



Visítanos en
ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

A n í b a l T o r r e s V á s q u e z

ACTO JURÍDICO

VOLUMEN 1



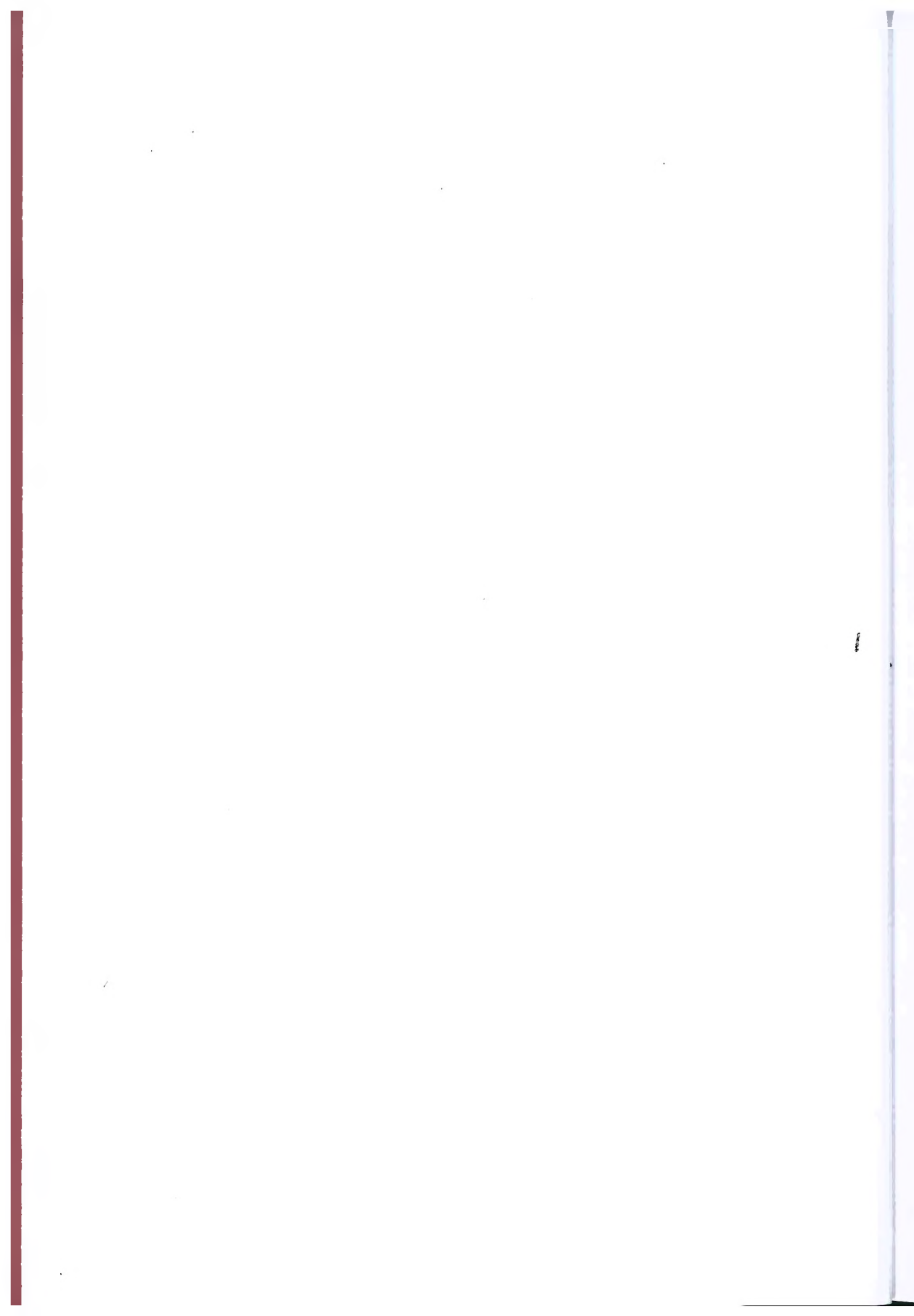
JURISTA
editores



ACTO JURÍDICO

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ

JURISTA EDITORES E. I. R. L.



ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ

ACTO JURÍDICO

◆ *SEXTA EDICIÓN* ◆

Volumen I



Primera edición: 1998
Sexta edición: Junio 2018

ACTO JURÍDICO

Volumen I

- © ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ
- © Jurista Editores E. I. R. L.
Jr. Miguel Aljovín N.º 201 Lima-Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072 / 426-6303

Tiraje: 1000 ejemplares

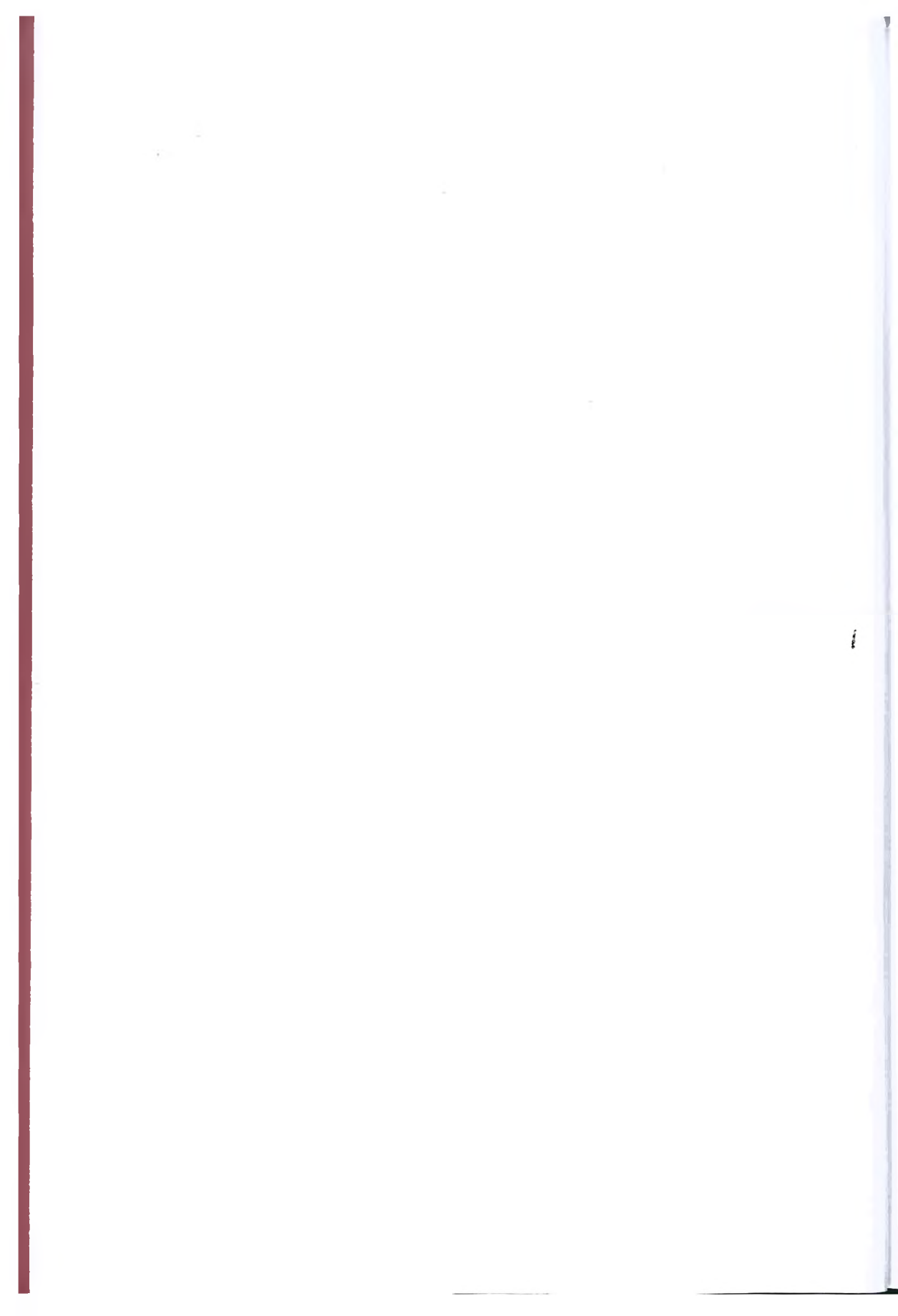
- © Derechos de autor reservados conforme a Ley.
Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin autorización expresa del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N.º: 2018-06154

ISBN Obra completa: 978-612-4366-55-0
ISBN Tomo I: 978-612-4366-56-7

Diagramación: Carlos García

*A Ruth y nuestros hijos
Marco Antonio y Helena*



PRESENTACIÓN A LA SEXTA EDICIÓN

El estudio del Derecho civil para la formación y perfeccionamiento de los abogados impone un profundo conocimiento de sus instituciones sujetas a una incesante evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, determinadas por la presión de las necesidades de la vida de relación social.

La teoría del acto jurídico, desarrollada por la doctrina Pandectística alemana en el siglo XIX, asume una posición central en el ámbito de todo el Derecho privado.

Desde sus orígenes se han contrapuesto diversos modos de entender su temática, en torno a la cual se ha desarrollado un largo debate durante los siglos XIX y XX, el mismo que continúa en el presente siglo.

Así, por ejemplo, sobre el concepto de acto jurídico, según una primera tesis, llamada subjetiva o voluntarista, el concepto del acto jurídico se construye sobre la base de la voluntad, como su elemento preminente y determinante de sus efectos, de ahí la necesidad de admitir como contenido del acto aquel que se derive de la constante y casi exclusiva referencia a la voluntad efectiva del agente.

El rol decisivo de la voluntad es contradicho por la tesis antivoluntarista u objetiva, que objeta que la voluntad ocupe el primer plano en el acto jurídico, el cual es productivo de efectos no en cuanto queridos, sino en cuanto valorados por el ordenamiento jurídico como socialmente útiles, relegando a la voluntad a la mera conciencia del significado objetivo de la declaración emitida y del específico valor social del comportamiento. El acto jurídico es concebido como un acto de autonomía privada, al cual el Derecho asigna efectos destinados a reali-

zar una función socialmente útil. El Derecho no brinda su apoyo a la autonomía privada sin conceder importancia a las finalidades que ella persigue (Betti).

Según esta tesis antivoluntarista, la voluntad se centra exclusivamente en el acto en sí y no sobre su contenido; el agente crea el vínculo comprometiéndose libremente a ejecutar la regulación de intereses, mientras la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas constituyen los efectos reconocidos por el Derecho a tenor de su utilidad social.

En el ámbito del Derecho privado el orden adecuado y común de las relaciones jurídicas entre las personas es el que ellas mismas establecen, a cuyo efecto cuentan con un instrumento formidable como es el acto jurídico, el cual, en el sentido de la ley (art. 140 del CC), es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas. Esta noción de acto jurídico es igual en todas las instituciones del Derecho privado, siempre que la manifestación de voluntad se realice con los requisitos y limitaciones previstas por la ley.

Como está diseñada la teoría del acto jurídico en los ordenamientos jurídicos de los países de habla germana, francesa, italiana, española y portuguesa, su conocimiento permite transitar con facilidad por cualquiera de las instituciones del Derecho privado, tanto de las tradicionales como de las provenientes del sistema del *common law*, que se han incorporado al *civil law* como consecuencia de la globalización.

La sexta edición de esta obra conjuga los aspectos teóricos con los prácticos con el fin de presentar a la teoría del acto jurídico en toda su amplitud legal, doctrinaria y jurisprudencial, facilitando su entendimiento con ejemplos y casos resueltos por la jurisprudencia. Como siempre, esperamos las críticas, comentarios, sugerencias de nuestros lectores: estudiantes, abogados, magistrados, notarios, docentes universitarios e investigadores en materia jurídica, a fin de mejorarla.

Lima, mayo 2018

Aníbal Torres Vásquez

CONTENIDO

PRESENTACIÓN A LA SEXTA EDICIÓN.....	9
--------------------------------------	---

CAPÍTULO I

HECHO JURÍDICO

1. HECHOS JURÍDICOS Y HECHOS NO JURÍDICOS.....	23
2. DEFINICIÓN DE HECHO JURÍDICO.....	26
3. EL HECHO ANTECEDENTE DE LA NORMA JURÍDICA.....	31
4. LA CONSECUENCIA JURÍDICA.....	34
5. EL NEXO JURÍDICO.....	39
6. MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL EFECTO JURÍDICO.....	40
7. CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICOS.....	42
7.1. Hechos naturales o externos y hechos humanos o internos.....	42
7.2. Hechos simples y complejos.....	44
7.3. Hechos positivos y negativos.....	45
7.4. Hechos voluntarios e involuntarios.....	46
7.4.1. Elementos de los actos voluntarios.....	47
7.4.2. Doctrina que distingue los hechos en naturales y humanos en base a la voluntad. Crítica.....	52
7.4.3. Son los hechos humanos los que se distinguen en voluntarios e involuntarios.....	54
7.5. Hecho humano general y actos o declaraciones de voluntad.....	58
7.6. Hechos (actos) lícitos e ilícitos.....	60
7.7. Actos voluntarios lícitos: actos o negocios jurídicos y actos meramente lícitos.....	64
7.7.1. Actos materiales.....	69
7.7.2. Las participaciones y comunicaciones.....	69
7.7.3. Las declaraciones de ciencia.....	70

7.7.4.	Acto de declaración de certeza o aseguramiento o de constatación	72
7.7.5.	Comportamientos con significados predeterminados por la ley.....	72
7.8.	Actos involuntarios conformes ó contrarios con el ordenamiento jurídico	73

CAPÍTULO II

ACTO JURÍDICO

8.	EL ACTO JURÍDICO COMO ESPECIE DE HECHO JURÍDICO	77
9.	DEFINICIÓN	80
10.	CARACTERES	87
11.	ACTO JURÍDICO Y NEGOCIO JURÍDICO.....	89
12.	LOS EFECTOS DEL ACTO JURÍDICO	105
13.	OTORGANTE, SIGNATARIO, SUCESOR UNIVERSAL Y TERCEROS.....	110
13.1.	Otorgantes.....	110
13.2.	Signatario.....	112
13.3.	Sucesor universal.....	112
13.4.	Los terceros	113
14.	LA TEORÍA GENERAL DE LOS HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS EN LA LEGISLACIÓN	115
15.	CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS.....	125
15.1.	Actos de Derecho privado y actos de Derecho público	125
15.2.	Actos unilaterales, bilaterales y plurilaterales	126
15.2.1	Actos jurídicos unilaterales	127
15.2.2	Actos jurídicos bilaterales.....	129
15.2.3	Actos jurídicos plurilaterales.....	131
15.3.	Actos recepticios y no recepticios.....	133
15.4.	Actos patrimoniales y extrapatrimoniales.....	135
15.5.	Actos típicos o nominados y atípicos o innominados	137
15.6.	Actos entre vivos (<i>inter vivos</i>) y actos por causa de muerte (<i>mortis causa</i>).....	138
15.7.	Actos formales y no formales.....	139
15.8.	Actos consensuales y reales	141
15.9.	Actos de eficacia real y de eficacia obligatoria.....	141
15.10.	Actos onerosos y actos gratuitos	143
15.11.	Actos con prestaciones a cargo de una sola de las partes y actos con prestaciones recíprocas	144
15.12.	Actos de administración y de disposición.....	145
15.13.	Actos constitutivos y actos declarativos	146
15.14.	Actos principales y actos accesorios	147

15.15. Actos puros y modales	147
15.16. Actos conmutativos y aleatorios	148
15.17. Actos positivos y actos negativos	148
15.18. Actos de ejecución instantánea y actos de tracto sucesivo.....	149
15.19. Actos causales y actos abstractos.....	151
15.20. Actos simples y compuestos.....	153
15.21. Actos constitutivos, modificativos y extintivos.....	154
15.22. Actos fiduciarios.....	154
15.23. Actos familiares y actos patrimoniales.....	156
16. ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO	157
16.1. Elementos esenciales o requisitos de validez	159
16.2. Elementos naturales.....	161
16.3. Elementos accidentales	161

CAPÍTULO III

LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

17. INTRODUCCIÓN.....	163
18. LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD	165
18.1. Teoría de la voluntad	171
18.2. Teoría de la declaración	176
18.3. Teoría de la responsabilidad.....	179
18.4. Teoría de la confianza.....	180
18.5. Criterio adoptado por el Código civil	183
19. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA	188
19.1. Concepto.....	188
19.2. La autonomía de la voluntad privada es un principio dinámico	192
19.3. Evolución histórica	192
19.4. La autonomía de voluntad en el Derecho moderno	196
19.5. Límites a la autonomía privada.....	200
19.6. La autonomía de la voluntad privada en el Derecho peruano	205
20. FORMAS DE MANIFESTACIÓN.....	207
20.1. Manifestación expresa.....	209
20.2. Formalidad de los actos jurídicos electrónicos.....	212
20.3. Manifestación tácita	221
20.4. Manifestación recepticia.....	225
20.5. Manifestación no recepticia.....	225

20.6. El silencio como manifestación de voluntad.....	226
20.7. Voluntad presumida por la ley.....	231

CAPÍTULO IV

LA CAPACIDAD

20. INTRODUCCIÓN.....	233
21. ALGUNOS CONCEPTO BÁSICOS PREVIOS	235
22. CAPACIDAD DE GOCE Y CAPACIDAD DE EJERCICIO	243
22.1. Concepto de capacidad de goce.....	243
22.2. Concepto de capacidad de ejercicio	248
22.3. La personalidad jurídica: Capacidad de goce y capacidad de ejercicio	250
22.4. El nacimiento como requisito para que la persona humana adquiera su plena capacidad de goce.....	264
22.5. Limitaciones a la capacidad de goce.....	268
22.6. Doctrina que considera que no es posible que el derecho pueda limitar la capacidad de goce. Crítica.....	271
23. CLASES DE CAPACIDAD DE EJERCICIO.....	291
23.1. Capacidad de ejercicio general y especial.....	291
23.2. Capacidad natural de ejercicio	293
23.3. Capacidad legal de ejercicio.....	297
24. INCAPACIDAD DE EJERCICIO.....	299
24.1. Incapacidad absoluta de ejercicio.....	299
24.2. Incapacidad relativa de ejercicio.....	310
25. EJERCICIO DE LOS DERECHOS CIVILES DE LOS INCAPACES.....	324
26. CESE DE LA INCAPACIDAD DEL MENOR POR MATRIMONIO Y POR ADQUIRIR UN TÍTULO PROFESIONAL.....	327

CAPÍTULO V

EL OBJETO DEL ACTO JURÍDICO

26. INTRODUCCIÓN.....	329
27. EL OBJETO DEL ACTO JURÍDICO	330
28. TEORÍAS SOBRE EL OBJETO DEL ACTO JURÍDICO	333
29. NUESTRA OPINIÓN	347
30. EL OBJETO DEL ACTO JURÍDICO EN EL CÓDIGO CIVIL	350

30.1. El objeto del acto jurídico	350
30.2. El objeto del contrato.....	351
31. NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA CONTRACTUAL.....	355
32. ¿EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y SUPERVIVENCIA DE LA OBLIGACIÓN? CRÍTICA	361
33. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL OBJETO	363
33.1. Posibilidad física del objeto	364
33.2. Licitud del objeto.....	371
33.3. Posibilidad jurídica del objeto.....	376
33.4. Determinación o determinabilidad del objeto	380
34. CONTRATO SUCESORIO	384
35. CONCLUSIONES.....	390

CAPÍTULO VI

LA CAUSA FIN

36. INTRODUCCIÓN.....	395
37. SIGNIFICADOS DE LA PALABRA CAUSA.....	397
38. CAUSA FUENTE Y CAUSA FIN	398
38.1. La causa fuente	398
38.2. La causa fin	399
38.2.1. Teoría objetiva.....	401
38.2.2. Teoría subjetiva.....	405
38.2.3. Teoría sincrética o unitaria	406
38.3. La causa fin y los simples motivos.....	407
39. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE CAUSA FIN.....	408
39.1. Derecho romano	408
39.2. Edad Media.....	409
39.3. Causalismo clásico.....	410
39.4. El anticausalismo.....	414
39.5. El neocausalismo.....	418
40. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CAUSA FIN	423
41. LA CAUSA FIN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	425
41.1. El Código civil francés de 1804.....	425
41.2. El derogado Código civil argentino de 1869	427
El Código civil y comercial argentino, vigente desde el 1.8.2015:.....	429
41.3. El Código civil chileno de 1885.....	431
41.4. El Código civil colombiano de 1873	433

41.5. El Código civil español de 1889	434
41.6. El Código civil italiano de 1865 y de 1942	436
• El Código civil de 1865	436
• Código civil vigente de 1942.....	436
41.7. El Código civil boliviano de 1976.....	441
41.8. El Código civil paraguayo de 1987	441
41.9. El Código civil de Puerto Rico de 1930.....	441
41.10. La causa en el Derecho inglés	442
42. LA TEORÍA DE LA CAUSA EN EL DERECHO PERUANO	444
42.1. Código civil de 1852.....	444
42.2. Código civil de 1936.....	448
42.3. Código civil vigente de 1984.....	450
42.3.1. La causa fin como requisito de validez del acto jurídico.....	450
42.3.2. Presunción de la existencia y licitud de la causa	454
42.3.3. Falta de causa y falsa causa	455
42.3.4. Causa ilícita.....	458
42.3.5. Invalidez del acto jurídico con causa ilícita o viciada	460
43. LA ABSTRACCIÓN DE LA CAUSA. ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS ABSTRACTOS.....	463
44. CONCLUSIONES.....	465

CAPÍTULO VII

FORMA DEL ACTO JURÍDICO

45. INTRODUCCIÓN.....	471
46. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FORMALISMO	477
47. EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE FORMAS.....	480
48. FORMALIDAD LEGAL	483
48.1. Forma probatoria	484
48.2. Forma solemne	488
48.2.1. La escritura privada.....	493
48.2.2. La escritura pública.....	498
48.2.3. La inscripción del acto jurídico en los Registros Públicos	501
49. FORMALIDAD VOLUNTARIA.....	505
50. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL FORMALISMO	510
51. CUMPLIMIENTO DE LA FORMA PROBATORIA.....	514
52. FORMA DEL ACTO JURÍDICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	518

CAPÍTULO VIII

LA REPRESENTACIÓN

53.	LA SUSTITUCIÓN EN LOS ACTOS JURÍDICOS.....	523
54.	CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN.....	526
55.	IMPORTANCIA DE LA REPRESENTACIÓN.....	529
56.	CLASES DE REPRESENTACIÓN.....	530
	56.1. Representación voluntaria	530
	56.2. Representación legal.....	531
	56.3. Representación orgánica	532
	56.4. Representación judicial.....	534
	56.5. Representación directa	534
	56.6. Representación indirecta.....	536
	56.7. Representación activa y pasiva	537
	56.8. Representación procesal	537
57.	LAS PARTES DE LA RELACIÓN REPRESENTATIVA	541
58.	EVOLUCIÓN HISTÓRICA	542
59.	ÁMBITO DE LA REPRESENTACIÓN.....	547
60.	DISTINCIÓN ENTRE REPRESENTANTE Y NUNCIO	548
61.	LA REPRESENTACIÓN DIRECTA EN EL CÓDIGO CIVIL.....	551
	61.1. Facultad y origen de la representación.....	553
	61.1.1. Estructura del fenómeno representativo.....	554
	61.1.2. Los elementos constitutivos.....	554
	61.1.3. Fuente y ámbito de aplicación	555
	61.1.4. El poder de representación	557
	(1). INTRODUCCIÓN	557
	(2). CONCEPTO.....	558
	(3). ACTO DE APODERAMIENTO.....	559
	(4). NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE APODERAMIENTO	561
	(5). LA CAUSA FIN DEL ACTO DE APODERAMIENTO.....	563
	(6). EL APODERAMIENTO COMO ACTO RECEPTICIO	565
	(7). CAPACIDAD DEL REPRESENTANTE Y DEL REPRESENTADO	566
	(8). MANDATO Y PODER.....	568
	61.2. Representación entre cónyuges	573
	61.3. Pluralidad de representantes.....	574
	61.4. Responsabilidad solidaria de los representantes	576
	61.5. Revocación del poder.....	579
	61.6. Revocación en el apoderamiento plural.....	580

61.7. Revocación tácita del poder. Comunicación al representante.....	581
61.8. La revocación del poder. Comunicación a los terceros.....	583
61.9. Poder irrevocable.....	585
61.10. Renuncia del representante.....	590
61.11. Poder general y especial.....	594
61.12. Poder especial para actos de disposición.....	597
61.13. Sustitución del representante.....	605
61.14. Responsabilidad por la elección del sustituto.....	607
61.15. Revocación de la sustitución.....	609
61.16. Efectos del acto representativo.....	609
61.17. Ineficacia del acto jurídico celebrado por el <i>falsus procurator</i>	611
61.18. Ratificación del acto ineficaz.....	638
61.19. Vicios de la voluntad en la representación.....	647
61.20. Manifestación de calidad de representante.....	649
61.20.1. La <i>contemplatio domini</i>	650
61.20.2. La acreditación de facultades.....	651
61.21. Poder del dependiente.....	653
61.22. Acto jurídico consigo mismo.....	655
61.23. Autorización a los representantes legales.....	660
62. EXTINCIÓN DEL PODER.....	663

CAPÍTULO IX

INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

63. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN. PROBLEMAS GENERALES.....	667
64. LA INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO.....	673
65. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	678
66. SISTEMAS INTERPRETATIVOS.....	687
66.1. La interpretación subjetiva o de la voluntad.....	687
66.2. Crítica al sistema subjetivo.....	690
66.3. La interpretación objetiva o de la declaración.....	691
66.4. Crítica al sistema objetivo.....	694
66.5. Sistema mixto o intermedio.....	694
67. NATURALEZA DE LAS NORMAS INTERPRETATIVAS.....	702
68. DESTINATARIOS DE LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN.....	703
69. CLASES DE INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO.....	704
70. INTERPRETACIÓN, CALIFICACIÓN E INTEGRACIÓN DEL ACTO JURÍDICO.....	705

70.1. La interpretación del acto jurídico.....	706
70.2. La calificación del acto jurídico.....	707
70.3. La integración del acto jurídico.....	710
71. INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO EN EL CÓDIGO.....	711
(1) Concepto.....	711
(2) Naturaleza de las normas de interpretación.....	712
(3) Ámbito de aplicación.....	713
(4) Objeto de la interpretación.....	713
(5) Sistema objetivo, subjetivo y mixto.....	714
72. INTERPRETACIÓN LITERAL. INTERPRETACIÓN DE BUENA FE.....	723
72.1. Interpretación literal.....	723
72.2. Interpretación de buena fe.....	729
73. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.....	737
74. INTERPRETACIÓN FINALISTA.....	739
75. LA INTERPRETACIÓN CONTRA EL ESTIPULANTE.....	742
76. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA.....	748
77. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA.....	749
78. INTERPRETACIÓN CONSERVADORA DEL ACTO JURÍDICO.....	749
79. INTERPRETACIÓN SEGÚN LOS USOS.....	750
80. INTERPRETACIÓN EN FAVOR DEL DEUDOR E INTERPRETACIÓN EQUITATIVA.....	751

CAPÍTULO X

MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO

81. INTRODUCCIÓN.....	753
82. MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO.....	755

Sección I: La condición

83. ACEPCIONES.....	758
84. DEFINICIÓN.....	759
85. REQUISITOS.....	761
85.1. La incertidumbre.....	761
85.2. La futuridad.....	765
85.3. Es establecida arbitrariamente.....	767
85.4. Debe ser extraña a los requisitos de validez del acto.....	767
85.5. Debe ser incoercible.....	768
86. FUNCIÓN DE LA CONDICIÓN.....	768

87. MOMENTO EN EL QUE PUEDE SER ESTABLECIDA	769
88. PONIBILIDAD DE LA CONDICIÓN.....	770
89. EXTENSIÓN.....	772
90. CLASES DE CONDICIONES.....	772
90.1. Condición legal (<i>conditio iuris</i>) y condición voluntaria (<i>conditio facti</i>)	773
90.2. Condición suspensiva y condición resolutoria	775
90.3. Condiciones propias y condiciones impropias.....	777
90.4. Condiciones: potestativa, casual y mixta	778
90.5. Condición positiva y condición negativa	781
90.6. Condición simple y condición compleja	782
90.7. Condición perpleja.....	782
90.8. Condición expresa y condición tácita	782
90.9. Condición unilateral y condición bilateral.....	783
91. PENDENCIA Y CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN	783
92. LA CONDICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL.....	788
92.1. Condiciones impropias	788
(1) Concepto	788
(2) Características del hecho condicionante.....	789
(3) Clasificación de las condiciones.....	790
(4) Condiciones prohibidas	803
(5) Momento de la apreciación de la licitud y de la posibilidad	804
92.2. Condición potestativa	806
92.3. Condición pendiente.....	808
92.3.1. Concepto	809
92.3.2. Pendencia de la condición suspensiva.....	811
92.3.3. Pendencia de la condición resolutoria	813
92.3.4. Repetición de lo pagado.....	815
92.3.5. Cese del estado de pendencia.....	815
92.4. Indivisibilidad del cumplimiento de la condición	816
92.5. Cumplimiento de la condición negativa.....	819
92.6. Cumplimiento e incumplimiento malicioso	823
92.7. Irretroactividad de la condición.....	827

Sección II: El plazo

93. INTRODUCCIÓN.....	833
94. CONCEPTO	836
95. REQUISITOS.....	843

95.1. La futuridad	843
95.2. La certidumbre	843
95.3. El establecimiento arbitrario por las partes	843
96. DIFERENCIAS ENTRE CONDICIÓN Y PLAZO	843
97. ACTOS QUE NO ADMITEN PLAZO	846
98. CLASES	847
98.1. Plazo suspensivo y plazo resolutorio	847
98.2. Plazo de eficacia y plazo de ejercicio	851
98.3. Plazo esencial y no esencial	852
98.4. Plazos voluntarios, legales y judiciales	854
98.5. Plazo expreso y plazo tácito	855
98.6. Plazo determinado y plazo indeterminado	856
98.7. Plazo cierto y plazo incierto	858
98.8. Plazo potestativo	859
98.9. Plazo del acto jurídico y plazo de la obligación	859
99. FUNCIÓN DEL PLAZO	862
100. EL PLAZO EN EL CÓDIGO CIVIL	863
(1) Concepto	863
(2) Diferencias entre plazo y condición	863
(3) Clasificación	864
(4) Efectos del plazo suspensivo y del resolutorio	866
(5) Beneficio del plazo	870
(6) Pago anticipado	872
(7) Caducidad del plazo	874
(8) Plazo judicial	877
(9) Cómputo del plazo	878
(10) Aplicación supletoria de las reglas del art. 183	883

Sección III: El cargo

101. CONCEPTO	883
102. FUNCIÓN	888
103. CUMPLIMIENTO DEL CARGO	889
104. PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CARGO	892
105. INEXIGIBILIDAD DEL CARGO	893
106. TRANSMISIBILIDAD DEL CARGO	894
107. CARGO ILÍCITO O IMPOSIBLE	895

HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

Natural
o
Externo

La muerte de una persona, un terremoto, etc.

