otra parte, con mayor razón, no puede sustraerse a la conocibilidad del error; si se trata de un error en la cantidad (Supra Nº 173.3d), la conocibilidad le es también exigible a la otra parte; e, igualmente, si se trata de un error de derecho (Supra Nº 173.4).

La conocibilidad es de la misma manera exigible en el error en la manifestación de la voluntad. Como lo hemos señalado, el art. 208 del Código Civil les hace aplicables, en cuanto sean pertinentes, al error en la naturaleza del acto (Supra Nº 175.1), al error en el objeto principal de la declaración (Supra Nº 175.2), al error en la identidad de la persona (Supra Nº 175.3) y al error en la transmisión de la declaración (Supra Nº 175.4) las disposiciones relativas al error esencial, por lo que el requisito de la conocibilidad les es exigible, dejándose librado, en última instancia a la interpretación jurisprudencial.

176.2. El perjuicio del errante

Como ya hemos advertido, la esencialidad del error y su conocibilidad requieren de un tercer requisito, que el es perjuicio que debe sufrir el erran-

(98) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 441.

te, Así resulta del art. 206 del Código Civil: "La parte que incurre en error no puede 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". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[99], no registra antecedente en el Código Civil de 1936 y se inspiró en el art. 1432 del Código Civil italiano.

La norma del acotado art. 206 ha tenido una favorable acogida por la doctrina nacional. Manuel de la Puente y Susana Zusman[100] la explicaron señalando que prefiere conceder al concepto de seguridad jurídica un valor preminente, protegiendo así al receptor en base a la teoría de la confianza y forzando al emisor a mantener el acto jurídico en los propios términos queridos por él y permitiendo el ofrecimiento de la otra parte, en el entendimiento de que la acción de anulación tiene por objeto evitarle el daño, pues la circunstancia de que haya habido error no puede colocar al errante en mejores condiciones que si hubiera declarado su voluntad sin error. Según Max Arias-Schreiber[101], la norma permite, en aras de la seguridad jurídica, que no se anule el acto por error si la otra parte ofrece satisfacerlo en los términos en que el declarante quiso realmente celebrarlo. Para León Barandiarán[102], lo que se quiere con la disposición del art. 206 es favorecer una solución *in favoren negotti,* manteniéndolo, sin que sufra perjuicio el que incurrió en error, como, por ejemplo, si Cayo fijó erróneamente el precio de venta en francos, cuando su voluntad era que fuera en florines: si la otra parte acepta el precio en florines, Cayo no podrá pedir la anulación, se mantiene el acto y se le dará cumplimiento. Susana Zusman[103], ha ratificado su posición explicando que, con ella, y en función del principio de seguridad jurídica, el Código Civil se ha alejado del rigor de la antigua doctrina, que entendía que el efecto de los vicios de la voluntad era el de destruir la voluntad declarada sin que pudiera prevalecer la voluntad interna; mientras que, en cambio, la moderna doctrina es más flexible, e impide colocar al declarante en mejores condiciones que en las que estaría de haberla emitido con una voluntad no viciada. Con similares razonamientos se pronuncia Lohmann[104].

Como lo hemos dejado ya expresado, nosotros entendemos el art. 206 en el sentido de que establece un requisito para el ejercicio de la acción de anulabilidad por causa de error, cuando éste es esencial y conocible por la otra parte. Y, por las opiniones que hemos citado, particularmente las de Manuel de la Puente y Susana Zusman, el art. 206 responde a la teoría de la

(99) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 197 y 198.
(100) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II. págs. 102 y 103.
(101) Comentarios al proyecto de nuevo Código Civil, pág. 12.
(102) Curso del Acto Jurídico, pág. 174.
(103) El error en el acto jurídico, pág. 71.
(104) El Negocio Jurídico, págs. 450 y sigtes.

confianza o de la buena fe (Supra Nº 115). De ahí, que su interpretación deba hacerse sobre la base de la protección a la buena fe y en la confianza que debe generar la manifestación de la voluntad porque así, también, a nuestro entender, se explica y se justifica el requisito de la conocibilidad. Como expone Pietrobon[105], en esta materia no puede admitirse, como principio general, la posibilidad de una *exceptio doli* y que la norma –se refiere al art. 1432 del Código italiano, que es la fuente de nuestro art. 206– pueda paralizar el ejercicio de la acción de nulidad por error al dar oportunidad a quien se le imputa la conocibilidad de hacer una oferta resarcitoria en favor del *errans*.

El art. 206 establece, pues, el requisito del perjuicio del errante, el que es necesario siempre que se trate de error esencial y conocible. El errante, obviamente, si ya se le ofreció cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto que quiso concluir, ya no podrá accionar y, si lo hace, la "otra parte" podrá excepcionarse con su cumplimiento y plantear el mantenimiento del acto y así evitar la declaración judicial de nulidad.

El art. 206, como resulta de lo expuesto, está informado por el principio de la conservación o del mantenimiento del acto, pues también se evita que el *errans* se aproveche de su propio error para dejar sin efecto la relación jurídica que ha creado en virtud de su propia voluntad y que pueda hacer un ejercicio abusivo de su derecho a pedir la nulidad. Por eso, también consideramos que se ha introducido una nueva modalidad de confirmación o convalidación del acto anulable (Infra Nº 242), pues se trata de una confirmación que resulta de la ejecución deliberada de un acto susceptible de una acción de nulidad, pero concediéndosele la iniciativa a la parte a quien no corresponde el ejercicio de la acción y antes que el *errans*, que es quien puede ejercitarla, sufra el perjuicio que su propio error pueda irrogarle.

177. LA ANULACION FUNDADA EN ERROR NO DA LUGAR A INDEMNIZACION

Como ya lo hemos advertido, la imputación de conocibilidad del error no implica una imputación a la mala fe de la otra parte, lo que ha llevado a nuestro Código Civil a adoptar una norma como la contenida en su art. 207, según la cual "La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[106] y no registra antecedente en nuestra codificación civil.

(105) El error en la doctrina del negocio jurídico, pág. 314.
(106) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág. 198.

La acotada norma se aparta también de la doctrina tradicional que consideraba que el *errans* que obtenía la declaración de nulidad del acto, si infligía perjuicios a la contraparte, se los debía indemnizar, lo que no es ya jurídicamente posible en razón de la conocibilidad del error que debe imputarse a la otra parte y la facultad que tiene ésta de resarcirle el perjuicio que pueda haber sufrido el *errans*.

La doctrina tradicionalmente consideraba la posibilidad del errante de indemnizar a la otra parte si lograba la nulidad del acto jurídico por causa de su error. Enneccerus[107], calificado tratadista alemán y exégeta del BGB, al estudiar el denominado deber de indemnización, recuerda que se hizo famosa la discutida cuestión de si aquel que ha emitido una declaración disconforme con su voluntad, y por tanto nula, tenía que responder a la otra parte de los daños que hubiera padecido por haber confiado en la validez. Según el tratadista alemán, la opinión exacta y que modernamente llegó a ser casi dominante, es que la cuestión debía resolverse afirmativamente y con independencia de si el declarante había incurrido o no en culpa *in contrahendo*. Sin embargo, el mismo Ennecerus consideró que la pretensión de resarcimiento no existe si el perjudicado conocía, o por consecuencia de negligencia no conocía, la causa de la nulidad o de la impugnabilidad, concluyendo en que tampoco debía darse lugar a una pretensión de indemnización cuando el error ha sido común a ambas partes. El mismo criterio fue adoptado por la doctrina francesa de este siglo, pues como sostienen los Mazeaud[108], el *errans* que haya obtenido la nulidad podrá ser condenado a reparar el perjuicio que haya causado a la otra parte, cuando la haya perjudicado, pero que esta posibilidad tropieza con una doble limitación: 1º cuando el otro contratante tenía conocimiento del error debía haberlo advertido al *errans*, por consiguiente, no podrá quejarse del perjuicio que le ha causado la nulidad de un contrato cuya conclusión tenía el deber de impedir; y, 2º si el error no es grosero y el contrato no puede ser anulado, no puede plantearse la cuestión de responsabilidad del *errans*.

El Código Civil de 1936 no asumió posición al respecto por lo que León Barandiarán[109], ante su silencio, en sus "cuestiones complementarias", expresó que la parte que por error anula el acto, debía indemnizar a la otra, salvo que la última haya conocido o debido conocer el error.

El Código en el art. 207 ha optado, pues, por pronunciarse al respecto. Y lo hace de la manera enfática que se infiere del tenor del art. 207, respecto del cual Manuel de la Puente y Susana Zusman[110] consideraron que si

(107) Tratado de Derecho Civil. T.I. Parte General II. Vol. 2, págs. 373 y sigtes.
(108) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol.I, pág. 200.
(109) Acto Jurídico, pág. 154.
(110) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.I. pág. 103.

bien el receptor está protegido por la teoría de la confianza no puede, en caso de que llegara a anularse el acto jurídico, intentar acción de daños y perjuicios, pues conoció del error y, por lo tanto, no confió totalmente en la validez de tal declaración. Por su parte León Barandiarán[111] consideró a la norma como una excusión en favor del errante y que venía a ser una derivación de la conocibilidad del error que, según el art. 201, debe existir para la anulación, pues la otra parte, frente al errante, se halla en falta ya que debió o pudo conocer el error.

Explicada y justificada la norma *sub examine,* nosotros reparamos en que sólo alcanza a las partes, por lo que ambas podrían responder, eventualmente, ante terceros. Así resulta, a nuestro juicio, por el error en que incurre el tercero al transmitir inexactamente la manifestación de voluntad, quien queda en la obligación de indemnizar al declarante que le hizo el encargo, y aun al receptor de la declaración, en la medida en que su negligencia les haya irrogado perjuicios.

178. IRRENUNCIABILIDAD DE LA ACCION DE ANULACION FUNDADA EN EL ERROR

La acción de anulación fundada en el error es irrenunciable según el art. 218 del Código Civil, que declara nula la renuncia anticipada. La norma fue adoptada por la Comisión Revisora, pues la propuesta por la Comisión Reformadora no establecía el requisito de que se tratara de una renuncia anticipada[112].

Se trata, pues, de la nulidad de una renuncia *a priori,* pues de no serla sería contradictoria con las disposiciones del mismo Código Civil que legislan sobre la confirmación de los actos jurídicos afectados por una causal de anulación (Infra Nº 242).

179. LA VIA PROCESAL

El Código Civil no ha previsto la vía procesal para el ejercicio de la acción y tampoco lo ha hecho, de manera explícita, el Código Procesal Civil, que para otros casos, como el de la acción pauliana, le ha introducido modificaciones para fijarla.

Frente a la falta de norma procesal expresa consideramos que la vía procesal para tramitar la acción de anulación fundada en error es, en princi-

(111) Curso del Acto Jurídico. pág. 174.
(112) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. pág. 208.

pio, la del proceso de conocimiento, correspondiéndole resolver, en definitiva, al órgano jurisdiccional.

180. LA PRUEBA DEL ERROR

Como el error debe ser probado por quien lo invoca, y sólo puede hacerlo la parte que incurrió en él, la prueba puede versar sobre los hechos externos que lo hayan producido y los elementos que evidencien su conocibilidad. Debe probarse en qué consiste el error y por qué era conocible por la otra parte, conforme a las pautas generales contenidas en el art. 203, que ya hemos estudiado (Supra Nº 176.1) y las especiales de cada modalidad de error.

El error, como señalan los Mazeaud[113], es un hecho jurídico y, por eso, se debe acreditar por los medios previstos en el Código Procesal Civil y producir certeza en el órgano jurisdiccional, sobre todo teniéndose en cuenta que la conocibilidad es una presunción *iuris tantum*. Así, *ad exemplum,* el precio elevado por el que se compra un cuadro hace presumir que el comprador cree adquirir una pintura original y no una copia, presunción que conduce a la imputación de conocibilidad al vendedor. No obstante, la carga de la prueba corresponde al *errans* en aplicación del principio *onus probandi incumbit actori.*

181. PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION

La acción de anulación fundada en error es prescriptible en el plazo de 2 años, conforme al inc. 4 del art. 2001 del Código Civil, computándose el plazo desde el día en que el errante pudo ejercitarla, conforme al art. 1993 del mismo Código.

182. EL ERROR EN EL MATRIMONIO

El Código Civil legisla sobre el matrimonio como acto jurídico aunque sometiéndolo, por sus peculiaridades, a un régimen especial y no a las normas generales que rigen los actos jurídicos y que están contenidos en el Libro II, lo que se pone de manifiesto en el tratamiento del error dentro del régimen legal del matrimonio.

El art. 277, inc. 5, señala que "Es anulable el matrimonio: ... De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar

(113) Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda. Vol.I, pág. 199.

algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio ...". La norma fue adoptada por la Comisión Revisora[114] propuesta por Héctor Cornejo Chávez, la que la hizo suya con algunos agregados como lo precisa el propio proponente[115], y registra como antecedente el art. 147 del Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse el Código Civil, en este caso, hace referencia a un error en la identidad de la persona, pero que, a nuestro juicio, debe entenderse como un error en las cualidades esenciales de la persona (Supra Nº 173.3.b), que es un error-vicio. De ahí, que debamos evitar toda confusión con el error en la identidad de la persona del que, como error en la manifestación de voluntad, nos hemos ya ocupado (Supra Nº 175.3).

El error en la identidad de la persona, como a este error lo denomina el acotado inc. 5 del art. 277, está referido a la identidad física del otro contrayente o a algún defecto sustancial que haga insoportable la vida en común.

El error en la identidad física del otro contrayente lo explica Cornejo Chávez[116] como un caso de suplantación de persona que, al mismo tiempo, considera que se presentaría "muy raro en la práctica". Nosotros consideramos que la suplantación de persona configura, más bien, dolo (Infra Nº 184), pues se trata de un engaño. El error en la identidad, tal como lo propuso y ha explicado Cornejo Chávez, se configura cuando el matrimonio se celebra con persona distinta de la persona con la que se ha querido contraerlo, hipótesis que, a nuestro juicio, sólo puede presentarse en el matrimonio mediante representante (art. 264 del Código Civil) y, en tal caso, constituirá un error en la manifestación de voluntad u obstativo (Supra Nº 174) y no un error-vicio (Supra Nº 172).

Pero el error referido a la identidad física de que habla el art. 277, inc. 5, *sub exámine*, puede llevar a pensar que se trate de persona que no es de sexo distinto, por lo que, en tal caso, lo que se configura es un error *in personam*, aunque determinaría la nulidad absoluta del matrimonio pues este acto está previsto para ser celebrado por personas de distinto sexo, esto es, para la unión de un varón y una mujer, o se configura un dolo, si se trata de un engaño en cuanto al sexo del contrayente.

(114) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 283 y sigtes.
(115) Derecho Familiar Peruano. T.I, pág. 233.
(116) Ibídem, pág. 232.

El error en la identidad de la persona referido a los "defectos sustanciales" que enumera el mismo inc. 5 del art. 277 es, sin hesitaciones, un error-vicio, pues se trata de error *in personam* (Supra Nº 173.3.b), ya que es un error en las cualidades esenciales del otro contrayente.

El error en la identidad, como error en las cualidades esenciales del otro contrayente, es un error esencial y puede llevar a la anulación del matrimonio, puesto que el matrimonio es un acto que se contrae *intuitu personae.*

Por último, considerando el régimen especial al que está sometido el matrimonio, para su anulación por error no creemos necesario el requisito de la conocibilidad (Supra Nº 176.1) ni el del perjuicio del errante (Supra Nº 176.2). La acción de anulación corresponde al cónyuge que incurrió en el error y caduca, no prescribe, a los 2 años de celebrado el matrimonio(117).

183. EL ERROR EN EL ACTO TESTAMENTARIO

El acto testamentario también presenta características peculiares que hacen que esté sometido a normas especiales respecto de las contenidas en el Libro II del Código Civil, salvo los casos de remisión expresa a las reglas generales, como en el caso de las modalidades (art. 689), lo que no ocurre con el tratamiento del error.

El acto testamentario se caracteriza por ser unilateral y recepticio, que requiere de la manifestación de voluntad directa del testador (art. 690) y que puede ser o no de contenido patrimonial (art. 686). Es, además, el acto *mortis causa* por excelencia y, para no ser exhaustivos en cuanto a sus demás características, vamos a relievar la de su provisionalidad, pues el testador puede revocarlo cuantas veces quiera, ya que sólo a su muerte se torna definitivo.

Según el art. 809 "... También son anulables las disposiciones testamentarias debidas a error esencial de hecho o de derecho del testador, cuando el error aparece en el testamento y es el único motivo que ha determinado al testador a disponer". La norma fue tomada, con algunos cambios, del Proyecto de la Comisión Reformadora(118) y no registra antecedente en el Código de 1936. Su ponente fue Rómulo E. Lanatta, quien indicó que su fuente es el art. 624 del Código Civil italiano(119).

(117) Vide. del autor, Prescripción Extintiva y Caducidad, págs. 183 y sigtes.
(118) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 792 y 793.
(119) Ibídem, T. V, págs. 113 y 114.

Como puede apreciarse, el acotado art. 809 está previendo la posibilidad de un error esencial en el testador, error que se constituye en el motivo que lo ha determinado a disponer y que, por eso, es un error esencial (Supra Nº 173.1), que puede ser de hecho (Supra Nº 173.3) o de derecho (Supra Nº 173.4). Como error esencial puede configurarse como error-vicio (Supra Nº 173) y también como error en la manifestación de voluntad (Supra Nº 174), incluido el error en el que puede incurrir el notario al transcribir la declaración testamentaria a su protocolo (Supra Nº 175.4), como acertadamente acota Lohmann[120] en un exhaustivo análisis del art. 809.

Planteada la posibilidad del error en el acto testamentario con el alcance que le hemos dado al art. 809, la cuestión radica en si son necesarios los requisitos para que el error esencial pueda producir la anulación del testamento y si, por la presencia del error, todo el acto testamentario es anulable o si sólo la cláusula o disposición testamentaria que contenga el error.

Al considerar el error esencial como causa de anulación (Supra Nº 176), hemos precisado que requiere además de ser conocible "por la otra parte" (Supra Nº 176.1) y que cause perjuicio al errante (Supra Nº 176.2). Este último requisito es innecesario desde que no será el testador el que impugne la validez del testamento sino el sucesor con legítimo interés para hacerlo. Cabe, entonces, preguntarse por el requisito de la conocibilidad.

Como lo hemos dejado indicado, la fuente del art. 809 es el art. 624 del Código Civil italiano, por lo que es conveniente conocer la opinión de los autores italianos al respecto. Así, Messineo[121] destaca la relevancia del error en el testamento independientemente de su conocibilidad y Pietrobon[122] sostiene que el testamento no está comprendido en la regulación que comprende la conocibilidad del error. De este modo, pues, atendiéndose a la fuente señalada por Lanatta y a la opinión de los calificados exponentes de la doctrina italiana que hemos citado, la anulación del acto testamentario fundada en el error a que hace referencia el art. 809 no requiere de la conocibilidad.

De otro lado, considerando la variedad de contenido del acto testamentario, conforme al art. 686, estimamos que el error no acarrea necesariamente la anulación de todo el testamento, produciéndose un caso de nulidad parcial (Infra Nº 239.1).

Por último, es conveniente detenerse en el art. 810 del Código Civil que,

(120) Ensayo sobre el error en los testamentos. Themis. Revista de Derecho No. 7. pág. 70.
(121) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.VI. pág. 171.
(122) El error en la doctrina del negocio jurídico. págs. 677 y sigtes.

en nuestra opinión, contiene una modalidad de error en el motivo. Según el citado art. 810, "Cuando un testamento ha sido otorgado expresando como causa la muerte del heredero instituido en uno anterior, valdrá éste y se tendrá por no otorgado aquél, si resulta falsa la noticia de la muerte". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[123] y registra como antecedente al art. 754 del Código Civil de 1936. Lanatta[124], que fue su ponente, explicó que se refiere a un caso específico de error sobre "la causa de otorgamiento del testamento, con la solución correspondiente".

Se trata, pues, de una modalidad de error en el motivo (Supra Nº 173.3.e) y que tiene el carácter de esencial, pero que tiene un tratamiento distinto al que le confiere el art. 205 del Código Civil. Es evidente, entonces, que el error que resulta del art. 810 es error en el motivo que se configura no sólo en la creencia errónea del testador en cuanto a la muerte del heredero ya instituido en un testamento anterior, sino además en su expresión como causa del testamento posterior, Obviamente, el art. 810 tiene por suficiente la expresión del motivo ya que no podría exigir "su aceptación por la otra parte". La nulidad que sobreviene al testamento posterior es absoluta (Infra Nº 221.2), pues a nuestro juicio queda comprendida en el inc. 7 del art. 219 del Código Civil ya que es una norma legal la que declara nulo el testamento, máxime si la norma *sub exámine* le da validez al testamento anterior y dispone que el posterior se tendrá por no otorgado.

La acción para la anulación de las disposiciones testamentarias fundada en el error del testador al que se refiere el art. 809 del Código Civil prescribe en un plazo de 2 años (art. 2001, inc. 4), mientras que la acción de nulidad fundada en el error al que se refiere el art. 810 prescribe en el plazo de 10 años (art. 2001, inc. 1), ambos plazos computados desde el día en que pudo ejercitarse (art. 1993).

(123) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 793 y 794.
(124) Ibídem, T. V, pág. 114.

II

EL DOLO

184. DELIMITACION CONCEPTUAL

El dolo es también un factor perturbador inconsciente del proceso formativo de la voluntad jurídica que afecta a la función cognoscitiva del sujeto y, por tanto, a su voluntad interna. Pero, a diferencia del error-vicio, que es espontáneo, el dolo es una inducción al error, un engaño para provocar el error, y por eso se caracteriza por la mala fe, por el designio de perjudicar a otro: *dolus est consilium alteri nocendi.*

La doctrina es unánime en conceptuar el dolo como toda maniobra encaminada a provocar un engaño e inducir a error. Así, los Mazeaud[125] dicen que se trata de un error, pero constituido por el hecho de la otra parte pues es un error provocado, un engaño: la víctima del dolo no sólo se engaña, sino que ha sido engañada. Para Stolfi[126], dolo es el error provocado engañando a otro y constituye una causa por sí suficiente para la anulabilidad del acto, de modo que éste es impugnable aun en los casos en que el error por sí solo no afectase a la validez del negocio, ya que el error que no provocaría la ineficacia del acto la provoca entonces porque ha tenido por causa el dolo, pues el dolo consiste en el artificio utilizado para engañar a una persona provocando en ella un error o aprovechando el error en que la misma se haya a fin de inducirla a realizar un negocio jurídico.

Según resume Carranza[127] los textos romanos que versan sobre el dolo han sido utilizados en dos sentidos iguales. Algunos parecen aludir a su condición de vicio de la voluntad, como un engaño que causa el error de quien declara bajo su influjo; otros, muestran al dolo, no tanto como captación de voluntad ajena, sino como maniobra enderezada a ejercer indebida influencia sobre otro. El dolo concebido como el manejo engañoso no constituía, originariamente en Roma, causa de invalidez del acto. Posteriormente, por vía de excepción, por la *exceptio doli*, contenida en el principio de la *bona fides* ínsito en toda fórmula procesal, llegó a ser causa de invalidez del acto, ampliándose el concepto de *dolus*, la *actio de dolo* y la *restitutio in integrum ob dolum*, a todos los casos de perjuicios causados por cualquier clase de actos desleales y contrarios a Derecho. Concluye Carranza que, en mate-

(125) Lecciones de Derecho Civil. Parte Primero. Vol. I, pág. 208.
(126) Teoría del Negocio Jurídico, págs. 189 y 190.
(127) El dolo en el Derecho Civil y Comercial, págs. 23 y sigtes.

ria de dolo, el Derecho Romano evolucionó de una concepción subjetiva (error provocado) a otra más objetiva (protección de la buena fe).

Según el mismo autor argentino, en el antiguo derecho francés reapareció la condición psicologística del dolo bajo la influencia del creciente consensualismo, que lo convirtió en uno de los vicios del consentimiento. Este punto de vista lo hizo suyo Domat y lo continuó Pothier, quien, sin embargo, según Carranza, abre paso ya a la solución objetivista al recordar que "sólo lo que hiere abiertamente a la buena fe, ante el fuero externo e interno, es considerado como un verdadero dolo". No obstante, concluye el autor argentino, a comienzos de siglo XIX, en los umbrales de la codificación civil, era manifiesto el predominio de la tesis subjetiva, que no hallaba otro lugar para el dolo que no fuese entre los vicios del consentimiento. Así llegó al Código Civil francés y, casi un siglo después, al Código Civil alemán.

El Code Napoleón, como ya lo hemos indicado, legisló sobre el dolo como vicio del consentimiento. Josserand[128] lo explica como una maquinación, un atentado voluntario contra el derecho y los intereses del prójimo y que, en materia de contratos, se trata de una astucia, de un engaño, que tiene como resultado sorprender el consentimiento de la víctima, el cual, por consiguiente, queda viciado, pues con el dolo se hacen esfuerzos para que nazca en su espíritu un móvil, una razón de contratar y, por hipótesis, esta razón es inexistente, errónea, ilusoria, perniciosa, de suerte que el dolo conduce inevitablemente al error, con la particularidad en que éste, en lugar de ser espontáneo, ha sido determinado a sabiendas por una de las partes en detrimento de la otra. Así, por ejemplo, un vendedor que declara falsamente que el predio que enajena se beneficia de una servidumbre que en realidad no existe; o que, para arrancar el consentimiento del comprador, presenta una carta atribuyendo engañosamente un aumento de valor a la cosa que va a vender. En semejante eventualidad –concluye Josserand– el autor del dolo ha hecho nacer en la víctima el deseo de contratar, ha presionado su voluntad y la ha ganado por medios artificiales y fraudulentos.

El Código Civil alemán ubicó el dolo como vicio de la voluntad. Enneccerus[129] lo explica como toda conducta por la cual intencionalmente se induce, se corrobora o se mantiene a otro, en una representación errónea: no son necesarias las comunicaciones directas (palabras, escritos), ya que el engaño puede consistir también en otros actos, como la ocultación de un defecto o resultar del conjunto de la conducta, siendo indiferente que el engaño se perpetre por la invención de hechos falsos o por la deformación, sea por una referencia incompleta o por la ocultación de hechos verdaderos. Hay do-

(128) Derecho Civil. T.II. Vol.I. págs. 68 y 69.
(129) Tratado de Derecho Civil. T.I. Parte General II. Vol. I. pág. 392.

lo –concluye Enneccerus– siempre que el medio para el engaño sea empleado con la conciencia de que con él otro es determinado a una declaración de voluntad que no habría emitido sin el engaño.

La noción del dolo originada en el Derecho Romano y receptada por la codificación civil lo ha mantenido como un factor perturbador en la formación del acto jurídico y como causa de su invalidez cuando es determinante de la voluntad. La doctrina, por su parte, guarda un criterio uniforme en su conceptuación. Así, para De Cossio[130] el dolo supone, en líneas generales, todo un complejo de malas artes contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en beneficio de la persona que en él incide. Para Espín[131] consiste en una maquinación o fraude para engañar a una persona, logrando que manifieste su voluntad de realizar un negocio jurídico que no hubiese realizado sin el engaño o al menos lo hubiera hecho en condiciones distintas más favorables. Según Albaladejo[132] se trata de un error provocado por un comportamiento engañoso, para conseguir una declaración que se emite debido a aquél. Para Messineo[133] el dolo consiste en el uso, por obra de la contraparte, de engaños, maquinaciones, artificios o mentiras respecto de una persona con la finalidad de inducirla a emitir una declaración que, sin aquello, no habría emitido.

Esta generalizada conceptuación del dolo ha conducido a que algún sector de la doctrina hable de un dolo civil y de un dolo penal, como dos conceptos contrapuestos. Pero no es así, pues ambos tienen un sustento básico común como es la intencionalidad y es a partir de este sustento común que tanto la dogmática civil como la penal han desarrollado el tratamiento del dolo.

Ahora bien, en el Derecho Civil el dolo tiene varias acepciones y se le emplea, fundamentalmente, en los siguientes sentidos: a) como inejecución deliberada de una obligación convencional, en materia de responsabilidad contractual; b) como intención de causar el daño, en materia de responsabilidad extracontractual; y, c) como maniobra encaminada a provocar engaño, a inducir a error, esto es, como vicio de la voluntad. Podemos apreciar, entonces, que en los sentidos expuestos la idea del dolo va aparejada con la intencionalidad.

Esta diversificación de sentidos ha llevado a considerar el dolo en un significado amplio y en un significado estricto. Así, Aguiar[134] considera que en los dos primeros sentidos que han sido expuestos, se tiene el dolo en un

(130) Instituciones de Derecho Civil. I, pág. 150.
(131) Derecho Civil español. Vol. I, pág. 515.
(132) Derecho Civil. I. Vol. II, pág. 199.
(133) Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II, pág. 443.
(134) Hechos y Actos Jurídicos. I. La Voluntad Jurídica, pág. 175.

significado amplio y, en el tercero, en un significado estricto, esto es, como vicio de la voluntad; que el significado amplio del dolo consiste en la intención de perjudicar, pero sin ejercer ninguna influencia sobre la voluntad del que va a sufrir sus consecuencias, mientras que, en el sentido estricto, el dolo influye y puede determinar la voluntad del que sufre las consecuencias, pues celebra un acto jurídico que le es perjudicial y que sin el engaño no hubiera celebrado. Para Puig Peña[135] *el dolo, en sentido amplio, es sinónimo* de mala fe y, en sentido estricto, constituye vicio de la voluntad.

Restringiendo el significado de dolo a sólo el que le corresponde como vicio de la voluntad, la cuestión radica en determinar cómo y por qué puede constituirse como tal. León Barandiarán[136] explica que la ley reprime el dolo porque implica un factor que corrompe la pureza del consentimiento y que, en cuanto el engaño ha decidido la voluntad negocial, merece ser reprimido en salvaguarda de la última. Por eso, agregamos, lo decisivo es que el dolo haya determinado la voluntad, que constituya un vicio de la voluntad en cuanto que es causa de un error y en cuanto entabla una relación de causalidad con ese error.

El dolo constituye, pues, un vicio de la voluntad en función del error que hace sufrir a la víctima. Por eso se dice que es un error provocado. Pero error y dolo son dos conceptos perfectamente diferenciables, pues entre uno y otro media la espontaneidad. El error, ya lo hemos visto, tiene como característica el de ser espontáneo, mientras que el dolo es la inducción al error, su provocación. Josserand[137] plantea, por eso, que partiendo de que el dolo vicia el consentimiento en la medida en que determina un error en la víctima, puede uno preguntarse si la teoría del dolo no esta prácticamente envuelta por la del error y si no presenta, por lo tanto, un carácter super erogatorio. Sin embargo, sostiene el célebre profesor de Lyon, que hay que observar que los hechos constitutivos del dolo son ordinariamente más patentes, más fáciles de probar que la existencia de un error que ha podido no exteriorizarse y que, por tal razón, la víctima utilice más fácilmente y con más éxito el dolo que el simple error. Albaladejo[138], en este mismo orden de ideas, señala que un simple error, irrelevante para el Derecho, con el dolo adquiere relevancia y hace al acto impugnable: el acto puede anularse por el dolo sin que concurran los requisitos del error para viciar el acto. Nosotros, para concluir, sólo queremos agregar que además de la espontaneidad, en el error no hay mala fe y que ésta última es inherente al dolo, pues la conocibilidad del error por "la otra parte" de ningún modo implica mala fe.

(135) Tratado de Derecho Civil Español. T. I. Vol. II, pág. 493.
(136) Acto Jurídico, pág. 127.
(137) Derecho Civil. T.II. Vol. 1, pág. 73.
(138) Derecho Civil. I. Vol. 2, pág. 203.

185. CARACTERES DEL DOLO

Resumiendo la delimitación conceptual que hemos dejado trazada concluimos en que el dolo reviste los siguientes caracteres: a) Es intencional; b) Se emplea engañosamente para inducir a error; y, c) Es contrario a las reglas de la buena fe.

186. CLASES DE DOLO

La doctrina distingue varias clases de dolo, siendo la distinción más importante la que lo clasifica en dolo determinante o causante y en dolo incidente o incidental.

Existen otras clasificaciones, pero nosotros sólo vamos a tomar aquellas que se vinculan con las normas del Código Civil y, por su raigambre romanista y su aplicación actual, vamos a considerar la distinción entre dolo bueno y dolo malo.

186.1. El dolo bueno y el dolo malo

La distinción del dolo en bueno y en malo, como acabamos de advertir, no sólo la tomamos por su raigambre romanista sino por su aplicación en la actualidad. El dolo bueno es aquel engaño sin malicia, mientras que el dolo malo viene a ser el dolo reprimido por la codificación civil, el dolo que se utiliza con *animus nocendi.*

Según recuerdan Ospina y Ospina[139], los jurisconsultos romanos distinguieron entre el dolo malo, *dolus malus,* consistente en maquinaciones, artificios, astucias o engaños encaminados a perjudicar a la víctima, y, el dolo bueno, *dolus bonus,* empleado en la defensa de un interés legítimo, principalmente contra un ladrón o un enemigo. El primero era considerado ilícito y, por ende, condenable; no así el segundo que era permitido, o, al menos, tolerado.

Esta distinción del dolo, como bien lo precisa Aguiar[140], no pasó a las legislaciones modernas. Sin embargo, la doctrina le mantiene su reconocimiento y, como consideran Arauz Castex y Llambías[141], el dolo malo corresponde al concepto corriente, mientras que el dolo bueno comprende los casos de engaño con fines moralmente honestos, como el médico que enga-

(139) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 516.
(140) Hechos y Actos Jurídicos. I. La Voluntad Jurídica, pág. 200.
(141) Derecho Civil. T.II, pág. 328.

ña al enfermo sobre la gravedad de su estado. Es más, la idea del *dolus bonus* y del *dolus malus* es usada para precisar el concepto de dolo como el que puede invalidar la declaración de voluntad. Así Albaladejo[142] utiliza estos conceptos para establecer que sólo es dolo, propiamente hablando, el *dolus malus,* por lo que le da al *dolus bonus* el significado de irrelevante en cuanto a la validez de la declaración, pues lo presenta como consistente en aquellas alabanzas excesivas, afirmaciones exageradas, encomios de tipo general o abstracto, como cuando la propaganda asegura de un producto que es el mejor, o el más fino o el más barato o el único útil, por lo que, si bien, pueden ser engañosos, por su habitualidad en el comercio y por sobreentenderse su verdadero significado, no dan lugar a engaño. Para Espín[143] el *dolus bonus* sería el modo normal de celebrar los negocios sin incurrir en inmoralidad o deslealtad, mientras que el *dolus malus* implicaría un engaño, absolutamente incompatible con la lealtad exigible en el comercio y la contratación. Según Betti[144] el criterio de delimitación entre el *dolus malus* y el *dolus bonus* –a los que llama ilícito y picardía lícita– se deduce de las ideas dominantes en la practica común del tráfico y de una apreciación contingente y variable referida a la conciencia social, que califica como lícitas aquellas sutilezas y malicias que la opinión común tolera. Messineo[145] distingue el *dolus bonus*, que es el uso de los procedimientos admitidos o tolerados en la vida de los negocios y por el que se induce a otro a contratar, como cuando se magnifican las propias mercaderías, del *dolus malus,* calificando a este último como el dolo verdadero y propio: quien emplea el *dolus bonus,* sabe muy bien que el declarante está en situación de advertir la falta de sinceridad de lo que se le dice y que, por tanto, no puede caer en engaño.

León Barandiarán[146] consideró esta distinción superada y la calificó de sofística y perjudicial a la claridad de los conceptos. No estamos, lamentablemente, de acuerdo con el maestro: en un mundo caracterizado por la permanente agresión de la publicidad y de la propaganda, la idea del dolo bueno, permitido o tolerado, está patentizada. Pero también debemos reconocer que no es siempre legítimo su empleo, pues el dolo –*bonus* o *malus*– esta reñido con el sentido moral que alienta lo jurídico, lo que hace rechazable toda influencia, en base a engaños, sobre la determinación de la voluntad. De ahí que en nuestro país se venga formando jurisprudencia, aunque administrativa, en materia de publicidad y se venga calificándola en defensa de los derechos del consumidor a través del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual-INDECOPI.

(142) Derecho Civil. I. Vol. II. pág. 199.
(143) Derecho Civil español. Vol. I. pág. 516.
(144) Teoría General del Negocio Jurídico. pág. 339.
(145) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II. pág. 444.
(146) Acto Jurídico. págs. 127 y 128.

En nuestra codificación civil, el dolo receptado es el *dolus malus*. En el Código de 1852 se dio cabida a una noción que es sumamente ilustrativa: "Dolo es toda especie de artificio, maquinación o astucia de que una parte usa contra otra, para inducirla a la celebración de un contrato, o para eludir el cumplimiento del que está celebrado" (art. 1238). Esta norma, no transcrita, es el sustento conceptual del dolo en el Código de 1936, que no estableció una noción, siendo estos los antecedentes de los arts. 210 y 211 del Código vigente que consideran, respectivamente, el dolo causante y el dolo incidente, de los que nos ocuparemos a continuación.

186.2. El dolo causante

El dolo causante es el engaño utilizado para la formación de la voluntad interna de un sujeto, el cual, de no habérsele provocado el error, no hubiera celebrado el acto jurídico. Es el factor determinante de la voluntad ajena, el *dolus causam dans*, o sea, aquel que de no haber mediado no hubiera determinado la declaración de voluntad. Se le llama también dolo causal, determinante o principal. La doctrina lo distingue como el nexo causal entre el engaño y la declaración de la víctima y, por tanto, el que se constituye en un genuino vicio de la voluntad.

El dolo causante es, por lo que dejamos expuesto, el que conduce a la víctima a celebrar el acto jurídico y, por ello, puede producir su anulación y la obligación de indemnizar los daños y perjuicios. La doctrina es unánime en cuanto que debe existir, necesariamente, antes de la celebración del acto, pues el dolo posterior no constituye vicio de la voluntad ni puede ser causal de anulación del acto. Como precisa Enneccerus[147], el engaño tiene que haber sido para el engañado subjetivamente determinante, en todo o en parte, para concluir el negocio o para concluirlo en las condiciones en que lo hizo.

La noción del dolo causante aparece en el primer párrafo del art. 210 del Código Civil: "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". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[148] y no registra antecedente en el Código Civil de 1936, habiéndose inspirado en el art. 1439 del Código Civil italiano.

Como puede apreciarse del acotado párrafo del art. 210, el dolo asume relevancia "en cuanto haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera cele-

(147) Tratado de Derecho Civil. T.I. Parte General. Vol.I, pág. 394.
(148) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 200 y 201.

brado el acto". Tiene que haber, pues, preordenación maliciosa del acto por parte de quien se sirve del dolo para lograr sus propósitos y es esa la razón por la cual el acto resulta impugnable para su anulación. Es la sanción que se aplica a quien contraviene las reglas de la buena fe. Y, en este sentido, el lindero con la "conocibilidad del error" (Supra Nº 176.1) se presenta con toda nitidez, por cuanto "la otra parte", a la que le es imputable la conocibilidad actúa de buena fe porque de no ser así desaparece la figura del error y se presenta la del dolo.