HECHO
JURÍDICO

Humano
o
Interno
(ACTO)

Voluntario

Lícito

- ACTO o NEGOCIO JURÍDICO: Matrimonio, contrato, testamento, etc.

- ACTO MERAMENTE LÍCITO o SIMPLE ACTO

ILÍCITO: Apropiarse de una cosa que no pertenece a nadie, pintar un retrato, cosechar un fundo, etc.

Ilícito

- DOLOSO: El homicidio, el robo, etc.

- CULPOSO: Un accidente de tránsito por negligencia del conductor, etc.

Involuntario

Conforme con el ordenamiento jurídico: Un niño adquiere una herencia, etc.

Contrario al ordenamiento jurídico: un demente destruye una represa y causa una inundación, etc.

Dan lugar a
responsabilidad
civil si causan
daños

CAPÍTULO I

HECHO JURÍDICO

1. HECHOS JURÍDICOS Y HECHOS NO JURÍDICOS

En términos generales, se llama *hecho* a cualquier acontecimiento natural o humano.

Los hechos *son o no son* jurídicos según que tengan o no consecuencias jurídicas ligadas por el Derecho¹.

En la infinita variedad de los hechos, unos son jurídicamente relevantes, tienen consecuencias jurídicas y otros no. A los primeros se les denomina *jurídicos* y a los otros se les llama hechos *no jurídicos* o simplemente hechos². Las consecuencias ligadas por el Derecho a los hechos jurídicos pueden consistir en crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, es decir, derechos, deberes u obligaciones (al deber de carácter patrimonial se le denomina obligación), calidades jurídicas de personas y cosas.

Por hecho jurídico se entiende a un hecho natural o humano idóneo para producir efectos jurídicos consistentes en la:

-
- 1 La palabra Derecho escrita con "D" mayúscula se refiere al Derecho positivo u ordenamiento jurídico, y la palabra derecho escrita con "d" minúscula está referida al derecho subjetivo (poderes, facultades, atribuciones, autorizaciones que el Derecho positivo confiere al sujeto).
 - 2 "Todo hecho que produce efectos jurídicos de cualquier clase se denomina hecho jurídicamente relevante, o dotado de eficacia jurídica, o sin más, jurídico, en contraposición con la masa de hechos que son irrelevantes para el derecho" (von TUHR, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, trad. de Tito Ravá, Marcial Pons, Madrid, 2005, vol. II, *Los hechos jurídicos*, p. 6).

- constitución, modificación o extinción de una relación jurídica;
- sustitución de una relación jurídica preexistente por otra nueva;
- calificación de una persona, de una cosa, o de otro hecho.

El Derecho califica a los hechos naturales o humanos de acuerdo con ciertos valores, atribuyéndoles determinadas consecuencias, configurándolos y tipificándolos objetivamente como integrantes del supuesto de la norma, llámese esta: ley, tratado, ordenanza, decreto, resolución, costumbre, precedente judicial, principio general de Derecho, contrato, testamento, etc. En otras palabras, son esa inmensa variedad de hechos naturales o humanos que por la trascendencia que tienen en la vida de relación del ser humano son configurados abstractamente en el supuesto de hecho de las normas que integran el ordenamiento jurídico, enlazándoles determinados efectos constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones jurídicas. Por eso se dice que los hechos jurídicos son los que están previstos por el ordenamiento jurídico o, también, que son los hechos que están insertos en la estructura de la norma, constituyendo el contenido del supuesto normativo³.

El hecho que la norma prevé como causa de producción de efectos jurídicos asume el nombre técnico de supuesto normativo, al cual se le conoce también son los nombres de supuesto de hecho, hecho antecedente, antecedente normativo, *fattispecie* (en italiano), *tatbestand* (en alemán).

El hecho social tiene relevancia cuando es posible de generar un conflicto o de crear una incertidumbre, de ahí la exigencia de su regulación por el Derecho como hecho productor de efectos jurídicos. Se regulan jurídicamente los hechos sociales de acuerdo a ciertas valoraciones, con el fin de prevenir los conflictos y las incertidumbres, y si estos de todos modos se producen, con el propósito de que sean resueltos por las vías del Derecho. El hecho social es jurídicamente relevante cuando el ordenamiento jurídico le atribuye una cierta valoración, el contenido de esa valoración constituye aquello que caracteriza al hecho como jurídicamente relevante⁴. La relevancia es una calificación jurídica del hecho realizada por el Derecho describiéndolo en forma abstracta como el supuesto de

3 "Dentro del género de hechos se distinguen bajo el nombre de hechos jurídicos aquellos sucesos que pueden formar parte del contenido de una norma jurídica general como la ley o individual como la sentencia o el contrato" (ARAUZ CASTEX, Manuel, *Derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1955, p. 100).

4 PERASSI, Tomaso, *Introduzione alle scienze giuridiche*, seconda reimpressione, Padua, 1993, pp. 55-56.

hecho (*fattispecie*, en italiano y *tatbestand*, en alemán) de una norma y atribuyéndolo ciertos efectos jurídicos. En toda norma jurídica reguladora de conducta humana social existe un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica vinculados por un nexo de deber ser⁵. Luego, los hechos relevantes jurídicamente (los que constituyen el supuesto normativo) desencadenan efectos jurídicos.

Todo acontecimiento de la vida social que corresponda al modelo de organización o de conducta configurado por una o varias normas del ordenamiento jurídico tiene la calidad de hecho jurídico. Por ejemplo, la apropiación de un bien que no tiene dueño, el contrato, el testamento, el robo, el homicidio.

Los hechos *no jurídicos* son los que no están previstos abstractamente como elementos integrantes del supuesto de hecho (*factum*, hecho antecedente, *tatbestand*, situación de hecho) de la norma jurídica. Son acontecimientos que no tienen idoneidad para producir efectos que interesen al Derecho, razón por la que este no les atribuye consecuencias jurídicas, por ejemplo, el vuelo de las aves, el juego de un niño, la aparición de un astro, la pelea de dos animales salvajes en la jungla, la crecida de un río, la invitación de un amigo a un paseo. Estos hechos carecen de consecuencias jurídicas, pero pueden llegar a obtenerlas tan luego como la norma los incluya dentro de su presupuesto de hecho o las personas las introduzcan dentro de sus actos jurídicos (normas particulares) asignándoles una consecuencia de derecho (v. gr., otorgándoles la calidad de condiciones suspensivas o resolutivas). Cuando estos hechos no jurídicos provienen de la conducta humana, se ubican dentro del ámbito de libertad señalado por ese principio, según el cual: es permitido todo aquello que no está prohibido (numeral a. del inc. 24 del art. 2 de la Constitución), por lo que se puede afirmar que están provistos de cierta juridicidad.

Cuando los hechos naturales o humanos *no jurídicos*, en su ejercicio, generan conflictos o incertidumbres devienen en jurídicos; ocasionan lo que se conoce como vacíos o lagunas de la ley, que son llenados mediante la analogía, la costumbre, los principios generales del Derecho, de tal modo que ningún hecho natural que pueda incidir en algún aspecto de la vida humana y ninguna acción u omisión proveniente de la conducta de las personas, puedan quedar sin calificación normativa que las proteja, prohíba o permita. De este modo, ningún

5 En sentido contrario, Falzea dice que el hecho jurídico es el hecho reconocido por el Derecho; que la juridicidad no depende de la vinculación con los efectos, sino de la calificación operada por la norma (FALZEA, Angelo, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè Milán, 1939, p. 26).

conflicto o incertidumbre de la vida de relación social puede quedar sin una respuesta jurídica, puesto que “*toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses*” (art. I del TP del CPC) y, por consiguiente, nadie, salvo que el ordenamiento jurídico lo permita, puede hacerse justicia por su propia mano ni ningún juez puede dejar de administrar justicia so pretexto de defecto o deficiencia de la ley (art. VIII del TP⁶).

2. DEFINICIÓN DE HECHO JURÍDICO

Hecho jurídico es todo acontecimiento o falta de acontecimiento proveniente de la naturaleza o del comportamiento humano, a cuya verificación el ordenamiento jurídico liga consecuencias de derecho consistentes en crear, regular, modificar, extinguir relaciones o situaciones jurídicas⁷, o sustituir una relación jurídica preexistente por otra nueva, o calificar a una persona, a una cosa o a otro hecho.

6 Los artículos citados sin indicar a qué cuerpo de leyes pertenecen, son del Código civil de 1984.

7 *CC argentino, art. 896*: “Los hechos de que se trata en esta parte del código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones”. Este artículo es copia del *Esboço* de Freitas, art. 431. *Nuevo Código civil y comercial argentino*: Art. 257. *Hecho jurídico*. El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

SAVIGNY llamó “hechos jurídicos a los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan. Así, todos estos hechos tienen un carácter común entrañar con el tiempo un cambio de las relaciones de derecho entre personas determinadas” (SAVIGNY, Carlos Federico de, *Sistema de Derecho romano actual*, trad. de M. Ch. Guenous, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, T. II, p. 149).

CARNEVALI: “Si dicono fatti giuridici in senso lato gli accadimenti naturali e gli atti o comportamenti dell'uomo che sono giuridicamente rilevanti ai quali cioè l'ordinamento attribuisce l'idoneità a produrre un effetto giurido. Tali effetti giuridici possono essere i più vari ed é perciò impossibile schematizzarli compiutamente, si può solo dire che spesso consistono nella costituzione o nella estinzione di un diritto ovvero in una sua modificazione oggettiva o soggettiva” (CARNEVALI, Ugo, *Appunti di Diritto privato*, quarta edizione, Librería Cortina, Milán, 1989, p. 148).

El Derecho romano no conoció, en el plano doctrinario, a la teoría del hecho jurídico. De ahí que no hay una expresión latina para mencionarlo. Los romanos usaban expresiones diversas, como *actus, actum, causa, gestum, negotium, factu*, entre otras con sentido más específico, como *contractum, pactum, stipulatio*, para referirse a los hechos que influían en las circunstancias jurídicas. Parece haber sido Savigny quien primero empleó la expresión acto jurídico (*juristische tatsache*), definiéndolo en los siguientes términos: “Se llaman actos jurídicos a los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de Derecho nacen o terminan” (BERNADES DE MELLO, Marcos, *Teoria do fatto juridico*, Saraiva, Sao Paulo, 1986, p. 105).

Los hechos jurídicos abarcan una variedad demasiado grande, pueden provenir de una acción (como la celebración de un matrimonio, de un contrato, el otorgamiento de un testamento) o de omisiones o abstenciones (como el no ejercitar un derecho durante el tiempo previsto por la ley puede dar lugar a la prescripción adquisitiva o usucapión), ciertos estados psíquicos en tanto sean exteriorizados pueden constituirse en hechos jurídicos (como la intención de causar daño a otro, lo que determina la responsabilidad civil por dolo), ciertos estados jurídicos (como el estado de heredero, casado, acreedor, deudor), pueden consistir no solo en actos humanos, sino también pueden provenir de la naturaleza (como la muerte o el nacimiento de una persona, un terremoto que destruye las edificaciones determinando la extinción del derecho de propiedad sobre ellas), los hechos futuros o la probabilidad de que estos se produzcan (como cuando se somete la eficacia de un contrato a una condición suspensiva).

Expresa Battista⁸ que el hecho jurídico ha sido considerado con dos significados. “Según el primero, el hecho se concibe ‘como correlativo de un efecto, y su definición se formula de esta manera: hecho jurídico es todo aquello a lo que una norma jurídica (cualquier norma del sistema positivo en consideración) atribuya un efecto jurídico. Por lo tanto, la noción y definición relativa gravitan esencialmente en la denominada relación de causalidad jurídica, que es, justamente, la particular relación hecho-efecto que es realizada por una norma. Conforme con este significado, el hecho jurídico se identifica con la *fattispecie* causal, y se contrapone a la *fattispecie* efectiva’. Según el segundo significado, el hecho se determina en oposición al acto, que es entendido como un fenómeno ‘que desenvuelve y exterioriza una voluntad humana’; según esta última acepción, un hecho es cualquier fenómeno que constituya actividad voluntaria del hombre”. Ante la verificación del hecho o del acto, no se pueden producir sino aquellos efectos (y no otros), que han sido fijados con precedencia y típicamente, por el ordenamiento jurídico.

Sin un hecho (suceso o acontecimiento o falta de él) al cual el Derecho le confiera efectos jurídicos es impensable la vida jurídica. Como dice Orgaz⁹, sin

8 FERRI, Giovanni Battista, “El negocio jurídico”, en BETTI, Emilio / Francesco GALGANO / Renato SCOGNAMIGLIO / Giovanni Battista FERRI, *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*, trad. de Leysser L. León, Ara, Lima, 2001, pp. 207-208.

9 ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Zavallía, Buenos Aires, 1963.

Sin hechos que engendren derechos y deberes correlativos no puede existir Derecho. A veces, si falta el hecho o no está probado, se presume su existencia; “se llega a sustituir una realidad

el hecho “no puede producirse el nacimiento, la conservación, la modificación, la transferencia ni la extinción de los derechos subjetivos y deberes correlativos en que se traducen las relaciones jurídicas”. El hecho jurídico es la causa fuente o eficiente de las consecuencias jurídicas. No hay derechos subjetivos ni deberes que no provengan de un hecho. El ordenamiento jurídico por sí mismo no produce consecuencias jurídicas, para ello se requiere que se realice o deje de realizarse algún hecho (por ejemplo: que se constituya una fundación, que se celebre un contrato, que se otorgue un testamento, que la fuerza del río arranque una porción considerable y reconocible en un campo ribereño y lo lleve al de otro propietario ribereño, que una madre deje de amamantar a su hijo recién nacido y que como consecuencia este se enferme o muera, que un deudor no pague lo que debe).

Toda relación jurídica, o, lo que es lo mismo, todo derecho y deber correlativo, tiene como causa eficiente a un hecho jurídico entendido con la significación antes mencionada. Como expresa Ortolan¹⁰: “Si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho, y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de los derechos”.

Los hechos jurídicos pueden ser *naturales* (como la muerte o el nacimiento de un ser humano, un aluvión que destruye las plantaciones) o *humanos* (como el contrato, el delito). Todo suceso o falta de él proviene de la naturaleza o del comportamiento humano; tan cierto es esto como que en el Universo solamente existen objetos y sujetos. Así, la situación o estado jurídico de las personas, entendido como el conjunto de derechos y deberes que se derivan para el sujeto como consecuencia de sus relaciones con otros sujetos o con los bienes o con la sociedad en general, proviene o bien de la naturaleza o bien de la conducta

posible o efectiva, pues ante la falta del hecho, el Derecho objetivo se vale de la ficción como técnica porque la suposición del hecho le permite solucionar un problema con fin práctico como ocurre con la ausencia con presunción de fallecimiento o (...) con la voluntad presumida por ley que es una ficción de manifestación de voluntad no producida” (AGUIAR, Henoah D., *Hechos y actos jurídicos*, Tea, Buenos Aires, 1950, p. 4).

“El mundo jurídico es un campo dinámico y fluyente en el que no se concibe la paz y la quietud sin la actividad y la participación de los individuos que se concreta en hechos y sucesos porque sin que ocurra un acontecimiento, natural o humano, no puede producirse alteración alguna en la esfera de los intereses de los particulares” (BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979).

10 Citado por Vélez Sársfield en nota a la sección segunda del Libro segundo del *Código civil de la República Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 1989.

humana. Por ejemplo, el estado de mayor o menor de edad de una persona es un hecho natural porque el que un ser humano viva menos o más de dieciocho años –en que se alcanza la mayoría de edad (art. 42)¹¹– pertenece a su naturaleza material (biológica) y psicológica; en cambio, el estado de casado, divorciado, concubino, etc., es un hecho humano, proviene del comportamiento humano, pertenece a su naturaleza cultural.

Todo hecho de la naturaleza que incide en la vida de relación del ser humano generando derechos y/o deberes o creando, modificando o extinguiendo las calidades de las personas o de las cosas es jurídico (un cataclismo que produce muertes u otros daños personales o patrimoniales, el nacimiento de una persona, el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la prescripción o la caducidad de las pretensiones, etc.).

A los *hechos humanos* se les denomina *actos*, y pueden ser *voluntarios* si han sido realizados con discernimiento, intención y libertad o *involuntarios* cuando falta alguno de estos elementos o todos ellos. Los voluntarios pueden ser *lícitos* si son conformes con el ordenamiento jurídico (ejemplo, el reconocimiento de hijo, la compraventa) o *ilícitos* si son contrarios al ordenamiento jurídico (v. gr., el robo, el fraude). Los actos lícitos, a su vez, pueden ser: a) *con manifestación de voluntad* encaminada a conseguir directamente una consecuencia de Derecho consistente en crear, regular, modificar o extinguir alguna relación jurídica (el matrimonio, el testamento, el contrato)¹². A estos actos se les denomina *actos jurídicos* o *negocios jurídicos*; o b) *sin que la manifestación de voluntad* esté destinada directamente a crear, modificar o extinguir directamente relaciones jurídicas (pintar un cuadro, sembrar un fundo), a estos actos se les llama *actos meramente lícitos* o simples actos lícitos¹³. De otro lado, los actos humanos voluntarios ilícitos pueden ser *dolosos* si han llevado a cabo con intención de causar daño (el homicidio, la inejecución deliberada de las obligaciones contractuales) o *culpotos* cuando han sido realizados por negligencia o imprudencia (un accidente de

11 Los artículos citados sin indicar el cuerpo legal al que pertenecen se refieren al Código civil peruano.

12 *Nuevo Código civil y comercial argentino*: Art. 260. *Acto jurídico*. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

13 *Nuevo Código civil y comercial argentino*: Art. 258. *Simple acto lícito*. El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

tránsito que causa daño a una persona, la inejecución de la obligación por negligencia del deudor). Los actos humanos involuntarios pueden ser conformes con el ordenamiento jurídico (un demente gana la lotería) o contrarios con el ordenamiento (un niño de corta edad dispara un arma y mata a una persona)¹⁴.

La doctrina tradicional denomina *cuasidelitos* a los *actos culposos*. Así, Borda¹⁵ dice que en los cuasidelitos no media intención sino culpa. La infracción a la ley no ha sido querida por el agente, sino que ha resultado de un acto u omisión llevado a cabo sin haber tomado todas las diligencias necesarias para evitar el daño, por ejemplo, el accidente de tránsito ocasionado por exceso de velocidad, por una distracción o por cualquier otra negligencia.

La importancia relevante de los hechos jurídicos es corroborada por el análisis de la estructura de la norma jurídica, en la cual existe un *antecedente de hecho* (proposición hipotética) al cual la ley le enlaza, mediante una relación de *debe ser* (nexo jurídico), una *consecuencia jurídica* (parte dispositiva)¹⁶. Veamos a continuación cada uno de estos elementos.

14 Ver BOFFI BOGGERO, Luis María, *Teoría general del hecho jurídico*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1962, p. 46.

15 BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho civil. Parte general*, 8.ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 409.

16 Albaladejo expresa: se puede definir el "hecho jurídico como 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 al derecho objetivo la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por ese derecho objetivo" (ALBALADEJO, Manuel, *Curso de derecho civil español, T. I* [Introducción y Parte general], Bosch, Barcelona, 1983, p. 342).

Kelsen advirtió que: "Si se analiza cualquiera de los estados de cosas (*Sachverhalte*) tenidos por Derecho, como por ejemplo, una resolución parlamentaria, un acto administrativo, una sentencia judicial, un delito, se pueden distinguir dos elementos: uno de ellos es un acto sensorialmente perceptible, que tiene lugar en el tiempo y en el espacio, un suceso exterior, las más de las veces conducta humana; el otro es un sentido así como inmanente o adherente a ese acto o suceso, una significación específica. En una sala se reúnen hombres, pronuncian discursos, unos se levantan de sus asientos al paso que otros permanecen sentados; tal es el suceso exterior. Su sentido: que es votada una ley. Un hombre vestido de toga pronuncia desde un sitial determinadas palabras para otro que está en pie delante suyo; este suceso exterior importa una sentencia judicial. Un comerciante escribe una carta de contenido determinado a otro que le contesta con la suya; esto significa: han cerrado un contrato. Alguien causa la muerte de otro por medio de una acción, esto significa jurídicamente un asesinato" (KELSEN, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1946, p. 27).

3. EL HECHO ANTECEDENTE DE LA NORMA JURÍDICA

Los elementos estructurales de la norma jurídica son tres: el presupuesto de hecho, la consecuencia y el nexo. Ejemplo: celebrado un contrato de compraventa (supuesto) debe ser la transferencia de la propiedad por parte del vendedor y el pago del precio por el comprador (consecuencia). El nexos entre el supuesto y la consecuencia es de deber ser (deontológico), no de ser (ontológico). La norma es hipotética tanto en el supuesto como en la consecuencia, por cuanto se pueden o no dar en la realidad¹⁷.

Al hecho que sirve de antecedente a la consecuencia jurídica se le llama también: *presupuesto de hecho*, *supuesto de hecho*, *hecho antecedente*, *factum*¹⁸, *antecedente normativo*, *situación jurídica* o *situación de hecho*; y a la consecuencia jurídica se le denomina también: *consecuencia de derecho* o *efecto jurídico*. La doctrina alemana e italiana han acuñado, respectivamente, las palabras: *tatbestand* y *fattispecie*, para designar al presupuesto de hecho.

El hecho, que sirve de antecedente al efecto jurídico, puede ser un acontecimiento natural como las lluvias, las sequías, las inundaciones, que provocan, v. gr., la pérdida de la cosecha exonerando al vendedor de la obligación de entregarla (art. 1431); el nacimiento o la muerte constituyen el supuesto al cual la norma vincula el inicio o el fin de la persona humana como sujeto de derecho (arts. 1 y 61); o un hecho proveniente de la conducta humana, por ejemplo, el matrimonio, el testamento, un contrato, el abandono de una persona en peligro, un homicidio, el estado civil o el estado psíquico de la persona (el estado de casado o soltero, padre, hijo, nacional o extranjero, menor o mayor de edad, etc.; intenciones, conocimientos, motivos, sentimientos, emociones, buena fe, errores, etc.). También pueden servir de antecedente normativo los derechos subjetivos, las obligaciones, esto es, una consecuencia jurídica puede servir de antecedente de otra consecuencia jurídica¹⁹, por ejemplo, cuando no se ejerce un

17 Ver "estructura de la norma jurídica" en nuestro *Libro Introducción al Derecho*, p. 252 y ss.

18 Terminología grata para algunos autores alemanes. Ver, por ejemplo, VON TUHR, Andreas, *Teoría general del Derecho civil*, trad. de Tito Ravá, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 4.

19 Boffi, ejemplificando el caso de ciertos efectos jurídicos que constituyen a su vez hechos jurídicos que engendran otros efectos de derecho, dice: "la demanda (hecho jurídico) notificada en el domicilio real o voluntario del demandado (hecho jurídico) da origen al conocimiento por el demandado del contenido de la demanda (hecho jurídico) y ello, con más el silencio

derecho, la norma le aneja como consecuencia la caducidad de tal derecho (art. 2003), o el no cumplimiento de una obligación constituye el antecedente de la consecuencia consistente en pagar los perjuicios ocasionados (art. 1321). En fin, toda circunstancia de hecho o de Derecho que ocurra en el mundo de las percepciones o en el mundo psíquico de las personas, puede servir de antecedente a la consecuencia jurídica.

El antecedente del cual depende la consecuencia jurídica, puede consistir en un solo hecho (*hecho simple*) o en una pluralidad de hechos unidos entre sí, caso en el cual, el efecto jurídico solamente se producirá cuando se hayan realizado íntegramente el cúmulo de hechos singulares que componen el antecedente (*hecho compuesto*), pudiendo, mientras tanto, surgir algunos efectos provisionales que tienen por finalidad preparar o asegurar los efectos definitivos.

Aclaremos un poco más lo dicho mediante ejemplos:

- a) La muerte del ser humano (presupuesto de la norma) pone fin a la persona (consecuencia jurídica) (art. 61) y da lugar a la apertura de la sucesión testamentaria o *ab intestato* (otra consecuencia) y, cuando es el caso, extingue la relación jurídica penal (otra consecuencia).
- b) “*El hijo nacido durante el matrimonio (...) tiene por padre al marido*” (art. 361). Dos hechos singulares constituyen aquí el supuesto de hecho: el matrimonio (acto humano) y que durante el mismo se produzca el nacimiento (hecho biológico); la concurrencia de estos dos elementos trae como consecuencia jurídica que se presuma que el hijo tiene por padre al marido (presunción *-iuris tantum-* de paternidad).
- c) *Por el testamento, una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala* (art. 686). El *factum* está constituido por el testamento otorgado con las formalidades de ley (acto humano) y por la muerte del testador (suceso natural); la verificación en la realidad de estos dos hechos (presupuesto de hecho) origina la apertura de la sucesión testamentaria (consecuencia jurídica). Con el solo otorgamiento del testamento no se abre la sucesión, sino que para ello, además del testamento, se requiere que se produzca la muerte del testador.

durante cierto plazo (hecho jurídico) origina la rebeldía (hecho jurídico)” (BOFFI BOGGERO, *Teoría general del hecho jurídico*, cit., p. 46).

- d) *La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años* (art. 950). El presupuesto de hecho está constituido por la posesión *animus domini*, continua, pacífica y pública de un inmueble (acto humano) durante diez años (hecho natural); la concurrencia de estos dos elementos –posesión continua, pacífica y pública como propietario y el transcurso del tiempo– producen el efecto jurídico consistente en la adquisición de la propiedad por prescripción o usucapión inmobiliaria.
- e) *Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida* (art. 1666). Celebrado el contrato de arrendamiento, hecho antecedente proveniente de la conducta humana, surgen los efectos jurídicos consistentes en la obligación del arrendador de entregar el bien en uso y del arrendatario de pagar la renta convenida.
- f) *Aquel que por dolo (...) causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo* (art. 1969). El dolo existe “cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”²⁰; la conciencia y la voluntad como elementos integrativos del dolo, son diversos estados psíquicos de la persona humana. Al supuesto de hecho integrado por un acto doloso que causa un daño a otro, la ley le anexa la consecuencia jurídica consistente en la obligación de indemnizar.
- g) *Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia* (art. 288). A las calidades de marido y mujer (estado civil de casados) la ley les atribuye como efecto jurídico el deber recíproco de fidelidad y asistencia.
- h) *Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve* (art. 1321). El supuesto de hecho está dado por el incumplimiento doloso o culposo de las obligaciones, cuyo efecto jurídico consiste en indemnizar los daños.

20 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La Ley y el delito*, 4.^a ed., Hermes, Buenos Aires, 1963, p. 365. El art. 81 del CP derogado de 1924 establecía: “La infracción es intencional cuando se comete por acción u omisión consciente y voluntaria”.

- i) *Se entiende efectuado el pago solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación* (art. 1220). El presupuesto de hecho consistente en el pago total tiene como efecto jurídico el de servir de medio de extinción de la obligación.
- j) El contrato de *renta vitalicia se constituye por escritura pública, bajo sanción de nulidad* (art. 1925). Para que se perfeccione este contrato (efecto jurídico), no basta el consentimiento de las partes contratantes (art. 1352), sino que se exige, además, que ese consentimiento se preste en escritura pública. La forma cuando es solemne, constituye elemento esencial (requisito de validez) del acto jurídico y es parte del supuesto normativo que sirve de antecedente al efecto jurídico.

El ordenamiento jurídico regula hechos (con el alcance significativo antes señalado) y nada más que eso. De la variedad de hechos proviene la variedad de derechos.

El creador de la norma jurídica reguladora de conducta humana social (el legislador, los contratantes, el testador, etc.) es el que al supuesto normativo le imputa un efecto jurídico mediante un nexo de deber ser: Dado A debe ser B. ;

4. LA CONSECUENCIA JURÍDICA

La *consecuencia* de derecho o *efecto* jurídico puede consistir en crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (o sea, derechos y deberes)²¹ o situaciones jurídicas, que no son derechos ni obligaciones, sino calificaciones que la norma atribuye a las personas, cosas y actos²². La consecuencia jurídica

21 “Cada norma abstracta enuncia los hechos; si estos existen, debe producirse el efecto jurídico... Como toda consecuencia jurídica exige la existencia de una norma y de un *factum* que la preceda, según el punto de vista desde el cual se la observe, se puede concebir como efecto de la ley o del *factum*; por ejemplo, de la voluntad de las partes. La consecuencia jurídica del *factum* consiste siempre en una modificación del mundo jurídico, como, por ejemplo, el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas, derechos subjetivos y deberes; de cualidades jurídicas de las personas y cosas, nacimiento y extinción de personas jurídicas, que son etapas previas de la producción de esos efectos” (von Tuhr, ob. cit., p. 4.).

22 La situación hace referencia al estado o posición permanente de alguien o de algo respecto a otro. La situación en que se encuentra una persona lo habilita para el ejercicio permanente de poderes o prerrogativas mientras tal situación subsista. Así, por ejemplo, un hecho (un accidente), un estado (padre, curador), un acto jurídico (venta, arrendamiento), dan lugar

también puede consistir en la sustitución de una relación jurídica preexistente por otra nueva o en la calificación de una persona, cosa, o de otro hecho.

Clarifiquemos un poco esto de la relación jurídica. El Derecho existe para regular la conducta humana en la vida de relación con los demás. Si en el mundo existiera una sola persona (varón o mujer), el Derecho no existiría, sería innecesario; para el Derecho, el ser humano es la unidad psicobiológica-social inseparable. En efecto, el ser humano para satisfacer sus múltiples necesidades tiene que vivir en permanente relación con sus semejantes; así, por ejemplo, invita a un amigo a un paseo, a tomar un café, concurre a una fiesta, practica algún deporte con sus amigos, contrae matrimonio, otorga testamento, celebra contratos; como ser libre que es, vive acatando e infringiendo el ordenamiento jurídico, acatamientos e infracciones que lo ponen en contacto con los demás. De todas las relaciones sociales, algunas, por la importancia que tienen para que la vida social se desarrolle con orden, paz, seguridad y justicia, son reguladas por el ordenamiento jurídico. De lo que sigue que toda *relación social* regulada por el Derecho adquiere la calidad de *relación jurídica*.

Se designa como relación jurídica a la relación creada en *concreto* (en la vida real) entre dos sujetos a los cuales una norma confiere a uno un derecho e impone al otro el correspondiente deber u obligación. Por ejemplo, si A causa un daño a la propiedad de B, surge entre ellos, sobre la base del art. 1969, una relación jurídica, en el sentido de que B puede pretender el resarcimiento del daño por parte de A, el cual está obligado a indemnizarlo. Igualmente, si A y B celebran un contrato de compraventa, surge entre ellos una relación jurídica contractual, la cual da lugar a numerosos derechos recíprocos y las correspondientes obligaciones (pago del precio, entrega del bien, garantías por vicios ocultos en el bien, etc.). Cada relación jurídica encuentra su presupuesto en un hecho concreto de la vida real (la acción de A que ha causado un daño; una relación económica de cambio entre A y B, etc.). Tal hecho constituye el substrato de la relación jurídica, pero tal hecho en sí, sin una norma jurídica que lo regule, no es la relación jurídica: es una simple relación social, una pura relación de hecho. La relación jurídica es creada por la norma jurídica, la cual toma en consideración aquel hecho de la vida real y lo vincula determinados efectos jurídicos consistentes en derechos y los correspondientes deberes u obligaciones. Como expresa

al nacimiento de derechos y deberes, prerrogativas y cargas, en beneficio o en contra de la persona que se encuentra en tal situación.

Carnevali²³, se puede decir que la relación jurídica es el conjunto de efectos jurídicos (derechos y los correspondientes deberes u obligaciones) que la norma jurídica atribuye a los hechos y situaciones de la vida real.

De paso señalamos que entre las varias clasificaciones de los derechos subjetivos figura la que distingue entre *derechos absolutos* y *derechos relativos*. Esta clasificación se funda sobre la estructura *subjetiva* del derecho, y más concretamente sobre la consideración del *sujeto pasivo* de la relación jurídica. Es *absoluto* el derecho que es reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico frente a todos los otros sujetos, los cuales deben abstenerse de todo comportamiento que pueda impedir la realización del interés del titular del derecho; la posición pasiva, correlativa a aquella activa del titular del derecho, consiste en un *deber negativo* (de mera abstención) y *general o indeterminado* (relativo a todos los miembros de la sociedad). Es *relativo* el derecho que es reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico frente a un *sujeto determinado*; la posición pasiva, correspondiente a aquella activa del titular del derecho, surge en relación a un *sujeto específico*, siendo todos los otros sujetos extraños a esta posición pasiva. En otros términos, la realización del interés del titular del derecho puede ser pretendida solo frente a un *sujeto determinado* y no de otros (ejemplo, el marido puede exigir fidelidad solamente a su mujer y viceversa; el arrendador puede exigir el pago de la renta solamente a su arrendatario). Son derechos *absolutos*, los derechos reales (propiedad, posesión, usufructo) y los derechos de la personalidad (derecho a la vida, a la integridad física). Son derechos *relativos*, los derechos de crédito, llamados también personales u obligacionales (v. gr., el derecho del acreedor de exigir a su deudor que le pague lo que le debe).

Frente a todo derecho subjetivo existe un deber correlativo, por consiguiente, en toda relación jurídica hay un sujeto titular del derecho y un sujeto titular del deber correlativo. Esto es indiscutible por la bilateralidad o alteralidad del Derecho; no hay derecho sin el deber correlativo y viceversa. Cuando la relación jurídica es de naturaleza patrimonial se le denomina *relación obligacional* o simplemente *obligación*; al sujeto del derecho se le llama *acreedor* y al del deber, *deudor* por tanto, la obligación es el vínculo entre, por lo menos, un acreedor y un deudor.

23 CARNEVALI, *Appunti di Diritto privato*, cit., p. 17.

La relación jurídica puede darse entre personas determinadas, por eso se le denomina relación personal u obligacional (ejemplo, las relaciones familiares, las obligaciones) o entre personas pero con ocasión de bienes, de allí que se le llama *relación real*, en la que el sujeto del deber es *indeterminado*, o sea toda la colectividad, que está obligada a respetar el derecho de propiedad, uso, habitación, etc., del sujeto activo; el poder jurídico del titular del derecho real está dirigido contra la generalidad de las personas; bien dice Radbruch: “los derechos reales se dirigen a todos y a cada uno: a todos mientras nadie los infringe; a cada uno que los infrinja, cuando la infracción se ha producido”²⁴. Los derechos personales u obligacionales son relativos, se pueden hacer valer solamente frente a determinadas personas, en cambio, los derechos reales son absolutos, su titular los puede oponer *erga omnes*, o sea contra todos los no titulares.

Las relaciones jurídicas privadas pueden estar referidas al estado civil de las personas, a sus relaciones familiares, a su relación con los bienes, sean estos materiales (casas, animales) o espirituales (patentes, derechos de autor) y a sus relaciones de cooperación social. De estas relaciones unas son patrimoniales y otras extrapatrimoniales.

La *naturaleza del interés tutelado* está en la base de la distinción de los derechos, y consiguientemente de las relaciones jurídicas, en *patrimoniales* y *extrapatrimoniales*: intereses de naturaleza económica, es decir, valuables pecuniariamente, los primeros; intereses estrictamente atinentes a la personalidad, los segundos. Son *patrimoniales* los derechos reales y los derechos de crédito. Son *no patrimoniales* los derechos de la personalidad y los derechos derivados de las relaciones familiares no referidos al patrimonio dentro del matrimonio (el derecho y correlativo deber de los cónyuges de hacer vida en común).

Los hechos jurídicos producen sus efectos en la esfera jurídica de las personas. En particular, los efectos del acto jurídico se producen en la esfera jurídica de las partes (cuando el acto es bilateral o plurilateral) o en la esfera jurídica del declarante y/o del destinatario de la declaración (en los actos unilaterales) y, excepcionalmente, en la esfera jurídica de terceros (ej., el contrato en favor de terceros).

24 RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, 1.^a reimp., 1.^a edición en español, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1997, p. 87.

El efecto *constitutivo* consiste en el nacimiento o adquisición de una situación o relación jurídica. La adquisición es *originaria* o primaria cuando la atribución del derecho no se funda en otro derecho antecedente, de modo que la adquisición jurídica es independiente de la existencia de otro derecho, por ejemplo, la adquisición por usucapión (art. 950), y es *derivada* cuando la adquisición se relaciona con otra que le sirve de antecedente y condiciona o limita los alcances de aquella, o sea, la situación jurídica nueva se relaciona con otra, de tal suerte que esta aparece como relación de origen, y, por tanto, condiciona el nacimiento de aquella²⁵, v. gr., en la compraventa, el comprador sucede al vendedor en el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien que compra. En la adquisición derivada se aplica el principio que establece que “nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene” (*nemo plus transferre potest quam quod ipse habet*), salvo las excepciones legalmente dispuestas.

La consecuencia *modificativa* es la contingencia o vicisitud que se producen entre el nacimiento y la extinción de la relación jurídica. Puede deberse al cambio de sujeto, por ejemplo, la cesión de derechos, la muerte del acreedor o del deudor (al fallecimiento de una persona sus derechos y obligaciones se transmiten a sus herederos); o al cambio del contenido, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento en cual se ha pactado que la renta mensual será de mil soles mensuales, con posterioridad las partes acuerdan aumentar o disminuir esta renta.

El efecto *extintivo* ponen fin a las relaciones jurídicas. Las causas de extinción pueden ser múltiples, y pueden deberse a la voluntad del sujeto titular del derecho, por ejemplo, la venta, donación, o a causas extrañas, v. gr., la muerte del sujeto titular del derecho, la desaparición del objeto.

En el Derecho moderno se afirma que las consecuencias jurídicas pueden consistir en la creación, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. De este modo se sustituye la expresión “derechos y obligaciones” por la de “situaciones y relaciones jurídicas”, para hacer referencia no solamente a los derechos subjetivos y a las relaciones, sino también a las potestades y deberes que no son obligaciones. Las situaciones jurídicas son calificaciones que las normas jurídicas atribuyen a las personas, cosas y actos. Es una calidad permanente y ob-

25 Von TUHR, ob. cit., p. 31.

jetiva de estar alguien con respecto a otro que habilita a aquel el ejercicio de determinados poderes o prerrogativas mientras tal situación subsista (la situación de padre, hijo, casado, soltero, acreedor, etc.). La relación jurídica es un vínculo establecido entre personas, a una de las cuales, el ordenamiento jurídico, atribuye el poder de imponer a la otra un determinado comportamiento, por ejemplo, las obligaciones que nacen de un contrato.

El efecto de *sustitución de una relación jurídica preexistente por otra nueva*, como su nombre lo indica, se extingue una relación jurídica reemplazándola por otra nueva distinta. Por ejemplo, la novación (art. 1277 y ss.).

Mediante el hecho jurídico también se *califica a las personas, cosas y a otros hechos*, por ejemplo, la calificación de hijo matrimonial o extramatrimonial, de bienes propios o bienes comunes dentro del matrimonio, el cambio del arrendamiento de plazo determinado a plazo indeterminado.

5. EL NEXO JURÍDICO

La consecuencia vinculada a un supuesto de hecho es siempre una relación jurídica. Toda relación jurídica implica un conjunto coherente de derechos y deberes correspondientes a una relación social. Por ejemplo, el nacimiento; acaecido este hecho natural, el ser humano es persona (una clase de sujeto de Derecho –art. 1–); esto es, adquiere capacidad jurídica (de goce); en otras palabras, es sujeto de derechos y de deberes u obligaciones, tiene, por ejemplo, derecho a la vida, lo que supone una relación jurídica en la que hay un sujeto activo, titular de tal derecho (el recién nacido), y un sujeto pasivo o sujeto del deber, o sea todos los demás miembros de la colectividad que están obligados a respetar la vida y demás derechos del recién nacido. En suma, el hecho jurídico es fuente de relaciones jurídicas. Los hechos también pueden ser objeto de derecho, pero en este estudio solamente nos referiremos al hecho como productor de consecuencias jurídicas²⁶.

26 En nota puesta al art. 896 del Código argentino, Vélez, citando a Maynz, dice: “No se trata de hechos como objeto de derecho, sino únicamente como causa productora de derecho. El hecho del hombre puede ser considerado bajo dos relaciones: 1a. como objeto de un derecho, por ejemplo, cuando alguno debe hacer algo en nuestro favor, como la entrega de una cosa, la ejecución o abstención de alguna acción (...) 2a. como fuente de un derecho. Así, cuando alguno me vende y me entrega su casa, el hecho de la venta seguido de la tradición, tiene por efecto darme la propiedad de la casa. O bien alguno destruye una cosa mía, y de

El hecho jurídico consistente en un suceso natural o humano, positivo o negativo, material o psicológico, sirve de causa eficiente de los efectos jurídicos. Precisamente porque tiene consecuencias jurídicas, el hecho natural o humano, adquiere la calidad de jurídico, razón por la que Ortolán²⁷ lo denominó, al estilo de Picard, *hechos jurígenos* o *jurigénicos*, para destacar la finalidad creadora o generadora de derechos y de los correlativos deberes.

El efecto jurídico está vinculado al antecedente por una relación de *deber ser*. El deber ser es el nexo entre el supuesto normativo y la consecuencia jurídica. Dado el antecedente A debe ser (nexo jurídico) la consecuencia jurídica B (la fórmula es: dado A debe ser B), por ejemplo, celebrado un contrato de compraventa debe ser el pago del precio al vendedor y la entrega del bien al comprador; si en la realidad práctica se da el hecho antecedente, deben producirse los efectos señalados por el ordenamiento jurídico. Si en la realidad el efecto no se cumple, el incumplimiento puede servir de antecedente a otra consecuencia jurídica. Así, celebrado un contrato de comodato –antecedente– surge la obligación del comodante de entregar gratuitamente en uso al comodatario un bien no consumible por el uso –consecuencia jurídica– (art. 1728); esta y no otra es la consecuencia de derecho, independientemente de que en la realidad, él obligado cumpla o no con entregar el bien; el incumplimiento de la prestación del comodante constituye, a su vez, el antecedente de otra consecuencia de derecho consistente en indemnizar al comodatario por los daños causados con tal incumplimiento (art. 1321). La obligación del comodante es esa, porque así lo dispone el ordenamiento jurídico; bastaría que este establezca lo contrario o que no diga nada al respecto, para que el efecto jurídico sea otro o para que no exista tal efecto, pudiendo existir simplemente una pura obligación moral que el sujeto lo cumpla si buenamente lo quiere.

6. MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL EFECTO JURÍDICO

La norma abstracta enuncia los hechos en forma hipotética. No hay que confundir el hecho descrito hipotéticamente en el supuesto de la norma (supuesto normativo) con el hecho que ocurre en la realidad (hecho real). Cada vez que en la realidad se produce un hecho igual o semejante al hecho hipotético (“si

este hecho me resulta el derecho de demandar la reparación del perjuicio que tal hecho me ha causado”.

27 Citado por CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 9.

es A”) surge el efecto jurídico (“debe ser B”). El presupuesto hipotético previsto por la norma precede al acontecimiento real y solamente se produce el efecto que la norma impone si existe correspondencia entre el supuesto hipotético y el acontecimiento real. Es necesario “establecer y fijar bien la noción de hecho, ya en hipótesis, ya en realidad” (Ortolán).

Para que se produzca la consecuencia jurídica deben cumplirse, en el hecho real, todos los elementos del hecho previsto por la norma. La consecuencia impuesta por la norma nace tan luego como el hecho real, igual o semejante al supuesto normativo, se haya verificado totalmente (hecho consumado). Así, por ejemplo, el art. 49 prescribe: *Transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia.* De acuerdo con esta norma, para que una persona tenga la situación de ausente (efecto jurídico), se requiere que previamente se cumplan todos los hechos singulares que componen el presupuesto de hecho de tal norma; a saber: 1) el hecho comprobado de la desaparición; 2) que hayan transcurrido dos años desde la desaparición; 3) que exista resolución judicial que la declare. Si no se dan todos estos elementos, en la forma sucesiva que están señalados, no podemos decir que el hecho real, igual o semejante al presupuesto normativo, ha quedado consumado y, por tanto, la consecuencia jurídica no surge²⁸.

Los hechos que conforman el antecedente normativo, están unidos entre sí y a veces alguno o algunos de ellos son condición necesaria para que se produzcan los otros. Así, en el ejemplo antes propuesto, la desaparición y el transcurso del tiempo son indispensables para que se pueda pronunciar la resolución judicial de declaratoria de ausencia.

Sea que los elementos (hechos singulares) del antecedente normativo deban darse simultánea o sucesivamente en la realidad, el *efecto jurídico* no se

28 “La producción del efecto jurídico depende de la existencia íntegra del factum, de manera que, en rigor, quien invoca un efecto jurídico debería afirmarlo y, llegado el caso, probarlo, enteramente, aun en sus partes negativas. Sin embargo, por motivos prácticos en muchos casos esta consecuencia lógica no se aplica: basta que quien invoca una consecuencia jurídica afirme los hechos de los cuales, según la experiencia y en casos normales, deriva el efecto jurídico, quedando a cargo del adversario aducir los hechos que excluyen la causalidad jurídica normal. Por ejemplo, es suficiente que quien deduce derechos de un contrato afirme que se concluyó el contrato en la forma debida; no debe afirmar también que las partes tenían capacidad de obrar, pues esta solo falta excepcionalmente” (von Tuhr, ob. cit., p. 9).

produce sino hasta la verificación total de cada uno de esos elementos, pero es posible que el surgir de los hechos singulares, vaya dando vida a determinados efectos. Así sucede con el hecho complejo que necesita para su total realización de un lapso determinado, en el transcurso del cual se produce un estado de pendencia que el Derecho protege para impedir que se frustre la consecuencia jurídica, como ocurre, por ejemplo, con los actos sometidos a condición suspensiva, en los cuales el titular de la pretensión, expectativa o esperanza, puede realizar actos preparatorios o conservatorios con el fin de asegurar el efecto definitivo. Estos actos preparatorios pueden consistir, v. gr., en solicitar judicialmente el reconocimiento del documento que contiene el acto condicional, solicitar su inscripción en los registros públicos, interrumpir la prescripción, participar en el procedimiento de insolvencias o quiebra de su deudor con quien ha celebrado el acto condicional, solicitar inventario de bienes, efectuar actos para impedir la destrucción, deterioro o pérdida de los bienes.

7. CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICOS

Los hechos que pueden integrar el supuesto de hecho a los que la norma les vincula consecuencias jurídicas (hechos jurídicos) son muy variados y se han hecho de ellos distintas clasificaciones y subclasificaciones. En primer lugar, ellos pueden ser naturales y humanos, según que se verifiquen sin o con el concurso de la acción humana, respectivamente. Hechos simples y hechos complejos, según que el supuesto normativo esté constituido uno o por varios hechos singulares. Hechos positivos o negativos, según que consistan en una realización o en una omisión. Los hechos humanos se distinguen en voluntarios e involuntarios. Los voluntarios, a su vez se dividen en lícitos e ilícitos; los primeros se subdividen en actos o negocios jurídicos y actos meramente lícitos o simples actos lícitos, y los ilícitos se subclasifican en dolosos y culposos. Los hechos humanos involuntarios pueden ser conformes o contrarios al ordenamiento jurídico.

7.1. Hechos naturales o externos y hechos humanos o internos

Hechos *naturales* o externos son aquellos que provienen de la naturaleza sin ninguna intervención de la conducta humana, ni para facilitar ni para impedir su realización. Ejemplo, el nacimiento y la muerte de una persona, el aluvión, la avulsión, un terremoto, la lluvia, la sequía, la enfermedad, un rayo, la tempestad, las plagas, el transcurso del tiempo. En algunos de estos ejemplos, la distinción parece difícil debido a que puede estar presente la actividad humana, v. gr.,

la muerte puede ser resultado de un suicidio o de un homicidio; la concepción puede deberse a medios científicos como la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*. No cabe duda de que en estos casos no estamos frente a hechos naturales sino humanos. En otros casos, la actividad humana puede colaborar para que se verifique el hecho natural como el nacimiento por cesárea cuando el parto no se puede verificar por sus vías normales; sin embargo, el efecto jurídico: persona humana, se produce independientemente de la actividad humana; por tanto, este hecho es siempre natural²⁹.

El ordenamiento jurídico confiere efectos al hecho natural por su sola verificación, permaneciendo extraño el comportamiento humano. Por ejemplo, en la *accesión por aluvión* el efecto adquisición originaria de la propiedad depende de la efectiva verificación de las uniones de tierras que se forman sucesiva e imperceptiblemente en los predios situados a lo largo de los ríos o torrentes (art. 939).

Hechos *humanos* o internos son aquellos que provienen de la conducta de las personas. Ejemplo: un contrato, un testamento, un homicidio, el cambio del cauce de un río por un demente, la muerte de una persona causada por un menor carente de discernimiento, el enriquecimiento sin causa, la confección de una estatua o de una pintura, la posesión de un bien que no tiene dueño con el ánimo de convertirse en propietario, el matrimonio, el reconocimiento de un hijo.

Esta clasificación es importante a los fines de determinar en qué consiste el presupuesto de hecho al cual la norma jurídica enlaza una consecuencia jurí-

29 La calificación del hecho en natural o humano no depende tanto de la naturaleza de una determinada situación de hecho, sino de la consideración operada por el ordenamiento jurídico. Así, la siembra, la plantación en un fundo, la muerte o el nacimiento de una persona son hechos jurídicos naturales, porque en ellos el ordenamiento jurídico no considera a la voluntad del hombre que puede concurrir en la verificación de tales eventos. El caso más significativo es el de la siembra que puede depender de un agente natural, como el viento, o de la obra del hombre. Se considera como hecho natural, aun cuando interviene la voluntad, cuando el Derecho considera solo el resultado o fenómeno natural, prescindiendo de una eventual concurrencia de la actividad humana. En otras palabras, la valoración jurídica no está orientada a la actividad humana, sino a la modificación objetiva de la realidad preexistente. En la siembra y en la plantación la circunstancia que determina los efectos jurídicos, o sea la adquisición de la propiedad de cuanto accede al terreno, depende de la germinación y crecida de los organismos vegetales, no de la voluntad de quien puede haber sembrado o plantado (PASTORI, Franco, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, 2.^a ed., Cisalpino - Goliardica, Milán, 1988, pp. 491 y 492).

dica. Así, si el daño es consecuencia de un hecho natural (caso fortuito) no hay obligación de indemnizar, en cambio, sí existe esta obligación cuando el daño es causado por un hecho humano.

Con frecuencia, el Derecho vincula a los hechos naturales con la vida humana o con la conducta de las personas que tenga relevancia jurídica. Así, la distinción entre *vida humana* y *persona humana* se explica porque el Código civil peruano distingue entre *persona humana* (que comienzan con el nacimiento) y *vida humana* (que empieza con la concepción) como sujetos de derecho. La *persona* es sujeto de facultades y deberes; la *vida humana* desde la concepción hasta antes del nacimiento (concebido) es también sujeto de derecho, pero si se trata de derechos patrimoniales será sujeto solamente *para todo cuanto le favorece* (art. 1).