186.3. El dolo incidente

El dolo incidente no es el engaño determinante de la voluntad y, por tanto, es el que no se constituye como causa eficiente de la celebración del acto jurídico, puesto que con o sin su mediación se hubiera de todas maneras celebrado. Este dolo es el que se utiliza para obtener indebidas ventajas y es por eso que es un *dolus incidens*, pues el engaño no es determinante de la manifestación de voluntad: el autor del engaño sólo consigue condiciones que le favorecen al lograr que la víctima del dolo celebre el acto en condiciones más gravosas para ella.

La doctrina es unánime en señalar que no constituye vicio de la voluntad.

El dolo incidente y el dolo causante se contraponen. Este último es el engaño determinante de la voluntad ajena que hace anulable el acto jurídico, mientras que el dolo incidente no determina la voluntad sino que sólo induce a error para que se manifieste en condiciones distintas a las que hubiera sido manifestada, como por ejemplo, un precio distinto al que puede corresponder al valor real de la cosa. Siendo el engaño el ingrediente básico del dolo, la diferencia entre el causante y el incidente resulta difícil de establecer en la práctica. Sin embargo, su distingo está trazado en la codificación civil.

En efecto, el art. 211 del Código Civil contiene una noción del dolo incidente: "Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será valido, aunque sin él se hubiera concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[149] y registra como antecedente el art. 1086 del Código Civil de 1936, que sólo consideró la consecuencia indemnizatoria del dolo incidente, por lo que la noción que contiene se inspira en el art. 1440 del Código Civil italiano.

(149) Ibídem, págs. 201 y 202.

Messineo[150], comentando la norma del Código italiano, ha escrito que el dolo tiene relevancia, como motivo de anulación, cuando sea elemento decisivo en la formación de la volición (*dolus causam dans*), no cuando sea secundario de ella (*dolus incidens*); y que la contraposición de las dos especies de dolo es clara, en el sentido de que el dolo *causam dans* es concebido como factor que determina –por su gravedad– el querer y la conclusión del negocio (nexo de causalidad entre dolo y evento), mientras que el *dolus incidens* opera solamente hasta el punto de determinar las modalidades de negocio, las cuales, sin engaños, habrían sido diversas, esto es, menos gravosas para quien ha sufrido la acción del *dolus incidens*, pero la conclusión del negocio se habría producido igualmente, aun sin el *dolus incidens*. Sin embargo –concluye Messineo– el *dolus incidens* puede dar a la contraparte título para obtener el resarcimiento del daño.

El dolo incidente no es, pues, causa de anulación sino sólo de indemnización.

187. MODALIDADES DEL DOLO

Establecida la clasificación del dolo y considerando como premisa que el dolo o es causante o es incidente, vamos a ocuparnos de las modalidades con las que puede manifestarse el dolo, ya que actúa dolosamente el que utiliza toda clase de artificios o maniobras para inducir a error a quien va a celebrar un acto jurídico.

187.1. El dolo positivo o acción dolosa

El dolo positivo, dolo por acción o acción dolosa, viene a ser un actuar que se trasunta en palabras o hechos, o, como expresa Coviello[151], en presentar circunstancias falsas, o en suprimir o alterar las verdaderas.

Según explica Aguiar[152], cuando se trata del dolo por palabras no es fácil su apreciación porque toda mentira o aserción de lo que es falso no lo constituye, pues a menudo en la vida diaria de los negocios y de las relaciones sociales, engañosamente, se magnifican o se menosprecian, se atribuyen o se niegan a las personas y a las cosas, respectivamente, cualidades que no tienen o que pueden tener, y que, aun cuando la moral reprueba tales excesos verbales no entran en los dominios del dolo, porque por grave que sea la mentira se ha podido verificarla o pedir su prueba, y si se ha faltado a ese deber, se comete una imprudencia, y es sabido que ésta excluye la

(150) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 443.
(151) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 436.
(152) Hechos y Actos Jurídicos I. La Voluntad Jurídica, pág. 180.

posibilidad del dolo; pero, si la mentira va acompañada de la apariencia de la prueba que la hace verosímil por los hechos en que se apoya, o que la saquen del estado de simple afirmación sin otra autoridad que la del que la hace, no se debe dar por comprobado el dolo por palabras. Para el tratadista argentino, pues, el dolo positivo es la conjunción de las palabras y los hechos, lo que, a nuestro parecer, configura el dolo positivo o por acción.

El Código Civil ha previsto el dolo positivo, dolo por acción o acción dolosa, en su art. 212: "La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(153) y registra como antecedente el art. 1088 del Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse, el acotado art. 212 le reconoce a la acción dolosa la misma eficacia que al dolo negativo, dolo por omisión u omisión dolosa (Infra Nº 187.2), lo que significa que ambos pueden dar lugar a un dolo causante (Supra Nº 186.2), o, de ser el caso, a un dolo incidente (Supra Nº 186.3).

El dolo positivo o acción dolosa es la modalidad más generalizada del dolo y, de ordinario, es como se espera que se manifieste. Sin embargo, como anota Valencia Zea(154), siempre que se precise que el simple silencio no actúe como maniobra.

187.2. El dolo negativo u omisión dolosa

Como ya hemos visto, el dolo negativo, omisión dolosa o dolo por omisión, está también previsto en el art. 212 del Código Civil: "La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa". La norma, como también hemos advertido, reitera el art. 1088 del Código Civil de 1936 y motivó que Manuel de la Puente y Susana Zusman(155) consideraran, con razón, que la equivalencia entre la acción y la omisión dolosas era conveniente para negar lo que algún sector de la doctrina sostiene sobre la equiparidad entre el llamado dolo bueno y el simple silencio.

El dolo negativo u omisión dolosa viene a ser la reticencia que se guarda para inducir al sujeto a error, o no sacarlo del error si ya incurrió en él, pues quien actúa con dolo no dice sino en parte lo que debe decir, o no se da a entender con claridad, o con malicia oculta o calla algo. Este es, por lo demás, el significado que al dolo por omisión le da la doctrina. Así, Covie-

(153) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 202 y 203.
(154) Derecho Civil. T.I, pág. 523.
(155) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma de Código Civil. T.I, pág. 105.

llo[156] lo conceptúa como la omisión de una circunstancia que por la ley, los usos del comercio o la naturaleza del negocio, había obligación de revelar a la otra parte. Carranza[157] lo explica indicando que no cabe dudar acerca de que la voluntad del contratante puede ser determinada y captada por el silencio de quien calle hechos o circunstancias cuyo conocimiento hubiera podido cambiar el parecer de la parte y hubiera podido hacerla desistir de la celebración del contrato.

Como puede apreciarse, el dolo negativo, dolo por omisión u omisión dolosa, se sustenta en la obligación de explicarse que imponen las reglas de la buena fe, siendo éste el criterio generalizado de la doctrina, por lo que, sumando a las citas ya efectuadas la opinión de Stolfi[158], el dolo negativo supone la violación de una obligación específica de hablar, porque se configura mediante el silencio y la reticencia y también con el ocultamiento de hechos verdaderos. Pero queremos advertir que, para evitar confusión con la figura del silencio, que hemos estudiado al ocuparnos de la manifestación de voluntad (Supra Nº 43), es preferible utilizar sólo el vocablo reticencia que, según Messineo[159], es callar u omitir en circunstancias en que se tenía el deber de comunicar, o cuando se da una respuesta negativa, o dubitativa, si la respuesta a darse debía ser afirmativa.

Por último, según el caso, la omisión dolosa puede dar lugar a un dolo causante o a un dolo incidente.

187.3. El dolo directo

El dolo directo es el utilizado por una de las partes del acto jurídico o por ambas, caso en el que se configura el dolo recíproco. El concepto se funda en el principio romanista *nemo dolus suus prodesse debet:* a nadie debe resultar ventajoso su dolo.

Tradicionalmente se ha considerado que el dolo sólo fuera practicado por una de las partes y así lo legisló el Código Napoleón irradiándolo a la codificación civil. Según los Mazeaud[160] fue la consecuencia del origen penal del dolo, pues en el Derecho Romano la fórmula de la acción pretoria del dolo requería del nombre del autor del dolo, que era *in personam scripta*, ya que sólo el autor del engaño podía ser sancionado. El criterio tradicional fue evolucionando hasta preverse que ambas partes utilizaran el dolo y que, aun, fuera utilizado por un tercero.

(156) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 437.
(157) El dolo en el Derecho Civil y Comercial, pág. 69.
(158) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 190.
(159) Manual de Derecho Civil y Comercial, T.II, págs. 444 y 445.
(160) Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Vol.I, pág. 210.

El Código Civil, como es obvio, legisla sobre el dolo directo bajo el supuesto de que sea utilizado por una de las partes, como resulta del primer párrafo del art. 210 y del art. 211, estando implícito en el art. 212. Por eso es conveniente detenernos en las modalidades a que puede dar lugar el dolo directo, como son las del dolo de la parte, cuando actúa por sí y cuando es representada, así como el dolo del incapaz y el dolo de ambas partes o dolo recíproco.

Indudablemente que el dolo de la parte no merece ser considerado de manera especial, pues es el típico dolo directo. Por eso, vamos a detenernos en las modalidades que de él se derivan.

187.3.a. El dolo del representante

El dolo del representante se configura cuando el que viene ejerciendo una representación utiliza el dolo, sobre lo cual el Código Civil no contiene norma alguna. Cuando hemos tratado de la representación nos hemos puesto en el caso de que sea el representante el sujeto pasivo del dolo (Supra Nº 104.1) y ahora lo queremos hacer teniendo al representante como sujeto activo.

Habría que volver a precisar, previamente, que el representante no es un tercero, sino que es, en virtud de la representación, la parte en el acto jurídico. Sin embargo, para actuar dolosamente puede o no haber estado coludido con el representado y en cualquiera de las dos hipótesis, vamos a establecer un criterio sobre los efectos del dolo.

En la primera hipótesis, o sea, en la que el empleo del dolo por el representante lo sea sin conocimiento ni complicidad del representado, las opiniones están encontradas. Así, Ospina y Ospina[161] consideran que el dolo del representante incide de igual modo que si lo hubiera hecho el representado, mientras que Carranza[162] considera que, en tal evento, el dolo no hace anulable el acto y el representado sólo queda obligado a responder de los daños y perjuicios en la medida en que se hubiera enriquecido, reconociéndole el derecho de accionar contra su representante para la reparación de los daños y perjuicios que a su vez le haya irrogado. Nosotros estamos con la primera solución: el dolo del representante debe incidir en la validez de acto jurídico, si es causante, y generar la obligación de indemnizar, si es incidente: el representante deberá responder ante el representado por su actuación y quedar obligado a indemnizarlo por los daños y perjuicios que su actuación le irroguen.

(161) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 214.
(162) El dolo en el Derecho Civil y Comercial, pág. 83.

En la segunda hipótesis, o sea, en la que el empleo del dolo por el representante lo sea de acuerdo con el representado, no cabe la menor duda que los efectos del dolo recaerán sobre el representado.

En cuanto al dolo del representante de una persona jurídica, el criterio que hemos dejado expuesto es también aplicable, sea que el dolo haya sido empleado por alguno de sus órganos (Supra Nº 109) o por un representante.

Distinta solución es la que corresponde en el caso de la representación legal (Supra Nº 86), pues en ella el representado no escoge a su representante, por lo que no puede asumir los efectos del dolo de éste. Si el dolo del representante legal es causante, en nuestra opinión, no debe haber lugar a la anulación del acto, correspondiendo únicamente al representante responder por los daños y perjuicios frente a la parte con la que celebró el acto, así como también si el dolo ha sido incidente. Ya en el Derecho Romano se aplicaba la máxima *pupilo nocere non oportet dolum tutoris, sive solvendo est, sive non est:* no debe perjudicar al pupilo el dolo del tutor, sea o no solvente.

187.3.b. El dolo del incapaz

Distinta es también la situación que genera el dolo del incapaz, por lo que preferimos tratar el tema aparte pese a que puede vincularse con el relativo a la representación legal. El incapaz, si bien es parte en los actos jurídicos, no puede celebrarlos por sí mismo, salvo que se trate de actos cuya celebración le está permitida por la ley.

El Código Civil ha previsto el dolo del incapaz y lo legisla en el articulado correspondiente a la nulidad del acto jurídico en la norma contenida en el numeral 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". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(163) y registra como antecedente el art. 1129 del Código Civil de 1936, utilizando la expresión mala fe y no la de dolo.

Como puede apreciarse del acotado numeral, la consecuencia que le sobreviene al incapaz por su mala fe o dolo es que ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad del acto jurídico, sancionándolo así el Código Civil, pues de no haber mediado su mala fe o dolo, tendría expedita la acción de nulidad conforme a la regla que sobre el particular consagra el mismo Código (Infra Nº 231.1). La víctima del dolo resulta así favorecida en

(163) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. pág. 219.

cuanto a la conservación del acto jurídico que celebró y en la hipótesis de que el incapaz irrogue perjuicios a la víctima del dolo, creemos que, en tal caso, la víctima del dolo tiene también expedita la acción indemnizatoria con arreglo a las disposiciones de la responsabilidad extracontractual (arts. 1975, 1976 y 1977).

León Barandiarán[164], en sus comentarios a la norma que sirve de antecedente al vigente numeral 229, fue del parecer que un juicio peyorativo se merecía el incapaz por su comportamiento tendencioso y que la protección de la ley dejaba de tener razón pues el agente había demostrado una astucia que no se condice con la presunción de inexperiencia, ingenuidad o ligereza de voluntad en que se apoya el beneficio del anulamiento del acto.

La solución del Código Civil al dolo del incapaz tiene arraigo romanista, pues esta misma solución viene impuesta desde el Derecho Romano y su presupuesto es que el incapaz se haya hecho pasar por capaz. Por eso, como bien lo señaló León Barandiarán[165] en lo que se refiere a la norma vigente, el art. 229 sirve al mismo propósito que el derogado art. 1129, aunque se haya soslayado el "dolo" y se emplee la expresión "mala fe", pues lo que queda claro es que la actuación del incapaz es para ocultar su incapacidad.

187.3.c. El dolo recíproco

La modalidad del dolo recíproco, también llamada dolo bilateral o dolo mutuo, se configura cuando las dos partes emplean el dolo.

En el Derecho Romano se conoció la figura del dolo recíproco y se le hacía perder toda eficacia, precisamente, por su reciprocidad, como puede apreciarse de la máxima *si duo malo fecerint invicem, de dolo non agent:* si dos obraron mutuamente con dolo malo, no ejercitarán recíprocamente la acción de dolo, o la que establecía *dolus cum dolo compensatur:* el dolo neutraliza o compensa el dolo.

La codificación civil, basada en los principios romanistas que hemos expuesto, ha establecido uniformemente que el dolo recíproco no es causal de anulación y que debe ser compensatorio entre las partes. Así como el autor del dolo –dice Puig Peña[166], citando a Ruggiero– no puede invocarlo contra la otra parte para invalidar el negocio, así también cuando entre ambas partes se hayan engañado ninguna podrá proceder contra la otra, compensándose el dolo de una parte con el de la contraria.

(164) Acto Jurídico, pág. 343.
(165) Curso del Acto Jurídico, pág. 177.
(166) Tratado de Derecho Civil Español, T.I. Vol.II, págs. 495 y 496.

El Código Civil en su art. 213 ha adoptado lo que es ya un principio universal: "Para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[167] y registra como antecedente el art. 1085 del Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse no sólo ya del acotado numeral sino también del art. 210, que hemos considerado al detenernos en el dolo causante, para que el acto pueda ser anulado sólo una de las partes debe haber utilizado el dolo. Lo contrario, como sentenció León Barandiarán[168], sería violar el principio de la buena fe que es básico en las relaciones jurídicas.

La norma contenida en el acotado art. 213 no debe interpretarse, a nuestro parecer, sólo para la anulación del acto si el dolo es causante, sino que debe entenderse que el dolo recíproco es también compensatorio de las indemnizaciones, si el dolo es sólo incidente, y que, en cualquiera de los casos, las partes que actuaron dolosamente no podrán plantear ni la anulación del acto ni la indemnización por los perjuicios que pudieran haberse irrogado. Como bien lo destacó el maestro León Barandiarán[169] la compensación del dolo debe funcionar para ambas clases de dolo, pues su fundamento es el ataque a la buena fe.

La solución está dada, pues el dolo recíproco o bilateral se compensa. Las partes que emplearon el dolo, la una contra la otra y viceversa, no podrán demandarse la anulación del acto ni compelerse la indemnización de los daños y perjuicios.

187.4. El dolo indirecto o dolo de tercero

El dolo indirecto, por contraposición al dolo directo, es el que proviene de un tercero, esto es, de un extraño al acto, que lo emplea con la misma finalidad con que lo podría haber empleado una de las partes para obtener una ventaja indebida. En esta modalidad de dolo se pueden presentar dos hipótesis, según la utilización del dolo sea conocida o que no lo sea por la parte que va a obtener la ventaja indebida.

Según recuerda Carranza[170], en el Derecho Romano el dolo cometido por un tercero no aparejaba, en principio, la nulidad del acto y que ello era así porque la acción del dolo tenía carácter infamante y era eminentemente

(167) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 203 y 204.
(168) Acto Jurídico, pág. 130.
(169) Ibídem.
(170) El dolo en el Derecho Civil y Comercial, págs. 77 y sigtes.

personal, por lo que no afectaba la validez del negocio sino personalmente a su autor. Según el tratadista argentino, esta doctrina fue receptada por el Código Civil francés y de allí trasladada a la mayor parte de la codificación civil, con la modificación introducida por el Código alemán y los Códigos sobre los cuales ha ejercido influencia, en cuanto a considerar irrelevante el dolo del tercero, salvo que al co-contratante le fuera conocido.

La doctrina es uniforme en señalar que si el dolo se empleó por un tercero sólo podrá invocarse por la víctima para la nulidad del acto si la otra parte lo había conocido, pues en caso contrario el dolo del tercero es irrelevante. Espín[171], por ejemplo, es del parecer que en los negocios bilaterales es menester que el dolo provenga de una de las partes, pues si proviene de un extraño sin conocimiento de la parte favorecida, aparte de la acción de resarcimiento contra el autor del dolo, respecto al negocio no puede influir más que en concepto de error si se dan sus requisitos. Para Puig Peña[172] el dolo empleado por un tercero tiene como única sanción el derecho del lesionado a reclamar del culpable daños y perjuicios; pero si hay confabulación, complicidad o simple conocimiento de la maniobra causante del contrato por parte del favorecido, entonces el dolo reúne todos los caracteres necesarios para la nulidad del acto. Ospina y Ospina[173] resaltan que la doctrina uniforme de los tratadistas considera que ni siquiera es indispensable la complicidad positiva de las partes en el dolo de un tercero, sino que es suficiente su complicidad negativa, es decir, que no es necesaria la participación activa de éstas en las maniobras dolosas sino que basta que una de ellas tenga conocimiento de que un tercero está engañando a la otra parte para que su solo silencio implique complicidad, concluyendo en que esta solución está bien formulada, porque quien guarda silencio a sabiendas del dolo de un tercero, comete un típico dolo por omisión.

El Código civil se ocupa del dolo de tercero en el segundo párrafo de su art. 210: "Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[174] y si bien registra como antecedente al art. 1087 del Código Civil de 1936, el cambio de su redacción la inspiró el art. 1439 del Código Civil italiano.

Como puede apreciarse del acotado párrafo del art. 210, para la incidencia del dolo de un tercero es necesario que sea de conocimiento por la

(171) Derecho Civil Español. Vol.I, pág. 517.
(172) Tratado de Derecho Civil Español. T.I. Vol.II. pág. 495.
(173) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, págs. 213 y 214.
(174) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. pág. 201.

parte que "obtuvo beneficio de él". Messineo[175], en comentario a la norma del art. 1439 del Código italiano, expone que la norma se justifica por la mala fe de la parte que conociendo el empleo del dolo no tuvo reparos en obtener beneficios con la celebración del acto. Por ello, atendiendo a la fuente, el contenido del segundo párrafo del art. 210 debe interpretarse en el sentido de que la anulación del acto sólo por dolo de tercero procede si además de conocerse por una de las partes se obtuvo beneficio con dicho dolo, pues no basta el simple conocimiento ya que el Código Civil ha establecido dos requisitos concurrentes: el conocimiento del dolo del tercero y el beneficio o ventaja que se obtiene con dicho dolo.

En conclusión, si el dolo de tercero es causante y se cumplen los requisitos el acto jurídico puede ser anulado; si es incidente y se cumplen los requisitos, la víctima podrá demandar daños y perjuicios a la parte, en virtud de lo que dispone el art. 211, y al tercero en aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual (arts. 1969 y 1983 del Código Civil).

188. EL DOLO EN LOS ACTOS UNILATERALES

El tratamiento legislativo del dolo discurre sobre la base de los actos bilaterales pero nada obsta para que el dolo pueda hacerse presente también en los actos unilaterales, pues, como bien lo resalta Stolfi[176], el dolo es relevante en todos los negocios jurídicos. Según apunta León Hurtado[177], en los actos unilaterales la voluntad puede estar también viciada de dolo, pero como hay una sola parte el vicio deberá ser provocado necesariamente por un tercero. El mismo criterio ha expuesto Messineo[178] en cuanto a que si el dolo determina la formación de un negocio unilateral, la anulabilidad de negocio no está subordinada al presupuesto de que la actividad dolosa provenga de quien está interesado en que el negocio llegue a tener realidad.

El Código Civil no ha previsto, en el articulado correspondiente a los vicios de la voluntad, el dolo en los actos unilaterales. Sin embargo nada obsta para que pueda hacerse presente, sean actos recepticios o actos no recepticios.

En los actos unilaterales recepticios el dolo se presenta con mayor nitidez que en los no recepticios. Betti[179] dice, por eso, que no existe razón para distinguir entre el engaño empleado por el recepcionario de la declara-

(175) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II. pág. 443.
(176) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 194.
(177) La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos, pág. 244.
(178) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II. pág. 443.
(179) Teoría General del Negocio Jurídico. pág. 341.

ción y el que es obra de un tercero, o sea de un extraño a la relación jurídica. En relación al engaño empleado por el recepcionario de la declaración, el autor italiano llama la atención sobre lo que puede configurar la llamada captación de voluntad, mediante halagos y lisonjas muy distintas de los artificios y engaños, pero que conducen a una misma finalidad, cual es la de producir una declaración de voluntad. Así, por ejemplo, los actos de captación de voluntad del testador practicados por una persona para obtener un legado, de lo que nos vamos a ocupar más adelante (Infra Nº 195).

En los actos unilaterales no recepticios la presencia del dolo y la impugnabilidad del acto por esta causa, ofrece mayores dificultades. Sin embargo, nada obsta para que pueda invocarse el dolo realizado por un extraño, como, por ejemplo, que el propio ladrón induzca a una promesa de recompensa con la finalidad de que la víctima del robo recupere la cosa y el propio ladrón cobre la recompensa.

En cualquiera de los casos expuestos, son de aplicación las reglas relativas al dolo que hemos dejado expuestas.

189. LOS EFECTOS DEL DOLO

Los efectos del dolo resultan de su calificación en dolo causante, que puede conducir a la anulación del acto, o en dolo incidente, que sólo puede conducir al resarcimiento de los daños y perjuicios, mediante las correspondientes acción de anulación y acción indemnizatoria.

189.1. La acción de anulación fundada en el dolo causante

La acción de anulación fundada en el dolo causante es la que puede promoverse cuando el dolo "haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto" (Supra Nº 186.2).

Como el dolo es manifestación de mala fe, que constituye un ilícito civil, a la acción anulatoria puede acumularse una acción indemnizatoria, conforme a las reglas del Código Procesal Civil.

189.2. La acción indemnizatoria fundada en dolo incidente

La acción indemnizatoria fundada en el dolo incidente es la que puede promoverse cuando "el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad" por lo que el acto es válido "aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas ..." (Supra Nº 186.3).

La víctima de un dolo incidente sólo puede accionar para que se le indemnicen los daños y perjuicios, mas no para que se declare la nulidad del acto celebrado.

190. IRRENUNCIABILIDAD DE LAS ACCIONES FUNDADAS EN DOLO

Según el art. 218 del Código Civil es también nula la renuncia anticipada a las acciones fundadas en dolo. En este caso, consideramos que el dolo por constituir un ilícito civil justifica la inserción de este precepto, que como ya se ha advertido, constituye una innovación pues no tiene antecedente en el Código Civil de 1936. La renuncia no puede ser anticipada, mas si es posible *a posteriori*, cuando la víctima del dolo tiene conocimiento de él y, no obstante, procede a la confirmación del acto (Infra Nº 230) o se desiste de entablar la acción resarcitoria de los daños y perjuicios.

El acotado art. 218 no distingue la clase de dolo a que se refiere, por lo que, como acabamos de ver, del dolo causante se genera una acción anulatoria a la que se puede acumular una acción indemnizatoria (Supra Nº 189.1), y, del dolo incidente, sólo una acción indemnizatoria (Supra Nº 189.2). De ahí, que interpretemos el art. 218 como referido a ambas clases de dolo y a ambas acciones, respecto de las cuales prohíbe, bajo sanción de nulidad, su renuncia anticipada.

191. LA VIA PROCESAL

El Código Civil, al igual que en el caso de la acción fundada en el error, no ha señalado la vía procesal, ni para la acción anulatoria ni para la acción indemnizatoria, así como tampoco el Código Procesal Civil al introducirle las modificaciones de las que ya hemos dado cuenta.

Consideramos, entonces, que ante falta de norma expresa tanto en el Código Civil como en el Código Procesal Civil, la vía procesal que corresponde para una y otra acción es la del proceso de conocimiento, debiendo, en todo caso y de acuerdo a las circunstancias, fijarlas, en definitiva, el órgano jurisdiccional.

192. LA PRUEBA DEL DOLO

El dolo, como hemos visto, además de un vicio de la voluntad configura un ilícito civil. Para su prueba se aplica el principio general: *onus probandi incumbit actori;* el que lo alega tiene que probarlo y a él corresponde la carga de la prueba.

No existe restricción en cuanto a los medios de prueba. Pueden utilizar-

se todos los reconocidos como tales y que sean idóneos para acreditar los hechos constitutivos del dolo y producir certeza en el órgano jurisdiccional.

193. PRESCRIPTIBILIDAD DE LAS ACCIONES

Las acciones que genera el dolo son prescriptibles y se extinguen en el plazo de 2 años, tanto la anulatoria como la indemnizatoria.

La prescripción de la acción de anulación está prevista en el inc. 4 del art. 2001 del Código Civil, que dispone que las acciones para la anulación de los actos jurídicos prescriben en el plazo de 2 años, que se computan desde el día en que pudo ejercitarse la acción, conforme al art. 1993.

La prescripción de la acción indemnizatoria está también prevista en el mismo inc. 4 del acotado art. 2001, pues, como lo hemos venido indicando, el dolo constituye un ilícito civil que le hacen aplicables a su autor las reglas de la responsabilidad extracontractual. El plazo prescriptorio comienza a correr desde el día en que la acción podía ser ejercitada en aplicación del también ya acotado art. 1993.

194. EL DOLO EN EL MATRIMONIO

El dolo no está previsto, de manera expresa, en las causales que enumera el art. 277 de Código Civil para la anulación del matrimonio. Sin embargo, como hemos visto (Supra Nº 182), en la explicación de las causales de error hemos puesto en evidencia la posibilidad del dolo, el que se configuraría en el inc. 5 del art. 277 en lo referente al error en la identidad física del otro contrayente, cuando se trate de suplantación de persona o del ocultamiento de su verdadero sexo.

195. EL DOLO EN EL ACTO TESTAMENTARIO

El art. 809 del Código Civil considera también el dolo como causa de anulabilidad del testamento. La anulabilidad puede ser total o parcial, según el dolo haya determinado la voluntad del testador en cuanto a todo el contenido del testamento o sólo una de sus cláusulas o disposiciones.

Siendo el acto testamentario unilateral y recepticio, le son aplicables los conceptos que hemos dejado expuestos respecto de tales actos (Supra Nº 188). Ahora queremos agregar que en relación al testador puede configurarse el dolo mediante la modalidad de la captación de su voluntad, o sea, mediante halagos, lisonjas, fingimientos e intrigas para inducirlo por quien siendo heredero forzoso quiere ser mejorado, o por quien no siéndolo quiere ser instituido heredero voluntario, o por quien quiere ser instituido legatario.

III

LA VIOLENCIA FISICA

196. CONSIDERACION PREVIA

Hemos considerado imprescindible detenernos en una cuestión previa en razón de que bajo la genérica denominación de violencia se da comprensión tanto a la violencia física como a la violencia moral, llamada intimidación en nuestro Código Civil. Por eso, vamos a plantear el estudio de la violencia en sus dos manifestaciones, aun cuando el Código Civil, si bien las distingue conceptualmente, les da en cuanto a sus efectos un trato igualitario.

En este capítulo vamos, pues, a ocuparnos de la violencia como violencia física, para luego, en el siguiente, estudiarla como intimidación.

197. DELIMITACION CONCEPTUAL

La violencia, entendida como violencia física también llamada violencia absoluta, consiste en una fuerza irresistible, apabullante, incontenible, por la cual, físicamente, se doblega al sujeto de manera tal, que, en realidad, se elimina su voluntad. Puig Peña[180] la conceptúa como la coacción física ejercida sobre un individuo para realizar un negocio jurídico.

Los romanos la conocieron como *vis absoluta,* para distinguirla de la violencia moral a la que llamaron *vis compulsiva,* que consistía en producir un temor. Arauz Castex y Llambías[181] señalan que, en la concepción romana, la violencia física o *vis absoluta* resultaba del empleo de una fuerza material que reducía a la víctima a un estado pasivo, convertida en mero instrumento de la voluntad de otro: destruía la voluntad y, por tanto, el acto obrado carecía de existencia como acto jurídico.

La idea de la *vis absoluta* como excluyente del consentimiento y destructora de la voluntad no fue receptada del todo en el Derecho moderno. Así, el Código Napoleón le restó importancia, enfatizando la violencia moral o *vis compulsiva.* El Código alemán sólo se ha ocupado de la violencia moral y el Código Italiano, bajo la denominación de violencia, se refiere a la intimidación. Sin embargo, otros Códigos enfatizaron la diferencia, como el español y el argentino, que distinguen la violencia física de la moral en cuanto a

(180) *Tratado de Derecho Civil Español.* T.I. Vol.II, pág. 489.
(181) Derecho Civil. Parte General. T.II, pág. 336.

sus efectos, pues la primera hace inexistente al acto y la segunda sólo lo hace anulable.

En lo que a nuestra codificación civil se refiere, el Código de 1852 no utilizó el vocablo intimidación, pero su art. 1241 proclamó la nulidad de los contratos que se celebraran por fuerza o violencia, sea que la empleara una de las partes o un tercero. El Código de 1936 distinguó la violencia de la intimidación, pero las asimiló en cuanto a sus efectos, posición que ha sido mantenida por el Código Civil vigente. Sin embargo, durante el proceso de la reforma se planteó la exclusión de la violencia física, puesto "que se trata de un supuesto en que no existe manifestación de voluntad", según dejaron expuesto Manuel de la Puente y Susana Zusman[182], lo que no fue finalmente acogido.

Pero lo que interesa ahora es delimitar el concepto en base al criterio uniforme de la doctrina que distingue claramente la violencia de la intimidación. Así, los Mazeaud[183] las distinguen y definen la violencia física como la que consistiría en llevar la mano de la persona que escribe, forzándola, o en hacerle cumplir un acto bajo el imperio de la hipnosis o de la embriaguez total. Messineo[184] también las distingue pero señalando que lo que es verdaderamente relevante no es la violencia sino el temor. Para Aguiar[185] la violencia física es la que se ejerce materialmente sobre el agente, por constreñimiento corpóreo, suprimiendo la libertad al obligarlo a hacer lo que no quiere hacer, o al impedirle que haga lo que quiere hacer: suprimida de este modo la libertad y reducido el hombre al mero papel de instrumento del acto, pierde el carácter de agente del mismo: *nom agit sed agitur*. Según Espín[186], la violencia física es la coacción material o constreñimiento que se hace sobre una persona para forzarla a manifestar una cierta voluntad, lo que impide que el negocio nazca: por eso, en realidad, queda fuera de la teoría de los vicios de la voluntad. Para León Barandiarán[187] la violencia física o violencia absoluta existe cuando se emplea una "fuerza irresistible" y, citando a Scaevola, señala que requiere o supone una coacción natural, un acto físico, por virtud del cual se obliga a una persona a hacer lo que no quiere o se le impide hacer lo que quiere: verdadera fuerza mayor, que no se le puede contrarrestar.

La violencia física, para nosotros simplemente violencia, supone, pues, que mediante el uso de la fuerza se doblegue al sujeto y se anule su volun-

(182) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, pág. 106.
(183) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. I, pág. 219.
(184) Manual de derecho Civil y Comercial. T. II, págs. 441 y 442.
(185) Hechos y Actos Jurídicos.I. La Voluntad Jurídica, pág. 203.
(186) Derecho Civil Español. Vol. I, pág. 517.
(187) Acto Jurídico, pág. 140.

tad, como sería el caso de tomar la mano de una persona por la fuerza y hacerla escribir su nombre y firmar, o estampar sus huellas digitales, que, por lo demás, es la única hipótesis posible de obtener una declaración mediante la llamada *vis absoluta*. En este caso, hay una fuerza irresistible, apabullante, que conduce la mano, lo que no debe confundirse con los maltratos físicos que se puede infligir a una persona para que suscriba un documento, o coloque sus huellas digitales, pues ello constituye intimidación y no violencia física, jurídicamente hablando. La mano conducida por la violencia no es un acto volitivo, pues el sujeto puede resistirse pero la fuerza que se ejerce sobre él puede más. Por eso, en la declaración mediante violencia no hay voluntad, el sujeto no tiene posibilidad alguna de decidir: la "fuerza irresistible" lo conduce.

La eliminación de la voluntad por la violencia física, hace que se asimilen a ésta todos los otros casos en que el sujeto es conducido a la celebración de un acto jurídico por la voluntad absoluta de otro, como en los casos en que se hipnotiza, se droga o se embriaga a una persona para posesionarse de su voluntad. No puede hablarse propiamente de violencia física, pero el aniquilamiento de la voluntad del sujeto hace que tales hipótesis puedan quedar comprendidas dentro del concepto de violencia física,

Delimitado el concepto de la violencia se infiere, pues, que no constituye un vicio de la voluntad, pues lo que determina es una ausencia de voluntad, mas no una voluntad viciada.

198.MODALIDADES DE LA VIOLENCIA

El Código Civil ha considerado como modalidad de la violencia la que sea empleada por un tercero que, al igual que la empleada por la parte, es siempre causa de anulación del acto jurídico. Los efectos de la intervención de un tercero violentando la voluntad de una de las partes ha sido, desde el Derecho Romano, causa de nulidad del acto.

La violencia es sancionada *per se*. Por ello, el art. 214 considera la violencia de tercero como causa de anulación del acto jurídico. No interesa si una de las partes tuvo o no conocimiento de la violencia.

199. EFECTOS

Recogiendo la noción romana de la *vis absoluta* la doctrina se ha orientado a señalar como su efecto propio el de hacer nulo el acto jurídico, a negarle existencia, precisamente, por la falta de consentimiento, por la ausencia de voluntad. Los Mazeaud[188], por ejemplo, sostienen que la violencia fí-

(188) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. II, pág. 226.

sica entraña la nulidad absoluta y consideran, además, que la víctima dispone de una acción de responsabilidad que le permite demandar al autor de la violencia la reparación de los perjuicios que haya sufrido. Sin embargo, no es con la nulidad absoluta del acto como la codificación civil sanciona a la violencia.

Nuestro Código Civil, como ya lo hemos señalado equipara, en cuanto a sus efectos, a la violencia con la intimidación, pues su art. 214 establece: "La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora con ligeros cambios en su redacción por la Comisión Revisora(189) y registra como antecedente el art. 1089 del Código Civil de 1936, que declaraba la ineficacia del consentimiento prestado por violencia o por intimidación. Además, como veremos más adelante (Infra Nº 231.2), el art. 221, inc. 2, del vigente Código la considera como un vicio que se constituye en causal de anulabilidad del acto jurídico.

La violencia en sí misma constituye también un ilícito civil que obliga a indemnizar. La víctima tiene expedito su derecho a la reparación de los daños y perjuicios que el acto violentado le haya irrogado, pese a que el Código Civil no contiene norma al respecto. Pero es que el derecho a la indemnización va implícito en favor de la víctima de la violencia por aplicación del principio general de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1969 del Código Civil).

En conclusión, conforme al tratamiento que le dispensa el Código Civil de la violencia se deriva una acción anulatoria a la que puede acumularse una acción indemnizatoria. Si la violencia fue empleda por un tercero en concilio con una de las partes, la acción de nulidad y la indemnizatoria se dirigen contra el tercero y la parte. Si sólo fue empleada por el tercero, contra éste se dirige la acción indemnizatoria y contra la parte la de anulación.

200. IRRENUNCIABLIDAD DE LAS ACCIONES FUNDADAS EN LA VIOLENCIA

Según el Art. 218 del Código Civil es nula la renuncia anticipada de las acciones fundadas en la violencia. Como la norma no distingue y porque la violencia constituye un ilícito civil la prohibición está plenamente justificada, por lo que la interpretamos también en el sentido de que prohíbe no sólo la renuncia anticipada a la acción anulatoria sino también a la indemnizatoria.

(189) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 204 y 205.

Sin embargo, por el tratamiento que recibe la violencia en el Código Civil, la acción es susceptible de renuncia posterior mediante la confirmación (Infra Nº 242).

201. LA VIA PROCESAL

El Código Civil, como tampoco el Código Procesal Civil, al igual que en el caso del error y del dolo, han señalado la vía procesal para el trámite de las acciones anulatoria e indemnizatoria fundadas en la violencia. Por ello, al igual que en los casos anteriores, consideramos que la vía es la del proceso de conocimiento y que corresponde al órgano jurisdiccional fijarla en definitiva.

202. LA PRUEBA DE LA VIOLENCIA

La violencia tiene que ser probada por quien la alegue como causal de nulidad del acto: *onus probandi incumbit actori.* No hay restricción, por lo que el actor podrá recurrir a cualquier medio probatorio idóneo. Si el actor acumula una acción indemnizatoria, debe probar el daño.

La prueba de la violencia es suficiente para la anulación del acto y, como precisó León Barandiarán[190], en la violencia física no hay nada que examinar, salvo el hecho mismo de esa violencia. Sin embargo, el art. 216 establece pautas para la calificación de la violencia, remitiéndose a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad, lo que se explica por la equiparación con la intimidación, por lo que, en nuestra opinión la norma es superflua en lo que atañe a la violencia.

203. PRESCRIPTIBILIDAD DE LAS ACCIONES

Las acciones fundadas en la violencia son prescriptibles y se extinguen en un plazo de 2 años, tanto la acción anulatoria como la indemnizatoria. Así lo establece el inc. 4 del art. 2001 del Código Civil que fija el plazo prescriptorio en 2 años para la acción de anulación y para la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual. El plazo se computa desde el día en que pudieron ser ejercitadas las acciones, conforme al art. 1993.

204. LA VIOLENCIA EN EL MATRIMONIO

El Código Civil en el inc. 3 de su art. 277 prescribe que es anulable el matrimonio realizado por el raptor con la raptada o a la inversa o el matrimo-

(190) Acto Jurídico, pág. 148.

nio realizado con retención violenta. Según Cornejo Chávez[191], su ponente, la norma ha asimilado al rapto el caso de la retención violenta de una persona, sin que esta situación constituya un caso de intimidación y no de violencia.

Compartimos el criterio de nuestro calificado familiarista pues, a nuestro juicio, la retención violenta o el rapto, no configuran violencia física, como la hemos delimitado conceptualmente (Supra Nº 197) sino, en todo caso, una intimidación. Por ello, estimamos con Cornejo Chávez, que la violencia física no está dentro de las causales de anulación del matrimonio.

205. LA VIOLENCIA EN EL ACTO TESTAMENTARIO

El art. 809 del Código Civil también ha previsto a la violencia como causal de anulación del acto testamentario, sin que haya lugar a la duda pues además menciona a la intimidación, al dolo y al error. Sin embargo, creemos que obtener una declaración testamentaria por medio de la violencia es poco menos que imposible por las formalidades que debe revestir el acto testamentario.

Si se trata de testamento en escritura pública es imposible por las formalides que prescribe el art. 696. Si se trata de testamento cerrado es sumamente difícil, casi imposible, que se extienda con violencia, por la dimensión del documento y las formalidades posteriores prescritas por el art. 699. Y, si se trata de testamento ológrafo, que tiene que ser extendido de puño y letra del testador, es también sumamente difícil también por la dimensión del documento. Además, porque el testador puede, libremente y en cualquier momento, revocar sus disposiciones testamentarias, careciendo de valor toda declaración que haga en contrario, como lo preceptúa el art. 798.

(191) Derecho Familiar Peruano, T. I, págs. 223 y sigtes.

IV

LA INTIMIDACION

206. DELIMITACION CONCEPTUAL

La intimidación consiste en infundir temor en un sujeto para obtener por ese medio la manifestación de su voluntad, afectando su libertad y, por eso, constituye un genuino vicio de la voluntad. Al contrario de lo que ocurre con la violencia física, que desplaza la voluntad por lo que el acto "no es" del sujeto, la violencia moral o intimidación infunde un temor sobre el sujeto quien, cediendo, se aviene a declarar una voluntad que no responde a una decisión suya, libre y espontánea. Es la llamada *vis compulsiva* del Derecho Romano.

La noción que dejamos expuesta es la generalizada en la doctrina. Albaladejo[192] dice que la intimidación es un vicio consistente en la alteración del normal proceso formativo de la voluntad, pues aparece un motivo determinante –la intimidación– totalmente insólito y, aunque el sujeto realmente quiere lo que hace, no lo quiere, sin embargo, con absoluta libertad. Para Puig Peña[193] la intimidación no destruye la libertad de querer, pero sí la altera y, de ahí, el vicio del consentimiento. Los Mazeaud[194] acotan: *Voluntas coacta, est voluntas:* la víctima no ha aceptado contratar mas que para librarse del mal que teme, pero ha aceptado, por lo que el consentimiento existe pero está viciado. Para Betti[195] la intimidación influye sobre el proceso volitivo con la amenaza de un mal que, infundiendo temor, hace surgir un motivo que no debía operar pues sitúa a la voluntad ante una alternativa: la coloca en la necesidad de escoger entre la conclusión del negocio y el riesgo de sufrir el mal amenazado, produciéndose, en tal situación psicológica, la realización del negocio que representa: por consiguiente, el resultado de un juicio de conveniencia por el cual la víctima de la intimidación estima preferible someterse a aquella como un mal menor, con tal de evitar el mal amenazado, considerado por él como de mayor importancia, por lo que la decisión de realizar el negocio no es espontánea, no está engendrada y justificada por un motivo al que la voluntad haya asentido libremente, pero ello no impide que, de todos modos, la voluntad causal exista, aunque menguada en su libertad de decidirse. Stolfi[196], contraponiendo la intimidación o violencia moral a la violencia física, señala que ésta suprime totalmente la voluntad, como ocurre

(192) Derecho Civil I. Vol.II, pág. 188.
(193) Tratado de Derecho Civil Español. T.I, Vol.II, pág. 490.
(194) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. I, pág. 219.
(195) Teoría General del Negocio Jurídico. págs. 342 y 343.
(196) Teoría del Negocio Jurídico. pág. 195.

si Ticio tomando la mano de Cayo le fuerza a suscribir un documento, pues en este caso habrá solamente la apariencia de declaración porque el negocio es nulo; en cambio, si por el miedo se induce a consentir, se influye sobre la voluntad del interesado, pero no se la excluye, pues la parte intimidada puede optar entre el mal que le amenaza y la declaración que se le obliga a hacer: si elige esta última, cediendo a la presión del miedo, manifiesta no obstante su voluntad definitivamente y, por tanto, concierta un negocio jurídico que puede impugnar en vista de aquella anomalía. Messineo[197] dice que en la violencia síquica, compulsiva, no hay falta de voluntad sino vicio en el proceso de formación de la voluntad: proceso que, en efecto, está perturbado por una amenaza, pues la violencia sufrida por el sujeto ha determinado su voluntad, ejerciendo sobre ella una coacción, esto es, quitándole la espontaneidad del querer, por lo que concluye que, en sustancia, lo que es verdaderamente relevante, no es la violencia, sino el temor, el *metus*, que la misma provoca, y en cuanto la provoque, en la persona objeto de la amenaza.

Como puede apreciarse, pues, la intimidación es un genuino vicio de la voluntad, pues como precisa Albaladejo[198], operando psicológicamente sobre el declarante, la intimidación le deja un margen de libertad en cuanto puede escoger entre: primero, emitir la declaración que se le exige; segundo, soportar el mal con que se le amenaza; y, tercero, reaccionar contra quien lo intimida procurando, así, evitar tanto el emitir la declaración como sufrir el mal, pero no tiene la libertad completa que el Derecho requiere para que el acto sea válido. Realmente –concluye Albaladejo– hay voluntad, pero voluntad coactada y hay, por ello, una excepción a la irrelevancia jurídica de los motivos en que se apoya la voluntad y por lo injusto del motivo determinante de aquella, que es la intimidación, se permite impugnar el negocio.

La intimidación, pues, como vicio de la voluntad, se constituye por el temor que se infunde a un sujeto, pero que no hace desaparecer totalmente su voluntad. Según resume León Hurtado[199] en los primeros tiempos del Derecho Romano no constituía un vicio hasta que quedó establecida la acción *quod metus causa* para invalidar el acto jurídico cuando el autor o contratante formulaba su declaración de voluntad impulsado sólo por el miedo. Ospina y Ospina[200] señalan que los jurisconsultos romanos sólo admitieron que la intimidación podía constituir vicio de la voluntad cuando alcanzara una intensidad tal que la hiciera merecer el calificativo de atroz, *vis* atroz, por ser capaz de intimidar a un hombre de gran coraje, *homo constantissimus*, infundiéndole el temor de un gran mal, *metus majoris malitatis.*

(197) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, págs. 441 y 442.
(198) Derecho Civil I. Vol. II, pág. 188.
(199) La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos, págs. 218 y 219.
(200) Teoría General de los Actos o los Negocios Jurídicos, pág. 222.

La doctrina distingue la intimidación por constreñimiento corporal de la intimidación por amenazas. Pero ambas tienen un mismo fin, esto es, infundir temor, miedo. Según cita Aguiar[201], habría intimidación por constreñimiento corporal cuando alguien hubiese obligado al agente a practicar el acto, ya sea por medio de cualquier ofensa física en su persona y malos tratamientos, o por medio de privación de su libertad, mediante retención violenta, y, habría intimidación por amenazas cuando alguien hubiese obligado al agente a practicar el acto por amenazas injustas de hacerle un gran mal inminente o verosímil en su persona, libertad, honra o bienes, en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Ambas clases de intimidación, señala el autor argentino, se refieren a "cuando alguien hubiese obligado al agente a practicar el acto", o sea, cuando el agente lo realiza por sí mismo, por su propia determinación, tomada bajo la sugestión del miedo, pero al fin tomada por la víctima de la intimidación. Hace notar también Aguiar que la intimidación por constreñimiento corporal, en lo relativo al medio de la privación de la libertad, se refiere para practicar el acto y no para que no lo practique o se abstenga, porque desde el momento mismo en que a alguien se le priva de su libertad para que no haga algo, desde ese momento la abstención se produce por imposibilidad física. En tal caso –concluimos nosotros– no hay intimidación sino violencia física: no hay voluntad viciada, sino ausencia de voluntad.

Diferenciada la violencia física de la violencia moral y con el desarrollo de la noción de la intimidación, delimitado su concepto, puede percibirse claramente la diferencia. La violencia física, como lo hemos visto (Supra Nº 197), y lo hemos reiterado, anula la voluntad: el sujeto que la sufre es un mero instrumento pasivo de quien le impone su voluntad. La violencia moral o intimidación sólo vicia la voluntad del sujeto que la padece; él resuelve, se decide a prestar su declaración para la formación del acto jurídico, y lo hace con su propia voluntad, pero viciada. En ello radica la diferencia de ambas formas de violencia, aun cuando en la intimidación se violente físicamente al sujeto golpeándolo o hiriéndolo habrá intimidación si el sujeto cede a esta violencia, pero con conciencia de sus actos y que lo que declare será contrario a sus intereses.

La intimidación es, pues, un vicio que afecta la libertad para decidir y la espontaneidad de la manifestación de la voluntad y, por ello, además, se diferencia de los otros vicios de la voluntad, puesto que el error y el dolo afectan la función intelectual o cognoscitiva.

(201) Hechos y Actos Jurídicos. La Voluntad Jurídica, págs. 216 y 217.

207.LA NOCION LEGAL

La noción de intimidación ha sido llevada a la codificación civil con caracteres de definición, pues el Derecho Moderno receptó la violencia, como ya hemos advertido, enfatizando en la violencia moral o intimidación. Esta noción ha sido receptada también por nuestra codificación civil.

El Código de 1852, en su art. 1242, estableció que "La fuerza o la violencia deben ser tales que produzcan una impresión profunda en el ánimo del que las sufra, por amenazársele con un mal grave en su persona, la de su cónyuge, ascendientes o descendientes; o con la pérdida de todos o parte considerable de sus bienes". El Código de 1936 insufló esta norma a su art. 1090, que amplió la amenaza intimidatoria a personas distintas a las vinculadas conyugal o parentalmente con el agente pasivo de la intimidación.

El vigente Código, con los antecedentes acotados, ha ampliado el ámbito de las personas vinculadas afectivamente con el sujeto a quien se quiere intimidar en su art. 215: "Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o 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". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora, que mantuvo el tenor del art. 1090 del Código Civil de 1936, que le sirve de antecedente, pero la variación introducida para comprender el parentesco de consanguinidad y de afinidad en los grados que se precisan corresponde a la Comisión Revisora[202].

La noción legal que contiene el acotado art. 215 se complementa con la norma del art. 217, según la cual no constituyen intimidación la amenaza del ejercicio regular de un derecho ni el simple temor reverencial, de lo que nos ocuparemos más adelante (Infra Nº 208.1.c y Nº 208.3.c).

208. ELEMENTOS DE LA INTIMIDACION

De la noción contenida en el art. 215 del Código Civil, se infiere que la intimidación para configurarse requiere de los siguientes elementos: a) La amenaza; b) El mal; y, c) El temor. Estos elementos deben conjugarse con las pautas establecidas para que el juez califique la intimidación, como son la edad, el sexo, la condición de las personas y otras circunstancias, que el mismo Código considera en su art. 216.

(202) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 205 y 206.

208.1. La amenaza

La intimidación debe ser consecuencia de una amenaza, la cual debe estar dirigida a obtener una manifestación de voluntad en un determinado sentido, que es el impuesto por quien la utiliza. Si no existe amenaza no se configura la intimidación. Así, por ejemplo, el sujeto atemorizado sin que medie amenaza de alguien, si celebra un acto jurídico no podrá alegar que su voluntad estaba viciada.

Según Enneccerus[203], la amenaza es el anuncio, aunque sea embozado, de un mal futuro cuya realización se representa como dependiente del poder del que amenaza y que la hace, la empieza o continúa, precisamente, con el fin de determinar la manifestación de voluntad. Para ello –agregamos nosotros– el amenazado debe creer en el poder del amenazante y en el mal que le puede producir. Así, no sería amenaza que configure intimidación que un sujeto le diga a otro que "algún día se morirá", pero sí lo sería, si lo amenaza "con matarlo algún día". La amenaza debe estar, pues, en relación directa con el mal y puede consistir en expresiones verbales o escritas y también en hechos que pueden llegar a la agresión física.

León Barandiarán[204], en relación al sujeto amenazante o autor de la intimidación, señala que existe coincidencia en la doctrina en cuanto a que tal sujeto no requiere de capacidad para obligarse para que la violencia ejercida por él asuma el carácter de una circunstancia que estrague el consentimiento. Así, pues, –agregamos nosotros– la amenaza podría provenir de un enfermo mental o de un toxicómano, sin que esta condición del amenazante enerve el efecto jurídico de su amenaza.

El art. 215 se refiere a la amenaza, pues de otro modo no podría intimidarse al sujeto: "Hay intimidación cuando se inspira al sujeto ...". La expresión "se inspira" puede conducir a considerar que la amenaza deba ser sutil pero no es así, pues puede consistir de diversas y variadas maneras: desde el maltrato físico hasta la presión psicológica.

La doctrina más generalizada exige de la amenaza dos requisitos: a) que sea grave; y, b) que sea injusta o ilegítima.

208.1.a. La amenaza debe ser grave

La amenaza es grave, ha escrito Coviello[205], cuando el mal es, de tal

(203) Tratado de Derecho Civil. T.I. Parte General II. Vol.I, pág. 382.
(204) Acto Jurídico, págs. 140 y 141.
(205) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 438.

índole, que produce serio temor en una persona sensata, esto es, en una persona que no es de ánimo heroico ni tampoco pusilánime, sino dotada de una fortaleza común y ordinaria. Pero como se trata de un sujeto normal o de "una persona sensata", como indica el art. 216 el efecto de la amenaza debe calificarse atendiéndose a la edad, al sexo, a la condición de la persona y demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad. (Infra Nº 209).

La amenaza puede estar dirigida tanto a la persona de quien se quiere obtener la manifestación, como a la persona de su cónyuge, de sus parientes y demás personas con las que se presume que guarda relaciones de afectividad, o a sus bienes o a los bienes de éstos. Como indica también Coviello[206], no es necesario que el mal con el que se amenaza sea presente pues también puede ser futuro. Lo que debe ser actual es el temor, a cuyo influjo se celebra el acto jurídico.

La gravedad de la amenaza radica en que ella debe ser determinante de la voluntad del sujeto intimidado.

208.1.b. La amenaza debe ser injusta o ilegítima

La amenaza es injusta o ilegítima cuando consiste en un hecho contrario al Derecho, o cuando no representa el ejercicio regular de un derecho, o, como anota Betti[207], cuando se enlaza a la consecución de una ventaja desproporcionada e injusta. Así, por ejemplo, el acreedor que amenaza a su deudor con tomar represalias personales si no le paga o el acreedor que entabla un proceso judicial no para obtener el pago sino para agravar de manera ilícita la condición del deudor, haciéndole reconocer obligaciones mayores o el pago de intereses usurarios.

La amenaza, por lo mismo que tiene una finalidad intimidatoria, es injusta o ilegítima.

208.1.c. La amenaza con el ejercicio regular de un derecho

Como acabamos de ver, para configurar la intimidación la amenaza debe ser injusta o ilegítima. Si la amenaza consiste en el ejercicio regular de un derecho es, entonces, justa y, además, legítima.

(206) *Ibídem*, pág. 439.
(207) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 344.

La cuestión nos sitúa frente a la figura del abuso del derecho, que se configuraría si no existe una relación directa y proporcional entre la amenaza y el derecho. Los Mazeaud[208] estiman que una persona tiene el derecho de usar la coacción para obtener lo que se le debe, pero que el acreedor que desnaturaliza ese derecho de su finalidad comete un abuso si, aprovechándose de esa situación, intenta obtener una promesa sin relación, o incluso tan sólo fuera de proporción, con la obligación primitiva. Messineo[209] considera que la amenaza, por sí, puede ser injusta y que, cuando no lo sea, no debe ser tomada en consideración por la ley porque una amenaza justa es legítima. Sin embargo, agrega que la amenaza de hacer valer un derecho es presión, pero no es, por sí, injusta y, por consiguiente, no vale como violencia y que la amenaza es tal solamente si está dirigida a hacer conseguir injustas, esto es, exorbitantes, ventajas en el negocio, o una prestación no debida, como es el caso del chantaje, pues la amenaza de revelar un secreto que, si es conocido perjudica al amenazado, es violencia injusta.

El art. 217 del Código Civil establece que "La amenaza del ejercicio regular de un derecho y ... no anulan el acto", esto es, que no constituye intimidación. La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[210] y registra como antecedente la del art. 1091 del Código Civil de 1936, respecto de la cual Olaechea[211] dejó señalado que no hay intimidación por amenaza injusta cuando quien la formula se limita al ejercicio regular de su derecho.

León Barandiarán[212], en comentario aplicable a la norma vigente, fue del parecer que la amenaza puede ser injusta en cuanto a su fin, si se pretende obtener algo a lo que no se tiene derecho, o en cuanto a sus medios, y que la disposición contempla el caso segundo, lo que es lógico, pues la amenaza de ejercer un derecho que se tiene no puede ser injusta, lo que es elemental, así como tampoco la de ejecutar tal derecho en forma regular, que es lo que dice el artículo. Pero, en el razonamiento del maestro, lo que más interesa es si es calificable como injusta la amenaza por los medios de que ésta se vale y que son los medios los que hacen que el ejercicio del derecho sea anormal o abusivo. Por eso, creemos que acierta León Barandiarán cuando centra la cuestión en el proceder del titular del derecho y dice que el ejercicio abusivo de un derecho, reprobable en sí, debiera merecer una sanción como la de anular la declaración obtenida por ese medio, así respecte a un derecho legítimo pues "no existe un ilegítimo derecho sino sólo ilegítimos procederes".

(208) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda II. Vol. I, pág. 221.
(209) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 443.
(210) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág. 207.
(211) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, pág. 6.
(212) Acto Jurídico, pág. 149.

Por ello, consideramos nosotros, que establecida la proporcionabilidad entre el derecho que se ejercita y la manifestación, se está frente a un ejercicio regular que, de ningún modo, podrá ser invocado como causal de anulabilidad del acto. De ahí, que la intimidación sólo puede configurarse si se considera la norma del art. 217 a *contrariu sensu.*

208.2. El mal

El mal en que consiste la amenaza debe ser tal que, como dice Ennecerus[213], coloque al amenazado en una "situación de violencia". Puig Peña[214] expresa que tiene que ser considerable y grave, que tiene que ser un *timor mayoris malignitatis*, es decir, que comparado con la declaración que se quiere arrancar implique mayor mal para la víctima, la cual, como es natural, escoge el mal menor, o sea, la manifestación de voluntad que se le quiere arrancar.

La doctrina y la legislación han dado diversas calificaciones al mal que se constituye en elemento de la intimidación. Nosotros vamos a tomar las de inminente y grave, que el Código de 1936 adoptó del Código argentino y que el vigente Código mantiene en el art. 217.

208.2.a. El mal debe ser inminente

La inminencia del mal implica que su ocurrencia no sea remota, si bien no inmediata, y que la víctima de la intimidación se sienta imposibilitada de evitarlo. Si el mal no fuera inminente, como explica Aguiar[215], y no siguiera a la amenaza, el amenazado se encontraría en situación de prevenirlo y hasta de evitarlo, ya sea por sus propios medios, ya reclamando la intervención de la autoridad pública, por lo que al contrario, si el mal no es immediato a la amenaza y va a realizarse en un futuro remoto, el amenazado no podría alegarlo como causa de impugnabilidad de su acto. Para León Barandiarán[216], la inminencia del mal no debe significar su proximidad pues la razón por la que se vicia el consentimiento del amenazado es que éste supone la verificación del mal, independientemente de su proximidad.

La inminencia del mal, por lo que queda expuesto, es correlativa a los medios de los que el amenazado puede servirse para evitarlo. Por ello, no es una cuestión que pueda resolverse en abstracto, por unidades de tiempo, breves o largas, que deben correr entre el momento de la amenaza y su rea-

(213) Tratado de Derecho Civil. T.I. Parte General II. Vol.II, pág. 383.
(214) Tratado de Derecho Civil español. T.I. Vol. II, pág. 492.
(215) Hechos y Actos Jurídicos. I. La Voluntad Jurídica, págs. 226 y 227.
(216) Acto Jurídico, pág. 141.

lización, porque puede suceder, sobre todo cuando se trata de amenaza de males morales, como la deshonra o la difamación por revelación de secretos, que las medidas preventivas sean contraproducentes pues hacen conocer a los demás lo que no se quiere que se divulgue, por lo que cuando se cede a la amenaza y se celebra el acto es, justamente, para evitar aquella divulgación. De ahí, que la inminencia del mal no se refiere a que deba realizarse en un futuro inmediato, sino que se trate de un mal que no puede evitarse en el intervalo de tiempo que medie entre la amenaza y su ejecución.

La inminencia del mal debe entenderse, pues, que se trata de un mal que, aunque de realización mediata, tiene la fuerza suficiente como para viciar la manifestación de voluntad del que sufre la amenaza, ya que el amenazado es quien considera que puede y está por suceder.

208.2.b. El mal debe ser grave

La gravedad del mal consiste en que realmente pese en el ánimo del amenazado y no debe ser una simple molestia o contrariedad. El amenazado debe sentirse fuertemente presionado por el mal que se cierne sobre su persona o bienes o sobre las personas y sus bienes, con las cuales guardan la más estrecha vinculación afectiva.

El mal grave, según Aguiar[217], es aquel que necesariamente ha de producir en el ánimo de la víctima la representación intelectual de un gran dolor físico o moral frente a la representación de otro dolor, menos intenso, que le producirá la celebración del acto que se le exige. El mismo autor argentino lo explica no en el contraste de representaciones de especies diversas, del dolor y del placer, por ejemplo, sino por la diferencia de la intensidad entre varias de una misma especie, siempre que todas sean penosas para el agente, porque si se le exige que haga algo que le conviene o que le es agradable, aparte de que la amenaza no habría tenido influencia en su espíritu, de nada tendría que quejarse. Por eso. entre el dolor que produce la amenaza y el que nos producirá la realización del acto que se exige, aunque aquél fuese a ser más intenso, tampoco basta para calificarlo de grave, pues es necesario algo más que una diferencia de grado entre un dolor y otro: es preciso que el que queremos evitar sea de aquéllos que producirían dolores físicos o morales tan agudos o la privación de cosas tan amadas, que todos los demás intereses o afectos se encuentran en un plano inferior en la escala de la estimación del sujeto y cuyo sacrificio no sería humano exigírsele.

La gravedad del mal, para León Barandiarán[218], consiste en que el

(217) Hechos y Actos Jurídicos. I. La Voluntad Jurídica, págs. 227 y 228.
(218) Acto Jurídico. págs. 141 y 142.

mal con el que se amenaza produzca impresión decisiva en el ánimo del sujeto, llevándolo a hacer la declaración, pues no impera un criterio objetivo sino subjetivo, esto es, que el temor producido haya perturbado la voluntad del sujeto. Sin embargo, no se trata sino de una presunción, pues como lo señala el maestro, la gravedad del mal deberá apreciarse en cada caso concreto y establecerse si el mal fue o no reputado grave por el declarante y, en consecuencia, si perturbada o no su voluntad, lo llevó a obligarse. Por ello, es arbitrario, como concluyó León Barandiarán, imponer una norma objetiva sobre la gravedad del mal para deducir de ella *a fortiori* si el obligado procedió o no con libertad.

La intensidad con que gravite la amenaza en el ánimo del sujeto, a nuestro parecer, es la medida de la gravedad que se atribuye al mal. Por eso, la apreciación tiene que ser casuística pues no todos los seres humanos tienen la misma fortaleza, el mismo temple, para hacer frente a las amenazas. Lo que hace ceder a una persona puede no ser causa suficiente para otra y, de ahí, que la apreciación de la gravedad del mal deba ser subjetiva.

208.3. El temor

El mal que conlleva la amenaza debe producir temor. Puig Peña[219] lo considera el elemento subjetivo del miedo y define el temor como una *mentis trepidatione*, es decir, como una conmoción del espíritu ante la presencia de un mal y al que con dificultad se puede resistir.

Pero no cualquier temor configura la intimidación como vicio de la voluntad. En el Derecho Romano, según anotan Arauz Castex y Llambías[220] no se protegía la debilidad de carácter y sólo se consideraba la intimidación suficiente para amedrentar a un hombre de coraje, pues la intimidación se apreciaba objetivamente. Lo mismo ocurrió con la antigua legislación española, que sin duda atemperada por la influencia del cristianismo, no fue tan exigente, pero mantuvo también un criterio objetivo. El Código Napoleón introdujo el criterio de que la intimidación fuera suficiente como para impresionar a una persona razonable, con lo cual mantuvo el tradicional criterio objetivo, pero aludiendo a la consideración de la edad, el sexo y la condición de la persona, lo cual corresponde a un criterio subjetivo.

Como hemos advertido, el Código de 1936 siguió al Código argentino en la noción de la intimidación y, en este aspecto, adoptó también la idea del "fundado temor" y el criterio subjetivo, en cuanto a tomar en consideración la

(219) Tratado de Derecho Civil Español. T.I. Vol.II, pág. 491.
(220) Derecho Civil. Parte General. T.II, págs. 339 y 340.

edad, el sexo, la condición de la persona y demás circunstancias que permitan calificar la intimidación. El art. 215 del vigente Código Civil, como ya lo hemos puntualizado, mantiene el criterio del de 1936, por lo que la configuración de la intimidación supone necesariamente un "fundado temor".

El mal con el que se amenaza debe suscitar, pues, un fundado temor, esto es, razonable. León Barandiarán[221] opinó que lo fundado o razonable del temor no se armoniza con la naturaleza subjetiva de la intimidación y que existe incoherencia en cuanto al criterio objetivo que se deduce de la característica que debe revestir el temor y las condiciones personales del sujeto que deben ser examinadas, que constituyen un criterio subjetivo. Por eso, para el maestro lo que debe interesar es precisar que debe existir una amenaza que sea la causa determinante de la declaración, pues si la declaración se produce más bien que por un temor infundido por propias motivaciones espontáneamente surgidas en el ánimo del declarante y no causadas por la otra parte, no hay relación de causalidad entre la amenaza y la declaración y, como esta relación es presupuesto *sine qua non* para la anulabilidad del acto, tal anulabilidad no sería procedente. Lo que se necesita –enfatizó León Barandiarán– es que el temor infundido sea el factor determinante de la declaración, pues pueden concurrir, dentro del complejo de toda decisión humana, variados motivos, por lo que ese carácter determinante hay que apreciarlo en relación al sujeto declarante y a la efectiva impresión que él ha sufrido, por encima de un criterio simplemente objetivo.

El "fundado temor" al que se refiere el art. 215 tiene, pues, que considerarse subjetivamente. Aun en la hipótesis de que no existiera precepto para calificar la intimidación, como el del art. 216, ésta tendría que hacerse en función de la persona que la sufre, ya que la reacción frente a la intimidación depende de la estructura psíquica de cada sujeto y de su valoración de las personas y las cosas, pues la amenaza no sólo puede estar dirigida a él y a sus bienes, sino también a las personas, o a los bienes de éstas, con las cuales guarda especiales relaciones de afecto.

208.3.a. El temor por la amenaza a la persona del intimidado, a la de sus parientes y a la de terceros

El mal con el que se amenaza, y que produce el temor, puede estar referido tanto a la persona cuya voluntad quiere violentarse mediante la intimidación como a personas con las que tiene vínculos de parentesco y de afectividad.

(221) Acto Jurídico, págs. 142 y 143.

Como lo señala Coviello[222] no siempre es de estimar que la amenaza de un mal dirigido a persona diversa de la que ejecuta el negocio jurídico infundió, en el ánimo de ésta, el mismo temor que se habría producido por la amenaza a ella y que por eso la ley dispone que hay violencia cuando el mal con el que se amenaza se dirige contra la persona del cónyuge, de un descendiente o ascendiente de quien, para evitar el mal, celebra el negocio jurídico que de otro modo no habría verificado. En cambio, continúa Coviello, si el mal afecta a otras personas, a otros parientes, o amigos, o a la novia, el juez, antes de pronunciar la nulidad del negocio, deberá examinar, según las varias circunstancias de hecho, si era tan íntimo el afecto entre la persona amenazada y la que ha celebrado el negocio como para que pueda creerse que ésta no ha obrado con la espontaneidad necesaria sino bajo la influencia del temor.

Se trata, pues, del ámbito afectivo del sujeto que es intimidado en la persona de parientes y de terceros. El Código Civil en su art. 215 acoge como elemento de la intimidación el que el mal amenazado esté dirigido a persona distinta de quien se pretende intimidar y encuadra la esfera afectiva del intimidado al considerar a los parientes de hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Los primeros, conforme al Civil, son las personas que descienden unas de otras o de un tronco común, determinándose el grado de parentesco por el número de generaciones hasta llegar, en la línea colateral, al cuarto grado (art. 236) mientras que los parientes por afinidad son consecuencia del matrimonio y en relación a cada cónyuge respecto de los parientes consanguíneos del otro, que, en la línea colateral, alcanza hasta el segundo grado (art. 237).

Pero, como hemos visto, el art. 215 comprende dentro del ámbito afectivo del intimidado a personas que no son parientes, por lo que hay que distinguir entre los parientes y quienes no lo son.

En el caso que el mal amenazado esté dirigido a parientes, la doctrina más generalizada considera que existe una presunción de afectividad basada, precisamente, en los vínculos de parentesco, en virtud del cual se puede impugnar el acto alegándose la intimidación. Lo mismo no ocurre cuando se trata del mal amenazado dirigido a terceros que no guardan relación de parentesco con quien alega la intimidación para anular el acto, quien deberá asumir la prueba de la relación de afectividad y que la amenaza dirigida a tales personas afectó su voluntad.

(222) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 239.

208.3.b. El temor por la amenaza sobre los bienes del intimidado o sobre los bienes de sus parientes o terceros

El mal con el que se amenaza puede estar dirigido a los bienes del intimidado, a los de sus parientes y a los de terceras personas, pues se considera que si bien la relación de afectividad se da entre las personas, puede existir un apego a los bienes, sobre todo los del propio intimidado, por lo que la amenaza puede llegar a infundir un temor que configura la intimidación.

La amenaza sobre los bienes puede afectar gravemente el proceso formativo de la voluntad, coactando la libertad de decidir, por lo que el art. 215, *sub exámine*, ha considerado esta hipótesis intimidatoria.

208.3.c. El temor reverencial

El temor reverencial, como acota Aguiar[223], lejos de proceder de la violencia, encuentra su causa en los sentimientos del amor conyugal o filial y en los de la sumisión respetuosa y consciente del inferior al superior. Según Coviello[224], si el temor no deriva de la amenaza de un mal, sino sólo de un profundo sentimiento de respeto ilimitado o de ciega obediencia hacia otra persona, se configura el temor reverencial.

La noción del temor reverencial que tiene antecedentes en el Derecho Romano se hizo presente en la codificación civil y, desde el Código Napoleón llegó al Código de 1852 como "temor reverencial a los padres" (art. 1243) y luego al de 1936, que lo limitó al "simple temor reverencial" (art. 1092), como ha sido receptado por el vigente Código. En la norma del art. 217, como en su antecedente, el criterio legislativo es uniforme: "... y el simple temor reverencial no anulan el acto", lo que significa que el temor reverencial, cuando no es simple, puede ser invocado para impugnar el acto.

León Barandiarán[225] precisó el marco conceptual del temor reverencial en nuestra codificación a partir de 1936, señalando que es el respeto que alguien debe a otro aun fuera de los casos en que haya una subordinación regularizada por la ley o generalmente amparada por las relaciones sociales. Así, las atenciones para con un hermano más viejo, un benefactor, un padrino, un confesor, un abogado, puede tener esa significación.

La moderna doctrina y el Código italiano se ocupan también del temor reverencial. Al respecto, Messineo[226] anota que el solo temor reverencial,

(223) Hechos y Actos Jurídicos. I. La Voluntad Jurídica, pág. 230.
(224) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 440.
(225) Acto Jurídico, pág. 152.
(226) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 442.

como el que se experimenta respecto de personas que tienen un especial ascendiente, no disminuye la validez del negocio. Betti[227] advierte que la posición de ilimitado sometimiento y de ciega obediencia no configura por sí una violencia, pero puede suministrar el clima psicológico para un abuso de autoridad que revista aquel carácter. Por último, Stolfi[228], es del parecer que si el temor no dimana de la amenaza de un mal, sino de temor reverencial, es decir, de un profundo sentimiento de ilimitado obsequio o de ciega obediencia hacia otra persona, el negocio concertado por tal motivo no será impugnable, pero puede serlo si la persona a quien se reverencia ocurre en el caso concreto a la amenaza para mantener o aumentar su ascendiente, ya que en tal caso hay más que un simple temor reverencial y de ello deriva violencia.

Nosotros creemos que en el orden de las ideas que se han expuesto es como se debe interpretar el art. 217: es el simple temor reverencial el que no puede anular el acto. Pero si la persona reverenciada presiona de algún modo al reverenciante, haciendo valer, precisamente, la relación que tiene con éste, entonces sí habrá lugar a la anulación.

209. EL CRITERIO PARA CALIFICAR LA INTIMIDACION

Ya hemos visto al ocuparnos del temor (Supra Nº 208.3), que la codificación civil, iniciada con el Código Napoleón, introdujo la idea de la "persona razonable" como criterio objetivo para la apreciación de la intimidación y que el Código argentino tomó la noción del "temor fundado", acogida por nuestro Código de 1936 y también por el vigente Código, habiendo el Código italiano, con la misma finalidad, adoptado la expresión "persona sensata" y que la codificación civil, en general, no se ha decidido por la prevalencia de un criterio objetivo, pues dispone que la apreciación de la intimidación debe hacerse tomando en consideración datos tales como la edad, el sexo y la condición de la persona.

El art. 216 del vigente Código Civil, tomado del Proyecto de la Comisión Reformadora[229] y reproduciendo el tenor del art. 1091 del Código de 1936, establece que para calificar 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". La norma, al igual que su antecedente, ha recibido el aserto de León Barandiarán[230] en cuanto que es la consagración del sistema subjetivo.

(227) Teoría General del Negocio Jurídico, pág.345.
(228) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 198.
(229) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 206 y 207.
(230) Acto Jurídico, págs. 147 y sigtes.

Con el criterio adoptado en nuestra codificación civil, el art. 216 es, pues, la reiteración del criterio subjetivo para la calificación de la intimidación, ya que al referirse a los factores y circunstancias que han de tenerse en cuenta para apreciarla ha tomado en consideración factores adecuados, toda vez que para apreciar la intimidación no hay que situarse ni ante un héroe ni ante un pusilánime, sino sólo ante un ser humano.

210. INTIMIDACION PROVENIENTE DE TERCERO

La intimidación puede provenir de una de las partes o de un tercero. La doctrina y la codificación le dan igual trato y le señalan los mismos efectos: la anulabilidad del acto. La solución viene desde el Derecho Romano.

El art. 214 del Código Civil precisa que la intimidación es causa de anulación del acto jurídico "aunque haya sido empleada por un tercero que no intervenga en él". La norma, como ya lo hemos indicado, fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora y no tiene una feliz redacción pues con redundancia se refiere a un tercero "que no intervenga en él" (en el acto).

La anulación del acto es por causa de la intimidación, que es causal anulatoria por sí misma, y el art. 214 deja en claro que es así, sea que el tercero haya o no estado en connivencia con una de las partes.

211. LA INTIMIDACION EN LOS ACTOS UNILATERALES

Por la solución que tradicionalmente, desde el Derecho Romano, se da a la intimidación proveniente de persona extraña al acto, ésta es también causal de anulabilidad de los actos unilaterales, sean o no recepticios, como se ha previsto para el acto testamentario (Infra Nº 218).

212. EFECTOS DE LA INTIMIDACION

Ya hemos señalado, a lo largo del desarrollo del tema, que la intimidación acarrea la anulabilidad del acto jurídico, constituyéndose en una genuina causal anulatoria (Infra Nº 231.2) y porque así lo establece el art. 214 del Código Civil. La acción anulatoria debe dirigirse contra la otra parte y, si el acto es unilateral, contra el autor de la intimidación.

Pero, además, constituyendo la intimidación un ilícito civil, la víctima queda legitimada a demandar la indemnización de los daños y perjuicios. Esta acción podrá ser incoada contra la parte que empleó la intimidación y, en caso de porvenir de tercero, sólo contra éste, salvo que hubiera actuado en connivencia con la otra parte.

213. IRRENUNCIABILIDAD DE LAS ACCIONES FUNDADAS EN LA INTIMIDACION

Al igual que las acciones derivadas del dolo y de la violencia física, las acciones fundadas en la intimidación son irrenunciables, tanto la anulatoria como la indemnizatoria, pues el art. 218 del Código Civil preceptúa que es nula la renuncia anticipada de la acción que se funde en intimidación.

La norma, como en los casos anteriores, se explica y se justifica en el ilícito civil, y aun penal, que constituye la intimidación. La renuncia posterior es posible por su implicancia con la figura de la confirmación (Infra Nº 242).

214. LA VÍA PROCESAL

El Código Civil, como tampoco el Código Procesal Civil, han determinado la vía procesal para el trámite de las acciones fundadas en la intimidación, por lo que, como en los casos anteriores, consideramos que corresponde tramitarlas como proceso de conocimiento, correspondiendo al órgano jurisdiccional fijar en definitiva la vía procesal.

215. LA PRUEBA DE LA INTIMIDACION

La prueba de la intimidación corresponde a quien la alegue: *onus probandi incumbit actori*. Probar la intimidación, como dicen los Mazeaud[231], es establecer un hecho jurídico.

Para la prueba de la intimidación, orientada a producir certeza en el órgano jurisdiccional, están autorizados todos los medios de prueba y, si bien, de manera explícita el Código Civil no ha establecido presunciones para facilitar la prueba, consideramos que ellas existen, así como también un principio de distribución de la carga de la prueba.

En efecto, en relación a la amenaza a la persona de los parientes del intimidado, o a sus bienes, una presunción viene a facilitar la prueba de la intimidación, puesto que la relación de parentesco supone una relación afectiva, por lo que será la parte demandada, a la que se imputa la intimidación, la que tendrá que demostrar que no existía tal relación de afectividad, pues se trata de una presunción *iuris tantum*. Si no se enerva el valor probatorio de la presunción, el órgano jurisdiccional deberá resolver en mérito de tal presunción.