La doctrina predominante afirma que la distinción entre hechos naturales y humanos radica en la voluntad, pues denominan a los primeros involuntarios y a los segundos voluntarios, afirmación que, como veremos más adelante, no corresponde a la realidad, porque son los hechos humanos los que se distinguen en voluntarios e involuntarios.

7.2. Hechos simples y complejos

Hecho jurídico simple es cuando un solo acontecimiento previsto por la norma es suficiente para producir los efectos jurídicos señalados por la propia norma. Ejemplo, el mero hecho del nacimiento (hecho físico) determina el principio de la persona natural (art. 1), este efecto está vinculado a la sola salida (natural o lograda por medios quirúrgicos) del nuevo ser, con vida, del claustro materno, aunque viva solamente por algunos instantes, ya que nuestra ley no exige otros elementos para el surgimiento de la persona, como sucede con otras legislaciones, y, gr., el Código español, art. 29, señala: *se es persona desde que se nace, siempre que el nacido tenga figura humana y viva veinticuatro horas*; la legislación francesa y la italiana, exigen además del nacimiento, la *viabilidad*, es decir, la aptitud del recién nacido para seguir viviendo. En estas legislaciones, es complejo el supuesto de hecho que da origen a la persona humana.

Hecho jurídico complejo es aquel para el cual el ordenamiento jurídico establece que un determinado efecto jurídico solo se producirá si concurren, simultánea o sucesivamente, una pluralidad de hechos singulares. Cada uno de los hechos singulares "forma parte del supuesto de hecho entendido como un

conjunto de requisitos que el ordenamiento jurídico reconoce como fundamento de una consecuencia jurídica³⁰, la misma que se producirá solamente cuando se haya realizado íntegramente la hipótesis en que consiste el supuesto de hecho. Por ejemplo, el efecto jurídico contrato se funda en la concurrencia de por lo menos dos declaraciones de voluntad, una que ofrece y otra que acepta; no hay contrato con una sola declaración de voluntad: Otro ejemplo, para que se produzca la consecuencia jurídica sucesión testamentaria no es suficiente el testamento (acto humano), sino, además, se requiere que se produzca el deceso del testador (hecho natural).

En todo ordenamiento, los hechos complejos constituyen la hipótesis más común; la regla es que el presupuesto de hecho, está constituido por un cúmulo de hechos que conforman una unidad organizada. Solo ocasionalmente el supuesto de hecho está constituido por un solo acontecimiento.

La unión de los hechos jurídicos que conforman el supuesto, puede darse entre varios hechos naturales o varios hechos humanos o por la combinación de hechos naturales y humanos.

7.3. Hechos positivos y negativos

Como su nombre lo indica, el *hecho jurídico positivo* consiste en una realización (el acaecimiento de un suceso natural, una acción humana), v. gr., una granizada que destruye los sembríos, el matrimonio, el contrato, el robo.

En cambio, el *hecho jurídico negativo* consiste en la falta de un acontecimiento, en una omisión. Por ejemplo, el adquirente que no pidió ni cuidó que se citara a su transferente con la demanda en el proceso de evicción, pierde el derecho al saneamiento por dicha causa (art. 1500, inc. 1); si el adquirente no exige el saneamiento dentro del plazo de un año a partir de la fecha en que fue despojado del bien, mediante sentencia judicial o resolución administrativa firmes, caduca su derecho (art. 1500, inc. 5); todos los casos de pérdida de una acción o de un derecho por prescripción o caducidad se deben a que el titular ha omitido realizar las acciones pertinentes para su conservación; quien omite ejecutar sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve está en la obligación de indemnizar los daños a su acreedor (art. 1321); si un edificio se cae por falta

30 PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos del Derecho civil*, T. I, vol. I, segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979, p. 828.

de conservación (hecho negativo) su propietario es responsable por los daños producidos (art. 1980); un delito se puede cometer por acción o por omisión, según como lo tipifique la ley penal, v. gr., está incurso en el delito de omisión de asistencia familiar el que no cumple su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial, esto es, por omitir el cumplimiento de su obligación alimentaria (art. 149 del CP).

De una simple lectura de cualquier cuerpo legal podemos comprobar que los hechos positivos son los más, pero los hechos negativos no dejan de ser un número considerable como se deduce de los ejemplos mencionados.

7.4. Hechos voluntarios e involuntarios

Precisemos previamente algunos conceptos:

A los *hechos* que provienen de la conducta humana, se les llama específicamente *actos* humanos, o simplemente *actos*, los mismos que pueden ser *voluntarios* o *involuntarios*.

La *voluntad* o querer es una potencia del sujeto para obrar o abstenerse, para admitir o repeler algo, con libre determinación, con conciencia de la resolución que se adopta. La voluntad es movida por el conocimiento intelectual que permite que el sujeto no obre por instinto, ciegamente, sino con conocimiento de causa, a sabiendas de lo que quiere y por qué lo quiere.

Como proceso *psicológico* la voluntad recorre las siguientes etapas: 1º) la *conciencia de los motivos, en que el sujeto advierte* (toma conocimiento) la situación planteada, positiva o negativa, original o ya establecida; 2º) la deliberación sobre la actitud, en que se examina la conveniencia o no de las diversas posibilidades o alternativas que se le presentan; el sujeto piensa y repiensa una situación, analiza los "pros" y los "contras", a fin de poder salir del estado de cavilación y perplejidad; por ejemplo, una persona delibera para decidir si se casa o no, si compra o no un bien, si acepta o no un empleo; 3º) la *decisión o elección*, traducida en un querer o en un no querer, que es querer también, pero contrario al estímulo o propuesta; 4º) la ejecución, ya por acción realizando la voluntad, ya por omisión, absteniéndose. Este proceso interno de la formación de la voluntad no tiene trascendencia para el Derecho.

Para que exista *voluntad jurídica* se requiere que el sujeto obre con discernimiento (aptitud para valorar su comportamiento como bueno o como malo), intención (realiza el acto que desea) y libertad (actúa espontáneamente), como

elementos internos de la voluntad y, además, que esta voluntad interna sea manifestada; la manifestación constituye el elemento externo de la voluntad. Toda acción humana consciente presenta un lado interno: la voluntad, y un lado externo: el comportamiento mediante el cual se exterioriza la voluntad; a esto se conoce como manifestación de voluntad³¹.

La voluntad es el elemento dinámico por excelencia del mundo jurídico y el factor central de todo acto humano.

7.4.1. Elementos de los actos voluntarios

Son *elementos internos* de los actos voluntarios: el discernimiento, la intención y la libertad. El *elemento externo* del acto voluntario es la manifestación. No puede haber acto voluntario sin un hecho que exteriorice la voluntad.

- a) El *discernimiento* es la aptitud que tiene el sujeto para comprender el significado de un acto, su carácter lícito o ilícito. Quien no está en aptitud de poder distinguir entre lo que es bueno y lo que es malo, entre lo que le conviene y lo que no le conviene, entre lo que quiere y lo que no quiere, carece de discernimiento, no tiene capacidad de querer y entender (capacidad natural); carece de capacidad de querer conscientemente. Jurídicamente no puede emitir válidamente una declaración de voluntad, carece de ella; en suma, adolece de incapacidad absoluta de ejercicio (art. 43, inc. 2).

En Derecho no podemos decir que un niño de corta edad o un demente que no se encuentra en intervalo lúcido, pueden realizar actos voluntarios; no podemos coincidir con la afirmación de algunos penalistas, como Jiménez de Asúa, en el sentido de que “el enajenado y el menor obran con voluntad aunque no con dolo”³², porque ello es un absurdo. Un demente o un niño de pocos meses o años de nacido, no tienen la menor noción de su existencia en este mundo, no conocen conscientemente a los demás ni a sí mismos, carecen de voluntad, no quieren, no aman ni aborrecen, no saben lo que hacen ni por qué lo hacen, tienen solamente instintos, por lo que les debemos toda clase de protección y cuidado. Decir que un niño de tres años de edad, que coge el revólver de su padre, luego dispara y mata a

31 *Nuevo Código civil y comercial argentino: Art. 280. Acto voluntario.* El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.

32 JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, cit., p. 363.

una persona, o que un enajenado desvía el cauce de un río y provoca una inundación, han realizado actos voluntarios, es quebrar el sentido recto del razonamiento. En toda manifestación de voluntad se encuentra, de una parte, un fin u objetivo al cual está encaminada y por otra parte, una tendencia del yo a realizar u obtener ese fin. Una persona que carece de discernimiento no persigue ningún fin, ni bueno ni malo, con los actos que realiza; quien todavía no tiene uso de razón o la ha perdido no puede realizar actos voluntarios, afirmar lo contrario equivale a sostener, también, que la mordedura de un perro o la patada de un caballo son actos voluntarios, aunque no dolosos, de estos animales.

La capacidad legal se adquiere al cumplir 18 años de edad, en cambio, la capacidad natural de discernimiento se puede adquirir a una edad mucho menor. Por tanto, *capacidad natural* y *capacidad legal* no son expresiones sinónimas; entre ellas hay sustanciales diferencias. La falta de discernimiento siempre determina la incapacidad legal, pero no todo incapaz legal carece de discernimiento. Ejemplo, *los que sufren pena de inhabilitación* son incapaces relativos (art. 44, inc. 8), pero tienen discernimiento, pues, precisamente por tener capacidad de discernir son pasibles de una sanción penal.

El discernimiento o capacidad natural tiene que ver con la naturaleza del sujeto, con su desarrollo psicofísico; en cambio, la capacidad legal es determinada por una ley general y abstracta con fines normativos de conducta humana en sociedad. La falta de discernimiento determina la *incapacidad natural* del sujeto a diferencia de la norma que fija la *incapacidad legal*. Todo sujeto que adolezca de incapacidad natural es también un incapaz legal (art. 43, inc. 2), pero no todo incapaz legal adolece de incapacidad natural. Así, son incapaces absolutos: *Los menores de dieciséis años* (art. 43, inc. 1), pero no podemos afirmar que todas estas personas carezcan también de discernimiento, lo que pasa es que la ley presume que estos menores todavía no cuentan con la suficiente madurez intelectual y equilibrio psicológico que les permita reflexionar por sí mismos, sin necesidad de asistencia, sobre el ejercicio de todos sus derechos.

El acto jurídico es válido si ha sido realizado por un sujeto capaz (art. 140, inc. 1); en cambio, la capacidad legal no es un elemento condicionante de la responsabilidad civil por acto ilícito porque para que exista este se exige que el sujeto cuente únicamente con discernimiento (así no tenga capacidad legal). Así lo establece el art. 458 que prescribe: *El menor capaz de discernimiento responde de los daños y perjuicios causados por sus actos ilícitos.*

b)

33

34

35

La *intención* es el deseo deliberado, el propósito, de realizar un acto concreto. Mientras el discernimiento es un elemento de carácter general, referido a cualquier acto, la intención debe existir respecto del acto concreto que se quiere realizar³³. En otros términos, el discernimiento es la aptitud genérica para realizar cualquier acto. La intención es siempre querer un acto determinado, concreto. La intención presupone el discernimiento³⁴. Si falta el discernimiento, no hay intención.

El sujeto actúa intencionalmente cuando lo hace a sabiendas del significado y alcance de sus actos u omisiones. El acto es intencional cuando el sujeto lo realiza queriendo sus consecuencias. El acto no es intencional cuando hay discordancia entre el resultado querido por el sujeto y el resultado que efectivamente se produce, lo que ocurre cuando el sujeto actúa por ignorancia o bajo los efectos del error o del dolo.

La intención quiere decir persecución consciente de un objetivo, o sea representación intelectual de ese objetivo y acción voluntaria para conseguirlo. El sujeto actúa intencionalmente cuando se representa mentalmente los efectos perseguidos. No se debe confundir la intención con el motivo, mientras la intención es la volición consciente de un resultado; el motivo reside en una circunstancia cuya representación suscita y determina la intención, es decir, induce al sujeto a la acción a fin de conseguir aquel resultado. Proyectada fuera del sujeto, la intención es lo que se quiere perseguir con el negocio, el motivo es aquello por lo cual se lo quiere conseguir. Ejemplo, la compra de un libro: el motivo que induce a comprar el libro, puede ser tanto el deseo de leerlo como el de regalarlo o el de destruirlo; la intención es el de adquirir, mediante el pago del precio, una disponibilidad que permita hacer de él lo que se quiere. La intención para cada negocio es única; el motivo puede ser variado³⁵.

BORDA, *Manual de Derecho civil, Parte General*, cit., p. 403.

“La intención es el propósito de hacer realidad lo discernido. El discernimiento es la aptitud para conocer en general, mientras que la intención es el conocimiento aplicado a la realización de un acto concreto. Es por eso que todo acto jurídico celebrado con discernimiento se considera intencional. Así se puede decir, que el discernimiento y la intención se complementan, en la medida que uno es presupuesto del otro” (ROMERO MONTES, Francisco Javier, *Curso de acto jurídico*, Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003, p. 59).

BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho privado*, T. I, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, pp. 531 y s.

- c) La *libertad* es la posibilidad que tiene el sujeto de poder realizar o no espontáneamente aquellos actos que desee. No es acto voluntario el realizado mediante violencia o intimidación porque falta la libertad³⁶.

Se puede distinguir entre *libertad moral* que recae sobre los motivos que llevan al sujeto a tomar una decisión, y *libertad material* para ejecutar el acto. Para que exista libertad es necesario que el sujeto tenga discernimiento e intención y que no exista coacción exterior que elimine la espontaneidad de la decisión. La violencia y la intimidación, por eliminar esa espontaneidad, son causales de anulabilidad del acto jurídico (art. 221, inc. 2).

El Código civil y comercial argentino dispone: “Art. 259. *Acto jurídico*. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”; y en el art. 260, establece: “*Acto jurídico*. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”. De acuerdo con estas normas el acto jurídico debe ser necesariamente lícito. Sus elementos internos son el discernimiento, la intención y la libertad, y el elemento externo es la manifestación. Si en alguno de estos elementos existen cláusulas inválidas o ilícitas, ellas pueden comunicarse al acto, ya sea en forma total o parcial. Según Borda, “jurídicamente hablando, estos tres elementos se podrían reducir sin mayor esfuerzo a uno

36 Fernández Sessarego sostiene que la libertad no es un elemento de la voluntad, sino, por el contrario, la voluntad está al servicio de la libertad “en cuanto ser del hombre, y que ontológicamente es potencialidad para decidir, elegir u optar entre un abanico de posibilidades existenciales que se le presentan al ser humano como ‘ser-en-el-mundo’”. Por consiguiente, “no es exacto que la violencia o la intimidación actúen sobre la libertad. Ello no es así porque la libertad, en cuanto potencia, es pura decisión incondicionada” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El supuesto de la denominada ‘autonomía de la voluntad’”, en *Contratación contemporánea*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2000, pp. 253 y 254). No participamos de esta opinión, porque la libertad interna, no fenomenalizada, puede, debido a factores internos o externos, ser limitada por el propio sujeto que la vive, y la libertad en acto, fenomenalizada, comunicada, puede ser limitada por los demás. Así, por ejemplo, no se puede hablar de actos libres: si el agresor sometiendo a su víctima por la violencia física le coge el dedo índice derecho e imprime su huella digital en un contrato; o si una persona para evitar que los secuestradores maten a su hijo suscribe el contrato que aquellos lo exigen a cambio. Si “la libertad es el fundamento de la voluntad”, destruido o limitado el fundamento (la libertad), se destruye o está amenazado de destrucción lo fundado (el acto), por falta de voluntad o por voluntad viciada, porque los actos celebrados en esas condiciones no son libremente queridos.

solo: la intención. En efecto si falta discernimiento, no puede hablarse de acto intencional, porque la intención presupone la aptitud de discernir; tampoco puede decirse que un acto es intencional si el autor ha obrado bajo violencia, lo que significa que la falta de libertad afecta también a la intención³⁷. Los actos jurídicos tienen por fin inmediato secundado por el ordenamiento jurídico, la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Esta característica lo diferencia de los otros actos, que no obstante ser voluntarios (actos meramente lícitos), no tienen el propósito de crear relaciones o situaciones jurídicas.

La voluntad no es libre cuando el agente obra bajo el efecto de la violencia o de la intimidación ejercida por la otra parte con quien realiza el acto jurídico o por un tercero. La voluntad tampoco es libre cuando proviene de una persona que, por razones de edad o de sus facultades mentales, no está en condiciones de apreciar el alcance de un acto. La falta de conciencia afecta a la libertad del sujeto, por cuanto esta libertad implica la posibilidad de efectuar una elección, esto es, de celebrar o no el acto jurídico, posibilidad que no la tiene el niño ni la persona que actúa bajo el influjo de la demencia o de cualquier otro trastorno mental³⁸.

- d) La *manifestación de voluntad*. Solamente produce efectos jurídicos la voluntad que de algún modo ha sido exteriorizada, manifestada (expresa o tácitamente). La voluntad puede manifestarse oralmente, por escrito, a través de cualquier otro medio manual, mecánico, electrónico o cualquier otro análogo, por signos inequívocos (ej., levantar la mano para votar en una asamblea) o por la ejecución de hechos materiales (la conducta posterior de las partes sirve para explicar el acto y sus alcances). Una voluntad que permanece en el ánimo del sujeto es irrelevante para el Derecho que es el instrumento regulador de las relaciones entre los seres humanos³⁹. Como dice Borda, “para que la intención se transforme de fenómeno de conciencia en fenómeno volitivo es indispensable la exteriorización; de ahí que esta sea necesaria para la existencia misma de la voluntad y que,

37 BORDA, *Manual de Derecho civil, Parte General*, cit., p. 403.

38 LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato*, trad. de Jorge Guerrero R., Temis, Bogotá, 1993, vol. I, p. 240.

39 TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto civile*, settima edizione, Cedam, Padua, 1953, p. 128.

por consiguiente, sea falso e impropio hablar de voluntad interna”⁴⁰. Solamente produce efectos jurídicos una voluntad verdadera, seriamente encaiminada al fin que el sujeto se ha propuesto; una voluntad que de algún modo haya sido exteriorizada.

7.4.2. *Doctrina que distingue los hechos en naturales y humanos en base a la voluntad. Crítica*

Un sector importante de la doctrina hace la distinción entre hechos naturales y humanos en base a la voluntad. A los hechos naturales los llaman involuntarios y a los humanos, voluntarios. Así, “se dice que jurídicamente un hecho debe calificarse de natural cuando los efectos o consecuencias que la ley deriva de un acontecimiento, se producen sin intervención de la voluntad humana, o también, aun cuando interviene la voluntad humana, el Derecho establece la consecuencia prescindiendo de la eventual intervención de esta voluntad humana; tal sucede por ejemplo en los casos del nacimiento de una persona, de la accesión natural. En cambio, cuando el efecto o consecuencia lo establece la ley como consecuencia de un comportamiento de la persona se habla entonces de un hecho voluntario”⁴¹.

Galgano⁴² expresa: “Hecho jurídico puede ser un acontecimiento natural, absolutamente independiente de la voluntad del hombre. Si un río, según el ejemplo clásico, modifica su propio curso abandonando el álveo originario formando un nuevo lecho, los propietarios de la finca que limitan con las riveras del álveo abandonado se convertirán en propietarios por mitad del antiguo lecho del río (art. 946 del C.C. italiano) (...). Además, hecho jurídico puede ser un hecho humano; es el supuesto en el que la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica se produce solo como efecto de una conducta voluntaria y consciente del hombre. Es, por ejemplo, el ‘hecho doloso o culpable’ o ‘hecho ilícito’ a que se refiere el art. 2043 del C.C. italiano”.

Según Albaladejo, la clasificación más importante de los hechos jurídicos es la que lo distingue en naturales y voluntarios. Para el Derecho, es hecho natural –sigue diciendo Albaladejo– “aquel en que el acontecimiento que lo forma –si es uno solo– es un acontecimiento natural, o en cuya composición –si lo

40 BORDA, *Manual de Derecho civil, Parte General*, cit., p. 417.

41 PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho civil*, cit., T. I, vol. II, p. 829.

42 GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, trad. de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 21 y 22.

forman varios— solo entran acontecimientos (así, es hecho natural la muerte, y lo es el quedar la tierra depositada en el fundo, y lo es quedar el río en otro cauce; y lo es asimismo, el morir por la caída de un rayo, o el que la tierra haya sido depositada paulatinamente por efecto de la corriente, o el que el río cambiase de cauce por la avenida). Y es hecho voluntario aquel en que el acontecimiento que lo forma —si es uno solo— es la conducta humana, o en cuya composición —si lo forman varios acontecimientos— entran la conducta humana como causa del resultado (así, cambiar de cauce el río por obras, morir una persona a manos de otra)⁴³.

En la doctrina nacional, León Barandiarán⁴⁴ y Fernando Vidal⁴⁵ se adhieren a esta clasificación de los hechos en naturales y voluntarios, calificando a los primeros como aquellos “hechos que se producen independientemente de la voluntad humana” y a los hechos humanos como aquellos “que se producen por intervención de la voluntad humana (...). Por esta presencia de la voluntad humana, son hechos jurídicos”.

No compartimos esta teoría por cuanto el distinguir de los hechos naturales y humanos en base a la voluntad no concuerda con la realidad fáctica, ni con el Código derogado de 1936 ni con el Código vigente de 1984. En la realidad fáctica y en el ordenamiento jurídico encontramos que *son los hechos humanos los que se dividen en voluntarios e involuntarios*.

El sentido común nos dice que en la experiencia social, nadie puede afirmar que un niño de dos años de edad o un demente, solamente para citar dos ejemplos, han hecho una declaración de voluntad encaminada a conseguir una consecuencia de Derecho, lícita o ilícita. Ya hemos aclarado que quien carece de discernimiento, carece también de voluntad o, al menos jurídicamente, no está en aptitud de manifestarla válidamente. Si una persona que tiene capacidad de discernimiento compra un anillo que es de cobre en el firme convencimiento que es de oro, su voluntad está viciada por falta de intención; no fue su intención comprar un anillo de cobre. Si a consecuencia de una falla mecánica se produce un accidente de tránsito y muere una persona, el conductor no es un homicida porque no tuvo la intención de matar a la víctima. La persona que es obligada a firmar un contrato bajo la amenaza

43 ALBALADEJO, *Curso de derecho civil español*, cit., T. I, p. 345.

44 LEÓN BARANDIARÁN, José, *Acto jurídico*, 2.ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, p. 28.

45 VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Teoría general del acto jurídico*, Cultural Cuzco, Lima, 1985, pp. 27-28.

de matar a su hijo que lo tienen secuestrado actúa con discernimiento e intención, pero su voluntad está viciada por falta de libertad.

El ordenamiento jurídico distingue a los actos humanos en voluntarios e involuntarios. Como ejemplos de actos involuntarios, tenemos los llevados a cabo por ignorancia, error, violencia o intimidación, sancionándolos con la anulabilidad (art. 201 y ss.); los actos llevados a cabo por sujetos privados de discernimiento son nulos (art. 219, inc. 2); no hay responsabilidad civil por el daño causado por una persona privada de discernimiento (art. 1976).

No faltarán quienes asimilen a los hechos naturales, los realizados por una persona que carece de discernimiento, o los realizados por violencia o intimidación. Pero el ordenamiento no trata a todos los actos involuntarios de la persona como casos fortuitos y, además, ello significaría igualar a la persona humana con cualquier bien o fuerza natural, cuando el ser humano por más que esté privado de discernimiento no es un simple objeto material, al menos no lo es hasta que se produzca su deceso y aun ya muerto tiene un tratamiento legal especial; su cadáver no puede ser abandonado, debe ser sepultado o incinerado.

7.4.3. *Son los hechos humanos los que se distinguen en voluntarios e involuntarios*

Si el elemento voluntad humana fuese la base de la división entre hechos naturales y humanos, la subdivisión de los hechos (actos) humanos en *voluntarios e involuntarios* carecería de sentido⁴⁶. Son los actos humanos los que se distinguen en voluntarios e involuntarios, así lo requiere la realidad práctica y las necesidades del ordenamiento que exigen adoptar el concepto jurídico⁴⁷ y no psicológico de la voluntad.

46 BOFFI BOGGERO, *Teoría general del hecho jurídico*, cit., p. 104.

47 El Derecho adopta los conceptos elaborados por otras ramas del saber o por la propia realidad social, pero no tal cual han sido creados sino modificándolos, ampliando o restringiendo su significado o transformándolo totalmente de acuerdo a las necesidades del ordenamiento. Radbruch dice: "Los conceptos de importancia jurídica, es decir, aquellos de que se parte para construir las circunstancias de hecho acogidas en la ley, como son por ejemplo, el de sustracción, el de cosa mueble ajena y el de ánimo de apropiación, en el caso de hurto. Estos conceptos no los crea la ciencia jurídica, sino que los toma de otros campos del saber, o de la vida misma, aunque nunca dejándolos intactos, sino conciliándolos con mayor rigor, de un modo más estricto o más amplio, según los casos, y a veces incluso transformándolos con arreglo a puntos de vista jurídicos, como ocurre, por ejemplo, con el concepto de la posesión que tanto difiere en su acepción usual y en su acepción jurídica" (RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del Derecho*, cit., p. 11.).

En Derecho un acto se reputa *voluntario* si ha sido realizado con discernimiento, con intención y con libertad, es decir, con todos los elementos internos de la voluntad sanos y sin vicios, y que se manifiesta por un hecho exterior. En otras palabras, hecho humano voluntario es aquel querido por el agente que goza de discernimiento, intención y libertad⁴⁸.

El acto (lícito o ilícito) y sus consecuencias es imputado⁴⁹ (atribuido) al sujeto que ha actuado voluntariamente, puesto que es lo que él ha querido y ha estado en condiciones de valorar el alcance de su acción u omisión.

Lo que interesa al Derecho no es tanto el proceso interno⁵⁰ que sigue la formación de la voluntad interna del sujeto, sino su manifestación consciente y libre de vicios que puedan determinar su inexistencia o que afecten su validez.

Para el Derecho solamente existe voluntad cuando esta es manifestada, exteriorizada, por medio de las palabras (*verbis*), de escritos (*litteris*) o por medio de actitudes o de circunstancias, es decir, de ciertos hechos (*rebus et factis*). El Código civil expresamente así lo dispone, v. gr., para la validez del acto jurídico se requiere que haya manifestación de voluntad (art. 140); sobre la base de todo contrato está el consentimiento y este se forma por la concurrencia de dos o más voluntades (art. 1352); en la promesa unilateral, el promitente queda obligado por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación (art. 1956). Sin embargo, cuando se prueba hay divergencia entre lo que aparece declarado y la verdadera voluntad de las partes, hay que preferir esta última por corresponder al querer real interno de los sujetos (art. 1361).

48 Código civil y comercial argentino: Art. 260. *Acto voluntario*. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.

49 "Enseñaba Freitas que la teoría de la imputabilidad o imputación debe extenderse a los actos ilícitos como a los actos lícitos. Cabe distinguir una *imputación de bien* como una *imputación de mal*. Pero cuando no hay una imputación de bien, no es que deba haber forzosamente una imputación de mal, ya que en un simple *error* no puede verse acto ilícito; lo mismo si falta el discernimiento: los actos de un loco no son ilícitos; son involuntarios y sin moralidad, pero no hay imputación de mal" (CIFUENTES, *Negocio jurídico*, cit. p. 18).

50 El proceso del *inter acti*, en sus lineamientos generales puede describirse así: "la mente concibe la idea del acto por realizar; la razón combina esta idea con otras que obran como móviles o motivos en pro o en contra de ella, hasta llegar a la selección o juicio favorable de la o de las que adquieren el carácter de móviles o motivos determinantes que ponen en movimiento la voluntad libre del agente, y producida la volición, si está llamada a trascender del fuero interno, se exterioriza conforme a la naturaleza del acto de que se trate" (OSPINA FERNÁNDEZ, G., y OSPINA ACOSTA, E., *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1983, p. 26).