(231) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol.I, pág. 225.

Distinta es la situación cuando la amenaza es a la persona, o a sus bienes, que no tiene relación de parentesco con el intimidado. En este caso, es el intimidado accionante quien debe asumir la carga de la prueba y demostrar la relación de afectividad con el tercero. En este caso, el órgano jurisdiccional deberá resolver "según las circunstancias" a que se refiere el art. 215 del Código Civil.

216. PRESCRIPTIBILIDAD DE LAS ACCIONES

Las acciones fundadas en la intimidación, tanto la anulatoria como la indemnizatoria, son prescriptibles, conforme al inc. 4 del art. 2001 del Código Civil, que hace prescribir en un plazo de 2 años la acción para la anulación fundada en la intimidación y, en el mismo plazo, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual, que es el caso de la intimidación que, como ya advertimos, constituye un ilícito civil.

El plazo se computa desde el día en que pudieron ser ejercitadas tanto la acción anulatoria como la acción indemnizatoria, conforme al art. 1993 del Código Civil.

217. LA INTIMIDACION EN EL MATRIMONIO

Consideramos conveniente también detenernos en el matrimonio por cuanto nuestro Código Civil, como ya lo hemos dejado advertido (Supra Nº 204), en razón que las formalidades previas y concomitantes a la celebración del matrimonio (arts. 248 y siguientes), hacen imposible la violencia física pero sí la moral o intimidatoria.

El art. 277, inc. 6, preceptúa que "Es anulable el matrimonio: ... De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído. El Juez apreciará las circunstancias, sobre todo si la amenaza hubiera sido dirigida contra terceras personas. La acción corresponde al cónyuge perjudicado y sólo puede ser interpuesta dentro de un plazo de dos años de celebrado. El simple temor reverencial no anula el matrimonio". La norma está tomada de la propuesta de Cornejo Chávez a la Comisión Reformadora, con la adición introducida por la Comisión Revisora relativa al temor reverencial[232].

Como puede apreciarse, el criterio informante de la norma es el que hemos desarrollado en relación a los arts. 214, 215 y 216 (Supra Nº 212, Nº

(232) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 282 y 290.

208 y Nº 209). Además, queremos remitirnos al caso del rapto y la retención violenta, prevista como causal de anulabilidad en el inc. 3 del mismo art. 277, situación que hemos considerado que configura intimidación (Supra Nº 204).

Por último, consideramos oportuno precisar que la acción anulatoria del matrimonio está sometida no a un plazo de prescripción sino de caducidad, desde que se indica que la acción debe interponerse en un plazo de dos años de celebrado el matrimonio [233].

218. LA INTIMIDACION EN EL ACTO TESTAMENTARIO

La intimidación en el acto testamentario está prevista en el art. 809 del Código Civil, siendo pertinente lo que hemos dejado expuesto al referirnos a la intimidación en los actos unilaterales (Infra Nº 211).

(233) Vide, del autor, Prescripción Extintiva y Caducidad, págs. 183 y sigtes.

Capítulo XIV

LA NULIDAD DEL ACTO JURIDICO

Capítulo XIV

LA NULIDAD DEL ACTO JURIDICO

219. PREMISA

Al considerar la estructura del acto jurídico nos hemos detenido en sus elementos esenciales (Supra Nº 31) señalando que son los componentes imprescindibles que permiten su formación, o sea, que han de estar presentes para que el acto jurídico alcance existencia jurídica y validez. El acto jurídico se forma, existe, cuando los elementos esenciales que vienen a ser sus requisitos de validez, que pueden ser de carácter general y especial, concurren. Por ello, también, al iniciar el estudio de cada uno de los elementos esenciales (Supra Nº 35, Nº 44, Nº 49, Nº 53 y Nº 57) adelantamos las causales por las cuales podía el acto jurídico quedar incurso en nulidad.

Al plantear el estudio de la nulidad del acto jurídico algunos autores lo inician explicando la diversa terminología y otros lo hacen a partir de los conceptos de inexistencia, de invalidez o de ineficacia. Nosotros vamos a centrarnos sólo en el tratamiento de la nulidad, dentro del marco conceptual que informa a nuestra codificación civil, siendo de advertir, desde ya, que estando el acto inexistente inmerso en el acto nulo, nuestro sistema jurídico sólo considera a éste y al acto anulable.

220. ANTECEDENTES Y EVOLUCION DEL SISTEMA INCORPORADO A NUESTRA CODIFICACION CIVIL

Con la finalidad de estudiar la Teoría de la Nulidad del Acto Jurídico incorporada en nuestra codificación civil y, por esa vía, a nuestro Código vigente, es imprescindible hacer referencia a los antecedentes en el Derecho Romano, así como a la sistematización de las nulidades receptadas en el Código Napoleón y en los Códigos con los que se ha entroncado nuestra codificación.

220.1. El Derecho Romano

En Roma, según apuntan los Mazeaud[1], por razones derivadas de la práctica procedimental se distinguió entre la sanción de derecho civil, en que se incurría por falta de uno de los requisitos de validez del contrato, lo que vino a ser la nulidad absoluta o el acto nulo, y, la protección que el Pretor concedía, en virtud de su *imperium*, a los menores, así como a los contratantes cuyo consentimiento hubiera sido viciado, lo que ha venido a ser la nulidad relativa o el acto anulable.

A esta distinción, como veremos, se llegó luego de un largo proceso evolutivo pues, como afirma la generalidad de los romanistas, para el antiguo *Ius Civile* no existió el concepto de anulabilidad el que sólo surgió con el *Ius Pretorium*.

Arauz Castex y Llambías[2] resumen la evolución de las nulidades en el Derecho Romano señalando que, dentro de la comprensión simplista del primitivo Derecho Romano, la nulidad era una sanción que correspondía a un defecto de forma en el acto que sólo era perfecto cuando estaba revestido de las solemnidades adecuadas pese a los vicios internos de que adoleciera, ya que sólo era nulo si padecía de algún vicio de forma. La nulidad –según estos autores argentinos– era uno de los resortes esenciales del régimen formalista de los primeros tiempos romanos y que entonces presentaba tres caracteres principales: 1º funcionaba de pleno derecho, por lo que el juez se limitaba a verificar la existencia de la causa que daba lugar a la sanción; 2º podía ser opuesta por cualquier interesado; y 3º el acto sujeto a la sanción no podía confirmarse. Para los mismos autores argentinos, en una época muy posterior se admitió, junto a las nulidades de derecho, las nulidades pretorianas o dependientes de acción judicial pero que, antes de llegarse a este resultado, fue necesario atravesar por tres etapas intermedias que correspondieron a los remedios escogidos por el Pretor para reparar las situaciones injustas que la ley primitiva no reparaba. En la primera etapa, el Pretor, sin afectar la teórica perfección del acto, concedía a la parte perjudicada por el vicio interno el derecho de repetir lo que hubiese pagado, es decir, el derecho de obtener la restitución de lo entregado a causa del acto viciado. En la segunda etapa, aún se respetaba la eficacia del acto viciado, pero el Pretor castigaba a la parte que quisiera ejecutarlo con una multa de hasta el cuádruplo de su valor si el vicio consistía en la violencia. Finalmente, en la tercera etapa, el Pretor interpuso su *imperium* para rescindir el acto y desligar a las partes del mismo, con lo que quedó establecida una nueva nulidad de origen pretoriano, que presentaba las siguientes características:

(1) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol.I. págs. 338 y 339.
(2) Derecho Civil. Parte General. T.II. pág. 404.

1ª dependía de la apreciación judicial; 2ª importaba una medida de protección en favor de alguna de las partes y, consiguientemente, sólo ella podía pedirla; y 3ª podía purgarse con la confirmación del acto.

La evolución a que hemos hecho referencia, como puede apreciarse, permitió la posterior distinción entre actos nulos y actos anulables. Según expone Zanonni[3], mientras que el *Ius Civile* tenía por válidos los actos jurídicos si se habían observado las formalidades, el *Ius Pretorium* cuidaba que los efectos generados por los actos jurídicos no hubieran sido injustamente obtenidos, concediendo, para el caso, la *actio* o la *exceptio* que permitieran reparar la injusticia. De este modo, mientras la nulidad permitida por el *Ius Civile* operaba *ipso iure*, la del Derecho Pretoriano resultaba del ejercicio de la *actio* o de la *exceptio.*

La distinción trazada por el *Ius Civile* y el *Ius Pretorium* ha subsistido y en ella radica la dicotomía entre actos nulos y actos anulables, que se basa, precisamente, en la tradición romanista y cuyo origen histórico está en la incompetencia del Pretor frente a los actos válidos para el *Ius Civile,* pues respecto de tales actos sólo podía poner a disposición de los interesados los medios que le permitía su *iurisdictio,* esto es, la *actio* y la *exceptio.*

Con la evolución del Derecho Romano la distinción entre nulidad y anulabilidad basada en la validez de los actos jurídicos según el *Ius Civile* fue perdiendo significación y el criterio que se fue imponiendo radicó en la causa de la nulidad. Así, era nulo el acto al cual le faltaba un elemento esencial y, anulable, el que podía ser rescindido por causa que debía invocar el interesado, porque el acto era válido en su origen. Se configuraron así, y se distinguieron, las nulidades absolutas y las nulidades relativas.

220.2. El Código francés

La recepción del Derecho Romano en el Código Civil francés, como ya lo hemos resaltado (Supra Nº 3.1), no incorporó ni desarrolló conceptos relativos al acto jurídico y, en consecuencia, tampoco receptó conceptos relativos a su nulidad. La nulidad fue considerada como un medio de extinción de las obligaciones, legislando el Código Napoleónico sobre "la acción de nulidad o de rescisión de las convenciones" (Sección VII del Capítulo V, Título III del Libro Tercero, arts. 1304 a 1314).

Ante el tratamiento dispensado por el Código Napoleón, la doctrina francesa formuló una sistematización de las nulidades distinguiéndolas en nuli-

(3) Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos, págs. 146 y sigtes.

dades absolutas o de orden público y nulidades relativas o de interés privado. La sistematización doctrinaria la recogió la jurisprudencia y, por obra de ella, la sentencia que declara la nulidad hace que ésta sea absoluta o relativa, que opere retroactivamente y que produzca el efecto de poner las cosas en el estado anterior al día en que se celebró el acto que padecía la nulidad, aunque con las limitaciones inherentes al hecho de la ejecución o no del acto. Así lo explica Josserand[4], para quien la sentencia alcanza no sólo a las partes sino también a los terceros.

Es importante señalar que en la época de la redacción del Code Civil se formuló la Teoría del Acto Inexistente, que Lloveras de Resk[5] considera que tuvo su origen en Francia, siendo adoptada y desarrollada por los juristas de aquel país, especialmente por los de la escuela de la exégesis y que, por ello, el tema de la inexistencia del acto es un "tema francés".

La Teoría del Acto Inexistente ha dado lugar a hondas divergencias en la propia doctrina francesa. Así, para un sector, dentro del que se puede ubicar a Josserand, se distingue la inexistencia de la nulidad: en la inexistencia el acto carece de un elemento esencial, como la falta de voluntad; en la nulidad, que puede estar referida al acto nulo, se considera el acto existente pero afectado de un vicio que determina su extinción, como puede ser la colisión con el orden público, o, que puede estar también referida al acto anulable, que siendo igualmente un acto existente está también afectado de un vicio que sólo hiere intereses privados, los que pueden plantear su aniquilamiento. Para otro sector, dentro del que se puede ubicar a los Mazeaud, la inexistencia es una categoría inútil y por eso consideran que sólo debe hablarse de nulidad absoluta y de nulidad relativa.

220.3. El Código peruano de 1852

Nuestro Código Civil de 1852, siguiendo el modelo napoleónico, tampoco incorporó el concepto de acto jurídico e ignoró su Teoría (Supra Nº 3.5.a). Se ocupó de la nulidad como nulidad de los contratos (Título 8º, Sección Octava del Libro Tercero, arts. 2278 a 2301).

El Código de 1852 asimiló a la nulidad la inexistencia, a la que consideró como nulidad *ipso iure,* pues preceptuó que "Los contratos prohibidos por la ley, sea por su materia o por su forma, y en general, todos aquellos en que la nulidad aparece del mismo acto, se reputan no hechos y no producen efecto alguno" (art. 2278) y que "También se reputan no hechos, y no produ-

(4) Derecho Civil. T. II. Vol. 1. págs. 250 y sigtes.
(5) Tratado Teórico-Práctico de las Nulidades. pág. 44.

cen efecto, los contratos celebrados por locos, por fatuos o por pródigos declarados" (art. 2279). Preceptuó también que "El contrato hecho por error, violencia o dolo, no es nulo *ipso iure* y sólo da lugar a la acción de nulidad o de rescisión" (art. 1244), para luego reiterar que "Los contratos en que hubo dolo, error o violencia, son rescindibles ..." (art. 2280) y que también "Son rescindibles los contratos celebrados sin bastante autorización por menores no emancipados ..." (art. 2281).

El tratamiento que hemos resumido llevó a Miguel Antonio de la Lama[6] a distinguir la nulidad en nulidad *ipso jure* y en nulidad por vía de acción. La primera era la que correspondía a los contratos prohibidos por la ley y a los celebrados por locos, fatuos o pródigos declarados, los que se reputaba como no celebrados e ineficaces (arts. 2278 y 2279). La nulidad por vía de acción era la que se presentaba en los contratos que resultaban rescindibles a instancia de la parte perjudicada (arts. 2280 y 2281).

El sentido de la reforma del Código de 1852 y que dio lugar al tratamiento de las nulidades en el Código de 1936, la dejó expuesta Manuel Augusto Olaechea en su Exposición de Motivos, que veremos más adelante (Infra Nº 220.7).

220.4. El Código argentino

Como ya hemos apuntado (Supra Nº 3.4.a), el Código Civil argentino, a diferencia de los Códigos de su época, legisló sobre los hechos y los actos jurídicos y a las nulidades dedicó el Título VI de su Sección Segunda. Según Zannoni[7] tres fuentes influyeron en la obra de Vélez Sarsfield: el Esboço de Augusto Teixeira de Freitas, el gran jurista brasileño; el Código Civil chileno, que fue obra de Andrés Bello; y la doctrina francesa, particularmente Aubry y Rau. Para Cifuentes[8] influyó también la obra de Savigny.

El sistema del Código argentino reposa en la distinción en nulidades manifiestas y en nulidades no manifiestas (art. 1038), según la ley haya o no declarado nulo el acto, o le haya o no impuesto la pena de nulidad, lo que lleva a la distinción entre actos nulos (arts. 1041 a 1044) y actos anulables (arts 1045 y 1046), precisándose respecto de éstos que "se reputan válidos mientras no sean anulados" y que "sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase" (art. 1046). A su vez, tanto las distensiones en nulidades manifiestas y nulidades no manifiestas, como la de actos nulos y

(6) Código Civil (1852). Anotado y Concordado, pág. 381.
(7) Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos, págs. 163 y sigtes.
(8) Negocio Jurídico, pág. 595.

anulables, conducen a la de nulidad absoluta (art. 1047) y nulidad relativa (art. 1048).

A estas distintas clases de nulidad en la obra de Vélez Sarsfield, y aun otras que no hemos tomado en consideración, habría que agregar la Teoría del Acto Inexistente que también mantiene dividida a la doctrina argentina en cuanto a si es o no una categoría distinta a la nulidad. Sobre el acto inexistente nos vamos a ocupar al hacerlo del sistema introducido a nuestra codificación civil a partir del Código de 1936 (Infra Nº 220.7).

220.5. El Código alemán

El Código Civil alemán, que como ya hemos indicado (Supra Nº 3.2), tuvo entre sus precursores a calificados exponentes del movimiento pandectista del siglo XIX, hace referencia a los negocios jurídicos nulos y a los negocios jurídicos impugnables, pero sin formar un conjunto sistematizado de normas. Los nulos vienen a ser los negocios que no producen los efectos queridos por las partes desde el momento mismo en que fueron celebrados, mientras que los impugnables son los negocios eficaces pero expuestos a que una de las partes los impugne en su validez, retrotrayéndose la nulidad sobrevenida al momento de la celebración del negocio.

La Teoría de la Inexistencia del Acto o del Negocio parece no haber tenido acogida en el Derecho Alemán. Al respecto precisa Larenz[9] que un negocio nulo no debe inducir a estimar que tal negocio sea algo no existente, pues el negocio existe como acto realizado, esto es, como evento, sólo que se le deniegan los efectos jurídicos a que se dirige.

El ordenamiento jurídico –enfatiza el autor alemán– no puede convertir en no acontecido el acto realizado como tal y, por ello, su realización puede tener efectos jurídicos distintos de los pretendidos por las partes, como puede ser un deber de resarcimiento de daños.

Como puede apreciarse, el BGB introdujo los cimientos para la construcción de la conversión de los actos nulos (Infra Nº 227).

220.6. El Código brasileño

El Código Civil brasileño hace la distinción entre actos nulos y actos anulables. Como ya hemos advertido (Supra Nº 3.5.b) su influencia en lo re-

(9) Derecho Civil. Parte General, pág. 624.

lativo al tratamiento del acto jurídico y de las nulidades es notoria en nuestro Código Civil de 1936, del que pasamos a ocuparnos.

220.7. El Código peruano de 1936

El Código de 1936 distinguió la nulidad según se tratara de actos nulos o de actos anulables. Según León Barandiarán[10] sólo admitió esas dos categorías de actos imperfectos.

El sistema adoptado por el Código de 1936 fue explicado por Olaechea[11]: "La teoría de la nulidad se complicó desde el Derecho Romano, pues si el pretor no podía anular un acto que el Derecho Civil consideraba válido, podía acordar, sin embargo, por medio de la restitución y de la excepción de dolo, una especie de reparación. Nacen así la nulidad civil que se operaba de pleno derecho y la pretoriana, que suponía el ejercicio de la acción y que sólo se realizaba en virtud de la sentencia. Como expresa Planiol, la teoría de las nulidades se ha embrollado por la incertidumbre del lenguaje, por la necesidad de acudir a la justicia en todo caso en que no exista acuerdo entre las partes y, en nuestros días, por la creación de una institución nueva, la de los actos inexistentes. Esta categoría de actos que no producen ningún efecto, aun antes de ser anulados, se debe a Zacharie y ha sido divulgada por Demolombe y Laurent. La nomenclatura tripartita de actos inexistentes, actos nulos y actos anulables, no tiene importancia desde el punto de vista legislativo y proviene, como escriben Baudry Lacantinerie y Barde, de que los autores que la postulan examinan, preferentemente, la causa que produce la nulidad. Estos autores ven la inexistencia cuando falta al acto jurídico un elemento esencial para su formación y ven la nulidad cuando se trata de actos prohibidos por la ley. Resulta de aquí que la inexistencia y la nulidad no son instituciones distintas. El acto inexistente se confunde desde el punto de vista de sus efectos con el acto nulo y, por lo mismo, carece de objeto complicar las cosas introduciendo una nomenclatura que oscurece el campo legislativo. El Código distingue dos clases de nulidad: la que tiene por principio el interés público: nulidad absoluta; y la que se concede en favor de ciertas personas o intereses: nulidad relativa ...". León Barandiarán[12], en sus Comentarios, se manifestó en favor de la posición de Olaechea, expresando que era de alabar la forma tan atinada como el Codificador de 1936 había resuelto el problema de las nulidades.

En efecto, el Código de 1936 reservó la rescisión para los casos previs-

(10) Acto Jurídico, pág. 316.
(11) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, págs. 10 y 11.
(12) Acto Jurídico, pág. 316.

tos en la ley y sólo en relación a los contratos. Fue un acierto del Código que derogó al de 1852 pues así se precisó el concepto de anulabilidad.

Para una mejor precisión del sistema adoptado por el Código de 1936, transcribimos lo que al respecto escribió León Barandiarán[13]: "El derecho justinianeo distinguió con precisión dos clases de invalidación de los negocios jurídicos: nulidad y anulabilidad. Por la primera el acto se reputaba inexistente; por la segunda se le reputaba existente, pero podía resultar ineficaz. El derecho francés discriminó entre dos especies de actos imperfectos: inexistentes y nulos, subdistinguiéndose estos últimos en nulos de pleno derecho y anulables. Originó con ello cierta confusión en las ideas, porque aunque apoyable quizá en cuanto a la constitución misma del acto, la distinción entre los inexistentes y los nulos de pleno derecho (el inexistente carece de uno de los elementos esenciales a su formación; el nulo reúne a todos los dichos elementos, pero adolece de un defecto fundamental que le impide producir efecto), ella carece de valor práctico, ya que son idénticas las consecuencias que les son propias a unos y otros. Sólo en un punto la distinción podrá ofrecer utilidad, concerniente a si la ineficacia de los actos nulos de pleno derecho podrá ser pronunciada de oficio, como en el caso de los actos inexistentes, o si se requerirá decisión judicial. Los autores han discrepado sobre el particular. Modernamente, se reputa que sólo hay dos categorías de actos imperfectos: actos nulos –con nulidad absoluta– y actos anulables –con nulidad relativa–. Los grandes Códigos modernos, el alemán, suizo, brasileño, italiano (el de 1865), consagran el anterior sistema, el mismo que inspira acertadamente a nuestro Código".

220.8. El Código italiano

El Código italiano de 1942 sólo considera la nulidad y la anulabilidad, siendo necesario hacer notar que la plasmación legislativa de la teoría de las nulidades está referida a los contratos, pues, como ya hemos advertido (Supra Nº 3.3) no ha regulado el negocio jurídico y ha dejado a la doctrina esa tarea.

La doctrina italiana no ha formado un criterio uniforme. Bettl[14], por ejemplo, opina que la distinción entre nulidad e inexistencia, aunque ha sido objeto de críticas, es conceptualmente legítima pues se ofrecen casos en los que puede hablarse de verdadera inexistencia jurídica, como cuando el negocio se ha pretendido realizar pero no existe de él más que una vacía apariencia, aunque pueda haber engendrado en alguno de los interesados la im-

(13) Ibídem, págs. 315 y 316.
(14) Teoría General del Negocio Jurídico, págs. 351 y 352.

presión superficial de haberlo verificado, mas no produce, sin embargo, y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo o divergente; y, por el contrario, la estimación de un negocio como nulo presupone, por lo menos, que el negocio exista como supuesto de hecho. Otros autores, como Messineo[15] y Stolfi[16], ligan el concepto de validez al de existencia y asimilan la inexistencia a la nulidad y en esta posición está también Barbero[17], para quien el negocio nulo, a manera de un nacido muerto, es como si jamás hubiese sido realizado y que, en calidad de negocio jurídico, bien se le puede calificar de inexistente.

221. EL SISTEMA ADOPTADO POR EL CODIGO CIVIL

El Código Civil vigente desde el 14 de noviembre de 1984 ha mantenido el sistema del Código de 1936, por lo que lo que hemos dejado expuesto respecto de éste le es de perfecta aplicación (Supra Nº 220.7), lo que llevó también a León Barandiarán[18] a puntualizar que, al mantenerse la distinción de la nulidad en absoluta y relativa, se mantiene el acertado criterio del Código Civil de 1936. Nosotros creemos, además, que se mejora el tratamiento de las nulidades, como lo veremos más adelante.

221.1. El concepto de la nulidad

Teniendo en consideración los antecedentes del sistema de la nulidad adoptado por el Código Civil vamos a trazar la delimitación de su concepto. Para ello, debemos recordar que el acto jurídico para llegar a ser tal debe formarse con la concurrencia de sus elementos esenciales, que se constituyen en sus requisitos de validez, y que la voluntad, a su vez, debe haberse formado sin vicios que la afecten y que su manifestación sea su fiel expresión, sin distorsiones ni perturbaciones concientes ni inconcientes. La nulidad viene a ser, entonces, una sanción legal, la máxima sanción civil, cuando el acto jurídico se celebra sin sus requisitos de validez, o cuando se celebra con perturbaciones o distorsiones, puesto que lo priva de su existencia, validez y eficacia.

La nulidad, como sanción, puede alcanzar a la generalidad de los actos jurídicos, pues se funda, unas veces, en consideraciones de orden público y, otras, en la cautela de intereses privados, siendo estos fundamentos, preci-

(15) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 487.
(16) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 79.
(17) Sistema del Derecho Privado. T.I, págs. 633.
(18) Curso del Acto Jurídico, pág. 175.

samente, los que permiten distinguir la nulidad en absoluta y en relativa (Infra Nº 221.2).

El carácter de sanción que tiene la nulidad surge de las propias disposiciones del Código Civil y es una consecuencia de la celebración de un acto jurídico con causal de nulidad existente en el momento de su celebración. Se diferencia, por ello, de toda otra figura jurídica con la que pueda tener algunas afinidades en cuanto a dejar sin efecto un acto jurídico y extinguir la consiguiente relación jurídica (Infra Nº 241).

221.2. La nulidad absoluta y la nulidad relativa

La nulidad absoluta y la nulidad relativa si bien son conceptos diferenciados, la integración de ambos nos da el concepto genérico de nulidad, que es el que hemos dejado trazado anteriormente. La nulidad absoluta es la que se fundamenta en consideraciones de orden público mientras que la nulidad relativa se fundamenta en la protección de intereses privados.

El Código Civil no contiene una noción de la nulidad en ninguna de sus dos manifestaciones. Sin embargo, es preciso indicar que la noción implícita de la nulidad absoluta conduce al acto nulo (Infra Nº 222) mientras que la de la nulidad relativa al acto anulable (Infra Nº 230).

Lo expuesto nos sirve de sustento para plantear el estudio del acto nulo y del acto anulable, esto es, el estudio particular de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa, respectivamente, así como otras cuestiones complementarias al sistema de la nulidad receptado por el Código Civil.

I

EL ACTO JURIDICO NULO

222. DELIMITACION CONCEPTUAL

La delimitación conceptual del acto jurídico nulo ofrece serias dificultades por cuanto la doctrina no es uniforme en el desarrollo de su noción. Además, como lo hemos advertido, vamos a conceptuar el acto nulo buscando su coincidencia con el criterio informante que ha sido receptado por el Código Civil.

Según el criterio expuesto por el Codificador de 1936 (Supra Nº 220.7) la nulidad absoluta, o sea, el acto jurídico nulo, tiene por principio el interés público. De esta afirmación se desprende, entonces, que el acto nulo es el que se ha pretendido celebrar con violación u omisión de un precepto de orden público. Por ello, dentro de su ámbito conceptual, se comprende al acto jurídico que se ha celebrado con omisión de sus requisitos de validez, pues, incuestionablemente, el art. 140 del Código Civil es una norma de orden público.

La dualidad de vertientes para formar la noción del acto nulo, planteó su diferencia con el acto inexistente. Pero, según anota Puig Peña[19], a la vista de las perturbaciones producidas por ese bipartismo artificioso la mayoría de los autores se han pronunciado en contra de la tesis dualista, por considerarla innecesaria y desprovista de utilidad práctica estimando que "lo nulo es jurídicamente inexistente". Por lo demás, como ya hemos visto (Supra Nº 220.7), el codificador de 1936, cuyo criterio ha sido mantenido en el Código en vigor, rechazó la dualidad.

En efecto, al sistema debidamente perfilado por Olaechea, y continuado por León Barandiarán, ha incorporado el acto inexistente al concepto del acto nulo, por lo que se ha afiliado a la doctrina que rechaza la dualidad. Exponentes de esta doctrina, como el ya citado Puig Peña[20], consideran que el término inexistencia conduce a la imprecisión y, además, es inexacto, tanto en el realismo jurídico como en el realismo técnico, pues en el Derecho no hay una contraposición entre el ser y el no ser, entre el existir y el no existir, sino entre el valer y el no valer, entre la validez y la nulidad. Para los Mazeaud[21] la teoría de la inexistencia no es solamente inútil sino que es tam-

(19) Tratado de Derecho Civil Español. T.I. Vol.II, págs. 689 y 690.
(20) Ibídem.
(21) Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol.I, págs. 524 y 525.

bién falsa y afirman que los autores que la preconizan pretenden que algunas diferencias importantes separan a la inexistencia y a la nulidad absoluta, y que, ante todo, según ellos, la inexistencia no tendría que ser demandada judicialmente, lo que no tiene sustento ya que el acto nulo, como el inexistente, crea una apariencia que hace necesario dirigirse a los Tribunales para hacer que desaparezca esa apariencia y restablecer la realidad.

El acto jurídico nulo, que al decir de Coviello[22] puede equipararse al que nace muerto, es, pues, el que carece de alguno de los elementos esenciales o el que se celebra con transgresión de normas imperativas o de orden público y, por ello, como señala Stolfi[23], no produce efectos, ni favorables ni perjudiciales, para los interesados ni para los terceros. Al acto nulo le es de aplicación la máxima romana *quod nullum est nullum producit effectum*, lo que es nulo no produce ningún efecto, lo que significa la negación de toda eficacia al acto nulo y tenerlo por no celebrado.

Lo nulo, del latin *nullus*, viene a ser lo que no es o le falta valor y fuerza para tener efecto. Esta acepción llevada a su significado jurídico nos da la idea de la ineficacia y la invalidez absolutas y, de ahí, a la idea de lo nulo como algo inexistente jurídicamente, esto es, a la inexistencia del acto o negocio, pero no a la negación de lo que existe como un hecho que se ha producido. De ahí, también, que lo nulo sólo implique una inexistencia jurídica.

El Código Civil, como ya hemos advertido, no ha incorporado a su articulado una noción del acto jurídico nulo, sino que la misma resulta de los principios informantes resumidos en el art. 220 y de las causales enumeradas en el art. 219. La noción que así resulta es comprensiva de todo acto cuya existencia, validez y eficacia no pueden tener el reconocimiento del Derecho.

223. LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA

Las causales de nulidad absoluta están enumeradas por el art. 219 del Código Civil: "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 física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4. Cuando su fin sea ilícito. 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". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión

(22) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 368.
(23) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 83.

Reformadora, con las modificaciones introducidas por la Comisión Revisora[24] y registra como antecedente el art. 1123 del Código Civil de 1936.

La enumeración de las causales es taxativa, lo que significa que el acto nulo sólo puede serlo por las causales preceptuadas por el acotado art. 219, pues este es el sentido del sistema adoptado por el Código Civil.

223.1. La falta de manifestación de voluntad

El acto jurídico, según la noción incorporada al art. 140, es una manifestación de voluntad y, por eso, su falta hace nulo el acto, como bien lo precisa la causal contenida en el inc. 1 del art. 219, pues la manifestación de voluntad no sólo constituye un requisito de validez sino que es también la conclusión del proceso formativo de lo que hemos denominado la voluntad jurídica, que es el resultado de la voluntad interna y de la voluntad exteriorizada o manifestada. (Supra Nº 38).

La causal *sub exámine* aparenta una amplitud que realmente no tiene pues el mismo Código Civil la restringe, ya que existen casos de falta de manifestación de voluntad que no conducen a la nulidad absoluta, como es el de la violencia física (Supra Nº 199) que el inc. 2 del art. 221 considera vicio de nulidad relativa y que, por tanto, sólo conduce a la anulabilidad (Infra Nº 231.2). La manifestación de voluntad debe dar contenido a la voluntad interna del sujeto, por lo que el estado de inconciencia provocado por hipnotismo, embriaguez o narcotismo, que como hemos visto se asimilan a la violencia física, no puede generar una manifestación de voluntad jurídicamente válida, como tampoco puede generarla una perturbación grave de la conciencia que excluya la libre determinación de la voluntad.

Por lo que queda expuesto, la aplicación de la causal del inc. 1 del art. 219 no es genérica sino casuística, máxime si, como veremos, el propio art. 219 considera nulo el acto celebrado por incapaz absoluto (inc. 2), por estar privado de voluntad o por no saber expresarla, y el celebrado con simulación absoluta (inc. 5), acto en el cual la voluntad interna no se ha manifestado.

Atendiendo al sentido casuísistico de la causal traemos a colación los casos de falta de manifestación de voluntad que, a manera de ejemplo, presenta Albaladejo[25] y entre ellos, el de la falta de manifestación de voluntad cuando siendo partes en el negocio personas físicas únicas, como un vendedor y un comprador, no la prestó una de ellas; o si el negocio era unilateral y

(24) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. pags. 208 a 210.
(25) Derecho Civil I. Vol.II, pág. 445.

no la prestó el sujeto que debía celebrarlo; o si en el negocio una de las partes está constituida por varios sujetos y no la prestan todos ellos; o si debiendo formarse el acto jurídico por una cierta mayoría, se celebra sin haberse alcanzado ésta; o cuando no ha intervenido alguna de las personas que debía haberlo hecho para formar la voluntad; o, como en el caso de personas jurídicas de derecho público, no se han cumplido los procedimientos que la ley establece para la formación de la voluntad de la entidad.

La manifestación de voluntad es un elemento esencial y constitutivo del acto jurídico. Su falta impide la formación del acto y lo hace inexorablemente nulo.

223.2. La incapacidad absoluta

El manifestante de la voluntad que va a celebrar el acto jurídico debe ser un sujeto capaz, conforme lo precisa el inc. 1 del art. 140. La causal prevista en el inc. 2 del art. 219, interpretando la capacidad exigida al sujeto, declara que la incapacidad absoluta hace nulo al acto jurídico, aunque con la salvedad de lo dispuesto por el art. 1358 del mismo Código Civil, esto es, cuando se trate de incapaces no privados de discernimiento para los actos relacionados con su vida diaria.

El análisis de la causal nos lleva a precisar que la incapacidad absoluta a que se refiere es la incapacidad de ejercicio, pues como lo dejó establecido León Barandiarán[26] en su exégesis de la causal que en el mismo sentido establecía el Código Civil de 1936, la nulidad por incapacidad de goce queda incursa en la declaración de nulidad absoluta por norma legal (inc. 7), la que consideraremos más adelante (Infra Nº 223.7).

Los incapaces absolutos que quedan comprendidos en la causal, conforme al art. 43 del Código Civil, son los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por la ley (inc. 1); los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento (inc. 2), entendiendo por tales a los que están privados permanentemente y no a los que se encuentran transitoriamente en estado de inconsciencia o de grave perturbación de la conciencia que, como hemos visto (Supra Nº 223.1), están comprendidos en la causal del inc. 1 del art. 219; y, los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable (inc. 3).

Tratándose de los incapaces absolutos en razón de su minoría de edad, el inc. 1 del art. 43, como hemos visto, hace una salvedad que es distinta de

(26) Acto Jurídico, págs. 317 y 318.

la que hace el inc. 2 del art. 219 y que vamos a considerar unas líneas más abajo. La salvedad del art. 43 se refiere a "aquellos actos determinados por la ley", respecto de la cual Fernández Sessarego[27] explica que está referida a "situaciones en que la ley permite al menor de 16 años ejercer por sí mismo los derechos de que goza por ser persona". Entre estos actos, a manera de ejemplo, están los previstos en el art. 455 que faculta al menor capaz de discernimiento a aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias y a ejercer derechos estrictamente personales, y, en el art. 457, que también lo faculta, autorizado por sus padres, para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, y, en consecuencia, a practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tales actividades y a administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos.

En cuanto a la salvedad a que hace referencia el inc. 2 del art. 219 y referida a lo dispuesto por el art. 1358, esto es, a la posibilidad de que incapaces no privados de discernimiento puedan celebrar contratos relacionados con su vida diaria, según la explica Arias-Schreiber[28], tiene su fundamento en los hechos de la vida diaria y que "sería absurdo, por decir lo menos, que un menor de edad tenga que ser acompañado por su padre o su madre para ir de compras a cualquier establecimiento comercial para adquirir golosinas. Si nos ciñéramos estrictamente a las reglas de la incapacidad, sin un precepto como el comentado, esa adquisición sería nula, lo que ciertamente no se compadece con las exigencias de la vida cotidiana". Como puede apreciarse, se trata de actos sin trascendencia patrimonial ni familiar y que el menor puede realizar como actos de su vida cotidiana.

223.3. La imposibilidad física o jurídica del objeto o su indeterminabilidad

El acto jurídico se dirige a dar creación a una relación jurídica o a regular, modificar o extinguir la creada anteriormente. Por eso, y con los fundamentos que hemos expuesto, hemos precisado que la relación jurídica, que genera derechos y deberes u obligaciones para los sujetos que se ubican en sus extremos, constituye el objeto requerido por el inc. 2 del art. 140 como requisito de validez de todo acto jurídico (Supra Nº 51), y para cuyo efecto debe reunir las características que la misma norma le precisa (Supra Nº 52). De ahí, que la causal de nulidad absoluta contenida en el inc. 3 del art. 219 preceptúe que el acto es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

(27) *Derecho de las Personas*, pág. 104.
(28) Código Civil Peruano de 1984. Exégesis. T. I, pág. 108.

La imposibilidad física del objeto supone la imposibilidad de la existencia de la relación jurídica, su no factibilidad de realización, como cuando se pretende entablarla con una persona ya fallecida. La imposibilidad jurídica supone a su vez, que la relación jurídica no pueda estar dentro del marco legal y jurídico, como cuando las partes, recíprocamente, adquieren derechos y contraen obligaciones respecto de bienes que no están en el comercio o cuyo tráfico está prohibido. La indeterminabilidad del objeto está referida a la imposibilidad de identificar los derechos y deberes u obligaciones que constituyen la relación jurídica, como cuando se pretende constituir un derecho de propiedad sobre un bien que no se puede identificar.

223.4. La ilicitud de la finalidad

El acto jurídico debe tener una finalidad lícita, pues así lo prescribe, como requisito de validez, el inc. 3 del art. 140. Al tratar de este requisito hemos precisado el sentido del fin del acto, que nosotros hemos preferido denominar como finalidad y que ella viene a ser la finalidad "final", o sea el resultado alcanzado con la manifestación de voluntad (Supra Nº 56). De ahí, que el inc. 4 del art. 219 declare nulo el acto cuyo fin o finalidad no tenga licitud.

La ilicitud de la finalidad se determina, entonces, cuando la manifestación de voluntad no se dirije a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tutela jurídica, pues la intención evidenciada del o de los celebrantes del acto jurídico es antijurídica, como ocurriría si dos sujetos se vinculan por un acto jurídico con la finalidad de que uno de ellos actúe como sicario de la venganza personal de la otra parte respecto de un tercero.

223.5. La simulación absoluta

El acto jurídico se forma con la manifestación de voluntad de los sujetos que lo celebran, cuya voluntad interna está contenida en su respectiva manifestación pues, entre ésta y aquélla, debe haber una perfecta correlación. Pero cuando las partes se ponen de acuerdo para manifestar una voluntad, ambas, que no es correlativa con su voluntad interna, lo que producen es un acto jurídico simulado, con simulación absoluta, porque las partes en realidad no lo han querido celebrar. De ahí, que el inc. 5 del art. 219 declare nulo el acto jurídico celebrado con simulación absoluta.

En la simulación absoluta, pues, no se ha dado existencia a un acto jurídico, sino a una apariencia de acto, pues, en realidad, el acto en apariencia no es querido por las partes ni es real ni es verdadero, simplemente no existe.

223.6. La inobservancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad

Como la forma es la manera como se manifiesta la voluntad resulta apodíctico que todo acto jurídico tiene forma. Sin embargo, como hemos visto al ocuparnos de la forma como requisito de validez (Supra Nº 67), para los actos jurídicos que tienen especial trascendencia familiar o patrimonial la ley prescribe la forma que hemos caracterizado como *ad solemnitatem* (Supra Nº 64), siendo esta forma la que se constituye en requisito de validez y debe ser obligatoriamente observada por las partes para celebrar el acto jurídico y dar cumplimiento al requisito de validez exigido por el inc. 4 del art. 140. De ahí, que, correlativamente, el inc. 6 del art. 219 declare nulo el acto jurídico "cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

223.7. La declaración de nulidad por la ley

El Código Civil le ha reservado a la ley la potestad de declarar la nulidad de un acto jurídico, pues según el inc. 7 del art. 219 "El acto jurídico es nulo: Cuando la ley lo declara nulo.

Se trata de una potestad del Legislador pero que tiene que ponerla de manifiesto en los textos legales. Sólo si el acto celebrado queda comprendido en la norma que ha previsto la nulidad, se produce ésta. Desde luego, debe de tratarse de norma ya vigente al momento de celebrarse el acto y no de norma legal que se dicta especialmente para declararlo nulo, ya que la potestad de declarar la nulidad corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales. Por ello, la causal debe interpretarse en el sentido de que se trata de una nulidad expresamente prevista por norma legal preexistente al acto jurídico que se celebra no obstante estar prohibido y sancionado con nulidad.

Como ya lo hemos indicado (Supra Nº 223.2) en esta causal quedan comprendidos todos los actos celebrados con incapacidad de goce, pues como ésta no se presume, la ley ha de establecerla expresamente. Comprende también todo otro caso no previsto en las causales anteriores.

Por último, como se trata de nulidades textuales, para la aplicación de la causal *sub exámine* no es necesario que la ley utilice el vocablo "nulo" o que haga referencia de manera explícita a la nulidad absoluta, como ocurre, *ad exemplum*, en el art. 171 que preceptúa que la condición suspensiva impropia "invalida el acto" y que la resolutoria impropia "se considera no puesta", que deben interpretarse en el sentido de la nulidad absoluta en aplicación de la causal contenida en el inc. 7 del art. 219.

223.8. La oposición a las normas de orden público

La oposición a las normas de orden público como causal de nulidad absoluta da cabida a las denominadas nulidades virtuales, que resultan de la interpretación de la norma legal, y en eso se diferencia esta causal de la vista anteriormente, que da cabida a las nulidades textuales. Esta causal es novedosa pues no registra antecedente en nuestra codificación civil, salvo en el art. III del Título Preliminar del Código de 1936 que se limitaba a prohibir el pacto que fuera contrario a las normas de orden público, por lo que consideramos que se inspira en el art. 1418 del Código Civil italiano.

Stolfi[29], comentando la acotada norma del Código italiano, dice que para que haya nulidad no es necesario que sea declarada caso por caso, ya que viene impuesta como sanción con la que la ley castiga en general la inobservancia de una norma coactiva. Por eso, precisa el autor italiano, que la nulidad puede ser expresa o tácita, o bien, como lo acabamos de señalar, textual o virtual. La primera supone que el legislador la establezca expresamente –como ocurre con las causales anteriores, acotamos nosotros–. La segunda, en cambio, deriva lógicamente de la ley cuando se colisiona con una de carácter imperativo –que se fundamenta en el orden público, apuntamos nosotros–.

La causal del inc. 8 del art. 219 se fundamenta, pues, en la atenuación de la autonomía de la voluntad por el orden público, que ya hemos estudiado (Supra Nº 13 y Nº 14) y da cabida a las denominadas nulidades virtuales, cuyo concepto es contrapuesto al de las nulidades expresas o textuales, por lo que en esta causal quedan comprendidos los actos jurídicos celebrados en contravención a las normas de orden público y queda planteada, así, la nulidad virtual de un acto jurídico cuando sea celebrado con violación de normas imperativas, que son en las que se expresa el orden público.

La doctrina ha juzgado peligrosa la admisión de las nulidades virtuales. Sin embargo, la misma doctrina reputa que ellas no implican que operen automáticamente, sino que los órganos jurisdiccionales tengan la facultad de declararlas con el sustento de la norma imperativa contravenida por la autonomía privada. Por lo general, las nulidades virtuales están integradas a las normas prohibitivas en las que no se advierte la sanción de nulidad.

El Código Civil, al acoger las nulidades virtuales en el inc. 8 de su art. 219, está refiriendo esta causal a las normas prohibitivas, las cuales deben estar expresamente contenidas en los textos legales en conformidad con el

(29) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 80.

precepto constitucional que precisa que "Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" y que como derecho fundamental de la persona, lo proclama el parágrafo a) del inc. 24 del art. 2 de nuestra Carta Política.

Por último, el inc. 8 del acotado art. 219 hace la salvedad en cuanto a que la ley establezca una sanción diversa de la nulidad, lo que se explica en el *imperium* del Legislador, que puede disponer la aplicación de una multa, por ejemplo, en vez de la sanción de nulidad.

224. CARACTERISTICAS DEL ACTO NULO

Las características del acto nulo resultan de los principios informantes de la nulidad absoluta que resume el art. 220 del Código Civil: "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". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[30] y registra como antecedente el art. 1124 del Código Civil de 1936.

Del tenor del acotado art. 220 se infieren las características de la nulidad absoluta, esto es, del acto jurídico nulo: a) El acto nulo lo es de pleno derecho; b) La nulidad puede ser alegada por cualquiera que tenga interés o por el Ministerio Público; c) Puede ser declarada de oficio por el órgano jurisdiccional; y, d) No puede subsanarse mediante la confirmación.

224.1. El acto jurídico nulo lo es de pleno derecho

La nulidad absoluta es una nulidad *ipso jure* y por eso el acto jurídico nulo lo es de pleno derecho. Ello significa que no requiere de una sentencia que así lo declare porque se trata de un acto jurídicamente inexistente, del que existe sólo un hecho con la apariencia de acto, que es lo que hace necesario recurrir al órgano jurisdiccional a fin de que desaparezca la apariencia del acto. Por eso, también, el acto nulo no tiene fuerza vinculante ni despliega eficacia alguna.

Si el acto es nulo, nada se ha creado ni modificado respecto de la situación jurídica que se pretendía crear o que se pretendía modificar con la celebración del acto. Según expone Coviello[31], como consecuencia de la nulidad *ipso jure* las partes que han concluido un negocio nulo, y sus causaha-

(30) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T. I, págs. 210 y 211.
(31) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 370.

bientes, pueden obrar como si el negocio no se hubiese concluido y considerar únicamente la situación jurídica que preexistía a tal celebración sin necesidad de recurrir al magistrado. El recurrir al magistrado, según el mismo autor italiano, no es necesario en tesis general, pero puede serlo en algunos casos y, en otros, ser solamente útil: es necesario, cuando alguna de las partes o sus herederos o causahabientes pretendan ejercitar un derecho sobre la base del negocio jurídico nulo y puede ser útil como medio preventivo para evitar las molestias que podría ocasionar quien quisiese atribuir eficacia al negocio nulo, mas, en la primera hipótesis, la acción no tiene por objeto hacer anular el negocio sino sólo rechazar la pretensión del adversario en cuanto privada de fundamento jurídico y, en la segunda, la acción tiene exclusivamente por fin obtener la declaración de nulidad en vía preventiva, pues no es acción condenatoria sino simplemente declarativa. Stolfi(32), hace notar que, quien ejercita la acción para que se establezca que el negocio es nulo, no ejercita una acción directa para privarlo de eficacia, ya que siendo éste nulo desde su origen y con anterioridad e independencia de la sentencia, es obvio que ésta únicamente sirve para constatar la invalidez.

El acto jurídico nulo, pues, no requiere de pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Sólo si una de las partes que lo celebró no acepta su invalidez corresponderá al juez declararla, sin que la sentencia que reconozca la nulidad tenga un carácter constitutivo sino meramente declarativo.

El acto jurídico nulo, por serlo, es absolutamente ineficaz y no surte los efectos deseados por las partes, pues como hemos ya indicado, no da lugar a la situación jurídica pretendida y, por eso, le es aplicable la máxima *quod nullum est nullum producit effectum*, que, según Coviello(33), para la construcción de la figura de la conversión hay que entenderla con algunos límites, como veremos más adelante (Infra Nº 227).

224.2. La nulidad absoluta del acto puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público

La nulidad absoluta del acto, que se sustenta en consideraciones de orden público, puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Así lo establece, de manera explícita, el primer párrafo del art. 220. Sin embargo, es conveniente interpretar la norma para precisar sus alcances.

En primer lugar, debe precisarse que el interés a que se refiere el art. 220 es el mismo del art. VI del Título Preliminar del Código Civil, y que es el

(32) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 84.
(33) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 368.

que sustenta el requisito de la legitimidad para accionar o contestar una acción que el Código Procesal Civil considera también en el art. IV de su Título Preliminar y cuya ausencia puede dar mérito para las respectivas excepciones de falta de legitimidad para obrar como demandante o como demandado.

La acción de nulidad absoluta, o simplemente de nulidad para diferenciarla de la acción de anulabilidad o anulatoria que corresponde a la nulidad relativa, viene a ser, entonces, una acción que puede incoarla quien tiene un interés que, como explica León Barandiarán[34], lógicamente ha de ser legítimo, es decir, que se base en una relación o situación prevista en la norma de la cual deriva el derecho subjetivo, o en otras palabras, un interés jurídicamente protegido.

En segundo lugar, debe entenderse que el legítimo interés para la declaración de la nulidad absoluta la tienen las partes y pueden tenerlo, además, los terceros, así como el Ministerio Público y, aun, el órgano jurisdiccional, que la puede declarar de oficio (Infra Nº 224.3).

Tratándose de las partes, no cabe hacer distingo alguno, ni por las causas de la nulidad ni por ninguna otra razón, pues el acto es nulo *ipso jure* y la sentencia que se dicte es meramente declarativa. El mismo fundamento de orden público que sustenta a la nulidad absoluta justifica que cualquiera de las partes accione en nulidad y que este derecho a la acción se transmita a sus sucesores, sean a título universal o a título singular.

Los sucesores de las partes, por ser terceros relativos, obviamente están legitimados para accionar. La cuestión radica en los terceros que por no ser sucesores, son terceros absolutos. En este caso, salvo el de los acreedores que, en nuestra opinión son también terceros relativos (Supra Nº 74), habría que considerar qué clase de interés asiste al tercero accionante y la causa u origen del mismo, puesto que la legitimidad es indispensable desde que el interés a que se refiere el art. 220 lo interpretamos correlativo al que constituye el requisito general considerado en el art. VI del Título Preliminar del Código Civil y, por extensión, en el art. IV del mismo Titulo del Código Procesal Civil.

Tratándose del Ministerio Público, al que la Constitución Política le asigna, entre otras atribuciones, la de la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho (art. 159, inc. 1), consideramos que debe interpretarse esta atribución, en cuanto a su alcance, en función de su Ley Orgánica y demás normas que regulan sus atribuciones, pues se le

(34) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.IV. pág. 28.

asigna en su Ley Orgánica la defensa de la familia y de los menores e incapaces. Sin embargo, la misma Ley no le confiere como atribución expresa la de promover la acción de nulidad, ni la de emitir dictamen, según la instancia, cuando se trata de procesos cuya materia controvertida es la nulidad de un acto jurídico. Por ello, creemos que al Ministerio Público no le corresponde promover la acción de nulidad por todas las causales del art. 219 del Código Civil, sino sólo por la causal de incapacidad absoluta (inc. 2) y en las nulidades textuales (inc. 7) y virtuales (inc. 8) que lleguen a su conocimiento.

La acción de nulidad que se promueva, sea por las partes, por terceros o por el Ministerio Público, deberá tramitarse como proceso de conocimiento.

224.3. La nulidad absoluta puede ser declarada de oficio

La declaración de oficio de la nulidad absoluta, como hemos visto, se sustenta en el interés basado en el orden público. Por eso, esta característica es una consecuencia inherente a la nulidad *ipso jure* del acto nulo que, como hemos señalado, (Infra Nº 224.1), significa que no requiere de una sentencia judicial que lo declare. Así resulta del segundo párrafo del art. 220, que es indicativo de que el juez que conoce de una litis si constata la existencia de una causal de nulidad absoluta puede, de oficio, es decir, sin pedido de parte, declarar la nulidad del acto jurídico vinculado a la controversia, sin más requisito que la nulidad "resulte manifiesta".

La facultad que el acotado párrafo del art. 220 otorga a los órganos jurisdiccionales es anterior a la entrada en vigor del Código Procesal Civil y tiene una aparente contradicción con sus normas y principios informantes, fundamentalmente con la manera como el vigente ordenamiento procesal ha organizado el proceso y sus etapas preclusivas, el impulso que corresponde a las partes (art. IV del Título Preliminar) y el impedimento del juez de ir más allá del petitorio y en fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes (art. VII del Título Preliminar). La facultad conferida a los jueces por el Código Civil es excepcional y les permite, a nuestro parecer, declarar la nulidad en la sentencia, aunque no haya sido alegada en el petitorio de la demanda, en el de la reconvención, ni en las contestaciones mediante las cuales se ejercita el derecho de contradicción. Al respecto, es oportuno citar la opinión de Enneccerus[35], quien señala que el juez debe tener en cuenta la nulidad que le sea conocida, aunque no la invoque aquel a quien favorece, ya que no es menester una acción especial encaminada a producir la nulidad, ni tampoco a constatarla, puesto que se produce sin más, en virtud de la ley.

(35) Tratado de Derecho Civil. T.I. Parte General II. Vol. II, pág. 726.

Por lo que dejamos expuesto, es necesario, entonces, precisar el sentido de lo que viene a ser una nulidad que "resulte manifiesta".

Consideramos que el sentido de la nulidad que "resulte manifiesta" se orienta a dos significados. El primero, en su significado semántico, la nulidad que "resulte manifiesta" es la que se presenta al descubierto, de manera clara y patente, y frente a la cual el órgano jurisdiccional fácilmente se percata de ella y la declara, como cuando se trata de una donación de inmueble en documento privado, siendo así que debe hacerse por escritura pública bajo sanción de nulidad (art. 1625), o cuando un testamento ológrafo se presenta mecanografiado, cuando debe ser totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador (art. 707). El segundo significado no radica en "lo manifiesto" de la nulidad, sino que ésta se encuentra encubierta pero luego resulta "manifiesta", como cuando se celebra un contrato con una finalidad ilícita que no ha sido expresada, ya que, en tal caso, si una de las partes recurre al órgano jurisdiccional para alcanzar la pretensión a la que se siente con derecho, el juzgador podrá evaluar la finalidad del contrato y declararlo nulo, aun cuando su invalidez no sea, precisamente, la materia de la controversia.

224.4. El acto nulo no puede ser confirmado

La nulidad absoluta es insubsanable y por eso el acto nulo no puede convalidarse mediante la figura de la confirmación, la cual, por lo demás, es sustancialmente distinta de la conversión (Infra Nº 227).

La confirmación está legislada por el Código y de ella nos ocuparemos en capítulo especial (Infra Nº 242).

225. EFECTOS ULTERIORES DEL ACTO NULO

El acto nulo, como lo venimos viendo, lo es de pleno derecho y no surte los efectos queridos por las partes. Sin embargo, una vez celebrado, produce los efectos ulteriores que ahora vamos a considerar.

Se trata de los efectos ulteriores *interpartes* y de los efectos ulteriores frente a terceros, respecto de los cuales, si bien el Código Civil no contiene norma al respecto, el principio general que gobierna la nulidad absoluta es el de hacer que la situación preexistente a la celebración del acto nulo no haya sido modificada, como tampoco la que se pretendió modificar con la misma celebración.

225.1. Los efectos ulteriores interpartes

Para examinar los efectos ulteriores entre las partes hay que partir de dos hipótesis: que los derechos, como los deberes u obligaciones, resultantes del acto jurídico hayan sido ejercitados o cumplidos, o, que no lo hayan sido.

En el primer caso, es decir, cuando los derechos han sido ejercitados o los deberes cumplidos y, por ello, la situación jurídica preexistente al acto nulo se ha modificado de hecho, la parte que aspira a que se declare la nulidad absoluta del acto celebrado se verá precisada a incoar la correspondiente acción de nulidad. En tal hipótesis, la acción no va dar creación a una nueva situación jurídica pues, como ya hemos visto (Supra Nº 224.1), la sentencia es meramente declarativa y sólo verifica la situación preexistente a la celebración del acto nulo, ya que éste no tuvo ni puede tener eficacia alguna y, como señala Stolfi[36], cada uno puede reclamar que le sea restituida la prestación cumplida, restituyendo a su vez la que ha recibido. La restitución no proviene de la sentencia que declara la nulidad, sino del título anterior al acto nulo que pueda invocar cada parte respecto de la prestación que cumplió. Además, la restitución puede abarcar la entrega de frutos o de intereses, según la naturaleza de la prestación. Por ello, será conveniente acumular a la acción de nulidad una acción restitutoria, que comprenda la entrega de frutos o el pago de intereses.

En el segundo caso, o sea, cuando los derechos no han sido ejercitados ni los deberes cumplidos, no se ha alterado en absoluto la situación jurídica preexistente a la celebración del acto, y, en esta hipótesis, frente a la pretensión de una de las partes, que quiera hacerla valer ante un órgano jurisdiccional, la otra dispone de la excepción de nulidad –que tomamos en el sentido de medio de defensa y no de excepción en el sentido del Código Procesal Civil, por lo que puede hacerla valer como reconvención– que, al igual que la acción, dará lugar a la declaración judicial de que el acto es nulo.

225.2. Los efectos ulteriores frente a terceros

El acto nulo, conforme al desarrollo que venimos haciendo, tampoco surte efectos en contra ni en favor de terceros, independientemente de la buena o mala fe de los celebrantes del acto.

El Código Civil no tiene tampoco norma al respecto y creemos que ella hubiera sido innecesaria pues la conclusión expuesta no puede ser otra. Y,

(36) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 89.

además, porque el acto nulo lo es independientemente de la sentencia que lo declara y porque, como bien afirman Arauz Castex y Llambías[37], el acto nulo, por serlo, carece de energía jurídica traslaticia.

226. PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD

El acto nulo ha sido siempre objeto de un tratamiento especial respecto de la extinción de sus efectos ulteriores pues no siempre se ha reconocido la aptitud de la prescripción frente al acto nulo.

En el Derecho Romano en virtud de la máxima *non firmatur tractu temporis quod de iure ab initio non subsistit,* no adquiere validez con el transcurso del tiempo lo que por derecho no subsiste desde el comienzo, se sostuvo la perpetuidad de la nulidad y, con ella, la imprescriptibilidad de la acción. Sin embargo, al producirse el fenómeno de su recepción, después de largas centurias, el Código Napoleón le puso un límite a la nulidad y a la imprescriptibilidad de su acción, al disponer que prescribía a los 30 años (art. 2262), pero, contradictoriamente, mantuvo la perpetuidad de la excepción, como lo precisan los Mazeaud[38].

Nuestra codificación civil, por vía del Code Civil, recepcionó lo relativo a la nulidad y a la prescripción. El Código de 1852 optó por la perpetuidad de la excepción de nulidad (art. 2300), lo que obligó a sus reformadores a establecer un plazo prescriptorio. Fue así que el Código de 1936 optó por el plazo treintañal para la prescripción de la acción de nulidad (art. 1169), siguiendo el modelo francés, pero fijó el mismo plazo para la prescripción de la excepción (art. 1170) rompiendo así con su perpetuidad. Olaechea[39] lo explicó considerando que, en el fondo, la acción y la excepción son la misma cosa y que, por consiguiente, el plazo debía ser uniforme, por lo que transcurrido el término para ejercitar la acción, no se puede tampoco oponer la excepción, que es la acción presentada a la inversa.

Con estos antecedentes, el Código Civil en vigor ha acortado considerablemente el plazo prescriptorio para la acción de nulidad. El art. 2001 en su inc. 1, lo ha reducido a 10 años. Además, el Código no legisla sobre la excepción de nulidad, conforme a la propuesta que planteamos como ponentes. La nulidad de un acto o contrato –dijimos en nuestra Exposición de Motivos[40] puede ser invocada en vía de acción o de excepción, mejor dicho reconvención, acotamos ahora– sin que en esta hipótesis se requiera de

(37) Derecho Civil. Parte General. T.II, pág. 459.
(38) Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol.I, pág.523.
(39) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, pág. 15.
(40) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, pág. 712.

norma que la franquee, pues excepcionarse –o reconvenir, agregamos ahora– es también un modo de ejercitar el derecho, lo que hemos reiterado posteriormente[41].

227. CONVERSION DEL ACTO NULO

Al ocuparnos de las características del acto nulo y precisar que lo es de pleno derecho y, por tanto, absolutamente ineficaz (Infra Nº 224.1) citamos a Coviello, que aunque escribió su clásica Doctrina General del Derecho Civil mucho antes de la vigencia, desde 1942, del actual Código Civil italiano, sostenía que la máxima *quod nullum est nullum producit effectum*, debía ser interpretada en sus justos límites, sin exagerar su alcance, para no considerar el acto nulo como un hecho no realizado e imposibilitado para cualquier efecto, sino en el sentido de que el negocio, por ser nulo, no produce los efectos jurídicos correspondientes al fin práctico querido por las partes, sino los efectos que la ley hace derivar del tipo de negocio jurídico abstracto a que pertenece el negocio jurídico en concreto.

El acto nulo, pues, si bien no produce los efectos queridos por las partes, no obsta para que puedan derivarse otros efectos, como los que a manera de ejemplos cita Coviello[42]: un acto nulo, por carecer de la forma solemne, puede servir de prueba de la intención de las partes y un testamento nulo puede constituirse en un principio de prueba escrita para establecer la filiación de un hijo extramatrimonial.

En relación con los efectos que puede llegar a producir el acto nulo, la doctrina planteó primero, y la codificación admitió después, la figura de la conversión, que ha sido legislada por los Códigos alemán e italiano y que consiste en la transformación de un acto nulo en otro acto, al que se le reconoce validez, teniendo en consideración la finalidad que fue perseguida por las partes y siempre que el acto convertido contenga los requisitos de sustancia y forma.

La conversión en el BGB la explica Enneccerus[43] indicando que si un negocio es nulo en el sentido que las partes se habían propuesto, puede, no obstante, ser mantenido como negocio distinto, si concurren todos los requisitos de éste, incluso los de forma, y que la conversión se justifica en general cuando por el otro negocio se alcance el fin económico primeramente propuesto, aunque sólo parcialmente o de un modo no tan perfecto, como puede ocurrir con una letra de cambio nula por defecto de forma pero que puede

(41) Vide, del autor, Prescripción Extintiva y Caducidad, pág. 140 y sigtes.
(42) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 368.
(43) Tratado de Derecho Civil, T.I. Parte General II, Vol.II, pág. 738.

convertirse en una promesa de deuda o, en el caso de una pignoración nula, que se puede convertir en un derecho de retención. Admite Enneccerus que la conversión puede confundirse con una interpretación de la declaración de voluntad por lo que, con el criterio objetivo tan propio de la doctrina germana, señala que lo que distingue decisivamente una conversión de la interpretación es "que la interpretación sólo permite tener en cuenta la voluntad declarada, mientras que la conversión permite tomar en consideración una voluntad presumible, hipotética". Trátase –concluye Enneccerus– de averiguar qué habrían querido las partes si hubieran conocido la nulidad del negocio pero enfatiza que la voluntad efectivamente declarada es la que debe tener primacía.

En lo que al Código italiano se refiere, Stolfi[44] explica que deben concurrir los elementos objetivo y subjetivo para que la conversión sea posible pues se requiere, en primer lugar, que el negocio nulo tenga todos los requisitos de forma y sustancia que se exigen para que exista un negocio diverso del que fue concertado porque de otro modo se tendría un negocio a su vez inválido y, en segundo lugar, es necesario "en consideración a la finalidad perseguida por las partes" –frase tomada del art. 1424 del Código italiano– tener en cuenta que el segundo negocio es válido y querido por las partes si hubieran tenido conocimiento de la nulidad del primero, para que pueda decirse, por consiguiente, que la conversión supone la certeza acerca de la existencia de los requisitos necesarios del acto, a excepción de uno, es decir, el consentimiento, en orden al cual la ley se contenta con una hipótesis, por lo demás, bastante plausible: como las partes querían obligarse, es mejor atribuir a su consentimiento una eficacia, siempre más limitada que la querida, antes que considerarlo como no prestado. El elemento objetivo es fácil de establecer –seguimos con Stolfi–, porque se trata de interpretar la ley: una transacción nula por defecto de forma –el ejemplo es nuestro– puede convertirse en un reconocimiento de obligaciones, pero más difícil es determinar el elemento subjetivo, ya que se trata de interpretar la voluntad de las partes no sólo acerca de lo que entendieron pactar sino también respecto a lo que habrían estipulado si hubiesen conocido la nulidad, como sería el caso de un endoso irregular de un título a la orden que se convierta en una cesión de crédito. Por último, advierte Stolfi, que la conversión debe distinguirse cuidadosamente de hechos análogos por los que el negocio produce efectos jurídicos más limitados o diversos de los que habría producido si no fuese inválido, conservando, no obstante, su naturaleza, es decir, cuando se da el elemento objetivo y no sea necesaria indagación alguna acerca de la intención hipotética de las partes, como, por ejemplo, el testamento que no puede valer como cerrado pero que puede valer como ológrafo, si reúne los requisitos de forma de éste. Por su parte, Betti[45] sintetiza la conversión de

(44) Teoría del Negocio Jurídico, págs. 92 y 93.
(45) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 375.

un negocio nulo en un negocio válido cuando se dan los dos requisitos siguientes: 1. Que pueda ser utilizado –el negocio nulo– para suministrar, tal como es objetivamente, los elementos esenciales del nuevo negocio, que viene a ser el convertido; y 2. Que este otro negocio, aun no habiendo sido efectivamente querido por las partes, ni siquiera de un modo eventual, pueda, sin embargo, integrarse dentro de la órbita del interés práctico perseguido por ellas, en el sentido de poder servir igualmente, al menos en forma aproximada, a su satisfacción. Por último, para Messineo[46] la conversión es una integración legal de los efectos del negocio sobre el fundamento de una presumible y, por consiguiente, hipotética voluntad del sujeto o de los sujetos: en verdad –enfatiza– lo que importa es el resultado práctico, no el medio jurídico elegido.

Nuestro Código Civil de 1936, promulgado luego de más de tres décadas de la vigencia del Código alemán y unos pocos años antes que el Código italiano de 1942, no acogió la figura de la conversión. Sin embargo, León Barandiarán la menciona en sus Comentarios[47] y advirtió que no debe confundirse la conversión, que es una consecuencia legal que concierne a la tipificación del negocio, con el simple error *nomen juris* del mismo.

El Código Civil vigente, no obstante la influencia del Código italiano, la de sus comentaristas y la irradiación de la figura de la conversión a la moderna doctrina, tampoco le ha dado acogida a la figura de la conversión, al no admitir la Comisión Revisora la propuesta de la Comisión Reformadora[48]. Sin embargo, creemos nosotros que no los efectos directamente queridos por las partes, sino los del acto nulo, pueden ser tomados conforme a la interpretación de Coviello de la máxima *quod nullum est nullum producit effectum*, en el sentido de que la ineficacia es respecto a los efectos queridos original y primigeniamente por las partes.

La conversión del acto, tanto la formal como la material, se puede producir al no haberla prohibido el Código Civil. En la primera, el acto jurídico se mantiene, aunque con distinta forma, como ocurre con la conversión del testamento cerrado en testamento ológrafo en la hipótesis prevista en el art. 703. En la segunda, o sea la material, también llamada sustancial o auténtica, el acto nulo se convierte en un acto distinto, como en el caso de una donación de bienes muebles que por su valor requieren de escritura publica (art. 1625) y que se convierte en comodato, pues éste, que es un acto distinto, se asemeja al fin práctico perseguido por las partes.

(46) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 493.
(47) Acto Jurídico, pág. 331.
(48) Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, págs. 76 y sigtes.

Cuando la conversión tiene el sustento de una norma legal, como es la del caso del art. 703, no ofrece las complejidades que presenta su figura. Lo mismo no ocurre cuando no existe el sustento legal para la conversión. En este caso el acto convertido debe recibir del acto nulo los requisitos necesarios para su validez y que le han sido insuficientes, y, además, que las partes del acto convertido deben ser las mismas que las del acto nulo y deben haber manifestado su voluntad de producir la conversión, toda vez que, como lo hemos advertido al detenernos en la manifestación de voluntad (Supra Nº 40), hemos dejado sentado que el Código Civil en vigencia no admite más maneras de manifestar la voluntad que la expresa y que la tácita, habiendo recusado toda manifestación presumida por la ley.

228. EL MATRIMONIO NULO

El Código Civil presenta el matrimonio como un acto jurídico con características peculiares, razón por la cual nos hemos venido ocupando de él para complementar la aplicación de las normas del acto jurídico en aquellos aspectos en el que las normas que lo regulan hacen referencia o se remiten a las comprendidas en el Libro II. Al igual que lo estimamos necesario al tratar de los vicios de la voluntad, relievando las peculiares características del acto matrimonial que determinan sus normas propias, así también vamos a hacerlo ahora con su nulidad.

La nulidad del matrimonio se norma con las reglas especiales contenidas en el Libro III, dedicado al Derecho de Familia, que se complementan con las que acabamos de considerar y que se aplican supletoriamente, salvo los casos en que su exclusión ha sido explicitada por el mismo Código Civil.

El art. 274 enumera las causales de nulidad, estableciendo que: "Es nulo el matrimonio: 1. Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad. 2. Del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable. Empero, si aprenden a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1. 3. Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bígamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior. Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge del desaparecido sin que se hubiese declarado la muerte presunta de éste, mientras dure el estado de

ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe. En el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto, es de aplicación el artículo 68. 4. De los consanguíneos o afines en línea recta. 5. De los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral. Sin embargo, tratándose de tercer grado, el matrimonio se convalida si se obtiene dispensa judicial del parentesco. 6. De los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el ex-cónyuge vive. 7. Del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6. 8. De quienes lo celebran con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268. No obstante, queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión. 9. De los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de éste. La acción no puede ser planteada por los cónyuges".

Hemos considerado conveniente transcribir el contenido del art. 274 para limitarnos a cuestiones muy puntuales en razón de que, por sus peculiares características y otras consideraciones, las causales de nulidad del matrimonio no hacen de este acto jurídico un matrimonio inexistente ni absolutamente ineficaz.

Lo nulo del matrimonio no tiene el mismo significado que lo nulo en los demás actos jurídicos, por lo que respecto de él no puede hablarse, propiamente, de nulidad absoluta. La sentencia que declare la nulidad no es meramente declarativa, sino que es constitutiva pues por efecto de ella queda recién extinguido el matrimonio.

Tampoco puede considerarse que se trata, propiamente, de nulidad absoluta, por cuanto el matrimonio nulo no es absolutamente ineficaz, pues produce efecto respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si se hubiera disuelto por divorcio, y, si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio nulo no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos (art. 284). Además, el matrimonio nulo produce efectos frente a terceros de buena fe (art. 285)

El criterio informante de la nulidad del matrimonio está previsto en el art. 275: "La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual. Si la nulidad es manifiesta, el juez la declara de oficio. Sin embargo, disuelto el matrimonio, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la nulidad ni el juez declararla de oficio".

Como puede apreciarse, la norma transcrita confirma lo que hemos expuesto. Ahora debemos agregar que hay causales que sólo pueden ser invo-

cadas por el cónyuge que contrajo el matrimonio nulo y que sus herederos sólo pueden continuar la acción ya iniciada (art. 278). Además, el matrimonio nulo se convalida o confirma en los casos previstos en el art. 274 o si el cónyuge a quien compete invocar la causal para el ejercicio de la acción deja transcurrir el plazo de caducidad sin incoarla.

Por último, la acción de nulidad del matrimonio es imprescriptible, según el art. 276, pese a que en su tenor se expresa que "no caduca". Se trata de imprescriptibilidad y no de incaducibilidad [49].

229. EL ACTO TESTAMENTARIO NULO

Al acto testamentario nulo sí le son aplicables las normas que rigen la nulidad absoluta y que están resumidas en el art. 220 del Código Civil. Sin embargo, ha establecido causales propias atendiendo a sus características, lo que determina que no todas las causales del art. 219 le sean aplicables.

Considerando, entonces, las causales de los arts. 808, 810, 811, 813 y 814 y las aplicables del art. 219, el testamento es nulo:

a) Cuando falta la manifestación de voluntad del testador (art. 219, inc. 1), pues el acto testamentario, como todo acto jurídico, requiere de la manifestación de voluntad que, en el caso del testamento, debe ser "la expresión directa de la voluntad del testador" (art. 690), la de "su última voluntad", para ser más precisos.

b) Cuando el testamento es otorgado por incapaces menores de edad y por los mayores de edad cuya interdicción ha sido declarada (art. 808). Esta causal es extensiva a todos los menores de edad (art. 687, inc. 1), incluyendo a los mayores de 16 y menores de 18 años, pues la salvedad sólo está referida a los varones mayores de 16 años que hayan contraído matrimonio u obtenido un título oficial para el ejercicio de una profesión u oficio, así como a las mujeres mayores de 14 años que hayan contraído matrimonio.

c) Cuando el testamento se otorga con falsa causa, que, según el art. 810, consiste en dar por muerto al heredero instituido en un testamento anterior. Siendo falsa la noticia de la muerte, vale el testamento anterior y es nulo el otorgado posteriormente. Esta causal, de la que nos hemos ocupado al hacerlo del error (Supra Nº 183), está referida a un vicio de la voluntad y que viene a ser propiamente un error en el motivo (Supra Nº 173.3.e). Por ello, podría considerarse que se le debería tratar como un caso de anulabili-

(49) Vide, del autor, Prescripción Extintiva y Caducidad, págs. 183 y sigtes.

dad y no de nulidad. Sin embargo, la contradicción que se evidencia, a nuestro parecer, se salva aplicándose el inc. 8 del art. 219, pues la nulidad está declarada por norma legal.

d) Cuando tratándose de testamentos especiales, como el militar o el marítimo, no revistan la forma escrita y falta la firma del testador o de la persona autorizada para recibirlo, conforme al art. 813.

e) Cuando el testamento es otorgado en común por dos o más personas, conforme lo preceptúa el art. 814.

Adicionalmente, pueden ser aplicables al acto testamentario las causales previstas en los incs. 1, 3, 4, 7 y 8 del art. 219. Por el carácter unilateral *post mortem* del acto testamentario, no estimamos posible la configuración de la simulación, aun cuando algunas de las disposiciones testamentarias puedan tener el carácter de declaraciones recepticias.

Por último, el acto testamentario nulo queda comprendido dentro de la nulidad absoluta. La sentencia judicial que declare la nulidad del testamento es declarativa, debiendo la sucesión pasar a regirse por las reglas de la sucesión intestada. La acción de nulidad debe entablarse contra el albacea, quien es al que corresponde sostener la validez del testamento (art. 787, inc. 10). La acción es prescriptible, extinguiéndose en el plazo de 10 años (art. 2001, inc. 1), computándose el plazo desde el día en que pudo ejercitarse (art. 1993).

II

EL ACTO JURIDICO ANULABLE

230. DELIMITACION CONCEPTUAL

El acto jurídico anulable, o sea, el que padece de nulidad relativa, es aquel que reúne los elementos esenciales o requisitos de validez, y, por tanto, es eficaz, pero, por adolecer de un vicio, a pedido de una de las partes, puede devenir en nulo. No ofrece, al contrario de lo que ocurre con el acto nulo, dificultades serias en su delimitación conceptual.

Como ya hemos visto (Supra Nº 220.1) la idea de la anulabilidad de un acto jurídico apareció en el Derecho Romano con posterioridad a la de la nulidad. Se originó como un medio de protección concedido por el Pretor a quien podía ser perjudicado por un acto jurídico al que se le reconocía validez porque reunía las condiciones exigidas por el *Ius Civiles,* pero adoleciendo de un defecto en su formación.

Por su origen histórico y por su evolución, la anulabilidad está determinada por una imperfección menos trascendente que la que determina la nulidad. Puig Peña[50] acota que así como la nulidad no produce los efectos propios deseados por las partes, el negocio jurídico afectado de anulabilidad produce ciertamente el efecto a que se dirige, ya que de momento contiene todos los elementos constitutivos indispensables, sólo que, en virtud de estar afectados algunos de estos elementos por un vicio fundamental, puede ser impugnado y, en consecuencia, destruido. Espín[51] dice que mientras no sea impugnado y anulado, el negocio anulable es válido pero que, como es impugnable, su eficacia definitiva depende de que se invoque su invalidez ya que, transcurrido el tiempo hábil para el ejercicio de ese derecho, no hay diferencia con el negocio válido, ya que el negocio anulable se convalida y su eficacia es definitiva. Para Betti[52] anulable es el negocio que, aun no careciendo de los elementos esenciales y hasta originando la nueva situación jurídica puede, tras la reacción de la parte interesada, ser removido con fuerza retroactiva y considerado como si nunca hubiera existido: la nulidad surge sólo por efecto de sentencia cuando un interesado toma la iniciativa de hacerla pronunciar por el juez como consecuencia de los vicios que afectan al negocio. Por último, para Stolfi[53] la anulabilidad produce un estado inter-

(50) Tratado de Derecho Civil Español. T.I. Vol. II, pág. 695.
(51) Derecho Civil Español. I, pág. 545.
(52) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 353.
(53) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 95.

medio entre los actos válidos y los nulos, pero a diferencia de los primeros, los actos anulables pueden ser impugnados porque les afecta algún vicio a su constitución interna y, a diferencia de los segundos, existen *ab origine* y producen sus efectos.

Las opiniones que hemos dejado expuestas son indicativas de la uniformidad de la doctrina para conceptuar la anulabilidad, lo que es necesario tener en consideración pues el Código Civil no contiene una noción y ella se infiere, al igual que en el caso de la nulidad, de la interpretación de sus causales enumeradas por el art. 221 y por el criterio informante de la nulidad relativa contenido en el art. 222. Resulta, así, que el acto anulable es un acto jurídico al que se le reconoce validez y eficacia pero que, por haber adquirido existencia con un vicio que acarrea su nulidad, puede ser impugnado y ser declarado nulo.

231. LAS CAUSALES DE NULIDAD RELATIVA

El art. 221 del Código Civil enumera las siguientes causales de nulidad relativa: "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 tercero. 4. Cuando la ley lo declara anulable". La norma registra como antecedente la del art. 1125 del Código Civil de 1936 y su redacción corresponde a la adoptada por la Comisión Revisora(54).

El acto anulable, al igual que el nulo, sólo puede serlo por las causales establecidas en el acotado art. 221, pues su enumeración es taxativa.