Hecho humano *involuntario* es aquel que se deriva de una conducta humana no querida, dado a que el agente que lo realiza o bien carece de discernimiento⁵¹, o no tuvo la intención de llevarlo a cabo o fue engañado, intimidado o violentado para que lo realice. A nadie se le puede imputar actos o las consecuencias que de estos se deriven si no provienen de su voluntad. Sin embargo, a veces esos efectos se imputan al sujeto por mandato de la ley, mas no por la voluntad (ejemplo, el art. 1977).

El ordenamiento civil peruano distingue entre ausencia absoluta de manifestación de voluntad (sancionándola con la nulidad –art. 219, inc. 1–) y voluntad viciada (sancionándola con la anulabilidad –art. 221, inc. 2–).

Cuando falta la voluntad, el acto jurídico es inexistente; el Código asimila la inexistencia a la nulidad (art. 219, inc. 1).

En las hipótesis en que hay divergencia entre la voluntad y la declaración debida a vicios resultantes de error, dolo, violencia o intimidación, estamos frente a una voluntad viciada (art. 221.2). El error es una falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto; la falta de todo conocimiento de la realidad, esto es, la ignorancia, es asimilada al conocimiento imperfecto, o sea al error. La violencia física puede anular totalmente la voluntad del sujeto y la violencia moral (o intimidación) determina una voluntad defectuosa cuando la amenaza es de tal gravedad al punto de hacer temer a una persona sensata que si no cumple la imposición, sufrirá un mal grave e injusto en su persona, en sus bienes o en la persona de sus familiares. El dolo consiste en los embrollos, embustes, artificios adoptados para engañar a una persona, haciéndola caer en error con el fin de que realice algún acto jurídico o para que lo realice de un modo determinado; aquí el dolo es usado en su sentido específico de ilícito engañoso, que es una especie de ese concepto más amplio, esto es, el dolo como calificación subjetiva del acto ilícito; la voluntad viciada por dolo es también defectuosa. Estos factores determinan un contraste entre la voluntad y su manifestación porque influyen en el conocimiento o en la libertad del sujeto; lo que aparece exteriormente es solo una voluntad hipotética, razón por la que el

51 *Nuevo Código civil y comercial argentino: Art. 261. Acto involuntario.* Es involuntario por falta de discernimiento: a. el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de razón; b. el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c. el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

Derecho interviene concediendo a la víctima la acción de anulación, no porque falte la voluntad sino porque ella está viciada.

Tampoco constituye una voluntad plena, jurídicamente hablando, la emitida por un incapaz relativo, por lo que el acto es sancionado, también, con la anulabilidad. El art. 44 dice que son relativamente incapaces: "1.- Los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años de edad. 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurrn en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena de inhabilitación (el Código habla de 'interdicción civil' que ahora no existe en la legislación penal). Los actos realizados por los mayores de dieciséis y menores de 18 años de edad solamente son anulables cuando son practicados sin la autorización necesaria (art. 227); a estos menores se les puede autorizar para el ejercicio de alguna actividad económica en consideración a que han alcanzado una suficiente capacidad de entender y de querer y por consiguiente están en aptitud de poder llevar a cabo personalmente sus negocios.

No puede repetir quien pagó a un incapaz, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho (art. 228), esto debido a que el incapaz no realiza actos voluntarios. Sin embargo, si un incapaz oculta su mayoría de edad para inducir a la celebración del acto, no puede alegar la nulidad del mismo (art. 229) porque si tuvo la aptitud de hacer incurrir en error, respecto de su edad, a la otra parte interviniente, que es una persona capaz, quiere decir que ha alcanzado un suficiente desarrollo psicobiológico que le permite discernir.

Es nulo el acto que adolece de simulación absoluta porque el sujeto declara querer un negocio como real pero en realidad lo quiere solamente como aparente con el fin de engañar a terceros (art. 219, inc. 5); y si la simulación es relativa, esto es, cuando el agente desea la realización de un acto jurídico, pero declara otro aparente con el cual disimula al primero que es el que efectivamente quiere; este será anulable cuando perjudica el derecho de un tercero (art. 221, inc. 3).

No pueden otorgar testamento: los menores de edad, salvo los mayores de 16 años que han contraído matrimonio o han obtenido título oficial que le autorice para ejercer una profesión u oficio; los privados de discernimiento; los retardados mentales; los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; los ebrios habituales, los toxicómanos (art. 687). Como se

ve, estas personas, en unos casos carecen de discernimiento y en otros no tienen la suficiente libertad como para emitir su declaración de última voluntad.

Dentro de los actos ilícitos, si una persona se halla, sin su culpa, en estado de pérdida de conciencia, no es responsable por el daño que causa (art. 1974); la obnubilación de la conciencia determina que el sujeto no tenga conocimiento del daño que causa; si no tiene discernimiento, no sabe lo que quiere con los actos que realiza, consiguientemente no se le puede imputar las consecuencias. Solo cuando la víctima no ha podido obtener reparación por parte del representante del incapaz, el juez en vista de la situación económica de las partes, puede considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo (art. 1977).

Refiriéndose a la responsabilidad por acto ilícito, De Cossio⁵² dice: “el hombre que voluntariamente causa un evento, responde por los daños y perjuicios que pueden derivarse de su conducta: si el hecho dañoso es ajeno a su voluntad, o simplemente si los daños posibles estaban fuera de su previsión, desaparece el nexo causal y la responsabilidad no nace, porque no basta para ello causar física o materialmente un hecho dañoso, es preciso además que este hecho sea imputable moralmente a su autor”.

En conclusión, el ordenamiento jurídico atribuye efectos jurídicos a los actos humanos *voluntarios* mientras que no les imputa efecto alguno a los actos humanos *involuntarios*, salvo raras excepciones, tales como el caso del art. 1977. Por excepción, se consideran como voluntarios a algunos actos que no lo son, por ejemplo, cuando el dolo es recíproco (art. 213); el error indiferente, esto es, sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no lo vicia (art. 209).

7.5. Hecho humano general y actos o declaraciones de voluntad

El hecho humano general produce los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, el cual comprende no solo la ley, sino también las otras fuentes de Derecho como las buenas costumbres, los principios generales del Derecho, la jurisprudencia, la autonomía de la voluntad privada y toda otra fuente que califique como productora del nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Es el ordenamiento jurídico el que establece cuáles

52 DE COSSIO, Alfonso, *Instituciones de Derecho civil, I, Parte general. Derecho de las Obligaciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 295.

hechos son jurídicos y cuáles no. Las consecuencias de los primeros se producen independientemente de que el sujeto los haya querido o no. Es el ordenamiento jurídico el que atribuye a los hechos la aptitud para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Esta doctrina está consagrada en el art. 257 del Código civil y comercial argentino, el que dispone: Art. 257. "*Hecho jurídico*. El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones o situaciones jurídicas".

Como expresa Galgano⁵³, el *hecho humano general* produce los efectos previstos por el ordenamiento jurídico independientemente de que el sujeto los haya querido o no. Así el hecho ilícito produce el efecto de obligar a su autor a resarcir el daño ocasionado solo en cuanto hecho doloso o culposo, obligación que surge aunque no haya querido semejante efecto. El pago produce el efecto extintivo de la obligación independientemente de la intención del deudor de producir tal efecto: el pago no es sino el hecho de ejecución de la prestación; hecho al que el ordenamiento jurídico liga el efecto de extinguir la obligación. La adquisición de la propiedad (por ocupación) de la *res nullius*.

Los *actos o declaraciones de voluntad* producen efectos jurídicos solo en tanto y en cuanto estos efectos son queridos; el efecto no se liga a la sola voluntariedad del comportamiento humano, sino a la voluntad de los efectos. Para que se produzca el efecto jurídico, no basta que el sujeto haya querido el hecho, sino que es necesario que haya querido también el efecto. Así, si A vende un bien a B, se produce como efecto jurídico la transmisión de la propiedad del bien del primero al segundo; y este efecto se produce solo en tanto y en cuanto su voluntad está dirigida a producirlo. No se produce tal efecto si se constata que dicho efecto no fue querido (ejemplo, una venta simulada).

Un mismo *acto jurídico o declaración de voluntad* —expresa Galgano— puede ser clasificado, además de como tal, también como *hecho jurídico*. Así la compra venta de bien, que opera como acto jurídico respecto del vendedor y del comprador y produce el efecto de transmitir la propiedad del primero al segundo, se presenta como simple hecho jurídico respecto al arrendatario del bien, el cual sufre el efecto modificativo de su propia relación arrendaticia (la sustitución del comprador en el lugar del vendedor en la posición de arrendador) más

53 GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., p. 23 y s.

allá de cualquier concurso de su voluntad. El acto jurídico nulo, improductivo en cuanto tal de efectos, puede asimismo producir efectos como hecho jurídico, v. gr., el mandato para cometer un hecho ilícito, nulo por ilicitud del objeto, no produce los efectos propios del mandato como es el de obligar al mandatario la ejecución del negocio y al mandante a pagar la correspondiente retribución; sin embargo asume, si es ejecutado, el valor de hecho jurídico (hecho ilícito), productor del efecto de hacer al mandante responsable (o corresponsable) del daño causado por el mandatario.

Conforme a la clasificación precedente, los hechos jurídicos son “encontrados”, tienen valor incluso más allá del Derecho, como hechos de la realidad natural o de la experiencia humana, asumen la calificación de jurídicos solamente cuando el Derecho les atribuye un efecto cualquiera. Los actos con trascendencia jurídica (que se clasifican en declaraciones de voluntad, declaraciones de ciencia, participaciones o comunicaciones, comportamientos con significado predeterminado por la ley) son actos creados por el Derecho para que puedan producir efectos jurídicos. Los actos humanos con trascendencia jurídica son hechos solo jurídicos; tienen valor solo en el mundo del Derecho y exclusivamente por los efectos que producen⁵⁴.

7.6. Hechos (actos) lícitos e ilícitos

Esta es una subclasificación de los actos voluntarios. Los actos son lícitos o ilícitos según sean conformes o contrarios con el ordenamiento jurídico. No hay acto voluntario que sea al mismo tiempo lícito e ilícito, salvo que su contenido esté integrado por disposiciones separables, siendo unas lícitas y otras ilícitas.

Hay una acepción objetiva y otra subjetiva de ilicitud. La primera considera a la mera trasgresión del ordenamiento jurídico y la segunda toma en cuenta el dolo o la culpa.

Desde un punto de vista objetivo, son lícitas las acciones y omisiones voluntarias que son conformes con el ordenamiento jurídico; este no las prohíbe. Un acto es conforme con el ordenamiento jurídico y, por tanto, lícito, cuando no viola normas imperativas, orden público o las buenas costumbres. En cambio, las acciones y omisiones que son contrarias al ordenamiento jurídico devienen inevitablemente en ilícitas; el ordenamiento las prohíbe.

54 Ver GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., p. 26.

El concepto objetivo de ilicitud se deduce del art. V del T. P. del Código civil que dispone: *Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes imperativas que interesan al orden público o a las buenas costumbres*. Basta que el acto humano sea contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres para que sea ilícito y, por tanto, nulo, sin requerirse el elemento subjetivo del dolo o la culpa. Una concepción así genérica sobre los actos u omisiones contrarios al ordenamiento jurídico deja de lado el aspecto subjetivo, esto es, tiene en mira al acto trasgresor y no al agente que lo lleva a cabo. La distinción entre lícito o ilícito se debe más que a la naturaleza voluntaria del acto, a la naturaleza de las consecuencias.

En su acepción subjetiva, el acto voluntario con el que se contraviene el ordenamiento jurídico es ilícito si el sujeto ha actuado con dolo o con culpa; si falta el dolo o la culpa el acto es lícito. La doctrina tradicional denomina *delitos* a los actos dolosos y *cuasidelitos* a los culposos⁵⁵. Ihering estableció la diferencia entre la *injusticia objetiva* y la *subjetiva*.

La acepción subjetiva de ilicitud es acogida por el Código al regular la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. La responsabilidad es contractual cuando con la acción u omisión dolosa o culposa se incumple una obligación preexistente entre el causante del daño y el que lo padece. En la responsabilidad extracontractual o aquiliana la obligación de indemnizar surge, no del incumplimiento de una relación jurídica preexistente, sino del mero hecho de haberse causado el daño; la relación jurídica nace recién con el daño causado.

Con relación a la primera, el art. 1321 dispone: *Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve (...). Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contratada. A contrario sensu, quien en la inejecución de sus obligaciones no ha actuado ni dolosa ni culposamente no está obligado a indemnizar.*

55 “Los actos ilícitos, a su turno, se dividen en *delitos* y *cuasidelitos*, según que el agente los haya realizado con la finalidad inmediata de causar un daño o sólo por negligencia, imprudencia, impericia, etc. (culpa, estricto sensu)” (Orgaz, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Víctor P. de Zavalía – Editor, Buenos Aires, 1965, p. 29).

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, el art. 1969 prescribe: *Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.*

En su acepción subjetiva, son elementos de la ilicitud: a) la voluntariedad del acto; b) la reprobación por el ordenamiento jurídico; y c) el dolo o la culpa.

Solamente los actos voluntarios pueden ser calificados de lícitos o ilícitos.

El acto es doloso cuando se realiza con la intención de quebrantar el deber, representándose el resultado negativo que se quiere, conociendo las circunstancias de hecho y la relación de causalidad existente entre el acto y el cambio en el mundo exterior⁵⁶. En tanto el acto es culposo cuando ha sido realizado por negligencia (descuido, imprudencia, impericia).

Muchos autores consideran al daño como un elemento del acto ilícito⁵⁷. Esta es una concepción errada porque el daño no es un elemento del acto ilícito, sino un elemento de la responsabilidad civil. El daño se puede causar con un acto ilícito (v. gr., un homicidio) o con un acto lícito (así, hay la obligación de indemnizar los daños causados con actividades riesgosas, pero perfectamente lícitas, como son, por ejemplo, el dedicarse a la industria del transporte terrestre, marítimo y aéreo). No hay responsabilidad civil sin daño. En cambio, sí hay responsabilidad penal sin daño; por ejemplo, cuando se castiga la simple tentativa.

En materia de responsabilidad civil extracontractual, el Código adopta como principio rector el de la responsabilidad subjetiva (por acto ilícito), esto es, el sujeto está obligado a indemnizar únicamente los daños causados por sus

56 El dolo existe "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica" (JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, cit., p. 365).

57 CAPITANT, Henri, *Introducción al estudio del Derecho civil. Nociones generales, Introduction a l'étude du droit civil*, ed. de El Boletín Judicial, Morelia, 1901, p. 209 y s.; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho civil. Parte general*, T. II [Personas Jurídicas, bienes, hechos y actos jurídicos], 14.ª ed., actualizada por Patricio Raffo Venegas, Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 307; CIFUENTES, *Negocio jurídico*, cit., pp. 24 y 25; BOFFI BOGGERO, *Teoría general del hecho jurídico*, cit., p. 65; AGUIAR, Henoch D., *Actos ilícitos. Responsabilidad civil en la doctrina y en el Código civil*, V. Abeledo, Buenos Aires, 1936, p. 152; BORDA, *Manual de Derecho civil, Parte General*, cit., p. 409.

actos dolosos o culposos (art. 1969); pero adicionalmente se admite la responsabilidad por el uso de bienes riesgosos o por la realización de actividades peligrosas (art. 1970) que tiene un fundamento objetivo, pues el sujeto responde sin haber hecho nada ilícito, sino, por el contrario, ha observado una conducta que está arreglada a ley, como poner en circulación su automóvil, instalar una fábrica, dedicarse a la industria de transporte, etc. La responsabilidad a título de riesgo se justifica ya sea en consideración al beneficio que obtienen los que explotan actividades o bienes riesgosos o a la posibilidad que tienen de poder distribuir el peso económico de los daños entre todos los miembros de la sociedad consumidora de los bienes y servicios producidos con esos bienes o actividades riesgosas (cargando el importe de los probables daños en los precios o contratando seguros) o ya simplemente por un deber de solidaridad social, esto es, hay obligación de reparar aun cuando la actividad o bien riesgoso no trae ningún beneficio para el que los ejercita (cuando la actividad riesgosa es una de beneficencia). Esto se justifica porque la indemnización debe evaluarse preferentemente en consideración a la persona que sufrió el daño (fundamentalmente por razones humanas) y no sobre la base de la persona que lo causó. El Código también contempla casos de responsabilidad puramente objetiva, es decir, en los que hay ausencia de dolo, culpa y riesgo, como es el caso del principal que responde por los daños causados por su dependiente (art. 1981) o el hecho de que el incapaz carente de discernimiento puede ser obligado a pagar una indemnización equitativa por el daño que ha causado, si es que la víctima no ha podido obtener la reparación de parte del representante (art. 1977). El incapaz carente de discernimiento no actúa ni dolosa ni culposamente, ni tampoco es una cosa riesgosa.

Actualmente la institución de la responsabilidad civil se regula no tanto en torno al sujeto causante del daño, sino desde el punto de vista de la víctima del agravio: Todo el que ha sufrido injustificadamente un daño debe ser reparado. El daño generador del deber de indemnizar y reparar⁵⁸ es valorado no a partir de una conducta dolosa o culposa que hay que sancionar, sino desde la perspectiva del derecho quebrantado que hay que restaurar⁵⁹. Sin embargo, no hay que llevar

58 El daño al patrimonio, por tener un valor económico, se indemniza o resarce y el daño a la persona que carece de valor económico se repara.

59 En un principio la función de la responsabilidad civil era sancionadora, luego pasó a ser resarcitoria, ahora predomina la función preventiva. La función preventiva se deja al Derecho penal y al administrativo.

a extremos esta argumentación, porque en áreas donde la conducta humana es preponderante la responsabilidad a título de culpa no puede ser desechada. La responsabilidad objetiva carece de motivaciones para la evitación de los perjuicios. Si la conducta del ser humano no entra en la apreciación normativa, no habrá incentivos para actuar de un modo u otro. La responsabilidad subjetiva (por acto ilícito) es la que mejor funciona con fines de prevención a través de la punición del autor. Si el Derecho de responsabilidad civil (llamado también de daños) fuera evaluado solamente por sus finalidades compensatorias, sería una miseria de Derecho.

Para determinar si un hecho voluntario es lícito o ilícito, hay que examinarlo confrontándolo con el ordenamiento jurídico considerado como un todo coherente, porque puede ser que un hecho esté permitido por una norma, pero a su vez sea prohibido por otra norma que es preeminente o al contrario. Por ejemplo, el ordenamiento prohíbe que las personas se hagan justicia por propia mano, proscribida la venganza privada; para evitarla se han creado los tribunales encargados de administrar justicia. Esta norma general admite excepciones que permiten que el sujeto se haga justicia por su propia mano, por ejemplo, el caso del art. 920 (norma especial) que permite la defensa extrajudicial de la posesión, autorizando al poseedor a repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien; la acción para recuperar el bien se realiza dentro de los quince días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión; en cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias (legítima defensa). El acto de recuperar el bien por la fuerza (justicia por propia mano) es lícito en virtud de que está autorizado por una norma especial, la del art. 920, que es preeminente sobre la norma general.

7.7. Actos voluntarios lícitos: actos o negocios jurídicos y actos meramente lícitos

Los actos humanos voluntarios, lícitos, se subdividen en actos que tienen por fin directo e inmediato producir efectos jurídicos enunciados genéricamente por el ordenamiento jurídico; y actos que no tienen como propósito directo e inmediato el de producir tales efectos. Los primeros son los *actos o negocios jurídicos* y los segundos, los *actos meramente lícitos*.

El acto jurídico o negocio jurídico es el hecho humano (acción u omisión) voluntario, lícito, con manifestación de voluntad orientada a producir directa e inmediatamente efectos jurídicos consistentes en crear, regular, modificar o extin-

guir relaciones jurídicas. Ejemplos: el matrimonio⁶⁰, el reconocimiento de hijo, el testamento⁶¹, el contrato⁶². La declaración de voluntad se orienta a alcanzar un resultado jurídico, resultado que el Derecho ordena que se produzca porque lo quiere el sujeto. Los efectos jurídicos están vinculados a la voluntad del autor⁶³ y no se pueden realizar, especialmente en los actos patrimoniales, independientemente de esta voluntad.

*El acto meramente lícito o simple acto lícito es el acto humano voluntario, lícito, sin fin inmediato de producir consecuencias jurídicas, del cual resulta alguna creación, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas*⁶⁴. Son actos voluntarios no prohibidos por el ordenamiento jurídico que producen efectos independientemente de la voluntad de las partes. Ejemplos: ir de caza o de pesca, sembrar o cosechar un fundo, pintar un cuadro, confeccionar una estatua, escribir un libro, escribir una canción por placer. En ninguno de estos actos, el agente tiene como fin inmediato el de crear, regular o extinguir relaciones jurídicas, v. gr., el agricultor que se dispone a sembrar un fundo no está efectuando una declaración de voluntad destinada a asumir una obligación inmediata frente a alguien. La voluntad del agente puede haber estado dirigida hacia un fin no jurídico, por ejemplo, cuando el comportamiento del sujeto es por puro placer, pero eso no le quita su carácter de jurídico, porque el sujeto puede adquirir la propiedad de las aves, de los pescados, de los frutos, de los cuadros, de las esta-

60 El matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código civil, a fin de hacer vida en común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales (art. 234).

61 Por el testamento una persona dispone de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordena su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas (art. 686).

62 El contrato es el acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 1351). El Código civil contiene una disciplina contractual general y una disciplina de cada uno de los contratos nominados (compraventa, permuta, etc.).

63 POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 1993, n° 3, n. 5.

64 Código civil y comercial argentino: Art. 258. *Simple acto lícito*. El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

tuas, producto de la caza, la pesca, la siembra, la pintura, la escultura, etc. Lo mismo sucede cuando una persona hace reparaciones necesarias para que no se caiga la casa de su amigo que se encuentra ausente, sin duda realiza un acto meramente lícito, aunque actúe impulsado por un sentimiento de amistad, el dueño de la casa debe pagarle los gastos efectuados en la reparación (art. 1952). El efecto está vinculado al acto independientemente de la voluntad del agente.

El *acto meramente lícito* está considerado como un simple presupuesto de efectos jurídicos previstos por el ordenamiento, con independencia de la voluntad del agente. Es el ordenamiento jurídico el que deriva los efectos del comportamiento consciente y voluntario del agente, aunque tales efectos son impuestos directamente por el ordenamiento jurídico, más allá de que la partes quieran o no producirlos; en cambio, en el *acto jurídico* no es relevante el simple comportamiento voluntario, sino la voluntad orientada a conferir una regulación, un orden, a los propios intereses; la característica esencial del acto jurídico es la deliberada voluntad del agente de producir efectos jurídicos. El fin inmediato de producir consecuencias jurídicas es lo que distingue al acto jurídico de otros hechos voluntarios y aun del acto simplemente lícito. Mientras en este, el efecto se produce de acuerdo con la voluntariedad del comportamiento, pero por imposición directa del ordenamiento jurídico, en el *acto jurídico* se requiere de la voluntad orientada a un fin práctico típicamente ligado al comportamiento de la previsión normativa. En otras palabras, en el *acto meramente lícito* (no negocial) basta que el sujeto tenga voluntad del acto, es suficiente que se quiera ejecutar el comportamiento como tal; en el *acto jurídico*, es necesario que el sujeto haya querido el resultado del acto el cual está preordenado por el Derecho, es decir, es necesaria tanto la voluntad del acto como del efecto; el sujeto no quiere solamente el acto sino sus efectos consistentes en crear, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas.

En algunos casos, se pueden derivar efectos legales de los actos jurídicos, además de los efectos establecidos por las partes, o sea efectos directamente atribuibles a la ley que no constituyen los efectos expresados por los otorgantes. Con referencia al contrato, Battista⁶⁵ dice que “la producción de dichos efectos legales deriva del hecho de que, en ciertas ocasiones, el contrato asume un doble valor para el sistema del ordenamiento jurídico: el valor de acto de autonomía

65 FERRI, Giovanni Battista, *El negocio jurídico*, trad. del italiano por Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2002, p. 439.

privada y el valor de presupuesto para la realización de efectos previamente establecidos en la norma; en otras palabras, el contrato asume una doble investidura: de negocio jurídico y de acto en sentido estricto". Por ejemplo, la venta realizada entre el deudor y un tercero, del cual se deriva la atribución para el acreedor del deudor enajenante de la titularidad del derecho potestativo de interponer la acción pauliana si es que concurren los presupuestos señalados en el art. 195. En casos como este, el contrato no cobra relevancia como acto de autonomía privada, sino como un mero acontecimiento, es decir, como un presupuesto de efectos preestablecidos por la ley.

Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli y Natoli⁶⁶, comentando el Código italiano, expresan que en los *actos meramente lícitos* es relevante la mera voluntad del acto y no el fin jurídico, y en el *negocio jurídico* es necesaria la voluntad del acto y del efecto. "Si por ejemplo, tomamos dos actos humanos jurídicamente relevantes y aparentemente bastante similares: una solicitud escrita de pago que un acreedor dirige a un deudor (art. 1219) [art. 1333 del Código civil peruano] y una intimación escrita para el cumplimiento que un contratante dirige al otro en un contrato con prestaciones correlativas (art. 1454) [art. 1429 del Código civil peruano]. En el primer caso, los efectos jurídicos (intereses de mora, reembolso, resarcimiento de los daños: la llamada *mora debendi*), se siguen automáticamente, aun cuando no hayan sido ni previstos, ni queridos por el sujeto (que, pudo haberlos previsto y querido, pero sin que ello sea necesario); en el segundo caso, los efectos jurídicos (eliminación del vínculo: resolución del contrato) se dan solamente si el sujeto los previó y quiso; en efecto, la ley dice que en la intimación de cumplimiento se debe especificar que, a falta de pago en el término congruo, el contrato se entenderá resuelto: Si no hay propósito de resolución, el efecto que se seguirá es el de la mora, dado que esta se produce automáticamente por el solo hecho de que se quiera la declaración dirigida a obtener el pago"⁶⁷.

66 BIGLIAZZI GERI, Lina; Umberto BRECCIA; Francesco D. BUSNELLI y Ugo NATOLI, *Derecho Civil*, trad. de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, T. I, vol. 2 [Hechos y actos jurídicos], p. 578.

67 Bianca señala que el negocio jurídico es el acto mediante el cual el sujeto dispone de su propia esfera jurídica. En cambio, el acto jurídico en sentido estricto es el comportamiento humano cuyos efectos no son dispuestos por el agente sino que provienen de la ley. Tales efectos pueden ser favorables o desfavorables al sujeto. El criterio distintivo basado en la voluntad es puesta en discusión por quienes niegan que el negocio sea un acto de voluntad, porque hay negocios que pueden perfeccionarse aun cuando el sujeto no tenga capacidad de querer

Los *simples actos lícitos* que tienen trascendencia en la vida de relación social son regulados por el Derecho confiriéndoles algunos efectos, previo el cumplimiento de determinados requisitos y con independencia de lo que quiso el agente al llevarlos a cabo, v. gr., la adquisición de la posesión o el dominio de los bienes producto de estas actividades (los bienes producto de la caza, la pesca, la siembra, la cosecha, el cuadro, la estatua, etc.), surgiendo así en forma mediata relaciones jurídicas en las cuales los sujetos del deber son todos y cada uno de los miembros de la colectividad que están en la obligación de no lesionar ese derecho de posesión o de propiedad.