231.1. La incapacidad relativa

La incapacidad relativa, al contrario de la incapacidad absoluta que hace nulo al acto jurídico, sólo lo hace anulable, pues la manifestación de voluntad ha sido emitida por un sujeto que está en la posibilidad de discernir y manifestar su voluntad porque, de no estarlo, sería un incapaz absoluto.

La incapacidad relativa a la que se refiere la causal es la incapacidad de ejercicio, siendo tales incapaces los que enumera el art. 44 del Código Civil, o sea, los mayores de 16 y menores de 18 años de edad (inc. 1), los retardados mentales (inc. 2), los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad (inc. 3), los pródigos (inc.4), los que incurren en

(54) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 211 y 212.

mala gestión (inc. 5), los ebrios habituales (inc. 6), los toxicómanos (inc. 7) y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil (inc. 8).

Al igual que en el caso de la incapacidad absoluta, la causal fundada en la incapacidad relativa tiene una norma complementaria de carácter especial en la que se prevé la posibilidad de que el incapaz relativo pueda también celebrar actos jurídicos. Es la contenida en el art. 227 del Código Civil según la cual "Las obligaciones contraídas por los mayores de 16 y menores de 18 son anulables, cuando resultan de actos practicados sin la autorización necesaria".

La norma anteriormente transcrita debe entenderse que no está referida a los actos relacionados con las necesidades ordinarias de la vida diaria, que con mayor razón pueden celebrar los incapaces relativos, sino a actos jurídicos para los cuales deben recabar previamente la autorización de sus representantes legales, es decir, de sus padres o, en su defecto, de sus tutores, y que deben estar previstos expresamente en la ley. Así, por ejemplo, el mismo Código Civil permite a los incapaces relativos por razón de minoría de edad contraer obligaciones o renunciar derechos, siempre que sus padres que ejercen la patria potestad los autoricen expresa o tácitamente, o les ratifiquen el acto (art. 456, primer párrafo).

231.2. El vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación

La causal, que tiene arraigo romanista, se sustenta en la preservación del proceso formativo de la voluntad y de su manifestación, a fin de que, según el aserto de León Barandiarán[55], el consentimiento para que confiera plena validez al acto jurídico debe estar horro de vicios.

El error que conduzca a la anulación del acto debe ser esencial (Supra Nº 176) y conocible por la otra parte (Supra Nº 176.1) y siempre que haya causado perjuicio al *errans* y no le haya sido reparado (Supra Nº 176.2). El dolo debe ser causante (Supra Nº 189.1) y no haber sido recíproco (Supra Nº 187.3.c). La violencia (Supra Nº 199) y la intimidación (Supra Nº 212) son causales de anulación *per se*.

231.3. La simulación relativa

Como ya hemos visto (Supra Nº 154), por la simulación relativa los simulantes celebran un acto jurídico real y verdadero que mantienen oculto, dando a conocer un acto distinto que viene a ser el acto simulado o aparen-

(55) Curso del Acto Jurídico, pág. 22.

te. El acto jurídico que tiene eficacia entre las partes es el acto oculto pero siempre que reúna los requisitos de validez del art. 140 y no perjudique el derecho de tercero.

La causal de anulabilidad de la que ahora nos ocupamos corresponde a la nulidad relativa pues, como hemos visto anteriormente, la simulación absoluta produce la nulidad absoluta del acto (Supra Nº 223.5). Como el acto oculto es un acto válido si reúne los requisitos de sustancia y forma, su anulabilidad sólo puede ser planteada si es perjudicial al derecho de tercero, a quien corresponde el ejercicio de la acción. Por eso, el inc. 3 del art. 221 precisa que la simulación relativa es causal de anulabilidad "cuando el acto real perjudica el derecho de tercero", esto es, cuando se trata de una simulación ilícita (Supra Nº 157), pues ésta es la que legitima a los terceros a accionar, aunque también puede accionar cualquiera de las partes (Infra Nº 159.1).

231.4. La declaración de anulabilidad por la ley

El acto anulable puede también tener previsión legal pues es una facultad o potestad que se reserva el legislador. El inc. 4 del art. 221, como la causal prevista en el inc. 8 del art. 219 (Supra Nº 223.7), requiere para su aplicación que la norma legal preexista al acto jurídico que se celebra no obstante su advertencia, ya que sólo los órganos jurisdiccionales pueden declarar la nulidad de un acto anulable. Se trata de una anulabilidad textual

232. CARACTERISTICAS DEL ACTO ANULABLE

Las características del acto anulable las resume el art. 222 del Código Civil: "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". La norma fue adoptada por la Comisión Revisora con algunos cambios a la redacción de la propuesta por la Comisión Reformadora[56] y registra como antecedente al art. 1126 del Código Civil de 1936.

Del acotado art. 222 se infieren las siguientes características: a) El acto anulable es válido y eficaz; b) Requiere de sentencia que lo declare nulo con efecto retroactivo a la fecha de su celebración; c) La nulidad sólo puede ser alegada por quienes están legitimados especialmente para accionar; y, d) Puede subsanarse mediante la confirmación.

(56) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 212 y 213.

232.1. El acto anulable es válido y eficaz

El acto anulable es válido y eficaz mientras no sea declarado nulo por un órgano jurisdiccional. Su eficacia está referida a los efectos generados por la manifestación de voluntad, tanto respecto de las partes como para con los terceros.

232.2. El acto anulable requiere de sentencia que lo declare nulo con efecto retroactivo a la fecha de su celebración

El acto anulable, teniendo validez y eficacia, para su anulación requiere necesariamente que un órgano jurisdiccional lo declare nulo y cuyo fallo quede ejecutoriado, esto es, pase a la autoridad de cosa juzgada.

Declarada la nulidad, el acto jurídico es nulo, es decir, como bien lo precisa Coviello[57], se considera como si no hubiese producido nunca efectos jurídicos y, por lo tanto, quedan destruidos los ya producidos, pues la sentencia, como puede apreciarse del acotado párrafo del art. 222, tiene efecto retroactivo para hacer nulo al acto anulable desde su celebración. La retroactividad, explica Stolfi[58], implica en las relaciones entre las partes que todo ha de reintegrarse al estado en que se hallaba antes de la formación del acto. La misma retroactividad opera también respecto de los terceros desde que el acto anulable ha perdido su existencia jurídica.

La sentencia que declara nulo un acto anulable, por lo que queda expuesto, no es de carácter declarativo sino constitutivo, pues la nulidad es consecuencia, precisamente, de la declaración del órgano jurisdiccional, aun cuando tenga un efecto retroactivo, pues al contrario de lo que ocurre con el acto nulo, que es inexistente, el acto anulable es un acto existente, con validez y eficacia, hasta que se le declare nulo.

232.3. La anulabilidad sólo puede ser alegada por quienes están legitimados especialmente para accionar

La nulidad relativa se concede en favor de ciertas personas cuyos intereses privados han sido afectados con la celebración del acto anulable, mientras que, como hemos visto (Supra Nº 221.2), la nulidad absoluta se sustenta en consideraciones de orden público. Por ello, como bien lo explicó León Barandiarán[59], se justifica que la nulidad relativa no pueda ser alega-

(57) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 374.
(58) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 99.
(59) Acto Jurídico, pág. 338.

da por persona extraña al acto jurídico que se va a impugnar, ni ser declarada de oficio, pues importa una medida de protección en favor de determinadas personas perjudicadas con el acto, y sólo a ellas compete aprovecharse o no de sus causales.

En virtud de esta característica, la anulabilidad del acto ha sido establecida en beneficio del incapaz relativo, de quienes en el proceso formativo de su voluntad y de su manifestación han incurrido en error esencial y han sufrido perjuicio, o han sido víctimas de dolo causante, de violencia o de intimidación, así como de quienes han sido perjudicados por el acto oculto en los casos de simulación relativa. El perjuicio sufrido es lo que legitima, de manera especial, a ejercitar la acción anulatoria.

232.4. El acto anulable puede subsanarse mediante la confirmación

La confirmación es un acto jurídico que tiene por finalidad convalidar un acto anulable. De la confirmación nos vamos a ocupar en el capítulo siguiente (Infra Nº 242).

233. EFECTOS ULTERIORES DEL ACTO ANULADO

Como lo hemos dejado expuesto al ocuparnos de las características del acto anulable (Supra Nº 232), declarada su nulidad el efecto retroactivo de la sentencia lo hace nulo desde su celebración, es decir, quedan extinguidos los efectos queridos y pretendidos y, por consiguiente, si el derecho emergido del acto jurídico no ha sido ejercitado ni los deberes u obligaciones cumplidos, ninguno de los sujetos puede reclamar ni está obligado a cumplir nada respecto al otro. Por el contrario, si el derecho emergido ha sido ejercitado y los deberes u obligaciones han sido cumplidos, cada una de las partes ha de restituir lo que haya recibido y puede reclamar lo que ha entregado. Sin embargo, al igual que con el acto nulo, la nulidad del acto anulable trae efectos ulteriores tanto *interpartes* como frente a terceros, aunque el Código no haya legislado al respecto, salvo los actos celebrados por incapaces.

233.1. Los efectos interpartes

Como consecuencia de la sentencia anulatoria, si el acto ha sido ejecutado, mediante el ejercicio del derecho o el cumplimiento del deber, o se han cumplido las prestaciones en que las obligaciones consisten, las partes deben restituirse lo que recíprocamente hayan recibido, con sus respectivos frutos o intereses. Sin embargo, cabe anotar que la doctrina considera que pueden haber algunas restricciones a la obligación de restitución, como, por ejemplo, la devolución de frutos consumidos y ciertos efectos de contratos

de tracto sucesivo. Por ello, a la acción anulatoria puede acumularse una de resarcimiento de los daños y perjuicios, salvo que la causal invocada sea la del error (Supra Nº 177).

Cuando la anulación la genera la incapacidad relativa de una de las partes, son de aplicación las reglas de los arts. 226, 228 y 229 del Código Civil. Esta última la hemos ya considerado al ocuparnos del dolo del incapaz (Supra Nº 187.3.b).

Por la del art. 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". La norma es una reproducción literal del art. 1078 del Código de 1936, que, a su vez, la tomó del art. 83 del Código brasileño, y, pese a que el Código derogado no la instaló en el título relativo a la nulidad, León Barandiarán[60] señaló que ese debió ser su lugar y que la regla era aplicable a sólo el caso del acto anulable por causa de la incapacidad relativa del agente.

La norma ofrece serias dificultades para su entendimiento y explicación. Por eso, recurrimos nuevamente al maestro[61], quien partiendo del principio según el cual la anulabilidad sólo la puede invocar la parte a la que beneficia, la explicó en el sentido de que se trataba de un acto jurídico que un capaz y un incapaz celebraron constituyéndose ambos en una de las partes. Como la anulabilidad sólo la puede demandar el incapaz, escribió León Barandiarán: "Creemos, con Espínola, que la acción sólo compete al incapaz. Bien se comprende –escribe este autor– el alcance (del art. 83 del Código de Brasil): si de un lado se obliga un capaz y de otro, simultáneamente, un capaz y un relativamente incapaz, sólo éste podrá anular parcialmente el acto, solo a él aprovecha el efecto de la anulación, salvo que fuera indivisible el objeto, caso en el que aprovechará también al capaz que juntamente con él se obligara a la prestación, porque entonces el acto se anula totalmente".

En virtud, pues, del acotado art. 226, se introduce una excepción al principio de que sólo el afectado por la causal de nulidad relativa puede invocarla, y, particularmente, en el caso de la incapacidad, que sólo podría alegarla el representante legal del incapaz o el propio incapaz cuando cesare su incapacidad. Pero esta excepción se hace viable, para pedir la anulación, cuando el capaz comparte con el incapaz un derecho o una obligación indivisible porque en esta hipótesis ambos se benefician con la anulación.

Por la del art. 228 "Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en vir-

(60) Ibídem, pág. 81.
(61) Ibídem, págs. 82 y 83.

tud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho". Con muy ligeros cambios, la norma está tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[62], que la tomó, a su vez, textualmente, del art. 1130 del Código de 1936.

León Barandiarán[63], comentando la norma antecedente, recordó que obedecía al propósito de impedir préstamos de dinero a los incapaces, ofreciéndoles esta protección. "De este modo –expresó el maestro– si es verdad que la protección existe en cuanto se permite al incapaz anular el acto, resultaría frustrante obligársele a restituir lo que precisamente por tal incapacidad ha disipado sin provecho. La ley supone que por razón de su propia incapacidad, el incapaz ha disipado lo que se le pagó. Mas, si se destruye tal presunción, demostrándose que lo pagado se convirtió en provecho del incapaz, correspondiendo la prueba al adversario, tiene este último derecho a la restitución por aplicación de la *actio in rem verso*".

233.2. Los efectos frente a terceros

Los efectos ulteriores del acto anulado frente a terceros suponen la consideración de dos hipótesis: que el tercero haya adquirido el derecho o contraído la obligación con anterioridad al acto anulable o con posterioridad a él. Si el derecho ha sido adquirido o la obligación contraída por el tercero con posterioridad a la nulidad no puede sostenerse la eficacia del acto anulable, pues de él ningún efecto puede surgir luego de la sentencia que lo declaró nulo.

Distinta es la situación cuando el derecho ha sido adquirido o la obligación ha sido contraída por el tercero con anterioridad a la anulación. Al respecto, León Barandiarán[64], sin considerar la dualidad de hipótesis que nosotros hemos planteado, opinó que si el tercero procedió de buena fe y adquirió el derecho a título oneroso podía quedar indemne frente a la acción *impugnatoria e, incluso, favorecerse, en todo caso, con la* prescripción adquisitiva. Esta solución, a nuestro parecer, es la que corresponde frente a los terceros adquirentes de derechos porque es el criterio informante para los casos de simulación (Supra Nº 158.2) y de fraude (Supra Nº 167.7.b), cuando se trata, desde luego, de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso.

Tratándose de obligaciones contraídas por terceros, la situación es también distinta. Si la obligación ha sido cumplida, corresponde, según el caso,

(62) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág.218.
(63) Acto Jurídico, págs. 345 y 346.
(64) Vide, del autor, Prescripción Extintiva y Caducidad, págs. 183 y sigtes.

la restitución que debe hacerse a la parte que promovió la acción anulatoria o al mismo obligado que le dio cumplimiento, por quien dio lugar a la causal anulatoria. Si la obligación no ha sido cumplida, queda liberado el obligado, esto es, la parte a quien correspondía la obligación en el acto anulable.

234. PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION ANULATORIA

La acción anulatoria, de anulabilidad o de nulidad relativa, es prescriptible y así ha sido siempre prevista en la codificación civil y admitida sin ambages por la doctrina.

El art. 2001, inc. 4, del Código Civil la hace prescribir en un plazo de 2 años, que se computa desde el día en que puede ejercitarse la acción conforme al art. 1993 del mismo Código.

235. EL MATRIMONIO ANULABLE

Remitiéndonos a lo ya expresado al tratar del matrimonio nulo (Supra Nº 228), vamos a ocuparnos ahora del matrimonio anulable en relación al cual el Código Civil no ha dado contenido a una norma como la del art. 275 dedicada el matrimonio nulo, por lo que estimamos que al matrimonio anulable le son de aplicación los principios informantes de la nulidad relativa que se resumen en el art. 222 (Supra Nº 232) pero tomando en consideración las reglas contenidas en cada una de las causales enumeradas por el art. 277.

Según el art. 277 "Es anulable el matrimonio: 1. Del impúber. La pretensión puede ser ejercida por él luego de llegar a la mayoría de edad, por sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de éstos, por el consejo de familia. No puede solicitarse la anulación después que el menor ha alcanzado mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. Aunque se hubiera declarado la anulación, los cónyuges mayores de edad pueden confirmar su matrimonio. La confirmación se solicita al Juez de Paz Letrado del lugar del domicilio conyugal y se tramita como proceso no contencioso. La resolución que aprueba la confirmación produce efectos retroactivos. 2. De quien está impedido conforme al artículo 241, inciso 2 (por adolecer de enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia o de vicio que constituya peligro para la prole). La acción sólo puede ser intentada por el cónyuge del enfermo y caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento de la dolencia o del vicio. 3. Del raptor con la raptada o el matrimonio realizado con retención violenta. La acción corresponde exclusivamente a la parte agraviada y sólo será admisible si se plantea dentro del plazo de un año de cesado el rapto o la retención violenta. 4. De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. La acción sólo puede ser interpues-

ta por él, dentro de los dos años de la celebración del casamiento y siempre que no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa. 5. De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro de dos años de celebrado. 6. De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído. El Juez apreciará las circunstancias, sobre todo si la amenaza hubiera sido dirigida contra terceras personas. La acción corresponde al cónyuge perjudicado y sólo puede ser interpuesta dentro del plazo de dos años de celebrado. El simple temor reverencial no anula el matrimonio. 7. De quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. La acción corresponde a ambos cónyuges y está expedita en tanto subsista la impotencia. No procede la anulación si ninguno de los cónyuges puede realizar la cópula sexual. 8. De quien, de buena fe, lo celebra ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de dicho funcionario. La acción corresponde únicamente al cónyuge o cónyuges de buena fe y debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio.

Los plazos para el ejercicio de la acción correspondiente a las causales que hemos enumerado, con excepción de las previstas en los incs. 1 y 7, son plazos de caducidad[65]. La acciones anulatorias tienen un carácter personal, pues no se transmiten a los herederos, pero éstos pueden continuar la iniciada por su causante (art. 278).

El matrimonio anulado produce efectos civiles respecto de los cónyuges y de los hijos, si se contrajo de buena fe. Si se contrajo de mala fe por uno de los cónyuges sólo los produce respecto del otro cónyuge y de los hijos (art. 284). Produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio frente a los terceros que hayan actuado de buena fe (art. 285).

236. EL ACTO TESTAMENTARIO ANULABLE

Al acto testamentario anulable le son aplicables los principios que rigen la nulidad relativa y que están contenidos en la norma del art. 222 del Código Civil, con la advertencia de no ser subsanable por la confirmación en razón de ser un acto con eficacia *post mortem.*

(65) Vide, del autor, Prescripción Extintiva y Caducidad, págs. 183 y sigtes.

Atendiendo a las causales de nulidad relativa previstas en los arts. 808, 809 y 812, así como en el art. 221, el acto testamentario es anulable:

a) Cuando es otorgado por menores de edad, salvo que hayan contraído matrimonio o título oficial que les autorice a ejercer una profesión u oficio; por quien se encuentra privado de discernimiento; por sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable; por los retardados mentales; por los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; por los ebrios habituales; por los toxicómanos; y por los que carecen, en el momento de testar, por causa aunque sea transitoria, de lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto (art. 808).

b) Cuando el testamento es obtenido por la violencia, la intimidación o el dolo, o se debe a error esencial de hecho o de derecho, cuando el error aparece en el testamento y es el único motivo que ha determinado al testador a disponer (art, 809).

c) Cuando el testamento tiene defecto de forma al no haberse cumplido con las formalidades señaladas para la clase de testamento empleada por el testador (art. 812).

La anulación del testamento, conforme a los principios de la nulidad relativa, requiere de sentencia que la declare, para cuyo efecto la acción debe ser incoada por quienes tengan un legítimo interés y se beneficien con la nulidad del testamento, salvo, conforme al art. 812, a los que ejecutaron voluntariamente el testamento, en razón –creemos nosotros– que tales herederos conocían la causal de anulabilidad y la aceptaron, pues sólo así interpretamos "la ejecución voluntaria"

La acción anulatoria del acto testamentario por las causales de los arts. 808 y 809 prescribe en el plazo de 2 años, conforme al inc. 4 del art. 2001 del Código Civil, salvo la que puede ejercitarse por la causal del art. 812, que está sometida a un plazo de caducidad, pues debe ser intentada en un plazo de dos años contados desde que el heredero tuvo conocimiento del testamento[66].

(66) Vide, del autor, Prescripción Extintiva y Caducidad, págs. 183 y sigtes.

III

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS A LA NULIDAD

237. PREMISA

Al plantear el estudio del sistema de la nulidad adoptado por nuestro Código Civil optamos por tratar, en forma particular, el acto jurídico nulo y el acto jurídico anulable, reservando la consideración de algunas cuestiones complementarias. Como también advertimos que sólo íbamos a entrar a tratar de la nulidad dentro del marco conceptual que informa a nuestro ordenamiento civil, corresponde ahora tratar de la nulidad del acto jurídico plurilateral, de la nulidad parcial y de la nulidad del documento y luego, para concluir, de las figuras que guardan alguna afinidad con la nulidad.

238. LA NULIDAD EN EL ACTO JURIDICO PLURILATERAL

El acto plurilateral se configura cuando para su formación se requiere de tres o más manifestaciones de voluntad de sujetos que se constituyen en sendas partes (Supra Nº 17). El Código Civil ha dado cabida al acto jurídico plurilateral y a él hace explícita referencia cuando en el art. 1351 conceptúa el contrato como "el acuerdo de dos o más partes ...". De ahí que tenga que ocuparse, también de manera explícita, de la nulidad del acto plurilateral.

La nulidad del acto plurilateral está prevista en el art. 223: "En los casos en 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 el 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". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[67] y se inspira en el art. 1420 del Código Civil italiano.

Como puede apreciarse, se trata, pues, de un acto jurídico en el que cada una de las partes se ha obligado a una prestación para coadyuvar a la consecución de una finalidad común, que viene a ser la razón de ser del acto jurídico. Por eso, la norma se pone en la hipótesis de que la nulidad que afecte el vínculo de una las partes pueda producir la nulidad total del acto o sólo su nulidad parcial.

(67) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I. págs. 213 y 214.

Explicitando el sentido de la norma, León Barandiarán[68] expuso que puede darse el caso de que en un negocio plurilateral haya una causal de nulidad que recaiga en uno de los agentes participantes, siendo del caso preguntarse si tal nulidad afecta el acto en total. Señaló el maestro que este asunto ha sido objeto de preocupaciones en la codificación moderna y la solución se da en el sentido de que si la obligación asumida por cada participante está dirigida a una finalidad común no tendrá validez el negocio cuando la participación de la persona a quien afecta la nulidad deba ser considerada como esencial para la producción del acto.

El concepto desarrollado por León Barandiarán nos lleva a traer a colación, verbigracia, el acto por el cual tres o más personas convienen en constituir una sociedad mediante el aporte de bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica. Si uno de los que pretenden constituir la sociedad está impedido de realizar el aporte de un bien o no tiene capacidad suficiente, o si ha sido intimidado, siendo la prestación que debe cumplir esencial para la realización del objeto de la sociedad, la nulidad que afecte su vínculo acarreará la nulidad total del acto. Por el contrario, si su prestación no tiene ese carácter esencial, la nulidad que afecta su vínculo sólo acarrea la nulidad respecto a su vinculación pero no afecta el convenio en su totalidad.

La cuestión que plantea el art. 223 radica, entonces, en la esencialidad de la participación de una de las partes del acto plurilateral. Si la participación no es esencial a la consecución del fin común, el acto subsiste. Por eso, la norma del art. 223 responde al principio de conservación del acto jurídico, que busca mantener la eficacia del acto jurídico en la medida de lo posible para la consecución del fin práctico perseguido por las partes, evitándole una nulidad total y propiciando sólo una nulidad parcial.

239. LA NULIDAD PARCIAL

La nulidad de un acto jurídico puede ser total o parcial. La primera abarca la integridad del acto, su totalidad, mientras que la segunda, afecta una o más disposiciones del acto, dejando subsistentes otras, y puede también estar referida a uno o varios actos relacionados entre sí, tratándose de un acto compuesto (Supra Nº 22).

La doctrina es unánime en apoyar la nulidad parcial sustentada en el principio de conservación del acto o negocio jurídico. Stolfi[69] dice que es

(68) Curso del Acto Jurídico, págs. 128 y 129.
(69) Teoría del Negocio Jurídico, pág. 81.

notable la diferencia práctica entre las dos hipótesis: el acto totalmente nulo carece de eficacia; el parcialmente nulo puede tenerla dentro de los límites señalados *ex lege* o *ex voluntate*. Para León Barandiarán[70] la nulidad parcial se presenta cuando dentro de un mismo acto su contenido es vario y heterogéneo, resintiéndose de nulidad sólo en lo que respecta a una fracción de su contenido y que las circunstancias por las que la nulidad parcial puede presentarse son varias. Según Coviello[71] el principio que regula la nulidad parcial –y en ello conviene la doctrina– es la máxima *utile per inutile non vitiatur*, según la cual la parte de la disposición, o la disposición o el negocio jurídico viciados de nulidad no producen efectos jurídicos, pero sí los produce la parte de los mismos que subsiste.

El Código Civil legisla sobre la nulidad parcial en el art. 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". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[72] y registra como antecedente a la del art. 1127 del Código Civil de 1936 en lo que se refiere al primer y tercer acápites.

Como puede apreciarse, el acotado art. 224 da contenido a tres reglas que gobiernan la nulidad parcial: 1. la de la nulidad de las disposiciones separables; 2. la de la nulidad de las disposiciones singulares; y 3. la de la nulidad de las disposiciones accesorias. A estas reglas puede sumarse la de la nulidad del acto plurilateral, que hemos considerado anteriormente (Supra Nº 238) y la de la nulidad del documento, que consideraremos después (Infra Nº 240).

239.1. La nulidad de las disposiciones separables

El primer acápite del art. 224 del Código Civil, como hemos visto, legisla sobre la nulidad de las disposiciones separables, las cuales, por ser tales, no perjudican a las demás, subsistiendo el acto. La norma, por registrar como antecedente a la del art. 1127 del Código Civil de 1936, tiene como fuente, la del art. 1039 del Código Civil argentino.

En relación a la norma de la obra de Vélez Sarsfield, Arauz Castex y Llambías[73], comentándola, señalan que para que pueda funcionar la nuli-

(70) Acto Jurídico, pág. 339.
(71) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 372.
(72) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T I, págs. 214 y 215.
(73) Derecho Civil. Parte General. T II, pág. 403.

dad parcial se requiere que el contenido del acto sea susceptible de división, sin que se destruya la esencia del conjunto. Zannoni[74] estima que el criterio de admisión de esta nulidad parcial radica en la posibilidad de separar una o más cláusulas de otras, respecto de un negocio unitario y que la idea del art. 1039 exige establecer la unidad interna del negocio, pues sólo así cabe el análisis de la divisibilidad o separabilidad de sus cláusulas.

En relación al art. 1127 del Código Civil de 1936, León Barandiarán[75] sustentó su interpretación en la consideración de que el Código nacional no mencionó para nada la intención de los celebrantes y que de ello resultaría, por ende, que la separabilidad o inseparabilidad de las cláusulas –o disposiciones– estarían referidas a un dato estrictamente objetivo. Pero, afirmó el maestro, que esa no podía ser la interpretación, pues la vinculación indivisible o no de las cláusulas tiene que hacerse de acuerdo con la voluntad convencional. De la interpretación de León Barandiarán a la norma antecedente nosotros colegimos que la separabilidad o no de las disposiciones del acto jurídico puede ser consecuencia de la convención, pero también de la ley cuando por norma imperativa así se establezca.

Sea que se trate de cláusulas separables o, por extensión, de diversos actos jurídicos que, en su conjunto, forman uno compuesto (Supra Nº 22), la cuestión a dilucidarse es de si puede tratarse de nulidad absoluta o de nulidad relativa. Para León Barandiarán[76] la regla abarca tanto a la nulidad absoluta como a la relativa, esto es, que podía haber una o más disposiciones nulas o anulables sin que necesariamente se afectara el acto en su integridad.

La regla del art. 224 que venimos estudiando se asienta, a nuestro parecer, en el principio de la conservación del acto y, por eso, se ha cuidado de no precisar el origen de la separabilidad o no separabilidad de sus disposiciones, pues uno u otra pueden provenir de la autonomía de la voluntad o de la ley, como es el caso del tratamiento que al respecto le da el Código Civil a la transacción, la que según el art. 1310 es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, la transacción queda sin efecto salvo pacto en contrario. Lo fundamental es que el acto comprenda aspectos divisibles o separables, cuya división o separación no lo afecte en su estructura jurídica y pueda subsistir, no cayendo totalmente en la nulidad, como también es el caso de la condición resolutoria impropia que el art. 171 considera no puesta y sin afectar la validez del acto jurídico.

(74) Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos, pág. 220.
(75) Acto Jurídico, págs. 341 y 342.
(76) Ibídem, pág. 340.

239.2. La nulidad de las disposiciones singulares

El segundo acápite del art. 224 legisla sobre la nulidad de las disposiciones singulares, regla que ha sido introducida con el vigente Código Civil pues no registra antecedente en el Código de 1936. Se inspira en el segundo apartado del art. 1419 del Código italiano.

La aplicación de la regla nos lleva a considerar el contenido del acto jurídico mediante la correspondiente manifestación de voluntad y en ejercicio de su autonomía que, como hemos visto, no puede prevalecer ante las normas de orden público (Supra Nº 15.1). Por eso, debe concordarse con la causal de nulidad absoluta establecida por el inc. 8 del Art. 219 (Supra Nº 223.7) pues esta concordancia conduce a la nulidad parcial cuando la contravención a las normas imperativas es sólo de una o más cláusulas singulares del acto, y no del acto en su totalidad, prevaleciendo, como es lógico, la norma imperativa. Esta fue la interpretación de León Barandiarán[77] a la norma del Proyecto de la Comisión Reformadora.

Ahora bien, para que la interpretación tenga mayor precisión es menester determinar lo que viene a ser una disposición singular para así diferenciar esta regla de la que ya hemos estudiado. Atendiendo a que la *sub exámine* se inspira en el art. 1419 del Código Civil italiano no obstante lo cual, de los comentaristas del Código italiano que venimos consultando, Messineo[78] no da mayor explicación y Stolfi no hace referencia a ella, Betti[79] la presenta como un caso de conversión (Supra Nº 227) y Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli[80] la presentan, simplemente, como una regla de nulidad parcial. Creemos que una disposición singular sería, por ejemplo, una cláusula en la que se pacta un interés mayor que el permitido por la ley, por lo que la norma resulta superflua ya que para resolver la cuestión de la nulidad parcial resulta suficiente la regla del acápite primero del art. 224 en su concordancia con el inc. 8 del art. 219.

La regla del segundo acápite del art. 224 es, pues, superflua, pues no es sino consecuencia de la prevalencia del orden público sobre la autonomía privada y la aplicación del inc. 8 del art. 219 que da una sanción diversa a la de la nulidad del acto, al sancionar una nulidad parcial.

El *imperium* del orden público está patentizado en diversas disposiciones del Código Civil. Así, cuando permite a las partes determinar libremente

(77) Curso del Acto Jurídico, pág. 128.
(78) Manual de Derecho Civil y Comercial, T.II, pág. 491.
(79) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 362.
(80) Derecho Civil T.I, Vol.2, pág. 1040.

el contenido de los contratos siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo (art. 1354), cuando impone reglas o establece limitaciones al contenido de los contratos (art. 1355), cuando advierte que las disposiciones de la ley son supletorias en los contratos salvo que sean imperativas (art. 1356), casos en los cuales es de aplicación el inc. 8 del art. 219 y, para la conservación del contrato, el primer acápite del art. 224. De otro lado, el mismo imperio del orden público no permite que la autonomía de la voluntad modifique en nada el contenido determinado por la ley en algunos actos jurídicos, como es el caso del matrimonio y otros atinentes al Derecho Familiar, cuya contravención acarrearía la nulidad total y no parcial.

239.3. La nulidad de la disposición accesoria

El tercer acápite del art. 224 legisla sobre la nulidad de la obligación accesoria, que nosotros consideramos más propio tratar como nulidad de la disposición accesoria, puesto que en la disposición, entendida como cláusula, pues ese es su sentido, se puede dar cabida a la obligación. La regla tiene el antecedente del art. 1127 del Código Civil de 1936 y no es sino la continuidad de la máxima romana *accesorium sequitur suum principale.*

Pero creemos que no sólo con la aplicación de la máxima romana la norma puede ser interpretada a cabalidad. Es necesario establecer cuándo la obligación –disposición y también acto– es principal y cuándo accesoria. Para ello hay que determinar la relación de dependencia y en ello participa, incuestionablemente, la voluntad de las partes, pero también la naturaleza de la obligación –disposición y también acto–. Las partes pueden convenir que una obligación o un acto quede supeditado a otro, que por ello le sea principal. Pero hay también obligaciones que por su naturaleza son accesorias, como la de pagar intereses, y también actos que por naturaleza son accesorios, como los constitutivos de garantías (Supra Nº 25).

La determinación de lo principal y de lo accesorio es lo fundamental para la cabal interpretación de la regla, la que se inspira también en el principio de conservación del acto jurídico.

La nulidad de la disposición accesoria puede ser absoluta o relativa, pero en cualquiera de los casos la nulidad es parcial, pues no alcanza al acto, disposición u obligación principal.

240. LA NULIDAD DEL DOCUMENTO

La nulidad del documento es un caso especial que el Código Civil legisla en el art. 225: "No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo".

La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora[81] y registra como antecedente la norma del art. 1131 del Código Civil de 1936 y, como antecedente remoto, la del art. 1233 del Código Civil de 1852. Además, como evidencia de que la norma está sumamente arraigada en nuestro Derecho, la ha tomado también el Código Procesal Civil en su art. 237.

La aplicación de la norma del art. 225 está referida a sólo los actos jurídicos con forma *ad probationem* y no *ad solemnitatem* (Supra Nº 64), pues en estos últimos el acto y el documento son consustanciales y forman una sola entidad jurídica, por lo que la nulidad del documento acarrea la nulidad del acto jurídico que contiene. Por eso, cuando la nulidad del documento acarrea la nulidad del acto se habla de una nulidad refleja.

La nulidad del documento sin afectar la validez del acto es sólo posible cuando el documento, como acabamos de advertir, ha sido utilizado mediante una formalidad *ad probationem*, en la que el acto y el documento no son consustanciales y no forman una sola entidad jurídica, siendo por tanto, separables.

Por lo que queda expuesto, y hecho el deslinde conceptual, esta nulidad constituye también un caso de nulidad parcial.

241. FIGURAS AFINES A LA NULIDAD

Además de las causales que conducen a la nulidad y a la anulación, y de las cuestiones complementarias a la nulidad del acto jurídico hasta aquí estudiadas, el Código Civil ha dado cabida a otras causales que conducen a extinguir las relaciones jurídicas originadas por los actos jurídicos y que, por ello, guardan una relación de afinidad con la nulidad, o para mayor precisión, con la anulabilidad.

Se trata de causales que nacen con el acto jurídico, unas, y que le sobrevienen, otras. Las primeras, no obstante, no pueden confundirse con las del acto anulable pues no son genéricas sino que operan en relación a las peculiares características del acto celebrado. Las segundas, que son las causas sobrevinientes, por el hecho de serlo, es decir, de aparecer con posterioridad a la celebración del acto, resultan inconfundibles con las del acto anulable.

León Barandiarán[82] en un estudio de las causales de invalidez en el

(81) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, pág.216.

(82) El *nomen iuris* en relación con las causales de invalidez del negocio jurídico. Derecho Nº 32. Lima, 1974 (Reproducido en el T. II del Tratado de Derecho Civil, título con el cual han sido reeditados sus Comentarios al Código civil Peruano de 1936 y en la reedición del mismo tomo bajo el epígrafe de Acto Jurídico).

Código Civil de 1936, dejó planteada la necesidad de una mayor precisión en la denominación de las causas por las cuales un acto jurídico puede quedar sin efecto. Nosotros hemos tenido a la vista este estudio y le reconocemos el mérito y valor de todos los que ha escrito el maestro y lo citamos, precisamente, porque el Código vigente ha precisado la terminología en función de los conceptos, acogiendo así, en estos aspectos, las ideas de nuestro insigne civilista.

Con la premisa que queda establecida vamos a considerar la rescisión, la resolución, la revocación y la resciliación, figura que, pese a ser sustancialmente distintas a la anulabidad, no obstante tienen con ella una relativa afinidad.

241.1. La rescisión

Es la figura más afín a la anulabilidad, al extremo que todavía algunos autores la confunden, como expone Puig Peña[83]. Espín[84] reconociendo que la distinción no es muy precisa, pues la anulabilidad y la rescisión suponen un negocio con todos los requisitos esenciales para su validez, considera que la diferencia más importante radica en su fundamento, que en la anulabilidad es un vicio o defecto de los elementos esenciales del negocio, y en la rescisión, la existencia de un perjuicio.

La confusión entre anulabilidad y rescisión, como puntualiza Puig Peña[85], viene desde Roma, cuando, por ejemplo, un menor contrataba con una persona que abusaba de su inexperiencia el Pretor no anulaba el acto pero, en cambio, concedía en favor de la persona lesionada la *restitutio in integrum*, que entrañaba la rescisión del acto lesivo. Esta concepción romanista se irradió hasta el Derecho Moderno y, como señala Josserand[86], el Código francés la acogió, pero restringida: los contratos rescindibles son los afectados de un vicio especial, la lesión, y la acción de rescisión es la dirigida contra ellos. Para los Mazeaud[87] la acción de rescisión por lesión sigue las reglas de las acciones de nulidad relativa.

La sustantividad propia de la rescisión en el Derecho moderno se forma, como hemos visto, con fundamento en la figura jurídica de la lesión, que nuestro Código Civil de 1936 restringió a sólo el contrato de compraventa de predios (arts. 1439 a 1447) y que el vigente Código ha hecho extensiva a to-

(83) Tratado de Derecho Civil Español. T.I. Vol.II, pág. 700.
(84) Derecho Civil Español. I, pág. 550.
(85) Tratado de Derecho Civil Español. T.I. Vol.II, pág. 700.
(86) Derecho Civil. T.II. Vol. 1, págs. 236 y 237.
(87) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol.I, pág. 336.

dos los contratos en los que existe desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato (arts. 1447 a 1456).

La moderna doctrina y en lo que al Código italiano se refiere, ha fijado el concepto de la rescisión con la idea de la lesión (arts. 1447 y 1448). Messineo[88] la define como el modo de quitar valor retroactivamente, *ex tunc*, a un negocio válido en sí, a causa de una desproporción o desequilibrio económico de una cierta importancia, la lesión o sea daño económico, que el mismo crea entre los participantes en el negocio; o bien, a causa de la inequidad, en daño de una de las partes, que esta ínsito en el negocio, pero con el concurso de otros requisitos específicos.

El Código Civil ha cuidado de aplicar el concepto de rescisión con un criterio estricto, y además restrictivo, superando, de este modo, al Código de 1936 que incurrió en variada confusión. El art. 1370 precisa que "La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo ..."; y, el art. 1372, que "La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato ...", agregando que las partes tienen la posibilidad de pactar en contrario y que "No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe".

Como puede apreciarse, la rescisión tiene de común con la anulabilidad que las causas son concomitantes a la celebración del acto o del contrato, que ambas requieren de sentencia judicial y que ésta tiene un efecto retroactivo al momento de la celebración. Se diferencian por las causales y en que las partes pueden pactar en contrario de la rescisión, que la rescisión no hace nulo el contrato, sino que lo rescinde, y por eso, se reconocen los derechos adquiridos de buena fe, entendiéndose que debe tratarse de terceros.

241.2. La resolución

La resolución tiene un fundamento y caracteres distintos de la rescisión y, desde luego, de la anulabilidad. Se produce por causas sobrevinientes al acto jurídico, pues afecta la relación jurídica en su desenvolvimiento y se le reconocen efectos retroactivos.

El perfil de la resolución es posterior al de la rescisión, habiéndoseles, incluso, confundido. Los Mazeaud[89] explican la resolución indicando que si con motivo de la ejecución del contrato una de las partes no cumple con lo que ha prometido al otro contratante, a éste, para evitarle un perjuicio grave,

(88) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 505.
(89) Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda. Vol. I, pág. 522.

se le permite demandar la destrucción del contrato y, así, es desligado de su propia obligación. Para los mismos autores, la resolución se parece a la nulidad en el sentido de que obra retroactivamente, pero que, al mismo tiempo, difiere de ella: mientras que el juez está obligado a pronunciar la nulidad, en la resolución es libre siempre para apreciar si el incumplimiento de sus obligaciones por el deudor es lo bastante grave como para llevarla consigo. Betti[90] la explica como una defensa destinada a tutelar la condición de respectiva igualdad de las partes, no en el acto de la conclusión del contrato, sino en el desenvolvimiento de la relación contractual y, consecuentemente, su función no se dirige propiamente contra el negocio sino contra la relación jurídica a la que éste ha dado vida. En rigor, enfatiza Betti, lo que se resuelve no es el negocio con todos sus defectos, sino la relación contractual, de tal modo que, entre las mismas partes de la relación, pese a que la resolución despliega por principio, efecto retroactivo, no se extienden sus consecuencias a las prestaciones ya efectuadas. Para Messineo[91] es un medio por el cual cuando sobreviene un determinado hecho, o un determinado acto ajeno, externo al negocio, que es en sí válido, que altera la situación preexistente o perturba el normal desenvolvimiento de la relación, se le consiente al sujeto provocar el fin del negocio y la cesación de sus efectos.

El Código Civil de 1936 vinculó la resolución a las modalidades del acto jurídico, tanto a la condición como al plazo, cuando éstas, por su carácter resolutorio, hacían cesar sus efectos, lo que también hace el vigente Código. Además, el Código de 1936, en su art. 1341, sin distinguirla de la rescisión, legisló sobre la condición resolutoria contenida en todo contrato bilateral, señalando que ella se realizaba cuando alguna de las partes faltaba al cumplimiento de la obligación que le concernía, lo que también hace el Código vigente al legislar sobre los contratos con prestaciones recíprocas. Pero el Código vigente sí ha distinguido, claramente, el concepto de la rescisión del de la resolución.

En efecto, el vigente Código Civil ha precisado y plasmado una noción de la resolución al establecer el art. 1371 que "La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración" y, en el art. 1372, que "... La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento", agregando que las partes

(90) Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 373.
(91) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 504.

tienen la posibilidad de pactar en contrario y que "No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe".

Como puede apreciarse, la resolución tiene en común con la anulabilidad en que requiere de sentencia judicial que la declare, aun cuando pueda plantearse extrajudicialmente, que la sentencia opera con efecto retroactivo, aun cuando no al momento de la celebración del contrato sino al momento en que sobrevino la causal y, por ello, las partes deben restituirse las prestaciones que ejecutaron, salvo que hayan pactado en contrario. Las diferencias con la anulabilidad son más marcadas que las de ésta con las de la rescisión, a lo que también hay que agregar que la resolución tampoco alcanza a los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

241.3. La revocación

La revocación consiste en dejar sin efecto un acto jurídico por la voluntad de una de las partes y, al contrario de lo que ocurre con la rescisión y la resolución, su tratamiento doctrinario la viene perfilando, recién, con una noción única, hacia la codificación civil.

León Barandiarán, en el estudio que ya hemos citado[92] indicó que el Código Civil de 1936 utilizaba el vocablo revocación para referirse a ciertos casos en que el negocio dejaba de seguir produciendo sus efectos por circunstancias sobrevinientes o por una decisión unilateral.

En relación al Código italiano, Messineo[93] explica que la revocación de los actos y de los negocios jurídicos implica una actividad del sujeto y que la misma es, propiamente, una declaración de voluntad unilateral que consiste en la retractación de un anterior acto o negocio jurídico, incluso bilateral, consentida por la ley al autor de ella. Agrega el autor italiano que con la revocación se dispone, pero con efecto *ex nunc,* de manera diversa de como antes se había hecho, de los propios intereses, o de intereses ajenos cuando la revocación afecta intereses ajenos, en los casos en que está admitida. Concluye que la revocación es el ejercicio de un *ius poenitendi* que tiene por efecto volver a su anterior estado una situación precedente, o impedir el nacimiento de una situación nueva, o sea quitar *ex nunc,* esto es, sin retroactividad, los efectos al acto revocado.

El Código Civil, como hemos advertido, no ha adoptado una noción de la revocación, plasmándola, como sí lo ha hecho con la rescisión y la resolu-

(92) El *nomen iuris* en relación con las causales de invalidez del negocio jurídico.
(93) Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 503.

ción. Sin embargo, ha querido darle puridad y tecnicismo a su aplicación y así la vamos a encontrar en los casos de revocación del poder (art. 149), de revocación de la desheredación (art. 753), de revocación del testamento (art. 798), de revocación del contrato en favor de tercero (art. 1467) y de revocación de la donación (art. 1637), entre otros casos.

Como puede apreciarse de los casos expuestos como ejemplos, a falta de una noción legal, la revocación está muy distante de la resolución y de la rescisión y, por ende, de la anulabidad del acto jurídico, pues ella surte sus efectos *ad nutum*, por la sola voluntad del interesado en revocar, sin necesidad de declaración judicial, pero a quien puede cuestionarse el acto revocatorio por la persona que resulte afectada y que considere que no existe justa causa para la revocación.

241.4. La resciliación

La resciliación, conocida en nuestra codificación como mutuo disenso, es un modo voluntario por el que las partes de un acto jurídico deciden hacerlo cesar en sus efectos, es decir, que así como las partes convinieron en celebrarlo convienen también en dejarlo sin efecto.

El Código Civil ha dado contenido a un noción legal, pues haciendo referencia al mutuo disenso, en su art. 1313 establece que "Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado". La norma tiene antecedente en el art. 1317 del Código de 1936 que, aunque también preservó el derecho de tercero, no dio contenido a noción alguna, lo que hizo que Castañeda[(94)] apuntara que venía a ser el acto por el que las partes deshacían el contrato que habían celebrado y que por efecto del mutuo consentimiento de las mismas partes, se destruía.

Como puede apreciarse, la resciliación o mutuo disenso está aún más distante de la anulabidad y no tiene nada en común con ella. Se trata de una figura típica que se sustenta en la autonomía de la voluntad, pero a la que el orden público le impide darle eficacia al acto jurídico que pretenda extinguir una relación jurídica ya existente cuando está de por medio el derecho de un tercero.

(94) Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones. T.III, pág. 385.

Capítulo XV

LA CONFIRMACION DEL ACTO JURIDICO ANULABLE

Capítulo XV

LA CONFIRMACION DEL ACTO JURIDICO ANULABLE

242. DELIMITACION CONCEPTUAL

La confirmación es un acto jurídico en virtud del cual se convalida otro acto jurídico, anulable, por adolecer de un vicio o causal de nulidad relativa. Como ya lo hemos visto al ocuparnos de las características del acto anulable (Supra Nº 232) la confirmación sólo es posible en el acto anulable, pues la nulidad relativa se fundamenta en la protección de intereses privados los cuales, precisamente, pueden conducir a ella ya que el legitimado para accionar puede no hacerlo y confirmar el acto viciado. Lo mismo no puede ocurrir con la nulidad absoluta, que tiene como característica no admitirla (Supra Nº 224.4), pues constituye una sanción más rigurosa al fundamentarse en consideraciones de orden público y así preceptuarlo el art. 220 del Código Civil.

La doctrina y la codificación civil tienen un criterio uniforme en cuanto al concepto de la confirmación ya que sólo procede en el acto anulable. Los Mazeaud[1] señalan, por ejemplo, que por no tener otro objeto la nulidad relativa que la protección de un interés privado, la persona que ha realizado un acto que la padece podrá confirmar ese acto cuando ya no tenga necesidad de protección. Así, pues, atendiendo al fundamento de la nulidad relativa, se admite la confirmación como un modo de subsanar los vicios causales que hacen anulable a un acto jurídico.

La confirmación supone, entonces, una renuncia a la acción anulatoria. Como expresa Enneccerus[2], la confirmación es la declaración de que se admite la validez del negocio a pesar de su impugnabilidad, o sea, que se

(1) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. I, pág.521.
(2) Tratado de Derecho Civil. Parte General II. T. I. Vol.II, pág. 759.

renuncia al derecho de impugnación. Según Coviello[3], la confirmación no es otra cosa que la renuncia al derecho de pedir la nulidad.

La renuncia a la acción anulatoria, como hemos visto en los casos de error (Supra Nº 178), dolo (Supra Nº 190), violencia (Supra Nº 200) e intimidación (Supra Nº 213), no puede ser anticipada sino que tiene que ser posterior a la celebración del acto jurídico que puede ser objeto de impugnación para su anulación. Por ello, el acto confirmatorio puede celebrarse en cualquier momento, hasta antes que prescriba la acción, pues, como dicen los Mazeaud[4], el titular de la acción de nulidad relativa no está obligado a revelar sus intenciones antes de la expiración del plazo de prescripción y le es lícito esperar algunas circunstancias favorables hasta manifestar su voluntad de confirmar.

Como la decisión de accionar queda librada a la voluntad de quien está legitimado para hacerlo, la confirmación constituye un acto unilateral, pues se forma con esa sola voluntad. Por esta característica, y porque además es abdicativo de un derecho y convalida una relación jurídica en la que pueden existir derechos para la otra parte, el acto confirmatorio no es revocable.

El acto confirmatorio, por su razón de ser, no es autónomo, desde que queda ligado al acto que confirma y no crea una nueva relación jurídica, *confirmatio nihil dat novi,* ya que sólo redime al acto anulable de sus defectos o vicios.

La confirmación opera *ex tunc*, esto es, con efecto retroactivo, pues su finalidad exclusiva es convalidar el acto viciado desde su origen. Pero el carácter *ex tunc* del acto confirmatorio hay que apreciarlo con cuidado. Como apuntó León Barandiarán[5], la confirmación en cuanto acto meramente declarativo produce efectos retroactivos pero sólo respecto de las partes, pero no respecto de terceros, como veremos más adelante. Por eso, Coviello[5] es de opinión que la confirmación no atribuye al negocio confirmado efectos jurídicos que no tenía, en tiempo pasado, sino que tan sólo quita la posibilidad de que los efectos jurídicos lleguen a desconocerse en el futuro. Nosotros creemos, por lo que dejamos expuesto, que el sentido retroactivo del acto confirmatorio está en sus efectos convalidatorios.

Los efectos convalidatorios del acto de confirmación, determinan que a la confirmación se le llame también convalidación, en razón de que subsana

(3) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 377.
(4) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. I, pág. 347.
(5) Acto Jurídico, pág. 356.
(6) Doctrina General del Derecho Civil, pág. 377.

los defectos y vicios del acto anulable y le da validez. Pero creemos que debemos distinguir la confirmación de la convalidación.

La doctrina suele usar la convalidación como indicativa de todo hecho o acto que haga desaparecer la impugnabilidad de un acto jurídico. De este modo, la confirmación viene a ser una especie del género, que es la convalidación. Esta, entendida como género, es todo hecho que da lugar a la eliminación de la posibilidad de invocar un vicio o causal que sustente la pretensión de impugnar un acto jurídico que se califica de anulable. Así, puede haber una convalidación *ex voluntate*, que viene a ser la confirmación, y una convalidación *ex lege*, que es consecuencia del transcurso de los plazos prescriptorios o de caducidad respecto de la acción para intentar la anulación del acto.

El Código Civil no ha incorporado una noción de la confirmación, sino que ella va implícita en el articulado que la regula.

243. ANTECEDENTES Y EVOLUCION DE LA CONFIRMACION

El Derecho Romano, que no conoció el acto jurídico en una formulación sistematizada y en su abstracción (Supra Nº 1), tampoco concibió la figura de la confirmación con un concepto general, pues el pensamiento jurídico romano, lo hemos ya enfatizado, no fue dado a la abstracción y sus formulaciones buscaban situaciones concretas. La subsanación de un acto viciado se producía mediante hechos convalidatorios y mediante excepciones que el Derecho Pretoriano creaba y reconocía.

La confirmación fue receptada en el Derecho moderno con su falta de sistematización. Según Serrano Alonso[7], los codificadores del Derecho Civil Francés no tuvieron una idea clara en torno a la confirmación y no se encuentra en el Código Napoleón un criterio general. Como ya lo hemos señalado (Supra Nº 3.1), el Code Civil no legisló sobre el acto jurídico, por lo que la materia relativa a la confirmación la reguló en relación a los contratos y así la irradió a la codificación civil.

Nuestro Código Civil de 1852, que adoptó en buena medida el modelo napoleónico, legisló también sobre la confirmación en relación a los contratos y su nulidad, pero la llamó ratificación (art. 2283).

El Código Civil de 1936, que incorporó la Teoría del Acto Jurídico, incorporó también la figura de la confirmación, con ese *nomen iuris*, y, tomando

(7) La Confirmación de los Negocios Jurídicos, pág. 42.

como fuente el art. 148 del Código Civil brasileño, la refirió a sólo los actos anulables.

El Código Civil en vigor ha receptado la figura de la confirmación con la misma noción y *nomen iuris*.

244. FUNDAMENTO DE LA CONFIRMACION

La confirmación se fundamenta en el principio de conservación del acto jurídico que, ya hemos visto, busca mantener su eficacia y preservar el fin práctico perseguido por las partes.

El principio de conservación del acto jurídico, en el caso de la confirmación, orienta su aplicación a la estabilidad de las relaciones jurídicas originadas por actos o negocios jurídicos en cuya formación se ha incurrido en vicios o causales que no lesionan el orden público o, que si lo afectan, su magnitud hace preferible el mantenimiento del acto, precisamente, mediante el acto confirmatorio. Se trata pues, de un principio *in favor negotii*.

245. CARACTERISTICAS DEL ACTO CONFIRMATORIO

De la delimitación conceptual que hemos dejado trazada (Supra Nº 242) y de la noción que fluye del articulado que la regula en el Código Civil, se infiere que el acto confirmatorio constituye una convalidación *ex voluntate* de un acto jurídico que se encuentra en la posibilidad de ser anulado y que tiene como características principales las siguientes: a) Es un acto unilateral recepticio (Supra Nº 17), porque sólo lo puede celebrar la parte a quien corresponde la acción anulatoria y porque su manifestación de voluntad la dirige a quienes tienen interés en el mantenimiento del acto anulable. b) Es un acto abdicativo, porque implica renuncia al ejercicio de la acción anulatoria. c) Es un acto irrevocable, porque tiene la finalidad de convalidar un acto anulable. d) Es un acto declarativo (Supra Nº 21), porque su finalidad convalidatoria produce efectos *ex tunc* respecto del acto confirmado al que le permite producir sus efectos de manera definitiva y a plenitud.

La doctrina le asigna muchas otras características como, por ejemplo, la de ser un acto integrativo o, como indica Garibotto[8], de segundo grado, pues requiere de un acto preexistente afectado de nulidad relativa y al que se integra con la finalidad de sanear sus vicios.

(8) Actos Jurídicos. Invalidez y Convalidación, pág. 89.

Estas características permiten distinguir la confirmación de figuras afines a las que haremos referencia más adelante (Infra Nº 250).

246. CLASES DE CONFIRMACION

Por la manera de manifestarse la voluntad, la confirmación puede ser expresa y tácita. Es un criterio de distinción uniforme en la doctrina y acogido en la codificación civil.

Nuestro Código Civil en vigor considera tanto la confirmación expresa como la confirmación tácita con un tratamiento que induce a confusión. De ahí, que consideremos imprescindible detenernos en el análisis de sus normas para delimitar una de otra, en base a la manera como se manifiesta la voluntad confirmatoria.

247. LA CONFIRMACION EXPRESA

Como acabamos de advertir, la confirmación es expresa por la manera como se manifiesta la voluntad. Significa, entonces, que la confirmación es expresa cuando la voluntad confirmatoria se manifiesta oralmente, por escrito o por cualquier medio directo, conforme a la las reglas de la manifestación de voluntad expresa que precisa el art. 141 del Código Civil y de las que nos hemos ocupado anteriormente (Supra Nº 40.1).

El Código Civil ha previsto un acto confirmatorio celebrado con las formalidades prescritas en sus arts. 230 y 232 y un acto confirmatorio carente de formalidades, conforme al art. 231, lo que nos lleva a una conclusión *a priori* en el sentido de que la forma prescrita tiene sólo el carácter de *ad probationem* (Supra Nº 64). De ahí que consideremos que la forma de la confirmación expresa es voluntaria (Supra Nº 66) y que ahora podamos distinguirla en formal y en no formal (Supra Nº 19).

247.1. La confirmación expresa formal

La confirmación expresa formal es la que se hace constar documentalmente y a ella se refieren los arts. 230 y 232 del Código Civil.

Tradicionalmente se concebía la confirmación revestida de formalidades para darle seguridad al acto, pues ese fue el criterio que irradió el Código Napoleón y que los Mazeaud[9] explican orientadas a dar sustento a la segu-

(9) Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. I, pág. 348.

ridad y que, por eso, el confirmante tenía que declarar que confirmaba con pleno conocimiento de causa y que, por la misma razón, el Code Civil, en su art. 1338, exige que el documento que acredite la confirmación contenga tres menciones: la sustancia de la obligación, o sea, las cláusulas principales del contrato confirmado, la mención del motivo de la acción de rescisión –entiéndase de anulación (Supra Nº 241.1)–, o sea, la naturaleza del vicio y, la intención de subsanar el vicio.

El criterio del Código francés se irradió a la codificación civil, siendo receptado también por el Código Civil de 1936 que, como hemos indicado (Supra Nº 3.5.b) es el antecedente inmediato del Código vigente.

El art. 230 del actual ordenamiento establece que "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". La norma fue adoptada por la Comisión Revisora(10) y, como ya hemos indicado, registra como antecedentes a los arts. 1132 y 1133 del Código Civil de 1936.

Adicionalmente, el art. 232 señala otras formalidades: "La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma". La norma fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora(11) y registra como antecedente el art. 1134 del Código Civil de 1936, cuyo tenor ha receptado.

Como puede apreciarse, el acotado art. 230 precisa que la confirmación corresponde al titular de la acción anulatoria y, en caso que el confirmante opte por hacerla documentalmente, que en el instrumento se mencione el acto que se quiere confirmar y la causal de anulabilidad que lo afecta, haciéndose constar la manifestación de confirmarlo. Por su parte, el acotado art. 232 precisa las formalidades que debe revestir la confirmación expresa formal y que deben ser las mismas que las del acto que se confirma.

Como hemos visto, en el documento en el que conste el acto confirmatorio debe mencionarse el acto que se quiere confirmar, esto es, que se identifique el acto viciado a fin de que desaparezca toda posibilidad de confusión con cualquier otro. La forma instrumental que exige el art. 230, que es simplemente *ad probationem*, persigue, precisamente, la prueba de la confirmación y la del acto que se confirma, así como que el confirmante tenga

(10) Código Civil. Compilación de Delia Revoredo. T.I, págs. 219 a 221.
(11) Ibídem, págs. 222 y 223.

conciencia de la finalidad del acto confirmatorio que celebra y de los efectos que van a producirse de manera definitiva en el acto confirmado.

Pero no basta la mención del acto que se quiere confirmar. El art. 230 exige como requisito que, además, el instrumento con el que se celebra el acto confirmatorio del contenido a la indicación por el confirmante de la causal que hace anulable el acto que está confirmando. Se trata, entonces, de que quede probado que el titular de la acción anulatoria tiene pleno conocimiento de la causal que puede invocar. Así, el incapaz relativo cuya incapacidad ya ha cesado, el errante, la víctima del dolo, de la violencia o de la intimidación, debe explicitar el conocimiento de la causal que le permite impugnar la validez del acto que celebró y está confirmando.

Por último, el art. 230 exige la manifestación de voluntad expresa del confirmante, la cual, obviamente, debe constar por escrito y en el documento.

El art. 232 que, como acabamos de ver, señala formalidades adicionales dispone, sin el carácter de *ad solemnitatem*, que el documento que contiene el acto confirmatorio debe tener las mismas formalidades que las establecidas para el acto que se confirma. Estas, desde luego, tampoco tuvieron el carácter de *ad solemnitatem* pues, de haberlas tenido y haber sido inobservadas, el acto sería nulo y, en consecuencia, no podría ser subsanado por la confirmación.

La norma del art. 232 tiene el carácter de imperativa, pues utiliza la expresión "debe", pero no sanciona con nulidad su inobservancia, corroborando, así, que no se trata de una formalidad *ad solemnitatem*, por lo que somos del parecer que sería un rigor excesivo que se pudiera considerar la nulidad del acto confirmatorio por no darse cumplimiento a lo dispuesto por el acotado numeral 232, máxime, si como veremos, el mismo Código admite la confirmación expresa no formal y, aun, la tácita. Así, por ejemplo, para la celebración de una compraventa las partes pueden adoptar la forma que estimen conveniente y, si lo celebraron por escritura pública y la compraventa debe ser confirmada, el documento que dé contenido al acto confirmatorio debe ser otorgado mediante escritura pública y, de no cumplirse con esta formalidad, el acto confirmatorio subsiste y puede ser probado por los medios probatorios reconocidos por el Código Procesal Civil.

La forma de la confirmación, en conclusión, es *ad probationis causa*, pues de otro modo no podría el Código Civil haber legislado sobre la confirmación expresa no formal, que veremos a continuación, ni sobre la confirmación tácita, que veremos más adelante (Infra Nº 248).

247.2. La confirmación expresa no formal

La confirmación expresa también puede hacerse mediante manifestación de voluntad que no conste instrumentalmente, utilizándose para el efecto la expresión oral o cualquier otro medio directo, como lo establece el art. 141 del Código Civil, desde que, como lo hemos venido precisando, el acto confirmatorio no tiene forma prescrita con el carácter de *ad solemnitatem.*

La confirmación expresa no formal la encontramos en el art. 231, que pasamos a transcribir: "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". La norma fue adoptada por la Comisión Revisora[12] en base al Proyecto de la Comisión Revisora y registra como antecedente el art. 1135 del Código Civil de 1936.

Conforme a la norma transcrita, la confirmación expresa no formal resulta de la ejecución total o parcial del acto jurídico anulable por la parte a quien correspondía el ejercicio de la acción anulatoria, siempre que esté en conocimiento de la causal que puede dar mérito a la anulación y se ajuste al "medio directo" utilizado para la manifestación de voluntad expresa y al que hace referencia el art. 141 del Código Civil y que nosotros hemos enfatizado para su deslinde con la manifestación de voluntad tácita (Supra Nº 40.3).

En conclusión, la confirmación expresa no formal supone la manifestación de la voluntad confirmatoria mediante el lenguaje oral o mediante el medio directo consistente en la ejecución total o parcial del acto que está en la posibilidad de ser anulado.

248. LA CONFIRMACION TACITA

La confirmación tácita está también contenida en el art. 231 del Código Civil cuando hace mención a "... si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad". Como puede apreciarse, la frase transcrita guarda perfecta coincidencia con la noción de la manifestación de voluntad tácita que contiene el art. 141 (Supra Nº 40.2).

La confirmación tácita no es una mera coincidencia que resulta de la concordancia de los arts. 231 y 141 del Código Civil, pues ella ha sido tam-

(12) Ibídem, págs. 221 y 222.

bién admitida por la codificación civil y fue receptada en nuestro Código Civil de 1936, cuyo art. 1135, como acabamos de indicar, es el antecedente del art. 231 del vigente. Lo que sí hay que señalar es que el acotado art. 231 genera una confusión pues hace referencia a una confirmación resultante de la ejecución total o parcial del acto jurídico anulable, que lo hemos interpretado como un modo de confirmación expresa no formal (Supra Nº 247.2), y a la existencia de hechos que inequívocamente ponen de manifiesto la voluntad de confirmar el acto anulable, que ahora consideramos como un modo de confirmación tácita en aplicación de los conceptos contenidos en el art. 141.

La confirmación tácita, como lo hemos advertido al detenernos en la manifestación de voluntad tácita (Supra Nº 40.2), presenta también serias dificultades para establecer si hay o no voluntad confirmatoria en el sujeto. Por eso, es indispensable que se establezca inequívocamente no sólo la voluntad del sujeto de renunciar a la acción anulatoria sino también si tiene conocimiento de la causal que puede alegar.

En conclusión, lo que se requiere para la existencia de una confirmación tácita es que de la *facta concludentia* se trasunte, sin lugar a duda alguna, el conocimiento de la causal de nulidad relativa y la voluntad de confirmar, como sería el caso, por ejemplo, del arrendatario que pudiendo impugnar la validez del contrato de arrendamiento lo utiliza como título para subarrendar.

249. EFECTOS DE LA CONFIRMACION

Como ya hemos visto a lo largo del desarrollo que venimos haciendo, la confirmación tiene por finalidad hacer que el acto anulable surta sus efectos de manera plena y definitiva y estos son, en esencia, los efectos fundamentales *interpartes.* Por eso, los efectos de la confirmación deben analizarse respecto de los terceros, pues la consideración a ellos es la más importante, máxime si los efectos *interpartes* se reducen a mantener los que ya venía produciendo el acto que se confirma.

Precisamente, en atención a los terceros, el Código Civil advierte, como regla general en el art. 230, "Que salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado ...". Por eso, como bien lo conceptuó el maestro León Barandiarán[13], el acto confirmatorio no es oponible a terceros (Supra Nº 73), pero siempre que se trate de un tercero adquirente de un derecho a título singular, pues los sucesores a título universal del confirmante no pueden invocar, en este caso, su calidad de terceros.

(13) Acto Jurídico, págs. 356 y 357.

Además, respecto de estos terceros adquirentes a título singular, el Código Civil no hace distinción según hayan adquirido el derecho a título oneroso o a título gratuito, con buena o con mala fe, sino que simplemente deja a salvo su derecho, siempre que, obviamente, se haya generado en un acto válidamente celebrado que legitime la oponibilidad al acto confirmatorio.

Por eso, consideramos que la regla general debe ser interpretada, simplemente, en protección del legítimo derecho del tercero adquirente a título singular. La hipótesis la explica León Barandiarán[14] con el ejemplo de la venta de un inmueble que realiza un menor a Primus y luego, llegado a la mayoría de edad, ese mismo inmueble lo vende a Secundus y después confirma la primera venta. Como explicó el maestro, la confirmación de la primera venta no puede perjudicar a Secundus y éste puede oponerse a la confirmación del acto practicado con Primus.

250. FIGURAS AFINES A LA CONFIRMACION

Al trazar la delimitación conceptual de la confirmación (Supra Nº 242) y luego al detenernos en las características del acto confirmatorio (Supra Nº 245), reservamos la consideración de las figuras afines. Al ocuparnos ahora de ellas hacemos la advertencia de que sólo nos detenemos en las que tienen la característica de ser *ex voluntate* y excluimos la conversión, por habernos ya ocupado de ella al hacerlo del acto nulo (Supra Nº 227).

250.1. La ratificación

La ratificación, que la hemos estudiado al tratar de la representación sin poder (Supra Nº 107.5), es un acto jurídico que unilateralmente otorga el representado para aceptar o aprobar el acto celebrado por su representante en exceso o en violación de las facultades de las que lo había investido o, del acto que celebró quien se arrogó su representación sin tenerla. También la ratificación se presenta en la gestión de negocios, cuando quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro, que lo ignora (art. 1950), correspondiendo al dueño del negocio ratificar o no la gestión (art. 1952).

La confirmación, como venimos viendo, es un acto que se celebra con la finalidad de subsanar los vicios o defectos de un acto anulable, mientras que la ratificación es un acto jurídico que se celebra con la finalidad de convalidar la actuación de quien ejerció la representación excediendo las facul-

(14) Ibídem

tades que le habían sido conferidas, o violándolas, o de quien se arrogó una representación que no le había sido conferida, o de quien asumió la función de gestor sin conocimiento del dueño del negocio.

Por el acto ratificatorio se subsana la falta del consentimiento que previamente debió prestarse y se aceptan los efectos de los actos jurídicos celebrados de manera anómala o irregular, liberándose de responsabilidad al representante que excedió o violó facultades, al falso representante, o al gestor, según los casos. Como anota De Cossio[15], en la ratificación se trata de un acto jurídico que no pudo nacer como verdaderamente vinculante hasta que la persona, en cuyo nombre o beneficio se celebró, preste su consentimiento, es decir, ratifique el acto.

Tanto el acto confirmatorio como el acto ratificatorio son unilaterales y recepticios, pues en el primero la manifestación de voluntad se dirige a quienes tienen interés en el acto anulable y, en el segundo, la manifestación de voluntad se dirige al seudorepresentante o gestor y al tercero contratante. Pero ambos se diferencian en que en la ratificación se trata de un acto celebrado por persona distinta del ratificante, que no ha sido parte y que lo pasa a ser por efecto de la ratificación, mientras que en la confirmación se trata de acto celebrado por quien ha sido parte en el acto anulable.

250.2. El reconocimiento

El reconocimiento es un acto jurídico mediante el cual se admite la existencia de una obligación preexistente. Se trata, desde luego, de una obligación nacida de un acto válido, porque si no lo fuera, por causa de nulidad relativa, sería una confirmación. En ello radica la diferencia y de este modo, en el reconocimiento la obligación que se reconoce emerge de un acto válido, mientras que en la confirmación se está frente a un acto anulable que se convalida, precisamente, con el acto confirmatorio.

El Código se ocupa del reconocimiento en el Libro de las Obligaciones y el art. 1205 precisa que "El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma".

250.3. La transacción

La transacción es un acto jurídico mediante el cual, las partes, hacién-

(15) Instituciones de Derecho Civil. I. pág. 185.

dose concesiones recíprocas, deciden sobre algún aspecto dudoso o litigioso emergido, a su vez, de un acto jurídico que ha dado lugar al entablamiento de un vínculo obligacional o contractual, a fin de evitar un pleito que podría promoverse o ponerle fin a uno ya promovido.

La transacción viene a ser, así, un acto abdicativo de derechos, por las partes que la celebran, mientras que la confirmación es abdicativa sólo por quien está en la posibilidad de ejercitar la acción anulatoria por causal que lo legitima y sin estipular nada, pues su finalidad no es otra que la de permitir la eficacia definitiva del acto jurídico anulable anteriormente celebrado.

El Código Civil también se ocupa de la transacción en el Libro de las Obligaciones. Según el art. 1302 "Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada". Y, según el art. 1303 "La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción".

Como puede apreciarse, la transacción es, pues, un acto jurídico que difiere sustancialmente del acto confirmatorio. Al extremo, que ella misma puede ser confirmable, pues según el art. 1308, *in fine*, del Código Civil, si la obligación dudosa o litigiosa fuera anulable y las partes, conociendo el vicio, la celebran, tiene validez la transacción, lo que, desde luego, no puede ocurrir si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula. Es más, el art. 1309 permite también celebrarla "Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida", aunque en relación a esta norma debemos precisar que si se trata de una obligación nula lo que se configura no es una confirmación sino una conversión (Supra Nº 227).

BIBLIOGRAFIA

ABELENDA, CESAR AUGUSTO. Derecho Civil. Parte General. Astrea, Buenos Aires, 1980.

ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO, creada por Decreto Supremo de 26 de Agosto de 1922.

AGUIAR, HENOCH D. Hechos y Actos Jurídicos. I. La Voluntad Jurídica. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950.

ALBALADEJO, MANUEL. El Negocio Jurídico. Bosch, Barcelona, 1958.

ALBALADEJO, MANUEL. Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1980.

ALZAMORA VALDEZ, MARIO. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Lima, 1965.

ARANA COURREJOLLES, CARMEN. La interpretación del acto jurídico. Cultural Cuzco Editores, Lima, 1992.

ARGÜELLO, LUIS RODOLFO. Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones. Astrea, Buenos Aires, 1985.

ARAUZ CASTEX, MANUEL Y LLAMBIAS, JORGE JOAQUIN. Derecho Civil. Parte General. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1955.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX. Comentarios al Proyecto de Código Civil. Ed. del Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1982.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo I. Contratos: Parte General. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995.

ARTEAGA, JESUS MARIA Y ARTEAGA CARVAJAL, JAIME. Curso de Obligaciones. Ed. Temis, Bogotá, 1979.

BARBERO, DOMENICO. Sistema del Derecho Privado. EJEA, Buenos Aires, 1967.

BASADRE, JORGE. Historia del Derecho Peruano, II Edición. Edigraf. Lima, 1984

BASADRE, JORGE. *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, II Edición. Edigraf. Lima.

BEJARANO SANCHEZ, MANUEL. Obligaciones Civiles. Harla, México, 1980.

BETTI, EMILIO. Teoría General del Negocio Jurídico. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.

BETTI, EMILIO. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.

BETTI, EMILIO, Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

BIGLIAZZI GERI, LIMA; BRECCIA, UMBERTO; BUSNELLI, FRANCESCO D. y NATOLI, UGO, Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, 1995.

BOFFI BOGGERO, LUIS MARIA. Lecciones de Derecho Civil. Ed. Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1945.

BOFFI BOGGERO, LUIS MARIA. Estudios jurídicos. Buenos Aires, 1960.

BOFFI BOGGERO, LUIS MARIA. Tratado de las Obligaciones. Astrea, Buenos Aires, 1973.

BREBBIA, ROBERTO H. Hechos y Actos Jurídicos. Astrea, Buenos Aires, 1979

BUERES, ALBERTO J. Objeto del Negocio Jurídico. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

CANCINO, FERNANDO. Estudios de Derecho Privado. Temis. Bogotá; 1979.

CANCELA OMAR, RABINOVICH RICARDO, ROLLAN RAUL. Instituciones de Derecho Privado. Astrea, Buenos aires, 1988.

CARBONIER, JEAN. Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1971.

CASTRO SALINAS, JAVIER. Mandato y Representacion, en Temas de Derecho Contractual. Cultural Cuzco Editores, Lima, 1987.

CARRANZA, JORGE A. El dolo en el Derecho Civil y Comercial. Astrea, Buenos Aires, 1983.

CASTAN TOBEÑAS, JOSE. Derecho Civil Español, Común y Foral. Reus, Madrid, 1978.

CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones. Lima, 1954.

CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO. El Negocio Jurídico, Lima, 1972

CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO. Derecho de Sucesión, Lima, 1975.

CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO. Código Civil, Lima, 1978.

CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO. Los Vicios de la Voluntad, Lima, 1978.

CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO. El Derecho de los Contratos. Teoría General de los Contratos, Lima, 1978.

CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO. La doctrina de la causa, Lima, 1980.

CHERO ASENCIOS, JUANA LUISA. El Acto Jurídico consigo mismo. Tesis de Bachiller. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1987.

CIFUENTES, SANTOS. Negocio Jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades. Astrea, Buenos Aires, 1986.

CODIGO CIVIL ALEMAN. Apéndice del Tratado de Derecho Civil de Ennecerus, Kipp y Wolff. Bosch, Barcelona, 1985.

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

CODIGO CIVIL FRANCES. Dalloz, París, 1938.

CODIGO CIVIL ITALIANO. Tomo I del Manual de Derecho Civil y Comercial de Francesco Messineo. EJEA, Buenos Aires, 1979.

CODIGO CIVIL. Decreto Legislativo Nº 295. Edición del Diario Oficial El Peruano, Lima, 1984.

CODIGO CIVIL PERUANO. Antecedentes Legislativos. Concordancias. Exposición de Motivos y Comentarios. Compilación de Delia Revoredo, Lima, 1985.

CODIGO CIVIL. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997.

CODIGO PROCESAL CIVIL. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997.

COLINT, A. Y CAPITANT, H. Curso Elemental de Derecho Civil, Reus, Madrid, 1975.

CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO. (1933). Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana.

CONSTITUCION POLITICA DEL PERU. (1979). Ed. Oficial. Ministerio de Justicia, Lima, 1980.

CONSTITUCION POLITICA DEL PERU (1993). Ed. Oficial. Ministerio de Justicia, Lima, 1994.

CORNEJO, ANGEL GUSTAVO. Código Civil. Exposición Sistemática y Comentario, Lima 1937.

CORNEJO CHAVEZ, HECTOR. Derecho Familiar Peruano. Lib. Studium, Lima, 1985.

COUTURE, EDUARDO J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Depalma, Buenos Aires, 1981.

COVIELLO, NICOLAS. Doctrina General de Derecho Civil. UTEHA, México. 1949.

DABIN, JEAN. *La Teoría de la Causa*, Madrid, 1929.

D'ANTONIO, DANIEL HUGO. Actividad Jurídica de los Menores de Edad. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1981.

DA SILVA PEREIRA, CAIO MARIO. Institucoes de Direito Civil, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997.

DANZ, ERICH. La Interpretación de los Negocios Jurídicos, Madrid, 1926.

DE COSSIO, ALFONSO. Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Alianza Editorial, Madrid, 1977.

DE DIEGO, FELIPE CLEMENTE. El Silencio en el Derecho. Reus, Madrid, 1925.

DE DIEGO, FELIPE CLEMENTE. Instituciones de Derecho Civil. Madrid, 1959.

DE GASPERI, LUIS Y MORELLO, AUGUSTO. Tratado de Derecho Civil. TEA, Buenos Aires, 1964.

DE LA LAMA, MIGUEL ANTONIO. Código Civil. Anotado y Concordado, Lib. Gil, Lima, 1905.

DE LA MORANDIERE, JULLIOT. La Noción de Orden Público en el Derecho Privado. Bogotá, 1956.

DE LA PUENTE y LAVALLE, MANUEL. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial, Lima, 1993.

DE LA VEGA VELEZ, ANTONIO. Bases del Derecho de Obligaciones. Themis, Bogotá, 1978.

DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. La Conversión del Negocio Jurídico. Bosch, Barcelona, 1959.

DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. La Inexistencia del Negocio Jurídico. Reus, Madrid, 1969.

DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. El Principio de la Buena Fe. Bosch, Barcelona, 1965.

DE MENDOZA PONCE DE LEON, FERNANDO. El Acto Jurídico Unilateral Obligatorio. Bogotá, 1963.

DE SEMO, GIORGIO. La Gestión de Negocios Ajenos. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.

DE TRAZEGNIES, FERNANDO. La idea del Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980.

DIEZ-PICAZO, LUIS. La Representación en el Derecho Privado. Ed. Civitas, Madrid, 1979.

DIEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Ed. Tecnos, Madrid, 1979.

DIEZ- PICAZO, LUIS. Experiencias Jurídicas y Teoría de Derecho. Ariel, Barcelona, 1982.

DIEZ-PICAZO, LUIS y GULLON ANTONIO. Instituciones de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 1995.

DORAL, JOSE ANTONIO y DEL ARCO, MIGUEL ANGEL. El Negocio Jurídico. Trivium, Madrid, 1982.