Los *simples actos lícitos* que no tienen trascendencia para el Derecho, no son jurídicos, el Derecho no se ocupa de ellos, por ejemplo, cuando invitamos a un amigo a dar un paseo no estamos adquiriendo ningún derecho ni contrayendo ninguna obligación jurídica a consecuencia de tal invitación. Sin embargo, si alguien nos impidiera arbitrariamente que efectuemos la invitación, podemos exigir al poder público la defensa de nuestro derecho y, llegado el caso, el resarcimiento del daño causado. O sea, todos aquellos actos carentes de trascendencia jurídica, que las personas pueden realizar dentro de ese amplio campo de libertad, delimitado por el principio de que todo lo que no está prohibido es permitido, puede derivar en la concreción de efectos jurídicos cuando se viola o interfiere dicha esfera de libertad.

Los actos jurídicos, dice Boffi Boggero⁶⁸, producen, en principio, los efectos declarados por el agente, al paso que los actos meramente lícitos solo producen consecuencias, si de modo concreto les fija la ley, cosa que hace independientemente de la conciencia y de la voluntad que el agente tenga con relación a esos efectos. En estos últimos, los efectos se producen no *ex voluntate*, sino *ex lege*. Agrega el autor, citando a Oertman, que “el ordenamiento jurídico hace que el efecto se produzca no por ser querido sino porque se quiere el acto del cual es el efecto”.

y producen efectos no queridos. En realidad, lo que importa es el significado social del acto negocial como acto dispositivo. La voluntad puede concretamente faltar, pero el negocio es objetivamente valorado como acto de decisión del sujeto. Los efectos efectivamente producidos pueden ser diversos de aquellos programados o pueden faltar (ejemplo, el acto nulo), pero el negocio es siempre acto dispositivo de efectos jurídicos (BIANCA, Massimo, *Diritto civile*, Giuffrè, Milán, 2006, T. II. p. 17).

68 BOFFI BOGGERO, *Teoría general del hecho jurídico*, cit., pp. 71 y 76.

A los actos meramente lícitos con trascendencia jurídica que se asemejan al acto jurídico, pueden serle aplicables las normas del acto jurídico. Pero si estos actos no guardan semejanza con el acto jurídico, como sucede con los actos reales, no es posible aplicarles las normas del acto jurídico, puesto que no se puede hablar de nulidad, anulabilidad, vicios de la voluntad, confirmación, etc. de los actos mediante los cuales se caza, pesca, siembra, cosecha, pinta. Los efectos de estos actos serán los que específicamente la ley les atribuye.

A los actos meramente lícitos los podemos subclasificar en actos materiales, participaciones y comunicaciones, declaraciones de ciencia, actos de declaración de certeza o aseguramiento, y los comportamientos con significado predeterminado por la ley.

7.7.1. *Actos materiales*

Se les denomina actos materiales porque tienen eficacia independiente de que sean o no conocidos por otros sujetos. Por ejemplo, la *constitución* y el *cambio* de domicilio (art. 33 y s.); la *afectación* de un bien en forma permanente a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien (art. 888); la *aprehensión* de las cosas muebles que no pertenecen a nadie, como las piedras, conchas u otras análogas que se hallen en el mar o en los ríos o en sus playas (art. 929); la *posesión* (art. 896); la *confección* de una estatua y en fin toda creación del ingenio.

7.7.2. *Las participaciones y comunicaciones*

Son los actos destinados al conocimiento de otros sujetos con los cuales se les participa o comunica determinados hechos. Por ejemplo, la comunicación de la cesión del crédito al deudor (art. 1215); la convocatoria a la junta general de accionistas (art. 113 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades); la convocatoria a sesión de la junta de propietarios en la propiedad horizontal (art. 146 del DS N° 035-2006-Vivienda, Reglamento de la Ley 27157).

Las *participaciones* y *comunicaciones* abarcan una amplia categoría que comprende de un lado, las declaraciones permisivas, las prohibitivas (oposiciones), las determinativas (las instrucciones dadas por el mandante al mandatario) y, de otro lado, las notificaciones. Se trata de declaraciones de voluntad no negociales destinadas al conocimiento de otro u otros sujetos, tales como la intimación, la oferta, la oposición, las instrucciones, etc. Por ejemplo, la *intimación*

o requerimiento que hace el acreedor al deudor para que cumpla con su obligación, es decir, la constitución en mora del deudor (art. 1333); la *oferta* de pago que efectúa el deudor al acreedor y este sin motivo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación, o sea la constitución en mora al acreedor (art. 1338); la *comunicación* de la cesión de derechos al deudor cedido (art. 1215); las *órdenes* o *instrucciones* dadas por el representado al representante o las dadas por este al sustituto (art. 158); las *instrucciones* dadas por el empleador al trabajador; la *oposición* al matrimonio (art. 253); la oposición a la reducción del capital social, o a la fusión de la sociedad; el acreedor que, con *reserva*, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, no pierde contra él la acción solidaria por el saldo (a *contrario sensu* del art. 1202); la *elección* de la prestación en las obligaciones alternativas (art. 1162); la *denuncia* de la existencia de vicios ocultos en el bien vendido.

7.7.3. Las declaraciones de ciencia

Por los *actos* o *declaraciones de ciencia* el sujeto declara tener conocimiento de un determinado hecho pasado. “El efecto de la declaración de ciencia no es, como para las declaraciones de voluntad, constituir o modificar o extinguir relaciones jurídicas, sino probar la existencia de hechos jurídicos, constitutivos o modificativos o extintivos de relaciones, por ellos mismos”⁶⁹. En otros términos, con la declaración de ciencia no se crea, modifica o extingue relaciones jurídicas, sino es una forma de probar la existencia de un hecho idóneo para constituir, modificar o extinguir una relación jurídica.

El ejemplo más relevante de la declaración de ciencia es la declaración judicial (art. 213 del Código procesal civil) o extrajudicial de parte, que consiste en la declaración que una parte hace de la verdad sobre los hechos favorables o desfavorables para la otra parte. La eficacia probatoria de la declaración de parte se circunscribe solamente a los hechos declarados, no se extiende a la calificación jurídica que es de exclusiva competencia del juez, así por ejemplo, si alguien declara haber recibido de otra persona una cantidad de dinero para constituir una sociedad, el juez podrá considerar probado el hecho de la entrega del dinero, pero podrá calificar dicho contrato como uno de mutuo antes que uno de sociedad. Otros ejemplos, los asientos contables (libro diario, etc.) que deben llevar

69 GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., p. 25.

las personas que realizan actividades comerciales; la declaración del acreedor que manifiesta haber recibido el pago de su crédito (el recibo de pago: art. 1230 del Código civil).

Expresa von Tuhr⁷⁰ que las *manifestaciones de conocimiento* son distintas del negocio jurídico o manifestación de voluntad. Las manifestaciones de conocimiento tienen importancia en el proceso, como la confesión, en el derecho sustantivo tienen valor de un reconocimiento para la confección del inventario o del balance. Cuando el conocimiento se manifiesta a fin de que otras personas la reciban, tenemos una comunicación o aviso. Su objeto puede ser una declaración anterior del autor, por ejemplo, un apoderamiento o una cesión. La comunicación de un hecho futuro se presenta cuando se comunica la intención de impugnar un acto o compensar un crédito, o se amenaza la venta de una cosa.

En el Derecho civil las comunicaciones de conocimiento se presentan con frecuencia y en formas variadas; en muchos casos existe el deber de comunicación (deber de dar aviso, rendición de cuentas); en otros, la comunicación es el supuesto para el nacimiento (el aviso de haber hallado una cosa perdida, constituye el supuesto para la recompensa), la conservación (ej., la denuncia de los vicios en la venta es el supuesto para la devolución de la cosa defectuosa al vendedor) o el ejercicio de cierto derecho.

Cuando la comunicación produce una modificación del estado jurídico, tiene efectos análogos al del negocio jurídico; la notificación de la cesión de créditos puede ser realizada a fin de que el deudor pague a quien se indicó como cesionario. Los efectos de la comunicación no se producen por ser queridos, sino aunque no los conozca o no los quiera quien la realiza. Finalmente, agrega von Tuhr, que el perdón no es un negocio jurídico, tampoco una manifestación de conocimiento, sino una conducta de la cual se desprende que la ofensa ocasionada por la otra parte ya no existe. Como no es un negocio, tampoco es necesario que el agente conozca o quiera sus efectos jurídicos, o sepa que la ofensa surgió un derecho para él. Sin embargo, lo que en ciertas manifestaciones de conocimiento, el perdón tiene efectos jurídicos y se asemeja a los actos jurídicos en sentido estricto, de manera que se aplica por analogía las reglas del negocio jurídico.

70 Von Tuhr, ob. cit., p. 103 y ss.

7.7.4. *Acto de declaración de certeza o aseguramiento o de constatación*

Por el acto de certeza, el declarante no quiere solamente admitir la existencia de un hecho o manifestar su conocimiento directo de un determinado hecho, sino que desea conferir certeza a una determinada *situación jurídica*, es decir, quiere asegurar una relación jurídica preexistente. La declaración de certeza asume la sustancia de una declaración de voluntad negocial, por lo que se habla de acto o negocio de aseguramiento. Así, las partes quieren reproducir documentalmente un contrato celebrado antes de manera oral, o bien quieren fijar el exacto significado atribuido a una cláusula ambigua contenida en un acto jurídico preexistente. Presupuesto del acto de aseguramiento es, por tanto, la incertidumbre relativa a cualquier aspecto de una relación jurídica precedente, incertidumbre que la(s) parte(s) quiere(n) eliminar, haciendo a la relación jurídica cierta e incontrovertible. La voluntad negocial de asegurar una relación jurídica preexistente es una de las tantas manifestaciones de la autonomía privada.

Como dice Betti⁷¹, el negocio de constatación (*negozio di accertamento*) consiste en definir y establecer la situación jurídicamente relevante que existe entre las partes, por efecto de un negocio ya celebrado, o incluso en ausencia de este; por esta vía, ellas estarán prohibidas –en el futuro– de entender la estructura de intereses, y de ejecutar la relación jurídica que es consecuencia de ella, distintamente de cómo se le ha denominado: así, las partes, obtienen la ventaja de la certeza. Los negocios de constatación son declaraciones de vicisitudes de relaciones preexistentes, se someten a apreciaciones de conveniencia de los mismos interesados; apreciaciones que no están sometidas al rigor de cánones hermenéuticos, y que dejan intacto el negocio originario, aun cuando puedan hacer que este desaparezca, *ex post facto*, bajo una luz distinta de la que tenía en un primer momento.

7.7.5. *Comportamientos con significados predeterminados por la ley*

Entre los *simples actos jurídicos* figuran ciertos comportamientos del sujeto (frecuentemente omisiones) a los cuales la ley les atribuye un significado deter-

71 BETTI, Emilio, "Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico", en BETTI, Emilio / Francesco GALGANO / Renato SCOGNAMIGLIO / Giovanni Battista FERRI, *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*, trad. de Leysser L. León, Ara, Lima 2001, p. 45.

minado. Por ejemplo, la entrega voluntaria del documento original del crédito, hecha por el acreedor al deudor, importa la condonación del débito (art. 1297); si al vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento, el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, se entiende que hay continuación del arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite la devolución del bien (art. 1700). En estos casos, estamos evidentemente fuera de la manifestación de voluntad negocial.

Distintos son los casos en los cuales la norma atribuye un determinado significado a los comportamientos de los sujetos, pero admitiendo la prueba de la existencia de una concreta voluntad diversa del autor del comportamiento. En tales casos, la ley se limita a asignar a un determinado comportamiento efectos jurídicos que normalmente le corresponden, pero si se demostrara que existe una voluntad concreta disconforme con la presumida prevalecerá aquella sobre esta. Aquí ya no estamos frente a un simple acto lícito, sino frente a un acto o negocio jurídico con manifestación de voluntad negocial tácita, siéndole de aplicación, por tanto, las normas que regulan el acto jurídico, especialmente las relativas a los vicios de la voluntad.

7.8. Actos involuntarios conformes o contrarios con el ordenamiento jurídico

Esta es una subclasificación de los actos involuntarios a partir de si estén o no considerados dentro del marco del ordenamiento jurídico, esto es, según se trate de actos permitidos o prohibidos por el Derecho. Son actos conformes con el ordenamiento, v. gr., el hecho por el que un demente gane la lotería, que un niño reciba una donación; y son contrarios al ordenamiento, v. gr., el enriquecimiento sin causa de una persona privada de discernimiento, la muerte de una persona causada por un niño de corta edad.

Doctrinariamente se discute si los actos involuntarios pueden ser calificados de lícitos o ilícitos o si estas calificaciones corresponden únicamente a los voluntarios.

La distinción de los actos en lícitos e ilícitos no puede abarcar otros hechos que no sean los que dependen de la voluntad. Las personas que no tienen voluntad no son libres para optar por una de las varias posibilidades que se les presenta, no están en condiciones de hacer una apreciación valorativa favorable o peyorativa de ellas; por tanto, esos actos no pueden ser calificados de lícitos.

Los actos involuntarios no son imputables a su autor, por lo que no se les puede calificar de lícitos o ilícitos. Si son actos que contrarían lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, al no ser imputables a su autor, no generan para él obligación o responsabilidad alguna, esto es, el autor del acto no puede ser sancionado por sus consecuencias (ejemplo, arts. 1974, 1976, el sentido contrario de los arts. 1321 y 1969). León Barandiarán⁷² expresa que “lo meramente fáctico en sentido más estricto, lo que acaece como un acontecer que pertenece únicamente a lo que se llama el mundo de la causalidad, al mundo del ser extraño y ajeno al mundo de la libertad y del deber ser, eso no puede ser objeto de una apreciación valorativa, para ser calificado como lícito o como ilícito”.

Desde el punto de vista del Derecho penal, los actos involuntarios tampoco pueden ser calificados de lícitos o ilícitos por la simple definición del delito como una acción u omisión típicamente antijurídica, culpable, imputable a una persona sometida a una sanción penal. El acto, tipificado como delito, realizado por una persona privada de discernimiento, no puede ser calificado de ilícito por faltarle los elementos de imputabilidad y culpabilidad, y, por tanto, su autor no puede ser calificado como delincuente. No es humano calificar de delincuente a una persona que ha realizado *involuntariamente* un acto tipificado abstractamente como delito o falta en la ley penal.

En resumen, los actos involuntarios no pueden ser calificados de lícitos o ilícitos por no ser imputables a su autor, sino solamente de conformes o contrarios con el ordenamiento jurídico.

72 LEÓN BARANDIARÁN, *Acto jurídico*, cit., p. 29.

CAPÍTULO II

ACTO JURÍDICO

El ser humano es estructuralmente social, no puede ser sin los demás, tiene que relacionarse con los otros para satisfacer sus más diversas necesidades. El sector mayoritario de esas relaciones jurídicas trascendentes (por ser posibles de generar un conflicto o una incertidumbre) las establece a través de actos jurídicos típicos (matrimonio, reconocimiento de hijo, adopción, testamento, asociación, fundación, compraventa, arrendamiento, mutuo, suministro, hipoteca, fianza, fideicomiso, mandato, obra, locación de servicios, *leasing*, subastas, separación de patrimonios dentro del matrimonio, legados, emisión, aceptación o endoso de títulos valores, etc.) o atípicos (contrato de gerencia, *joint venture*, *franchising*, estimatorio o corretaje, transferencia de tecnología, tiempo compartido, asistencia administrativa, crédito documentado, securitización, etc.). Luego, el ser humano no puede prescindir del acto jurídico, nace como consecuencia de que sus progenitores constituyeron una relación familiar (matrimonio, unión de hecho, las familias constituidas por parejas del mismo sexo, incluso con hijos, son una realidad), vive realizando permanente actos jurídicos, por sí o mediante representante, para satisfacer sus necesidades económicas, familiares, culturales, recreacionales y hasta morales, y muere con uno o más actos jurídicos a su lado (testamento, legado, reconocimiento de hijo, etc.). El acto jurídico es el eje sobre el cual giran las más variadas relaciones jurídicas que establece la persona, por tanto, es el centro de gravedad del contrato, del matrimonio, del testamento, etc. No es imaginable un ser humano que no celebre actos jurídicos, por sí o mediante representante.

El acto jurídico es igual en todos los campos del derecho privado, como manifestación de voluntad que tiene por fin inmediato la creación, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. No solamente existen actos jurídicos de derecho patrimonial, sino también de derecho de familia, en la medida en que en esta disciplina se admite la autonomía individual: son actos jurídicos los esponsales y su disolución, el matrimonio, el reconocimiento de hijo, la adopción, la sociedad de gananciales o la separación de patrimonios. Claro que a diferencia de los actos patrimoniales, en los que priman las normas dispositivas, en el derecho de familia, dado a su importancia como célula básica de la sociedad, priman las normas imperativas. La teoría del acto jurídico del Derecho privado ha servido de base para la elaboración del acto jurídico de Derecho público. Así, existen los actos jurídicos procesales, los administrativos, los constitucionales, los de Derecho internacional. Estos actos jurídicos aun cuando estén dotados de efectos de derecho privado, no están sujetos a las normas del acto jurídico privado, salvo supletoriamente o en vía analógica.

Los actos jurídicos, que consisten siempre en comportamientos humanos, se distinguen de los hechos jurídicos en sentido estricto o meros hechos por la importancia que el ordenamiento jurídico confiere a la voluntariedad y al conocimiento de tales comportamientos.

Un sector de la doctrina, en el ámbito de los actos jurídicos distingue entre actos jurídicos en sentido estricto⁷³ y negocios jurídicos en base, entre otras

73 Integran la categoría de los actos jurídicos, en el sentido más restringido, "las numerosas manifestaciones de voluntad, importantes para la vida jurídica, que procuran la realización o la conservación de un derecho influyendo en la conducta de la otra parte. El ejemplo más evidente es la intimación: el acreedor exige la prestación al deudor; su manifestación de voluntad se dirige a ese hecho. Los efectos de hecho –contrariamente a los de derecho, que suceden por necesidad jurídica– pueden no producirse (el deudor puede no tomar en consideración la intimación). Por eso, y por la eventualidad de que el hecho deseado no se cumpla, la ley dota a la intimación de efectos jurídicos, esto es, constituye al deudor en mora. Los efectos jurídicos no se desprenden de la intimación; el acreedor puede conocerlos y desearlos, pero no es necesario que los quiera, y se producen aun contra su voluntad" (TUHR, A. von., *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, v. II *Los hechos jurídicos*, trad. por Tito Ravá, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, pp. 98-99). En el negocio jurídico, la consecuencia jurídica se halla en relación de dependencia con el contenido de la declaración; la manifestación de voluntad está dirigida a un efecto jurídico (creación, extinción o modificación de una relación jurídica o de derecho). "La eficacia del negocio jurídico, lo mismo que el de todo hecho jurídico, descansa en la ley; pero como esta configura los efectos del negocio de acuerdo con la voluntad declarada por las partes, la

razones, a la diversa trascendencia que respecto de cada uno asume el querer del sujeto: a) en los actos jurídicos en sentido estricto la voluntad abarca exclusivamente al acto en sí, pero no a sus efectos, los cuales son predeterminados por la ley; y b) en el negocio jurídico la voluntad determina el acto y sus efectos. Nuestro ordenamiento jurídico adopta la terminología de acto jurídico con el significado del negocio jurídico, como lo veremos más adelante.

La doctrina ha propuesto una subclasificación de los actos jurídicos en sentido estricto, distinguiendo, en particular, entre: a) los *actos o declaraciones de ciencia*, que se traducen en la declaración de tener conocimiento de un hecho jurídico. Las declaraciones de ciencia no crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas, sino producen el efecto de probar la existencia de hechos jurídicos; y b) las *participaciones y las comunicaciones*, que incluyen una gran variedad de actos, v. gr. declaraciones permisivas, prohibitivas, determinativas, denuncias, advertencias, notificaciones⁷⁴.

8. EL ACTO JURÍDICO COMO ESPECIE DE HECHO JURÍDICO

Entre *hecho jurídico* y *acto jurídico* existe una relación de género a especie. Todo *acto jurídico* es un *hecho jurídico*, pero no todo *hecho jurídico* es un *acto jurídico*. El hecho jurídico comprende, además de los actos jurídicos, a los actos meramente lícitos, los actos o declaraciones de ciencia, las participaciones y comunicaciones, los actos ilícitos, los actos involuntarios, sean estos conformes o contrarios con el ordenamiento jurídico, y también a los hechos naturales o externos que inciden en la vida de relación social del ser humano.

La noción del acto o negocio jurídico, delineada por la doctrina pandectista alemana del siglo XIX, asume una posición central en el ámbito del sistema del Derecho privado.

El acto jurídico es el instrumento con el cual se da concreta actuación a la *autonomía privada*, entendida esta como la libertad que tienen los sujetos de Derecho –dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico– de celebrar los actos jurídicos que quieren, con quien quieren y determinar libre-

voluntad puede ser considerada como causa concreta del resultado negocial, oponiendo el negocio a otros factum cuyos efectos la ley provoca sin consideración de la voluntad de los interesados" (TUHR, a. von, ob. cit., p. 133).

74 CARINGELLA, Francesco y Valerio di GIOIA, ob. cit., p. 101.

mente el contenido de sus actos patrimoniales. La autonomía privada está garantizada por el ordenamiento.

El Derecho civil se fundamenta en la opinión de que el ordenamiento jurídico más adecuado para las relaciones jurídicas de los individuos es el que ellos mismos establecen y, por tanto, en este sentido da amplia facultad a los interesados⁷⁵.

El negocio jurídico, dice Ferri⁷⁶, es “un acto vinculante de regulación privada de intereses, que asume “relevancia” positiva para el ordenamiento estatal cuando los valores de los cuales es portador sean compatibles con los valores expresados por el ordenamiento”. La relación entre negocio y ordenamiento estatal constituye una expresión de la relación entre libertad (representada por el negocio) y autoridad (expresada por el ordenamiento estatal); es decir, la relación entre un sistema de valores (el negocio), expresión de intereses específicos, circunscritos y personales, y un sistema de valores (el ordenamiento estatal), que es expresión de una visión general y totalizadora de la realidad social, donde el negocio se inserta como un mínimo fragmento.

La autonomía privada alcanza su máxima expresión en los actos jurídicos de naturaleza patrimonial de los cuales, el contrato es su manifestación más importante. En su sentido extenso la autonomía privada comprende la idea de independencia del sujeto frente a la ley, es casi como si fuese una zona franca en la que el legislador no puede entrar por estar reservada al poder de los privados (personas particulares).

El poder de la autonomía privada es una herencia de la época del iluminismo, en la cual el acto jurídico, en particular el contrato, era un instrumento de libertad por medio del cual el individuo podía realizar su autonomía en la vida privada y en la actividad productiva. Cada individuo era legislador en su propia esfera jurídica, máxima que fue recogida por el art. 1134 del Código Napoleónico que reza: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui le ont faites. Elles ne peuvent éter reviquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent éter exécutées de bonne foi* (Los pactos legalmente formados, tienen fuerza de ley para aquellos que los han hecho. No

75 TUHR, A. von, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, cit., vol. II, p. 131.

76 FERRI, Giovanni Batista, *El negocio jurídico*, trad. de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2002, p. 154.

pueden ser revocados, sino por mutuo consentimiento, o por las causas que están autorizadas por la ley. Deben ejecutarse de buena fe). Este principio consagrado en el Código francés ha sido recogido por el art. 1374 del Código italiano que dispone: *El contrato obliga a las partes no solamente a lo que en él se hubiera expresado, sino también a todas las consecuencias que del mismo se deriven según la ley o, a falta de esta, según los usos y la equidad.* El mismo principio está contenido en el art. 1361 del Código peruano en los términos siguientes: *Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.* Del contenido de estos tres dispositivos legales se desprende la afirmación categórica en el sentido que “el contrato tiene fuerza de ley entre las partes”.

La autonomía contractual se orienta en tres direcciones: libertad de celebrar un contrato; libertad de elegir a la persona con quien se va a contratar; libertad de determinar el contenido del contrato. Los límites legales a esa libertad son impuestos para proteger a la propia autonomía privada considerada el punto de apoyo de la teoría del acto jurídico. Para defender la libertad contractual (libertad de determinar el contenido del contrato), el Estado limita la propia libertad que garantiza; así, por ej., prohíbe la enajenación de por vida de la actividad personal o limita la creación de derechos reales o la duración de los mismos.

Con el surgimiento de la gran industria, de las grandes fábricas, en las cuales el propietario podía imponer condiciones gravosas para los trabajadores, ofreciendo salarios mínimos, fue necesaria la dación de leyes de protección de los salarios y de las condiciones de vida de los trabajadores. La existencia de grandes empresas en posición de monopolio, que podían de hecho eliminar la libre competencia e imponer precios y condiciones desventajosas, ha impuesto la necesidad de la creación de normas que tutelan la libre competencia, prohibiendo los monopolios. Con la difusión de los contratos de adhesión y los concluidos mediante cláusulas generales de contratación, en los que el contratante fuerte podía imponer unilateralmente sus condiciones, se advirtió que la libertad contractual podía ser una mera declaración a causa del poder de uno de los contratantes, lo que obligó a dar leyes de protección a la parte contratante débil; así surge el Derecho del consumidor.

La vida social civilizada impone que la autonomía privada tenga límites, que los sujetos puedan hacer solo aquello que el ordenamiento jurídico les permite. En otros términos, el sujeto puede hacer todo aquello que no está prohibi-

do por la ley, es decir, en la realización de sus actos o negocios jurídicos no puede ir en contra de normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (art. V del TP).

El acto jurídico no es, ni nunca ha sido, un instrumento de libertad total con el cual los privados puedan hacer todo lo que quieren. La idea de un acto jurídico absolutamente libre de vínculos legales es una contradicción; un acto jurídico existe y es un fenómeno jurídico solamente en cuanto la ley le confiera juridicidad.

Un acto jurídico que no está limitado y regulado por la ley es un contradictorio. Cualquier acto absolutamente libre no es un acto jurídico. La libertad absoluta es la negación de la libertad, es la ley de la selva⁷⁷; los límites a la libertad permiten que todas las personas, y no solamente unas cuantas, tengan libertad para celebrar los actos jurídicos que deseen, con el contenido que deseen y con quien deseen, actuando siempre dentro del ámbito de libertad que le confiere el ordenamiento jurídico. Los límites a la autonomía privada no pueden llegar al extremo nocivo de matar la iniciativa privada, especialmente en materia económica, sino a promoverla.

9. DEFINICIÓN

El acto jurídico es el hecho humano, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad destinada a producir directamente efectos jurídicos consistentes en “crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas” (art. 140)⁷⁸ o situa-

77 Con razón Ihering exclamó: La libertad ilimitada en las relaciones y en las transacciones sociales, es una prima concedida a la extorsión; una patente de corso otorgada a los piratas y a los bandidos con derecho de presa sobre todos aquellos que caen en sus manos. ¡Ay de las víctimas! ¡Qué los lobos reclaman libertad, se comprende; pero que los carneros les hagan coro (...) solo demuestran una cosa: que son carneros!