DU PASQUIER, CLAUDE. Introducción al Derecho. Traducción y Notas por Julio Ayasta Gonzáles, Lima, 1983.

EL CODIGO CIVIL PERUANO y EL SISTEMA JURIDICO LATINO AMERICANO. Trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de Agosto de 1985, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani. Cultural Cuzco, Lima, 1986.

ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1981.

ESPIN CANOVAS, DIEGO. Manual de Derecho Civil Español, EDERSA, Madrid, 1982.

ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. Estudios de Derecho de las Personas. Lima, 1990.

FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS. Concepto de Derecho Civil. Revista de Jurisprudencia Peruana Nº 175, Lima, 1958.

FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS. La Noción Jurídica de Persona. Lima, 1962.

FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS. Comparación jurídica y unidad del Sistema Jurídico Latinoamericano. Separata. Universidad de Sassari, Milán, 1981.

FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS. La Persona en la Doctrina Jurídica Contemporánea. Universidad de Lima, Serie Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 1984.

FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS. Derecho de las Personas, Lib. Studium, Lima, 1986.

FERRARA, FRANCISCO. La Simulación de los Negocios Jurídicos. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

FERRERO, AUGUSTO. El Derecho de Sucesiones en el Nuevo Código Civil Peruano. Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987.

FERRERO COSTA, RAUL. El Negocio Jurídico. Lima, 1974

FERRERO COSTA, RAUL. Curso de Derecho de las Obligaciones. Cultural Cuzco, 1986.

GALGANO, FRANCESCO. Teorías e Ideologías del Negocio Jurídico. Separata. Avales de la Cátedra de Francisco Suárez Nº 22, Granada, 1982.

GALGANO, FRANCESCO. El Negocio Jurídico. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

GARCIA AMIGO, MANUEL. Instituciones de Derecho Civil. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979.

GARIBOTTO, JUAN CARLOS. Actos Jurídicos. Invalidez y Convalidación. Gherzi Carozzo Editores, Buenos Aires, 1986.

GOLDENBERG, ISIDORO H. Y TOBIAS, JOSE W. Reformas al Código Civil. Parte General. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

GUEVARA MANRIQUE, RUBEN. Derecho Registral. 2ª Edición, Lima, 1986.

GUZMAN FERRER, FERNANDO. Código Civil. Ed. Científica, Lima, 1987.

HERRERA PAULSEN, DARIO. Derecho Romano, Lima.

IGLESIAS, JUAN. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Ariel, Barcelona, 1983.

ITURRIAGA ROMERO, JOSE. La Representación en el Derecho Privado. Universidad de San Marcos, Lima, 1974.

JARAMILLO, CARLOS IGNACIO. Estructura de la Forma en el Contrato de Seguro. Temis, Bogotá, 1986.

JOSSERAND, LOUIS. Derecho Civil. Ed. EJEA, Buenos Aires, 1950.

LA HOZ TIRADO, RICARDO. La Forma del Acto Jurídico. Ventajas y Desventajas de la Forma. Revista de Jurisprudencia Peruana Nº 219, Lima, 1962.

LA HOZ TIRADO, RICARDO. La Forma del Acto Jurídico en el Derecho Contemporáneo. Revista de Jurisprudencia Peruana Nº 220, Lima, 1962.

LA HOZ TIRADO, RICARDO. Negocio Jurídico y Declaración de Voluntad. Rev. de Jurisprudencia Peruana Nº 232, Lima, 1963.

LARENZ, KARL. Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

LARENZ, KARL, Derecho Civil. Parte General. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.

LEAL DAVILA, ORLANDO. Tres estudios sobre la simulación, Temis, Bogotá, 1993.

LEON BARANDIARAN, JOSE. Comentarios al Código Civil Peruano. Lima, 1938.

LEON BARANDIARAN, JOSE. *Comentarios al Código Civil Peruano*. Lima, 1944.

LEON BARANDIARAN, JOSE. Comentarios al Código Civil Peruano. EDIAR, Buenos Aires, 1954.

LEON BARANDIARAN, JOSE. Manual del Acto Jurídico. Lima, 1961.

LEON BARANDIARAN, JOSE. Contratos en el Derecho Civil Peruano. Lima, T. I, 1966, y T. II, 1975.

LEON BARANDIARAN, JOSE. Curso Elemental de Derecho Civil Peruano. Lima, 1970.

LEON BARANDIARAN, JOSE. El Nomen Juris en relación con las Causales de Invalidez del Negocio Jurídico. Revista de Derecho Nº 32. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1974.

LEON BARANDIARAN, JOSE. Andrés Bello y el Código Civil Chileno. Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 1980.

LEON BARANDIARAN, JOSE. Curso del Acto Jurídico, Lima, 1983.

LEON BARANDIARAN, JOSE. Tratado de Derecho Civil. WG Editor, Lima, 1991.

LEON BARANDIARAN, JOSE. Acto Jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 1997.

LEON HURTADO, AVELINO. La Causa. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1961.

LEON HURTADO, AVELINO. *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

LEON HURTADO, AVELINO. El Objeto de los Actos Jurídicos. Ed. Jurídica de Chile 2ª Edición, Santiago, 1983.

LOHMANN, JUAN GUILLERMO. Ensayo sobre el error en los testamentos. Themis Revista de Derecho Nºs. 7 y 8, 1987.

LOHMANN, JUAN GUILLERMO. El Negocio Jurídico. Ed. Grijley, Lima, 1994.

LLOVERAS DE RESK, MARIA EMILIA. Tratado Teórico Práctico de las Nulidades. Depalma, Buenos Aires, 1985.

MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN. Lecciones de Derecho Civil. EJEA, Buenos Aires, 1976.

MESSINEO, FRANCESCO. Manual de Derecho Civil y Comercial. EJEA, Buenos Aires, 1979.

MOISSET DE ESPANES, LUIS. La Lesión en los Actos Jurídicos. Universidad de Córdoba, 1979.

MORALES GUILLEN, CARLOS. Código Civil. Concordado y anotado. Gisbert y Cía. 2ª Edición, La Paz, 1982.

MORELLO, AUGUSTO M. Ineficacia y Frustración del Contrato. Editora Platense. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975.

MUÑIZ ZICHES, JORGE. La Interpretación de los Contratos Civiles. Tesis de Bachillerato. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1975.

MUÑOZ, LUIS. El Negocio Jurídico Financiero, Biblioteca Jurídica de la Gaceta del Notariado. Rosario, 1978.

MURILLO, MARIA LUISA. Forma y Nulidad del Pre-contrato. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1993.

NEGRAO, THEOTONIO. Código Civil e Ligislaçao Civil en Vigor. Ed. Revista Dos Tribunais, 7ª Edición, Sao Paulo, 1987.

NOVILLO SARAVIA, LISARDO. El Silencio en la Formación de los Actos Jurídicos. Universidad de Córdoba, 1941.

NOVILLO SARAVIA, LISARDO. Las Formas en el Derecho Civil Argentino. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidd de Córdoba, Julio de 1950.

OLAECHEA, MANUEL AUGUSTO. Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil. Lima, 1936.

ORTEGA R. RAMON. Nulidades Civiles en el Derecho Colombiano. Ed. Temis, Bogotá, 1977.

OSPINA FERNANDEZ, GUILLERMO Y OSPINA ACOSTA, EDUARDO. Teoría General de los Actos Jurídicos o Negocios Jurídicos. Ed. Temis, Bogotá. 1980,

OVIEDO BUSTOS, ALICIA M. Gestión de Negocio. Astrea, Buenos Aires, 1984.

PEREZ VARGAS, VICTOR y CERTAD M., GASTON. Estudios sobre el Negocio Jurídico. San José, 1978.

PEREZ VARGAS, VICTOR. Los Hechos Jurídicos. Ed. Juricentro. San José, 1979.

PEREZ VARGAS, VICTOR. Derecho Privado. Publitex. San José, 1988.

PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ediciones Selectas, México, 1982.

PIETROBON, VITTORIO. El Error en la Doctrina del Negocio Jurídico. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, NINNA. Manual de Derecho Romano. Parte General. Ed. Universitaria, Buenos Aires, 1981.

PROYECTOS Y ANTEPROYECTOS DE LA REFORMA DE CODIGO CIVIL.- Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980.

PUELLO, MARIA CONCEPCION, Fundamentos Teóricos del Negocio Jurídico.

PUIG BRUTAU, JOSE. Introducción al Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1981.

PUIG PEÑA, FEDERICO. Tratado de Derecho Civil Español. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

RAMOS NUÑEZ, CARLOS. El Código Napoleónico y su recepción en América Latina. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1977.

RIPERT, GEORGES Y BOULANGER, JEAN. Tratado de Derecho Civil, La Ley, Buenos Aires, 1964.

ROMANO, SANTI. Fragmentos de un Diccionario Jurídico, EJEA, Buenos Aires, 1964.

ROMERO DIEZ-CANSECO, FERNANDO. Código Civil 1936-1984. Concordancias. Lib. Studium, Lima, 1987.

ROMERO SANDOVAL, RAUL. Derecho Civil. Editorial Los Amigos del Libro, La Paz-Cochabamba, 1991.

ROMERO ZAVALA, LUIS. Teoría General de los Contratos. Lima, 1979.

RUBINO, DOMENICO. El negocio Jurídico Indirecto. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

RUBIO CORREA, MARCIAL. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1984.

RUBIO CORREA, MARCIAL. Titulo Preliminar. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol, III. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986.

RUBIO CORREA, MARCIAL. Prescripción, Caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987.

RUBIO CORREA, MARCIAL. La invalidez del acto jurídico. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989.

RUBIO CORREA, MARCIAL. El saber jurídico sobre la ignorancia humana. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991.

RUIZ ELDREGDE, ALBERTO. Orden Público. Gaceta Jurídica Nº 44, Lima, Julio de 1997.

RUIZ SERRAMALERA, RICARDO. Derecho Civil. Parte General. Universidad Complutense, Madrid, 1980.

SAAVEDRA ARIAS, EMILIO. Iuris Thesaurus. Ed. Grijley, 1997.

SALERNO, MARCELO URBANO. Nulidad absoluta y Prescripción. Abeledo Perrot, Buenos aires, 1978.

SALVAT, RAYMUNDO. Tratado de Derecho Civil Argentino. TEA, Buenos Aires, 1964.

SANCHEZ URITE, ERNESTO. La oferta de Contrato. Fuerza Vinculante. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

SANCHEZ URITE, ERNESTO. Mandato y Representación. 2ª Edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

SANSOE, GIOVANNI. Curso de Derecho Romano. Ed. Don Bosco, La Paz, 1981.

SERRANO ALONSO, EDUARDO. La Confirmación de los Negocios Jurídicos. Editorial Tecnos, Madrid, 1976.

STEWART BALBUENA, ALBERTO. El fideicomiso como negocio fiduciario, Grijley, Lima, 1996.

STOLFI, GIUSEPPE. Teoría del Negocio Jurídico. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

TABOADA CORDOVA, LIZARDO. La Teoría Clásica de la Causa. Tesis de Bachiller. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1982.

TABOADA CORDOVA, LIZARDO. Causales de Nulidad del Acto Jurídico. Themis Revista de Derecho Nº 11, 1988.

TOCORNAL RIOS, MARIA ESTER. La voluntad y el temor en el negocio jurídico. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1981.

TOLA CIRES, FERNANDO. Derecho Romano. Ed. San Marcos, Lima, 1997.

TORRES VASQUEZ, ANIBAL. Derecho Civil. Parte General. Cultural Cuzco Editores, Lima, 1991.

TORRES VASQUEZ, ANIBAL. La Causa Fin del Acto jurídico. Ediciones Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ncional Mayor de San Marcos, Lima, 1992.

TORRES VASQUEZ, ANIBAL. La acción pauliana. Revista Jurídica del Perú, Trujillo, Octubre-Diciembre 1996.

TRABUCCHI, ALBERTO. Instituciones de Derecho Civil. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

VALENCIA ZEA, ARTURO. Derecho Civil. Ed. Temis. Bogotá, 1979.

VIDAL RAMIREZ, FERNANDO. Prescripción y Caducidad. Gaceta Jurídica, Lima, 1996.

VIDAL RAMIREZ, FERNANDO. Introducción al Derecho Civil Peruano. WG Editor, Lima, 1991

VIDAL RAMIREZ, FERNANDO. Orden Público y Nulidad Virtual del Acto Jurídico, en Tratado de Derecho Civil. Título Preliminar. Universidad de Lima, Lima, 1990.

VIDAL RAMIREZ, FERNANDO. El Testamento como Acto Jurídico, en Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem. Cultural Cuzco, Lima, 1986.

ZANNONI, EDUARDO A. Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos. ASTREA, Buenos Aires, 1986.

ZUSMAN, SUSANA. El error en el Acto Jurídico, en Para Leer el Código Civil II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985.

INDICE GENERAL

DEDICATORIA 5
PALABRAS PROEMIALES 7
PROLOGO DEL DR. JOSE LEON BARANDIARAN 9

CAPITULO I
LA TEORIA DEL ACTO JURIDICO

1. Génesis y evolución 15
2. Su ubicación en el ordenamiento jurídico y legal 17
3. Su asentamiento en la codificación civil 17
   - 3.1. El Código Francés 18
   - 3.2. El Código Alemán 19
   - 3.3. El Código Italiano 19
   - 3.4. La codificación en América Latina 20
     - 3.4.a. El Código Civil Argentino 21
     - 3.4.b. El Código Civil Brasileño 22
   - 3.5. La Codificación Civil Peruana 22
     - 3.5.a. El Código Civil de 1852 23
     - 3.5.b. El Código Civil de 1936 23
     - 3.5.c. El Código Civil vigente 25
4. La irradiación de la Teoría del Acto Jurídico 26

CAPITULO II
DETERMINACION CONCEPTUAL DEL ACTO JURIDICO

5. Premisa 31
6. El Hecho Jurídico 31
   - 6.1. Los hechos naturales 34
   - 6.2. Los hechos humanos 35
7. El Hecho Jurídico Voluntario 36
8. La Manifestación de la Voluntad 37
9. La eficacia de la manifestación: los efectos queridos 38
10. El concepto de Acto Jurídico 38
11. El Acto Jurídico y el Negocio Jurídico en nuestra Codificación Civil 41

CAPITULO III
LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y EL ORDEN PUBLICO

12. Premisa 57
13. El Principio de la Autonomía de la Voluntad 57
    - 13.1. Origen y evolución del principio 58
    - 13.2. El concepto de la autonomía de la voluntad 59
14. El Orden Público 60
15. La Autonomía de la Voluntad y el Orden Público en nuestro ordenamiento legal 64
    - 15.1. La Autonomía de la Voluntad y el Orden Público en el Código Civil vigente 65

CAPITULO IV
CLASIFICACION DEL ACTO JURIDICO

16. Sentido de la clasificación 71

17. Actos Unilaterales, Bilaterales y Plurilaterales. ... 71
18. Actos entre vivos y por causa de muerte. ... 74
19. Actos de Forma Prescrita y de Forma Voluntaria. ... 74
20. Actos Nominados e Innominados. ... 75
21. Actos Constitutivos y Declarativos. ... 76
22. Actos Simples y Compuestos. ... 76
23. Actos Principales y Accesorios. ... 76
24. Actos Patrimoniales y No-Patrimoniales. ... 77
25. Actos de Disposición, de Obligación y de Administración. ... 77
26. Actos Onerosos y Gratuitos. ... 78
27. Actos Conmutativos y Aleatorios. ... 79
28. Actos de Ejecución Inmediata y de Ejecución Continuada. ... 80
29. Actos Puros y Modales. ... 80

CAPITULO V
ESTRUCTURA DEL ACTO JURIDICO

30. Los elementos de la estructura. ... 83
31. Los Elementos Esenciales. ... 83
32. Los Elementos Naturales. ... 84
33. Los Elementos Accidentales. ... 85

CAPITULO VI
LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTO JURIDICO

34. Presentación. ... 89

I. La Manifestación de Voluntad. ... 90
35. Premisa ... 90
36. El proceso formativo de la Voluntad. ... 90
36.1. El discernimiento. ... 91
36.2. La intención. ... 92
36.3. La libertad. ... 92
37. La Voluntad y su Manifestación. ... 93
38. La Manifestación de Voluntad. ... 93
39. Los Requisitos de la Manifestación de Voluntad. ... 95
39.1. Las Manifestaciones de Voluntad no Serias. ... 95
39.2. La Reserva Mental. ... 96
40. Modos de manifestarse la Voluntad. ... 98
40.1. La Manifestación Expresa ... 99
40.2. La Manifestación Tácita. ... 100
40.3. La distinción entre la Manifestación Expresa y la Manifestación Tácita. ... 102
41. La sustantividad de la Manifestación de Voluntad. ... 104
42. Sentido normativo de la Manifestación de Voluntad. ... 106
43. El Silencio. ... 106

II. La Capacidad. ... 109
44. Premisa. ... 109
45. El Sujeto de Derecho. ... 109
46. Personalidad y Capacidad. ... 110
47. Capacidad de Goce y Capacidad de Ejercicio. ... 112
47.1. La Capacidad de Goce de las personas naturales. ... 112
47.2. La Capacidad de Goce de las personas jurídicas. ... 114
47.3. La Capacidad de Ejercicio de las personas naturales. ... 114
47.4. La Capacidad de Ejercicio de las personas jurídicas. ... 115
48. La Capacidad requerida para la validez del Acto Jurídico. ... 117

III. El Objeto. ... 118
49. Premisa. ... 118
50. La Noción del Objeto: sus antecedentes. ... 118
51. Delimitación Conceptual del Objeto. ... 120

52. Caracteres del Objeto. ... 122
52.1. La posibilidad física del Objeto. ... 122
52.2. La posibilidad jurídica del Objeto. ... 122
52.3. La determinabilidad del Objeto. ... 123

IV. La Finalidad. ... 124
53. Premisa. ... 124
54. Origen y evolución de la Causa. ... 124
55. La evolución en nuestra Codificación Civil. ... 125
56. El Fin Lícito como requisito de validez. ... 129

V. La Forma. ... 131
57. Premisa. ... 131
58. Noción genérica de la Forma. ... 131
59. Forma y Formalismo. ... 132
60. El Formalismo en nuestro Derecho. ... 134
61. El Formalismo del Código Civil. ... 135
62. La Forma Verbal. ... 136
63. La Forma Documental. ... 136
63.1. Los Documentos Públicos. ... 137
63.2. Los Documentos Privados. ... 140
64. Forma Ad Probationem y Forma Ad Solemnitatem. ... 141
65. La Forma Prescrita. ... 142
66. La Forma Voluntaria. ... 144
67. La Forma requerida para la validez del Acto Jurídico. ... 146
68. Función y finalidad de la Forma y el Formalismo. ... 147

CAPITULO VII
LA RELACION JURIDICA.

69. Premisa. ... 151
70. La noción de Relación Jurídica. ... 151
71. Las Partes de la Relación Jurídica. ... 153
72. Los efectos del Acto Jurídico en las Partes de la Relación Jurídica. ... 154
73. Los Sucesores. ... 155
74. Los Terceros. ... 157
75. La Relación Jurídica como Objeto del Acto Jurídico. ... 159
76. El Derecho Subjetivo inherente a la Relación Jurídica. ... 159
77. El Deber Jurídico inherente a la Relación Jurídica. ... 165
77.1. Deber Jurídico y Obligación. ... 167
77.2. Obligación y Responsabilidad. ... 168

CAPITULO VIII
LA REPRESENTACION

78. Premisa ... 171
79. Planteamiento preliminar. ... 171
80. Origen y evolución. ... 172
81. La evolución en nuestra Codificación Civil. ... 176
82. Concepto de la Representación. ... 177
83. Fundamento de la Representación. ... 178
84. Clases de Representación. ... 180

I. La Representación Legal. ... 181
85. Premisa. ... 181
86. Delimitación conceptual. ... 181
87. La Representación de incapaces. ... 183
88. La Representación de los desaparecidos y de los ausentes. ... 184
89. La Representación del hijo póstumo cuando la madre ha sido destituída de la Patria Potestad. ... 185

90. Actos Jurídicos para los que el Representante Legal requiere de autorización expresa. 185
90.1. Actos de disposición y de gravamen. 185
90.2. Transacciones. 187
90.3. Convenio Arbitral. 187
90.4. Otros actos que tambien requieren de autorización expresa. 188
91. La Representación de la Sociedad Conyugal. 189
92. La Representación de los establecimientos abiertos al público. 190
93. La Representación Procesal. 191

II. La Representación Voluntaria. 193
94. Premisa. 193
95. Delimitación conceptual. 193
96. El Acto Jurídico de otorgamiento de la Representación. 194
96.1. Características. 195
96.2. Los requisitos. 196
96.2.a. El Requisito de la Capacidad. 196
96.2.b. El Objeto. 197
96.2.c. La Finalidad. 197
96.2.d. La Forma. 197
97. El otorgamiento del Poder. 198
97.1. La forma del Poder. 199
97.2. Los alcances del Poder. 200
98. El Poder Irrevocable. 201
99. Pluralidad de Representados y de Representantes. 203
99.1. La Pluralidad de Representados. 203
99.2. La Pluralidad de Representantes. 204
100. La Relación Representativa. 206
101. Los derechos y deberes del Representado y del Representante. 207
101.1. Derechos y deberes del Representado. 208
101.1.a. Facilitación de los medios necesarios para el ejercicio de la Representación. 208
101.1.b. Pago de la retribución. 208
101.1.c. Reembolso de los gastos. 208
101.1.d. Indemnizar daños y perjuicios. 209
101.2. Derechos y deberes del Representante. 209
101.2.a. Ejercer personalmente la Representación y sujetarse a las instrucciones recibidas 209
101.2.b. Comunicar los resultados de los Actos Representativos. 209
101.2.c. Rendir cuentas de su actuación. 210
102. La Sustitución de la Representación. 210
102.1. El subapoderamiento. 212
103. La Relación con el Tercero Contratante. 213
104. La Representación Directa. 215
104.1. La contemplatio domini. 216
104.2. Clases de Representación Directa. 217
105. La Representación Directa con Poder. 217
106. El Acto Jurídico Consigo Mismo 218
107. La Representación Directa Sin Poder. 223
107.1. El exceso en los límites de las facultades. 224
107.2. La violación de las facultades. 225
107.3. La atribución indebida de la Representación. 225
107.4. Consecuencias de la representación sin poder. 226
107.5. La Ratificación. 227
107.5.a. Forma del acto ratificatorio. 228
107.5.b. Efecto retroactivo. 228
107.5.c. La resolución del acto representativo anómalo. 229
107.5.d. Transmisibilidad del derecho de ratificar. 229
108. La Representacion Indirecta. 229
109. La Representacion de las Personas Jurídicas. 232
110. Extinción de la Representación. 234
110.1. La revocación. 235
110.2. La renuncia del representante. 238

111. Figuras Afines a la Representación 239
111.1. El Contrato a Favor de Tercero 239
111.2. La Promesa de la Obligación o del Hecho de un Tercero 240
111.3. Contrato por Persona a Nombrar 241

CAPITULO IX
LA INTERPRETACION DEL ACTO JURIDICO

112. Premisa. 247
113. Finalidad de la Interpretación. 247
114. Evolución del criterio interpretativo 247
115. Teorías que sustentan los criterios interpretativos. 249
115.1. La Teoría de la Voluntad. 250
115.2. La Teoría de la Declaración. 251
115.3. La conciliabilidad de ambas Teorías 251
116. Los Criterios de Interpretación en la Codificación Civil. 252
116.1. El Código Civil Francés. 252
116.2. El Código Civil Argentino. 253
116.3. El Código Civil Alemán. 253
116.4. El Código Civil Brasileño. 254
116.5. El Código Civil Italiano. 254
117. Los Criterios de Interpretación en nuestra codificación civil y su evolución. 256
117.1. El Código Civil de 1852. 256
117.2. Los prolegómenos al Codigo Civil de 1936. 256
117.3. El Código Civil de 1936 y la posición de la doctrina nacional 257
117.4. La orientación de la reforma del Código Civil de 1936. 259
118. Las Normas de Interpretación del Código Civil 260
118.1. El criterio adoptado como principio general 260
118.2. Las Normas Complementarias. 263
118.2.a. El método de interpretación interdependiente o sistemático. 263
118.2.b. La Interpretación Finalista 264
118.3. Otras Normas de Interpretación 265
119. Carácter de las Normas de Interpretación 266
120. Destinatarios de las Normas de Interpretación 268
120.1. La Interpretación Auténtica 269
120.2. La Interpretación Jurisprudencial 269
121. Calificación e Integración del Acto Jurídico 270

CAPITULO X
LAS MODALIDADES DEL ACTO JURIDICO

122. Premisa 275

I. **La Condición** 277
123. Delimitación conceptual. 277
124. Caracteres de la condición. 279
124.1. El hecho en que consiste la condición ha de ser necesariamente pactado. 280
124.2. El hecho en que consiste la condición ha de ser futuro. 281
124.3. El Hecho en que Consiste la condición ha de ser Incierto. 281
125. Clasificación de la condición. 281
125.1. Condiciones Expresas y Condiciones Tácitas. 282
125.2. *Condiciones* Afirmativas y Condiciones Negativas 282
125.3. Condiciones Potestativas, Condiciones Casuales y Condiciones Mixtas. 283
125.4. Condiciones Suspensivas y Condiciones Resolutorias. 286
125.5. Condiciones Propias y Condiciones Impropias. 287
125.6. Condiciones Perplejas. 289
126. Efectos de la condición. 290
126.1. La pendencia de la condición. 290
126.1.a. *El derecho del adquirente a realizar* actos conservatorios. 291
126.1.b. El derecho del deudor a repetir lo pagado 292
126.2. El cumplimiento de la condición. 293

126.2.a. La indivisibilidad de la condición 294
126.2.b. La irretroactividad de la condición. 295
127. Defecto de la condición. 297
128. El cumplimiento de la condición como sanción a la mala fe. 299

II. El Plazo. 301
129. Delimitación conceptual. 301
130. Caracteres del plazo. 304
130.1. El plazo debe ser necesariamente pactado 304
130.2. El plazo debe ser un hecho futuro. 304
130.3. El plazo debe ser un hecho cierto. 305
131. Clasificación del plazo. 305
131.1. Plazo Expreso y Plazo Tácito. 305
131.2. Plazo de duración determinada y Plazo de duración indeterminada. 305
131.3. Plazo Suspensivo y Plazo Resolutorio. 306
132. Efectos del plazo. 307
132.1. La pendencia del plazo. 307
132.1.a. Las acciones conducentes a la cautela del derecho. 308
132.1.b. El derecho a la repetición de lo pagado. 308
132.2. El cumplimiento o vencimiento del plazo. 310
133. La determinación de la duración del plazo. 310
134. La determinación de la duración del plazo mediante la aplicación de las reglas de cómputo. 311
134.1. El Calendario Gregoriano. 311
134.2. El cómputo del tiempo móvil. 313
134.2.a. El cómputo por días. 313
134.2.b. El cómputo por meses. 314
134.2.c. El cómputo por años. 314
134.3. Aplicación supletoria de las reglas de cómputo. 315
135. La determinación judicial de la duración del plazo. 315
136. Beneficiarios del plazo. 317
137. La caducidad del plazo. 318
137.1. La insolvencia sobreviniente del deudor. 319
137.2. El incumplimiento en cuanto a la constitución de las garantías ofrecidas. 320
137.3. La disminución del valor de las garantías. 320

III. El Cargo. 322
138. Delimitación conceptual. 322
139. Caracteres del cargo. 325
139.1. El cargo es una modalidad que sólo puede anexarse a los actos de disposición a título gratuito. 325
139.2. El cargo debe consistir en un hecho lícito y posible. 325
139.3. El cargo debe ser expresamente establecido. 326
140. Sistemática del cargo. 326
141. Los sujetos que se vinculan al cargo. 327
142. La transmisibilidad y la intransmisibilidad del cargo. 328
143. El plazo para el cumplimiento del cargo. 328
144. La exigibilidad del cargo. 329
145. El incumplimiento del cargo. 330
146. La revocabilidad de la donación y del legado con cargo. 330

CAPITULO XI
EL ACTO JURIDICO SIMULADO

147. Premisa. 335
148. Delimitación conceptual. 335
149. Caracteres del acto jurídico simulado. 337
149.1. La disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad manifestada. 337
149.2. El concierto entre las partes para producir el acto simulado. 339
149.3. El propósito de engañar. 340
150. La simulación en los actos unilaterales. 341

151. Autonomía y tipicidad del acto simulado. ... 341
151.1. El acto simulado y el acto o negocio indirecto. ... 341
151.2. El acto simulado y el acto fiduciario. ... 342
152. Clases de simulación en los actos jurídicos. ... 344
153. La Simulación Absoluta. ... 344
154. La Simulación Relativa. ... 345
154.1. La Simulación Total. ... 348
154.2. La Simulación Parcial. ... 348
155. La Simulación con Interpósita Persona. ... 350
156. La Simulación Lícita. ... 351
157. La Simulación Ilícita. ... 352
158. La eficacia jurídica de la simulación. ... 353
158.1. La eficacia entre las partes. ... 353
158.2. La eficacia respecto de los terceros. ... 354
159. La acción de nulidad contra el acto simulado. ... 355
159.1. El ejercicio de la acción por las partes. ... 356
159.2. El ejercicio de la acción por terceros. ... 358
160. Oponibilidad e inoponibilidad del acto jurídico simulado. ... 360

CAPITULO XII
EL ACTO JURIDICO FRAUDULENTO

161. Premisa. ... 365
162. Origen histórico de la figura del fraude. ... 366
163. Delimitación conceptual del fraude. ... 367
164. Autonomía y tipicidad del acto jurídico fraudulento. ... 368
165. Tratamiento sistemático. ... 369
166. La acción pauliana. ... 370
166.1. Origen histórico. ... 371
166.2. Su evolución. ... 371
166.3. Naturaleza jurídica de la acción pauliana. ... 372
167. La acción pauliana en el Código Civil. ... 377
167.1. Los titulares de la acción pauliana. ... 377
167.2. La naturaleza de la acción. ... 379
167.3. Los actos jurídicos contra los cuales procede la acción pauliana. ... 380
167.3.a. Los actos de cumplimiento de obligaciones vencidas. ... 381
167.4. Los requisitos para el ejercicio de la acción pauliana. ... 382
167.4.a. El perjuicio al acreedor. ... 383
167.4.b. El designio fraudulento. ... 386
167.5. La vía procesal. ... 388
167.6. La prueba del fraude. ... 388
167.7. Los resultados de la acción pauliana. ... 389
167.7.a. El resultado frente a los adquirentes. ... 389
167.7.b. El resultado frente a los subadquirentes. ... 390
168. La prescripción de la acción pauliana. ... 391
169. El Fraude y la Quiebra. ... 392

CAPITULO XIII
LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

170. Premisa. ... 395

I. **El Error.** ... 399
171. Delimitación Conceptual. ... 399
172. Caracteres del error-vicio. ... 402
173. Clasificación del error-vicio. ... 402
173.1. El error esencial. ... 402
173.2. El error indiferente. ... 403
173.3. El error de hecho. ... 403
173.3.a. El error en la esencia o en las cualidades esenciales del objeto. ... 404
173.3.b. El error en las cualidades esenciales de la persona. ... 407

173.3.c. El error de cálculo. 410
173.3.d. El error en la cantidad 410
173.3.e. El error en el motivo 412
173.4. El error de derecho. 414
174. Caracteres del error en la manifestación de la voluntad. 416
175. Clasificación del error en la manifestación de la voluntad. 420
175.1. El error en la naturaleza del acto 420
175.2. El error en el objeto principal de la declaración. 422
175.3. El error en la identificación de la persona 424
175.4. El error en la trasmisión de la declaración 425
176. El error esencial como causa de anulación del acto jurídico. 427
176.1. La conocibilidad del error. 427
176.2. El perjuicio del errante. 430
177. La anulación fundada en error no da lugar a indemnización. 432
178. Irrenunciabilidad de la acción de anulación fundada en error. 434
179. La via procesal. 434
180. La prueba del error. 435
181. Prescriptibilidad de la acción. 435
182. El error en el matrimonio. 435
183. El error en el acto testamentario. 437

II. *El Dolo.* 440
184. Delimitación conceptual. 440
185. Caracteres del dolo. 444
186. Clases de dolo. 444
186.1. El dolo bueno y el dolo malo. 444
186.2. El dolo causante. 446
186.3. El dolo incidente. 447
187. Modalidades del dolo. 448
187.1. El dolo positivo o acción dolosa 448
187.2. El dolo negativo u omisión dolosa. 449
187.3. El dolo directo. 450
187.3.a. El dolo del representante. 451
187.3.b. El dolo del incapaz 452
187.3.c. El dolo recíproco. 453
187.4. *El dolo indirecto o dolo de tercero.* 454
188. El dolo en los actos unilaterales. 456
189. Los efectos del dolo. 457
189.1. La acción de anulación fundada en dolo causante. 457
189.2. La acción indemnizatoria fundada en dolo incidente. 457
190. Irrenunciabilidad de las acciones fundadas en dolo. 458
191. La via procesal. 458
192. La prueba del dolo. 458
193. Prescriptibilidad de las acciones. 459
194. El dolo en el matrimonio. 459
195. El dolo en el acto testamentario. 459

III. La Violencia Física. 460
196. Consideración Previa. 460
197. Delimitación Conceptual. 460
198. Modalidades de la violencia. 462
199. Efectos. 462
200. Irrenunciabilidad de las acciones fundadas en la violencia. 463
201. La via procesal. 464
202. La prueba de la violencia. 464
203. Prescriptibilidad de las acciones. 464
204. La violencia en el matrimonio. 464
205. La violencia en el acto testamentario. 465

IV. La Intimidación. 466
206. Delimitación conceptual. 466
207. La noción legal. 469
208. Elementos de la intimidación. 469

208.1. La Amenaza. ... 470
208.1.a. La amenaza debe ser grave. ... 470
208.1.b. La amenaza debe ser injusta o ilegítima. ... 471
208.1.c. La amenaza con el ejercicio regular de un derecho. ... 471
208.2. El mal. ... 473
208.2.a. El mal debe ser inminente. ... 473
208.2.b. *El mal debe ser grave.* ... 474
208.3 El temor. ... 475
208.3.a. El temor por la amenaza a la persona del intimidado, a la de sus parientes y a la de terceros. ... 476
208.3.b. El temor por la amenaza sobre los bienes del intimidado, de sus parientes o de terceros. ... 478
208.3.c. El temor reverencial. ... 478
209. El criterio para calificar la intimidación. ... 479
210. Intimidación proveniente de tercero. ... 480
211. La intimidación en los actos unilaterales. ... 480
212. Efectos de la intimidación. ... 480
213. Irrenunciabilidad de las acciones fundadas en la intimidación. ... 481
214. La vía procesal. ... 481
215. La prueba de la intimidación. ... 481
216. *Prescriptibilidad de las acciones.* ... 482
217. La intimidación en el matrimonio. ... 482
218. La intimidación en el acto testamentario. ... 483

CAPITULO XIV
LA NULIDAD DEL ACTO JURIDICO

219. Premisa. ... 487
220. Antecedentes y evolución del sistema incorporado a nuestra codificación civil. ... 487
220.1. El Derecho Romano. ... 488
220.2. El Código Francés. ... 489
220.3. El Código Peruano de 1852. ... 490
220.4. El Código Argentino. ... 491
220.5. El Código Alemán. ... 492
220.6. El Código Brasileño. ... 492
220.7. El Código Peruano de 1936. ... 493
220.8. El Código Italiano. ... 494
221. El Sistema adoptado por el Código Civil. ... 495
221.1. El concepto de la Nulidad. ... 495
221.2. La Nulidad Absoluta y la Nulidad Relativa. ... 496

I. El Acto Jurídico Nulo. ... 497
222. Delimitación conceptual. ... 497
223. Las causales de Nulidad Absoluta. ... 498
223.1. La falta de manifestación de voluntad. ... 499
223.2. la incapacidad absoluta. ... 500
223.3. La imposibilidad física o jurídica del objeto o su indeterminabilidad. ... 501
223.4. La ilicitud de la finalidad. ... 502
223.5. La simulación absoluta. ... 502
223.6. La inobservancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. ... 503
223.7. La declaración de nulidad por la ley. ... 503
223.8. La oposición a normas de orden público. ... 504
224. Características del Acto Nulo. ... 505
224.1. El acto nulo lo es de pleno derecho. ... 505
224.2. La nulidad absoluta puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. ... 506
224.3. La nulidad absoluta puede ser declarada de oficio. ... 508
224.4. El acto nulo no puede ser confirmado. ... 509
225. Efectos ulteriores del acto nulo. ... 509
225.1. Los efectos ulteriores interpartes. ... 510
225.2. Los efectos ulteriores frente a terceros. ... 510
226. Prescriptibilidad de la acción de nulidad. ... 511

227. Conversión del acto nulo. 512
228. El matrimonio nulo. 515
229. El acto testamentario nulo. 517

II. El Acto Jurídico Anulable. 519
230. Delimitación conceptual. 519
231. Las causales de nulidad relativa. 520
231.1. La incapacidad relativa. 520
231.2. El vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación. 521
231.3. La simulación relativa. 521
231.4. La declaración de anulabilidad por la ley. 522
232. Características del acto anulable. 522
232.1. El acto anulable es válido y eficaz. 523
232.2. El acto anulable requiere de sentencia que lo declare nulo con efecto retroactivo a la fecha de su celebración. 523
232.3. La anulabilidad sólo puede ser alegada por quienes están legitimados especialmente para accionar. 523
232.4. El acto anulable puede subsanarse mediante la confirmación. 524
233. Efectos ulteriores del acto anulado. 524
233.1. Los efectos interpartes. 524
233.2. Los efectos frente a terceros. 526
234. Prescriptibilidad de la acción anulatoria. 527
235. El matrimonio anulable. 527
236. El acto testamentario anulable. 528

III. Cuestiones Complementarias a la Nulidad. 530
237. Premisa. 530
238. La nulidad en el acto plurilateral. 530
239. La Nulidad Parcial. 531
239.1. La nulidad de las disposiciones separables. 532
239.2. La nulidad de las disposiciones singulares. 534
239.3. La nulidad de la disposición accesoria. 535
240. La nulidad del documento. 535
241. Figuras afines a la nulidad. 536
241.1. La rescisión. 537
241.2. La resolución. 538
241.3. La revocación. 540
241.4. La resciliación. 541

CAPITULO XV
LA CONFIRMACION DEL ACTO JURIDICO ANULABLE

242. Delimitación conceptual. 545
243. Antecedentes y evolución de la confirmación. 547
244. Fundamento de la confirmación. 548
245. Características del acto confirmatorio. 548
246. Clases de confirmación. 549
247. La confirmación expresa. 549
247.1. La confirmación expresa formal. 549
247.2. La confirmación expresa no formal. 552
248. La confirmación tácita. 552
249. Efectos de la confirmación. 553
250. Figuras afines a la confirmación. 554
250.1. La ratificación. 554
250.2. El reconocimiento. 555
250.3. La transacción. 555

BIBLIOGRAFIA 557