78 En la doctrina francesa, Bonnacasse expresa: “El acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente o, por el contrario un efecto de derecho limitado, que conduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho” (BONNECASSE, Julián, *Elementos de Derecho civil*, México, 1945, p. 176). Ripert y Boulanger afirman que el término acto corresponde al latino *negotium*. Luego escriben: “La mayoría de las relaciones de derecho que existen entre los hombres tienen como causa los *actos jurídicos*. Se llaman con este nombre *los actos que se lleva a cabo para realizar uno o varios efectos de derecho*; son llamados *jurídicos* a causa de la naturaleza de sus efectos”.

tos" (RIPERT, Georges y Jean BOLULANGER, *Tratado de Derecho civil según el tratado de Planiol*, t. I, Parte general, el Derecho – Instituciones civiles, trad. Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1956, p. 415). La denominación: Acto jurídico de la doctrina francesa ha sido adoptada por todos los países latinoamericanos, excepto el Código del Brasil del 2002 que lo llama negocio jurídico.

Otras definiciones:

El negocio jurídico "es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)" (BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de Martín Pérez, 2.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 51).

Scognamiglio, profesor de la Universidad de Roma, define al negocio jurídico "como la declaración de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos o cuando menos efectos prácticos tutelados por el derecho" (SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contratti in generale*, terza edizione, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milán, 1977, p. 6).

Trabucchi dice que "la más importante categoría de los actos voluntarios lícitos está formada por los negocios jurídicos, los cuales son manifestaciones de voluntad, encaminadas hacia un objeto práctico, que consiste en la constitución, modificación o extinción de una situación jurídica relevante" (TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto civile*, settima edizione, Cedam, Padua, 1953, p. 117).

Messineo define al acto jurídico como "un acto humano, realizado consciente y voluntariamente por un sujeto (por lo general capaz de obrar), del cual nacen efectos jurídicos porque el sujeto, al realizarlo, quiere determinar un resultado; y tal resultado se toma en consideración por el Derecho" (MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1979, T. II, p. 332).

Ospina Fernández y Ospina Acosta sostienen que "el acto o negocio jurídico es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos" (OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA (*Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*, cit., p. 18).

Oertmann expresa: "los negocios jurídicos descansan... sobre la voluntad de la parte o partes que intervienen en ellos y son los medios que suministra el ordenamiento jurídico para la autodeterminación en derecho privado" (OERTMANN, Paúl, *Introducción al Derecho civil*, trad. de Luis Sancho Seral, Barcelona, Labor, 1933).

Valencia Zea define al negocio jurídico en los términos siguientes: "Por tal se entiende aquel hecho jurídico que contiene una o varias declaraciones de voluntad de los particulares que, por sí o unidos con otros requisitos, persiguen un determinado efecto jurídico" (VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho civil*, 8.ª ed., Temis, Bogotá, 1979, T. I, Parte general, p. 463).

Como se aprecia, de toda definición que se dé sobre el acto jurídico, se deduce que este es un acto de autonomía de la voluntad privada del cual se sirven las personas para regular sus relaciones que tengan relevancia para el Derecho. Así, la ley atribuye al comportamiento de las personas el significado y la eficacia que mejor corresponda a la probable determinación del agente.

ciones jurídicas (casado, soltero, arrendador, vendedor, comprador)⁷⁹. En otros términos, el acto jurídico es la manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce y tutela⁸⁰.

Esta definición del acto jurídico es el fruto de una abstracción que se obtiene extrapolando las características comunes a las diferentes instituciones del contrato, del matrimonio, del testamento y de los actos unilaterales, características todas que son el fruto de una manifestación de voluntad con la cual el sujeto enuncia los efectos que quiere conseguir.

Desde sus orígenes se han contrapuesto diversos modos de entender el concepto de acto o negocio jurídico, en torno al cual se ha desarrollado un debate que dura hasta ahora. Según una primera tesis que se puede llamar subjetivista o voluntarista, el concepto del acto jurídico debe ser construido sobre la base de la figura de la voluntad, la cual es el elemento predominante y determinante de los efectos del acto, de lo que se deriva que el contenido del acto está determinado exclusivamente de la efectiva voluntad del agente. El rol decisivo de la voluntad viene a ser contradicho por la tesis antivoluntarista u objetiva que considera que el acto o negocio jurídico produce efectos no en cuanto acto querido, sino en cuanto es valorado por el ordenamiento jurídico como socialmente útil, relegando la voluntad al mero conocimiento del significado objetivo de la voluntad manifestada y del específico valor social del comportamiento del agente. Según esta tesis la voluntad es determinante del acto en sí pero no de su contenido: el efecto principal del acto es la producción de un vínculo a cargo del agente, que lo obliga a ejecutar la regulación de intereses que ha creado, mientras que la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas constituyen los efectos finales del acto.

El acto o negocio jurídico, por tanto, consiste en un acto de autonomía privada por el cual los particulares regulan sus propios intereses mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas, quedando obligados así mismos por dicha regulación.

79 Las situaciones jurídicas son las posiciones que ocupa cada uno de los sujetos que intervienen en las relaciones jurídicas.

80 Savigny, al acto jurídico también lo denomina "manifestación de voluntad". "Se llaman manifestación de voluntad la clase de hechos jurídicos que no solo son actos libres, sino que según la voluntad del agente tienen como fin inmediato engendrar o destruir una relación de derecho" (de Savigny, M. F. C., *Sistema de Derecho romano actual*, t. II, F. Góngora y Compañía, Editores, Madrid, 1879, p. 213).

Definir al acto jurídico como manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico implica asignar a la voluntad de los particulares un papel dominante colocándola en el centro del Derecho privado. En el corazón de la teoría del acto jurídico está el dogma de la voluntad que exalta la libertad individual, fruto de la ideología del Ochocientos desarrollada inmediatamente después de la Revolución francesa que dio la máxima importancia al individuo y a sus derechos. El acto jurídico en general y el contrato en particular eran los instrumentos para que se realice la voluntad, de modo que cada uno sea legislador en su propia esfera jurídica. Tratándose del contrato, su regulación se hizo sobre la base de la libertad: libertad de celebrar o no un contrato, de escoger a la persona con quien se quiere celebrarlo, libertad para determinar el contenido del contrato. La justicia contractual es el fruto de la libre contratación de las partes, puestas sobre un plano de igualdad formal.

El acto o negocio jurídico, como dice Bianca⁸¹, es la explicación de la *autonomía privada*, como poder del sujeto de decidir sobre su propia esfera jurídica, personal o patrimonial. El sujeto explica la propia autonomía privada mediante actos negociales: es precisamente mediante los actos negociales que el sujeto organiza su vida y dispone de sus intereses, adquiriendo o alienando bienes patrimoniales, contrayendo matrimonio, obligándose a ejecutar prestaciones, constituyendo sociedades comerciales, etcétera.

La *manifestación de voluntad* es el eje sobre el cual gira todo el sistema jurídico privado. La voluntad puede ser manifestada oralmente, por escrito público o privado, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo, por signos inequívocos (gestos que tienen significados precisos e inconfundibles) o por la ejecución de hechos materiales (ej., el arrendador recibe el pago de la renta, lo que explica la celebración del contrato de arrendamiento y sus alcances). La teoría del acto jurídico cumple una función *práctica*, reúne los elementos comunes a todas las manifestaciones de voluntad dirigidas a producir efectos jurídicos, permitiendo una explicación única de todas ellas en cuanto a sus elementos, requisitos, problemas y reglas aplicables; y una función *ideológica* conectada con el papel dominante que asigna la teoría del acto jurídico a la voluntad, y, por ende, a la libertad individual.

81 BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. II, p. 8.

El acto jurídico entendido como la manifestación de voluntad que tiene por fin inmediato producir efectos jurídicos consistentes en crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, es la más grande conquista de la *pandectista* alemana del siglo XIX y de todos los estudios civilistas de Europa continental, pues constituye el instrumento más eficaz para comprender, simplificar y esclarecer no solamente todas las instituciones del Derecho civil, sino también del Derecho privado en general. A partir de 1900, año de entrada en vigencia del Código civil alemán, como expresa Scognamiglio⁸², “se reafirma el papel de la voluntad como factor esencial del negocio, a través de los elementos o aspectos relevantes de la voluntad del acto en su materialidad; de la voluntad de contenido (respecto de cuanto han dispuesto las partes); y de la voluntad de los efectos (a propósito), que alude, alternativamente, o a los efectos jurídicos o a los efectos prácticos. Se refuerza, además, la idea de que la declaración es el otro elemento esencial para la constitución del negocio, pero admite, al mismo tiempo, que la voluntad de los estipulantes también puede realizarse mediante comportamientos concluyentes (la denominada declaración “tácita”), o mediante comportamientos típicos (la denominada declaración “tipificada”), o que, en algunos casos, la voluntad puede actuarse inmediatamente, mediante un acto de ejecución conforme con aquella, que concreta la peculiar figura del llamado negocio de voluntad”. De acuerdo con la doctrina tradicional, Carnevali⁸³ manifiesta que en cada negocio jurídico se individualizan dos voluntades: la voluntad del acto y la voluntad de los efectos; otros autores agregan la voluntad de contenido.

- a) La *voluntad del acto* es simplemente la conciencia y voluntad que un sujeto tiene de hacer una determinada declaración en su pura materialidad (palabras, escritos, gestos, etc.). La voluntad del acto no solamente es característica del acto o negocio jurídico, sino que es común a todos los otros actos (como a las declaraciones de ciencia, a las comunicaciones, a las oposiciones, etc.). La *voluntad del acto* diferencia a todos los actos humanos voluntarios del hecho natural y de los actos humanos involuntarios. En vez de la expresión *voluntad del acto* podemos hablar de *voluntad de la de-*

82 SCOGNAMIGLIO, Renato “El negocio jurídico: aspectos generales”, en BETTI, Emilio / Francesco GALGANO / Renato SCOGNAMIGLIO / Giovanni Battista FERRI, *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*, trad. de Leysser L. León, Ara, Lima 2001, p. 118.

83 CARNEVALI, *Appunti di Diritto privato*, cit., p. 153.

claración. Si falta la voluntad de la declaración (ejemplo, una declaración falsificada de otro), el acto jurídico es nulo.

- b) La *voluntad de los efectos* es la voluntad dirigida a producir efectos idóneos para regular determinados intereses del declarante. Ejemplo, Tizio otorga un testamento; el efecto al cual está dirigida su voluntad es el de dejar la propiedad de una casa a una persona, la de una nave a otra, y una suma de dinero a otra; tal efecto se produce en cuanto es querido por el testador. Tizio acepta una letra de cambio, el efecto al cual está dirigida su voluntad es la de asumir la obligación de pagar una suma de dinero a un vencimiento determinado; dicho efecto se produce en cuanto es querido por el declarante. Tizio entiende adquirir un bien por compra, el efecto al cual está dirigido su voluntad es el de obtener el derecho de propiedad sobre el bien contra el pago de un precio; tal efecto se produce en cuanto es deseado por el declarante.

La *voluntad de los efectos* es típica solo del acto jurídico, mas no de los actos meramente lícitos, de las comunicaciones, etc., por eso se denomina también *voluntad negocial*, así como son llamados *efectos negociales* a los que se derivan de la autorregulación de los propios intereses privados. Precisamente, el fin inmediato de producir efectos jurídicos, consistentes en crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, es aquello que distingue el acto jurídico de otros hechos voluntarios y del acto meramente lícito. Obviamente no es necesario que los sujetos tengan la perfecta y completa representación de todos los efectos jurídicos del acto o negocio jurídico, es suficiente que ellos declaren la voluntad de obtener determinados *efectos prácticos*; luego el ordenamiento jurídico vincula a los efectos prácticos queridos por los sujetos que celebran el acto los *efectos jurídicos legales* más congruentes mediante normas dispositivas. Por ej., en un contrato de compraventa, los contratantes declaran su voluntad de transferir la propiedad de un bien a cambio de un determinado precio en dinero, pero no dicen nada respecto a la obligación del vendedor de sanear por evicción o por vicios ocultos existentes en el bien; sin embargo, llegado el caso, estará obligado a ello por disposición del art. 1484 del CC. Es decir, en este ejemplo, la obligación del vendedor de sanear por evicción o por vicios ocultos es vinculada por la ley a los efectos queridos por las partes consistentes en transferir la propiedad del bien vendido a cambio de un precio.

- c) La *voluntad de contenido*, como señala Scognamiglio⁸⁴, se individualiza en oposición a la voluntad de los efectos, y se hace inmediata referencia, respectivamente, al objeto del acto negocial, y/o a aquello que las partes declaran querer y/o disponer. La doctrina detecta una falta de voluntad de contenido en los siguientes casos: el negocio estipulado con reserva mental; el efectuado en el ámbito de una representación teatral, o con fines de enseñanza, o el que se hace en broma; el realizado como efecto de un error obstativo; y el llevado a cabo sobre la base de un acuerdo simulatorio. Sin embargo, la reserva mental es irrelevante respecto de la validez del acto negocial; no se puede permitir al estipulante oponer su voluntad interna discrepante a la contraparte o al destinatario del acto porque con ello se quebrantaría el principio de la autorresponsabilidad y se vulneraría la tutela de la confianza.

En toda norma reguladora de actos jurídicos se encuentra previsto hipotéticamente un supuesto de hecho complejo integrado por un *comportamiento* humano (acción u omisión), voluntario, lícito y por el *querer* del agente tanto del acto como de sus efectos; a este supuesto la norma le atribuye, mediante un vínculo de deber ser, el efecto consistente en crear una relación jurídica o en regularla, modificarla o extinguirla. La sola voluntariedad del acto no es suficiente, como sucede en los actos meramente lícitos, para que se produzca el efecto jurídico, sino que es necesario que el sujeto haya querido también tal efecto.

La manifestación sea como simple declaración o como comportamiento tiene carácter preceptivo, es decir, no es una simple revelación de la voluntad psicológica, sino que mediante ella el sujeto dicta reglas de conducta para sí mismo y para los demás. El acto jurídico da vida a una regulación de intereses; está destinado a tener una eficacia constitutiva o modificativa o extintiva de relaciones jurídicas.

El concepto de *acto jurídico* está construido de tal modo que comprenda toda constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas que se encuentren, con distinto alcance, en el ámbito de la libre determinación de los sujetos. Es un concepto que abarca a toda manifestación de la autonomía privada, tanto en el Derecho de familia (matrimonio, reconocimiento de hijo extramatrimonial, etc.) y el sucesorio (testamento) cuanto en el Derecho patrimonial (contrato, poder, etc.).

84 SCOGNAMIGLIO, "El negocio jurídico: aspectos generales", cit., p. 154.

10. CARACTERES

El acto jurídico presenta los siguientes caracteres: 1º) Es un hecho o acto humano; 2º) Es un acto voluntario; 3º) Es un acto lícito; 4º) Tiene por fin inmediato producir efectos jurídicos.

El acto jurídico es un hecho humano por oposición a los actos naturales o externos. Dentro de los hechos humanos, el acto jurídico es uno de los "actos voluntarios".

Para que el acto sea voluntario tiene que haber sido realizado con discernimiento, intención y libertad y, al mismo tiempo, declarado o manifestado. Los tres primeros requisitos son elementos internos de la voluntad y el cuarto, el elemento externo. El querer interno del sujeto no es jurídicamente relevante, sino cuando es manifestado al exterior; la declaración dirigida a generar confianza en los demás no solo permite al sujeto poder expresar su propia voluntad, sino también permite al ordenamiento jurídico de tomar en consideración tal voluntad. La exigencia de certeza y celeridad en el tráfico jurídico no permite dar relevancia al querer íntimo que no se expresa con una declaración o que sea contrario con el tenor de la declaración socialmente perceptible por interlocutores diligentes y de buena fe.

En la esencia predominante del acto jurídico está la voluntad manifestada, razón por la que un acto realizado sin voluntad (sin discernimiento, o sin intención, o sin libertad) es nulo (art. 219.1) o si ha sido realizado con voluntad, pero esta adolece de vicios, el acto es anulable. Los actos jurídicos dependen de la voluntad del sujeto de regular sus propios intereses, o sea de una determinación interna del querer, la cual no es relevante como tal, sino solamente si es manifestada.

La esencia de la manifestación de voluntad está dirigida a la autorregulación de intereses en las relaciones privadas; autorregulación que el individuo no debe limitarse a "querer", sino a disponer, o sea, actuar objetivamente. Con el acto el sujeto no viene a declarar que quiere algo, sino que expresa directamente el objeto de su querer, y este es una regulación vinculante de intereses en las relaciones con los otros. "Con el negocio no se manifiesta un estado de ánimo, un modo de ser del querer, lo que tendría una importancia puramente psicológica, sino que se señala un criterio de conducta, se establece una relación de valor normativo"⁸⁵. Las personas, mediante el acto jurídico *regulan* sus intereses,

85 "El tenor de un negocio cualquiera muestra que en él se halla en primer plano la regulación de intereses dispuesta para el futuro, mientras que la voluntad está solo en un segundo plano,

incluso derogando, modificando o sustituyendo las normas legales dispositivas por otras. El acto jurídico vincula a las partes que lo celebran. La misma noción de poder de la autonomía de la voluntad evoca la idea de norma jurídica. Con el acto jurídico se crean normas jurídicas particulares dentro de los límites formales y materiales señalados por las normas legales imperativas, el orden público y las buenas costumbres. Tanto las normas particulares como las legales están respaldadas por la fuerza coercitiva que monopoliza el Estado para asegurar su cumplimiento.

No es *acto jurídico* el acto contrario al ordenamiento jurídico. La voluntad del agente debe adecuarse al ordenamiento jurídico, caso contrario, es nulo por ilícito. El *acto ilícito* es contrario al ordenamiento jurídico cuando contraviene las normas legales imperativas, el orden público o las buenas costumbres.

El acto jurídico tiene por fin inmediato producir consecuencias jurídicas consistentes en crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas. Es decir, cumple una función social o económica que es tenida presente por quien lo realiza y que es tomada en consideración por el Derecho. Como dice Betti⁸⁶, "el Derecho no concede su sanción al mero arbitrio, al capricho individual, al motivo eventual (que aun cuando no sea frívolo, sino plausible, permanece siendo intrascendente), sino a funciones que estime socialmente relevantes y útiles para la comunidad que rige y en la que se desarrolla".

El fin inmediato de producir efectos jurídicos es una característica específica del acto jurídico que lo diferencia de los otros actos voluntarios lícitos o ilícitos. De ahí que no son actos jurídicos, aun cuando voluntarios, aquellos en los que los efectos se producen prescindiendo de la voluntad del agente, tales como el acto meramente lícito; los actos productores de daños (ej., arts. 1321 y 1969); los actos que consisten en declaraciones de ciencia, como el recibo por el que se declara que se ha recibido el pago (art. 1230); la declaración de parte y la de testigos en un proceso judicial (art. 192 del CPC); las participaciones o comunicaciones, como la comunicación al deudor cedido como consecuencia de la cesión del derecho (art. 1215); la comunicación de la existencia vicios en bien transferido con garantía de buen funcionamiento (art. 1523). En estos actos,

como proyectada a la finalidad práctica de aquella; la voluntad es fuente generatriz, pero no contenido del acto" (BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 53).

86 BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 52.

la voluntad es el presupuesto fáctico al cual el ordenamiento jurídico vincula efectos jurídicos, con prescindencia de que si son o no queridos por el agente.

11. ACTO JURÍDICO Y NEGOCIO JURÍDICO

La categoría del negocio jurídico fue construida por la pandectística alemana de la primera mitad del siglo XIX⁸⁷. Fue elaborada dentro de una teoría general del hecho jurídico, como punto culminante de una secuencia: *hecho jurídico* (natural o humano), *acto jurídico* (hecho humano voluntario lícito o ilícito) y *negocio jurídico* (acto lícito).

La teoría del acto jurídico exalta la voluntad individual. La coordinación de intereses diversos y contrapuestos se realiza a través de una categoría jurídica unitaria: la *voluntad*, como la fuerza creadora necesaria y suficiente para producir actos jurídicos con el contenido que las partes, en un grado máximo de igualdad, lo determinen.

Para un sector de la doctrina, el *hecho jurídico* comprende todos los eventos cuya producción tiene como consecuencia la modificación de una situación jurídica⁸⁸. El *acto jurídico* es un hecho jurídico consistente en un comportamiento humano voluntario; para que pueda configurarse el acto jurídico no es suficiente constatar un comportamiento humano voluntario, sino que, para los fines de producción de los efectos jurídicos, la voluntariedad del comportamiento debe ser importante para el ordenamiento jurídico. El *negocio jurídico* es un acto jurídico caracterizado por la circunstancia que para la producción de los efectos jurídicos el ordenamiento jurídico no toma en cuenta solamente la voluntariedad del comportamiento, sino también la finalidad que el sujeto persigue con el acto, o sea que la voluntad esté orientada a producir ciertos efectos⁸⁹.

87 La escuela pandectística analiza los textos del derecho romano siguiendo el método de la dogmática jurídica, es decir, buscando la extracción de principios y la deducción de nuevos conceptos. Se basa en la generalización y abstracción a partir de conceptos anteriores.

88 "... los hechos jurídicos llevan en sí como resultado el notar el principio o el fin de las relaciones jurídicas. Sin embargo, muchos de ellos, y de los más importantes, no presentan exclusivamente el uno o el otro de estos caracteres, sino que ofrecen un mezcla de ambos. Tal resultado mixto, se encuentra en la transformación o metamorfosis de las relaciones de derecho; porque entonces, el hecho jurídico destruye la antigua relación y engendra una nueva" (Savigny, ob. cit., p. 150).

89 CATAUDELLA, Antonio, *I contratti, Parte Generale*, seconda edizione, Giappichelli, Turín, 2000, pp. 1 y ss.

Para el Derecho peruano, las expresiones *acto jurídico* y *negocio jurídico*⁹⁰ son sinónimas, en el sentido de que son la manifestación de voluntad destinada que tiene por fin inmediato la producción de efectos jurídicos consistentes en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. La distinción entre ambas expresiones es solamente doctrinaria.

Los romanos conocieron instituciones jurídicas particulares, como el matrimonio, testamento, compraventa, sociedad, etc., pero no conocieron una teoría general del acto jurídico. La elaboración de una teoría general sobre el acto jurídico se inicia con los pandectistas alemanes en la primera mitad del siglo XIX⁹¹. Se denomina pandectistas a los estudiosos de las Pandectas o Digesto de Justiniano. El Digesto contiene las opiniones de los más grandes juristas romanos como son Papiniano, Ulpiano, Gayo, Paulo, Modestino, Marciano, Celso, Pomponio, Juliano, entre otros. Los pandectistas alemanes denominan acto jurídico a todo acto voluntario que produce efectos jurídicos, así, por ejemplo, un homicidio es un acto jurídico porque es un acto humano voluntario que tiene consecuencias jurídicas como la obligación del homicida de indemnizar los daños a los herederos de la víctima; una compraventa es un acto jurídico por ser un acto humano voluntario que tiene efectos jurídicos consistentes en que el vendedor debe entregar el bien en propiedad al comprador y este pagar el precio a aquel.

90 En la literatura jurídica la expresión *negotium iuridicum* surge por primera vez en una obra del iusnaturalista Nettelblatt, publicada en 1749 bajo el título: *Systema elementare universae jurisprudentiae privatae* (T. I, sec. I, tit. V, *de actibus iuridicis*, 63-70). La palabra *negotium*, cuyo significado etimológico se remite a *nec otium*, que denota *actividad* o mejor actividad dirigida a la satisfacción de intereses, pero no solamente patrimoniales (*occupatio in aliqua re, a nec otium, hoc est opus seu operatio ... aliquando accipitur pro labore... aliquando pro controversia... aliquando pro cura, sollicitudine*: cfr. *Calepinus septem linguarum del Seminarium patavinum, 1727*, que traduce “negotium con affare”), viene adaptada por el autor a la designación de la *actividad individual y voluntaria en el campo del Derecho*. La identificación de esta actividad como contenido de una categoría jurídica, se adecúa al *racionalismo iusnaturalista* que asume como base ideológica la *afirmación de la libertad de la persona* y el rol determinante de la voluntad en las relaciones interpersonales (PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, cit., p. 498).

91 El BGB alemán de 1900 lo regula expresamente como “negocio jurídico” o “declaración de voluntad” (arts. 104 y ss.). En Italia el Código civil, tanto el de 1865 y el de 1942, lo ignora, dejándolo como una categoría doctrinal del negocio jurídico. El Derecho francés lo conoce como “acto jurídico”, igual en España y en todo Latinoamérica, con excepción del Código del Brasil del 2002 que lo denomina “negocio jurídico”. En el Derecho anglosajón es totalmente desconocida.

Friedrich Carl von Savigny⁹² definió al acto jurídico como una manifestación de voluntad que constituye, no solo un acto libre, sino un acto en el cual la voluntad del autor está encaminada, directamente, a la constitución o extinción de una relación jurídica. Savigny escribe:

“La manifestación de voluntad se ofrece bajo dos formas diversas: 1°. Como expresión de una voluntad única, y citaré en primer término los testamentos que encontrarán su lugar oportuno en una parte especial del sistema, el derecho de sucesiones. 2°. Como el concurso de dos o más voluntades, es decir, como contrato.

Dichos principios generales se encuentran con rasgos individuales en las diversas materias del derecho, la propiedad y los restantes derechos reales, las obligaciones, el derecho de sucesiones y las relaciones de familia”.

Más adelante, Savigny señala: *“Se llama manifestación de la voluntad la clase de hechos jurídicos que no solo son actos libres, sino que según la voluntad del agente tienen como fin inmediato engendrar o destruir una relación de derecho. Preséntanse aquí tres elementos que deben tenerse en cuenta: la voluntad en sí misma, su manifestación y la conformidad entre los dos términos anteriores”.* El Código civil alemán (BGB) utiliza la expresión “declaración de voluntad” como sinónima de “negocio jurídico”.

Para incidir en los efectos como un elemento característico del acto jurídico, algunos pandectistas lo denominaron acto *jurígeno* o *jurigénico*. El acto jurídico es tal porque tiene efectos jurídicos, pudiendo ser lícito o ilícito y el negocio jurídico es el acto jurídico lícito. Es decir, entre acto jurídico y negocio jurídico hay una relación de género a especie. Todo negocio jurídico es un acto jurídico lícito, pero no todo acto jurídico es negocio jurídico, porque hay actos jurídicos que no son lícitos sino ilícitos.

Los pandectistas al revisar el Digesto encontraron, v. gr., que al regular cada negocio jurídico se exigía que el agente sea persona capaz, advirtiendo que en vez de repetir la exigencia de la capacidad para cada negocio se puede establecer una regla general, común para todos los negocios, que disponga que la capacidad es elemento esencial de todo negocio jurídico. De este modo es como

92 Savigny, M. F. C. de, Sistema de Derecho romano actual, trad. de M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, F. Góngora y Compañía, Editores, Madrid, 1879, p. 249 y ss.

se comienza a elaborar una teoría general sobre la capacidad, otra sobre el objeto, sobre la forma, sobre las modalidades, sobre los vicios de la voluntad, sobre las nulidades, etc. Esta doctrina alemana pasó a Italia donde alcanzó un alto grado de desarrollo. De Italia pasó a Francia, pero en el idioma francés no hay una palabra que se derive del latín *negotium*, por lo que la doctrina francesa generalizó la expresión *acte juridique* para referirse a toda manifestación de voluntad con el fin de producir efectos jurídicos (significado del negocio jurídico de la doctrina alemana e italiana). En el idioma castellano los términos negociar y negocio derivan, del latín *negotium*; sin embargo, España adoptó la denominación francesa de acto jurídico con la significación del negocio jurídico de la doctrina alemana e italiana. Todos los países latinoamericanos, con excepción del Brasil⁹³, también han adoptado la denominación de *acto jurídico* para referirse a los actos voluntarios lícitos con fin inmediato de producir efectos jurídicos.

La teoría del negocio jurídico –dice Stolfi⁹⁴– es de formación relativamente reciente; fue delineada por los iusnaturalistas alemanes del s. XVIII y recogida a continuación por los pandectistas. Los juristas italianos reelaboraron magistralmente la teoría, llevando su desarrollo a grados de profundidad y coherencia notables. La teoría es el resultado de un detenido proceso de síntesis, abstracción y generalización que ha permitido sacar de diversos actos particulares, por ejemplo, de los contratos, testamentos, ciertos elementos comunes esenciales y constantes a todos ellos y así surgió una teoría general del acto jurídico.

Para la doctrina alemana y un sector de la doctrina italiana, con las expresiones *actos jurídicos* o *actos de Derecho* se designa al género de los actos eficaces sean estos lícitos o ilícitos. La categoría más importante de los *actos jurídicos lícitos* está dada por los *negocios jurídicos* o simplemente *declaraciones de voluntad*. Entre *acto jurídico* y *negocio jurídico* existe, como hemos dicho, una relación de género a especie; todo negocio jurídico es un acto jurídico, pero no al contrario. El acto jurídico puede ser lícito o ilícito, en cambio, el negocio jurídico es el acto jurídico lícito. El negocio jurídico constituye solamente una especie de los actos voluntarios lícitos. Los actos jurídicos se dividen en dos grandes categorías: 1) *actos jurídicos lícitos* y, 2) *actos jurídicos ilícitos*. A su vez los actos lícitos se subdi-

93 El nuevo Código del Brasil dado por Ley N° 10.406 del 10.1.02, lo denomina “negocio jurídico”, a diferencia del anterior Código que lo llamaba “acto jurídico”.

94 STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, trad. de Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

viden en: 1) *negocios jurídicos* (o *declaraciones de voluntad*) y, 2) *actos meramente lícitos* o simples actos lícitos que no son negocios jurídicos.

Sin embargo, esta clasificación de los actos jurídicos no es unánime en Alemania. Así, von THUR⁹⁵ afirma que el acto jurídico es la conducta externa, consciente y voluntaria; no son actos jurídicos, por una parte, los procesos y estados psicológicos internos y, por otra, la conducta externa que se produce inconsciente o involuntariamente, como un movimiento de cuerpo ocasionado por fuerza ajena o *vis absoluta*. Los actos lícitos se pueden designar con el término general de actos jurídicos, entre ellos tiene particular relieve los que el Código civil separa con el nombre de negocio jurídico. Las manifestaciones o declaraciones de voluntad son actos cuyos efectos son consecuencia de la voluntad. “Entre las manifestaciones de voluntad, las más importantes son aquellas que procuran un efecto jurídico, esto es, la modificación del estado jurídico existente”. Estas manifestaciones integran el *factum* del negocio jurídico. “El negocio jurídico es el instrumento que utilizan las partes para reglamentar sus relaciones jurídicas dentro de los límites que la ley les permite”. Existen manifestaciones de voluntad que no procuran un resultado jurídico, sino un resultado de hecho, pero que la ley dota de efectos jurídicos, los que no corresponden al contenido de la voluntad manifestada, ni ella puede modificarlos, a los que se les puede designar con el término actos jurídicos. Así, los actos que procuran la realización o la conservación de un derecho, por ejemplo, la intimación mediante la cual el acreedor exige la prestación del deudor; su manifestación de voluntad se dirige a ese hecho, si el hecho deseado no cumple, la ley dota a la intimación de efectos jurídicos, esto es constituye al deudor en mora; los efectos no se desprenden de la intimación; el acreedor puede conocerlos y desearlos, pero no es necesario que los quiera, y se producen aun contra su voluntad. Se incluye entre estos actos jurídicos a la transferencia de la posesión, en la cual la manifestación de voluntad del tradente no tiene carácter negocial, su voluntad procura un resultado de hecho (el dominio de la cosa por otro), el efecto jurídico de esa manifestación no resulta necesariamente de su contenido, ni es necesario que el tradente lo conozca. No son negocios jurídicos los actos que procuran un resultado de hecho, pero cuyo efecto jurídico se produce únicamente cuando se cumple ese resultado, por ejemplo, la especificación, el hallazgo de cosa extraviada, el descubrimiento del tesoro, el acto realizado en estado de necesidad, las inversiones y gastos, los actos

95 Von THUR, ob. cit., p. 95 y ss.

realizados para la conservación de la cosa, la gestión de negocios, la constitución de domicilio, la creación de una obra intelectual y la invención, la devolución de la prenda, el acto por el cual una cosa se destina al fin económico de otra atribuyéndosele el carácter de accesoria, el abandono de la posesión, la convivencia en matrimonio nulo. La ley establece el efecto jurídico sin tomar en consideración la voluntad del sujeto. En estas operaciones jurídicas la causa del efecto no es la voluntad que se manifiesta en el acto (como en la intimación), sino el resultado material que esa voluntad realiza. De las manifestaciones de voluntad se distinguen las *manifestaciones de conocimiento* o creencia de que se produjo cierto hecho, como la confesión, la comprobación de la paternidad, la confección de inventario o del balance. La comunicación puede referirse a hechos del presente, del pasado o del futuro. En muchos casos existe el deber de comunicación, en otros es el supuesto para el nacimiento, conservación o el ejercicio de cierto derecho. El acto es ilícito cuando es contrario a las normas de los derechos público y privado.

El Código civil alemán (BGB) utiliza como sinónimas las expresiones “negocio jurídico y “declaración de voluntad”. En la Exposición de Motivos al primer proyecto de BGB se dice sobre la aplicación de estos conceptos: “Por declaración de voluntad se entiende la declaración de voluntad jurídico-negocial. Por regla general, las expresiones declaración de voluntad y negocio jurídico se usan como equivalentes. La primera concretamente ha sido elegida donde la manifestación de voluntad se encuentra en primer plano o allí donde al mismo tiempo se dé el caso de que tome en consideración una declaración de voluntad como parte integrante de un supuesto de hecho jurídico negocial”⁹⁶.

Otra corriente de opinión distingue entre *acto jurídico* y *negocio jurídico* según que los efectos se produzcan por mandato de la ley o por voluntad del agente o agentes. En el *negocio jurídico* el efecto jurídico lo determina directamente la voluntad del agente al paso que en el *acto jurídico* y en el *acto ilícito* el efecto lo determina la ley. El *acto jurídico* es una acción u omisión voluntaria, consciente y libre, cuyos efectos son vinculados por la ley con independencia del querer del sujeto. “Para su validez se examina únicamente el problema de la libertad; pero en modo alguno el de la finalidad perseguida por el sujeto al

96 FLUME, Werner, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, T. II, 4.^a ed., trad. de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 51.

realizar el acto, ya que el efecto jurídico, en este caso, depende de la ley y no de la voluntad del hombre⁹⁷, por ejemplo, el salvamento, la ocupación, la plantación o la edificación en suelo ajeno. Esta es la categoría de actos meramente lícitos o simples actos voluntarios lícitos. En cambio, el “negocio jurídico” es el acto jurídico con declaración de voluntad directamente orientada a producir efectos jurídicos; “a diferencia del acto jurídico en sentido estricto, es aquí necesaria, para la plena eficacia del acto, no solo la existencia de una voluntad libre, sino, además, de un querer concreto de los fines del negocio, es decir, que los efectos son aquí fines conscientemente queridos, ya que sin ese libre y consciente querer, el negocio sería ineficaz⁹⁸”.

Otro sector de la doctrina distingue a los “*hechos jurídicos*” en *sentido estricto* de los “*actos jurídicos*” según que su eficacia dependa o no de la voluntad humana. A su vez, distingue a los actos jurídicos en *actos jurídicos en sentido estricto* y *negocios jurídicos*. El elemento descriptivo de estas dos categorías de actos debe individualizarse en la divergencia que respecto a cada uno asume el querer: a) En los *actos jurídicos en sentido estricto* la voluntad humana abarca exclusivamente al acto en sí, mas no a sus efectos, que son predeterminados por la ley; b) en el *negocio jurídico*, en cambio, la voluntad abarca al acto y a la producción de sus efectos. Los *hechos jurídicos en sentido estricto* son aquellos hechos productivos de consecuencias jurídicas independientemente de que sean o no queridos por las partes. En este sentido asume particular importancia los hechos naturales como, por ejemplo, el *nacimiento* que determina la adquisición de la calidad de sujeto de derecho (art. 1); la *muerte* que determina la apertura de la sucesión (art. 660). También algunos hechos provenientes de la persona pueden ser reconducidos a la categoría de hechos jurídicos en sentido estricto, cuando la participación material de la persona humana en la producción de los efectos prescinde de los requisitos de conciencia y voluntad que caracterizan a los actos. La reconducción de los hechos humanos a la categoría de *hechos jurídicos en sentido estricto* comporta la irrelevancia respecto de ellos de la capacidad de ejercicio del sujeto o de su voluntad de acción⁹⁹.

97 DE COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, cit., p. 144.

98 DE COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, cit., p. 145.

99 Caringella, Francesco y Gioia, Valerio de, *Compendio di Diritto civile*, IV edizione, Giuridica Editrice (Dike), Roma, 2016, p. 96.

En el acto jurídico —expresa Puig Brutau¹⁰⁰—, los efectos están predeterminados por la ley como consecuencia de la especial valoración que hace del comportamiento humano (piénsese en el matrimonio, la adopción, etc.); en cambio, en el negocio jurídico, como acto de autonomía privada, los efectos son determinados por el sujeto o sujetos que intervienen en su celebración por cuanto el ordenamiento jurídico les reconoce la facultad de regular por sí mismos sus propios intereses (piénsese en el contrato). Se aprecia de esta opinión que la expresión negocio jurídico está reservada solamente para los actos patrimoniales.

Habiendo visto la distinción que hace un sector de la doctrina entre acto y negocio jurídico y considerando que solamente es Derecho la realidad social regulada por normas jurídicas de acuerdo con ciertos valores, veamos, enseguida, cómo se usan las expresiones *acto jurídico* y *negocio jurídico* en la experiencia social.

Cuando una persona celebra un contrato cualquiera (compra o toma en arrendamiento un bien, efectúa un depósito bancario, etc.) dice “he realizado un negocio”, no dice “he realizado un acto”; se le pregunta a un industrial o a un comerciante “¿cómo te va en tus negocios?”, mas no “¿cómo marchan tus actos?”. Esto porque en el lenguaje común el término negocio está más identificado con aquellos actos tendientes a obtener un beneficio pecuniario; “todo lo que es objeto o materia de una ocupación lucrativa o de interés”¹⁰¹. En cambio, cuando una persona otorga su testamento no dice he “celebrado un negocio”, sino dice “he manifestado mi última voluntad” o “he otorgado un acto de última voluntad”. Cuando una persona reconoce o adopta un hijo no dice “he realizado un negocio”, sino expresa: “he reconocido o he adoptado un hijo” o, en todo caso, dice “he realizado un acto de reconocimiento de mi hijo” o “he realizado un acto de adopción de un hijo”; en estos casos repugna a la conciencia social hablar de negocio. Tratándose del matrimonio los contrayentes no dicen que con su casamiento han llevado a cabo un negocio, sino un acto jurídico; aun cuando el matrimonio sea de conveniencia, por un freno moral, no hablan de negocio sino de acto jurídico. En la realidad social encontramos que se habla del matrimonio como negocio, pero en sentido metafórico, por ejemplo, Juan y Pedro, dos amigos de hace años, se encuentran después de mucho tiempo y se

100 PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho civil*, cit., T. I, vol. I, pp. 829 y ss.

101 *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 2001.

produce el siguiente diálogo: Juan pregunta a Pedro, ¿es verdad que te casaste? Pedro contesta que sí; Juan repregunta, ¿y con quién te casaste? Pedro contesta, con María, quien fue compañera de estudios de ambos, y Juan replica: ¡Oh! que mal negocio que has hecho, si te hubieras casado con Cristina hubieras hecho un gran negocio, ella tiene una gran fortuna o ella tiene tales o cuales virtudes. Sin duda Juan se está gastando una broma con su amigo Pedro, no es que le quiera generar un problema familiar porque en tal caso no sería su amigo. Después de todo, al matrimonio no se va para hacer fortuna a costa de uno de los contrayentes, ello es inmoral, y aun cuando lo hayan hecho con ese propósito no lo pregonan.

Por lo visto, en la realidad práctica, unas veces se habla de negocio jurídico, para referirse a los actos de naturaleza patrimonial, lucrativa, y otras de acto jurídico para designar especialmente a los actos familiares y los actos unilaterales. En general, es más apropiado hablar de acto jurídico que de negocio jurídico para referirse a todo tipo de acto, sea patrimonial o extrapatrimonial.

Es bueno recalcar que en la doctrina no hay acuerdo sobre si denominar acto o negocio jurídico a la manifestación de voluntad con fin inmediato de producir efectos jurídicos. En la doctrina alemana e italiana, aun los autores que distinguen entre negocio y acto jurídico, no pocas veces denominan "acto" a lo que ellos sostienen que es "negocio", no pocas veces hablan de "negocio lícito" o simplemente de "negocio" y de "negocio ilícito"¹⁰². En la literatura jurídica alemana las locuciones *Rechtsgeschäft* (negocio jurídico) y *Willenserklärung* (declaración de voluntad) aparecen como sinónimas. El Libro I del CC alemán de 1900 acoge la locución *Willenserklärung*, elevando así el concepto de *declaración de voluntad* a la categoría fundamental del sistema del Derecho privado.

El Código español y todos los códigos latinoamericanos, desde esos monumentos jurídicos como son el *Esboço* de Freitas (que no llegó a ser Código en el Brasil), el Código argentino de Vélez Sarsfield, el Código de Andrés Bello que rige en Chile y Colombia con algunas modificaciones, hasta los Códigos más modernos como el boliviano, paraguayo, cubano, peruano, el actual Código civil y comercial argentino; hablan de *acto jurídico* y no de *negocio jurídico*. Estos

102 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, titula al Capítulo 45: "Negocio ilícito (contrario a normas imperativas, a las buenas costumbres o al orden público). Negocio fraudulento".

Códigos, junto al *acto jurídico* (acto lícito), regulan el *acto ilícito*. El CC italiano de 1942, en materia de Derecho de familia y de los testamentos, usa la palabra “acto” y en materia de contratos unas veces emplea el término “negocio” y otras el término “acto”¹⁰³, también habla de “actos unilaterales” y no de “negocios unilaterales”.

Como hace notar Galgano¹⁰⁴, el concepto de negocio jurídico es absolutamente desconocido en Francia y en los países anglosajones y, en general del *Common Law*. En inglés, “negocio jurídico” no es traducible. Entre los italianos –agrega Galgano– “hablamos todavía de negocio jurídico, aunque cada vez hablamos menos; nos referimos al negocio jurídico sabiendo que se trata de una expresión que pertenece a un dialecto jurídico usado en algunas subáreas del actual mundo jurídico. Hablamos de acto o de contrato si nos queremos hacer entender en un más vasto circuito internacional”.

Los Códigos que legislan sobre una teoría general del acto jurídico, lo hacen con el significado del negocio jurídico (*negozio* para los italianos, *rechtsgeschäft* para los alemanes), esto es, como manifestación o declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, que el ordenamiento jurídico tutela en cuanto son queridos. Así, el art. 944 del CC argentino de Vélez Sársfield dispone: “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”; el nuevo Código civil y comercial argentino prescribe: Art. 259. *Acto jurídico*. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Refiriéndose a los actos jurídicos, el art. 277 del Código paraguayo establece: “Los actos voluntarios previstos en el Código son los que ejecutados con discernimiento, intención y libertad determinan una adquisición, modificación o extinción de derecho. Los que no reuniesen tales

103 Mencionemos como ejemplos los siguientes artículos del Código civil italiano: Art. 1703. El mandato es el contrato por el cual una persona se obliga a realizar uno o más *actos jurídicos* por cuenta de otra. Art. 2210.- Los empleados del empresario, salvo las limitaciones contenidas en el *acto* de conferirse la representación, pueden llevar a cabo los *actos* que ordinariamente comporta la especie de las operaciones de las que están encargados. Art. 2298.- El administrador que tiene la representación de la sociedad puede llevar a cabo todos los *actos* que entran en el objeto social, salvo las limitaciones que resultan del *acto* constitutivo o del poder.

104 GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., p. 12.

requisitos, no producen por sí efecto alguno". El Código civil cubano de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988, en el art. 49.1 dispone que "El acto jurídico es una manifestación lícita, de voluntad, expresa o tácita, que produce los efectos dispuestos por la ley consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica".

El profesor de la Universidad de Bonn, Werner Flume¹⁰⁵, expresa que Dabelow, cuya obra *System des gesamten heutigen Zivilrechts* (1.ª ed., 1794), bajo la rúbrica "de los negocios jurídicos", decía lo siguiente: "de entre los actos humanos, existe un género preferente, el de los llamados actos jurídicos o negocios jurídicos (*actus juridici, negotia juridica*). Se entiende bajo ellos los actos humanos lícitos, que tienen por objeto recíprocos derechos y obligaciones". Agrega este autor que fue seguramente Nettelbladt el que introdujo los términos *actus juridicus* y *negotium juridicum*, en la *Nova Introductio in Jurisprudentiam Positivam Germanorum Communem* (1772). Gracias al libro de Heise (1807), el término *negocio jurídico* se convirtió con naturalidad en bien común de la literatura jurídica alemana. Savigny trató como sinónimos los términos *negocio jurídico* y *declaración de voluntad* (en *Sistema de Derecho romano actual*, t. III). La teoría del *negocio jurídico*, con el nombre de *declaración de voluntad*, encontró su primera manifestación legal en el *Allgemeinen Landrecht* prusiano de 1794; mientras que el Código civil francés de 1804 y el Código civil general austriaco de 1811 no recogieron esta teoría. Después de una completa formación de la teoría, el Código civil del Reino de Sajonia de 1863 formuló la siguiente definición de *negocio jurídico*: "Si en un acto de voluntad va dirigida a la creación, extinción o modificación de una relación jurídica de acuerdo con las leyes, entonces el acto es un *negocio jurídico*". La teoría del *negocio jurídico* es el tema principal de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX. Sin embargo, el BGB no contiene una definición.

El Derecho italiano, tanto el Código civil de 1865 como el vigente de 1942, ignora la teoría del *negocio jurídico*¹⁰⁶. El Código de 1942, en el art. 1324 establece que las normas sobre contratos rigen también para los actos unilate-

105 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, pp. 55-56.

106 En el Derecho positivo italiano, las únicas referencias al *negocio jurídico* se encuentran en las normas que hablan de "actos", entendidos como actos de autonomía privada, con los cuales el sujeto dispone voluntariamente de posiciones y relaciones jurídicas. Las normas se reducen a los arts. 2, 428, 1324, 1350.

rales entre vivos de contenido patrimonial. Roppo¹⁰⁷ señala que en Italia, la categoría del negocio jurídico deviene, en la primera mitad Novecientos, elemento central de las elaboraciones científicas del Derecho Privado. “En cambio, en otros ambientes jurídicos la categoría no tiene igual fortuna: en el Derecho anglosajón es totalmente desconocida; el francés conoce una categoría asimilable (*acte juridique*), que sin embargo se mantiene marginal”. Agrega este autor, que existe una diferencia significativa entre la posición del negocio jurídico en Italia y en Alemania: el BGB de 1900 lo establece y lo regula expresamente, haciéndolo también una categoría legislativa; en Italia, el Código civil lo ignora.

Se distingue en la doctrina entre actos negociales y actos no negociales. “El negocio es la manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos conformes a la voluntad misma. Al *contrario*, son actos no negociales los *actos no voluntarios*; y además los *actos aunque voluntarios, en los cuales la voluntad no está dirigida a producir conforme efectos jurídicos* o, en todo caso, en lo que los efectos se producen prescindiendo de la voluntad misma: el acto voluntario funciona como simple presupuesto fáctico, al cual se vinculan los efectos establecidos por la ley con total independencia del sí y del cómo tales efectos correspondan a las representaciones y a la voluntad del autor”¹⁰⁸. Son actos no negociales los actos ilícitos productores de daños; los actos debidos, como los pagos; los actos que consisten en declaraciones de ciencia, como el recibo y la confesión; las participaciones y comunicaciones, como la notificación al deudor cedido como consecuencia de la cesión de créditos y la denuncia de los vicios de cosa comprada o vendida.

En el Perú, tanto el Código derogado de 1936, como el vigente de 1984, adoptan la teoría del acto jurídico con el mismo significado de la teoría del negocio jurídico de la doctrina germano-italiana. El “acto jurídico” y el “negocio jurídico” son en esencia lo mismo, o sea la actuación de la autonomía de la voluntad privada con el fin inmediato de producir efectos jurídicos. El legislador peruano manifiesta que ha adoptado la expresión “acto jurídico” por razones de tradición jurídica¹⁰⁹.

107 ROPPO, Vincenzo, *El contrato*, trad. de Nélvor Carreteros Torres, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 86.

108 ROPPO, *El contrato*, cit., p. 88.

109 VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Tratado de Derecho civil*, Universidad de Lima, Lima, 1994, T. III [Acto jurídico], vol. I, p. 79.

En consideración a que la palabra negocio, del latín *negotium*, significa tráfico, comercio, todo lo que es objeto de una ocupación lucrativa; que la teoría general del acto jurídico contenida en el Libro II del Código comprende no solamente a los actos patrimoniales, sino también a los actos no patrimoniales como son los familiares que no persiguen un fin lucrativo; que en la práctica social repugna a la conciencia social decir que se ha realizado un negocio al adoptar o reconocer un hijo, etc.; que no hay acuerdo en la doctrina sobre si a los actos voluntarios con fin inmediato de producir efectos se les debe denominar *actos jurídicos* o *negocios jurídicos*, desacuerdo existente en los propios creadores de la teoría del negocio jurídico; y que la palabra acto comprende tanto los actos lucrativos como los no lucrativos; en cambio, la palabra negocio no se puede extender, y efectivamente no se extiende en la experiencia social y jurídica, a los actos no lucrativos; resulta que, en vez de hablar de *negocio jurídico*, es más apropiado hablar de *acto jurídico* con su significado estricto de manifestación de voluntad destinada a producir efectos inmediatos de Derecho por oposición a los *actos meramente lícitos* y a los *actos ilícitos*.

Si la teoría de los actos lícitos estuviera referida únicamente a los actos patrimoniales, la denominación correcta sería la de *negocio jurídico*, pero como comprende, además, a los actos extrapatrimoniales es correcta la denominación de *acto jurídico*. Si la teoría de los actos lícitos se refiriera solamente a los contratos, no sería necesario hablar de *teoría del negocio jurídico* ni de *teoría del acto jurídico*, sino de *teoría general del contrato* (la cual existe y está contenida en el CC, Libro VII, Fuentes de las obligaciones, Sección Primera: Contratos en general).

Por las razones precedentes, ha hecho bien el legislador al adoptar en el Código civil la denominación de *acto jurídico* y no la de *negocio jurídico*. Por las mismas razones, a lo largo de nuestra exposición utilizaremos indistintamente las expresiones *acto jurídico* o *negocio jurídico*, puesto que para nuestro Derecho son sinónimas.

Un sector de la doctrina considera que la teoría del acto o negocio jurídico se encamina a perder la importancia de las décadas pasadas, por ocupar un espacio redimensionado en el Derecho privado. Su función práctica es puesta en discusión por la excesiva generalidad y abstracción de sus contenidos y su poca adherencia a los problemas específicos que se manifiestan en relación a los distintos actos de la autonomía privada. Con el afán de considerar de manera unitaria actos tan distintos (venta, letra de cambio, testamento, matrimonio, etc.), se cae en el riesgo de alejarse de la específica realidad socioeconómica. También

se pone en discusión la función ideológica del negocio jurídico, por las crecientes libertades públicas a la autonomía individual. La categoría del negocio jurídico pierde unidad y exige ser descompuesta en tres categorías más restringidas; la primera comprende los actos personales, caracterizada por la incidencia en situaciones jurídicas no patrimoniales, siendo su prototipo el matrimonio; la segunda comprende los actos *mortis causa*, cuyo prototipo es el testamento; y la tercera comprende los actos patrimoniales entre vivos, siendo su prototipo el contrato y los actos unilaterales entre vivos¹¹⁰.

En países de *Common Law*, no existe una teoría del acto jurídico. Tampoco existe en países del *Civil Law* como Francia e Italia, pero en ellos existe una teoría general del contrato. En mundo globalizado la economía tiene un carácter transnacional, lo que exige que las categorías jurídicas deben ser comunes al mercado globalizado en el cual se habla, antes que del acto jurídico, del contrato, sobre el cual se han elaborado los principios del UNIDROT (Principios de los contratos comerciales internacionales). En la exposición de motivos del Código italiano se lee: "el contrato, es en verdad, el instrumento para el intercambio de servicios y de bienes en el que se basa la producción, es, en definitiva, la expresión de la iniciativa privada en la que comienza y se desarrolla la vida de la economía (*Relazione al guardasigilli*, n. 10).

El contrato evoca la presencia de dos o más sujetos, en cambio, el acto jurídico puede ser perfeccionado por un solo sujeto (acto jurídico unilateral).

En Francia, el principio del consentimiento como productor del vínculo jurídico favorecía a los comerciantes en su relación con los propietarios de los recursos de la tierra y las exigencias, de la clase propietaria de defensa de la propiedad. El principio del consentimiento favorecía a la clase comerciante en su relación con los propietarios de los recursos y, al mismo tiempo, protegía a los propietarios impidiendo que estos sean privados de sus bienes contra su voluntad. Se exalta a la voluntad como fuerza creadora de efectos jurídicos. En el s. XIX cambia el cuadro económico-social, los países del área alemana están en plena expansión industrial. Los empresarios reclaman un trato favorable en sus relaciones de compra de los productos de la tierra y en su relación con los consumidores, es decir, en su calidad de vendedores.

110 ROPPO, *El contrato*, cit., p. 87.

El interés del jurista se dirige a proteger el interés de vender la mayor cantidad posible. Con la teoría de la declaración se inicia un proceso de objetivación del intercambio. La categoría del negocio jurídico es un instrumento de coordinación de intereses contrapuestos, especialmente de los mercantiles. El BGB de 1900 contiene una Sección (la tercera) dedicada al “*negocio jurídico*” o “*declaración de voluntad*”, en el que la “*declaración de voluntad*”, precede al “*contrato*”. Regula los efectos de la reserva mental (art. 116)¹¹¹ y de la simulación (art. 117)¹¹²; establece que la declaración de voluntad no pensada en serio determina la nulidad (art. 118)¹¹³; el error en la formación de la voluntad y el error en la declaración determina su impugnabilidad (art. 119)¹¹⁴; también es impugnable la declaración de voluntad por error en la transmisión (art. 120)¹¹⁵. Establece que una declaración de voluntad dirigida a otra persona, y esta ha confiado sin su culpa en la validez de la declaración, el declarante debe resarcir al destinatario el daño sufrido; el deber de resarcir el daño no procede si el perjudicado conocía la causa de nulidad o de impugnabilidad o la desconocía por negligencia (debía conocer) (art. 122). También regula el dolo y la coacción o amenaza como causas de impugnabilidad del negocio (arts. 123 y 1249).

En el s. XX predomina la tendencia hacia la objetivación del intercambio contractual y las exigencias de la circulación masiva, rápida y segura de la riqueza.

-
- 111 BGB: art. 116. *Reserva mental*. Una declaración de voluntad no es nula por reservarse el declarante para sí no querer lo declarado. La declaración es nula si se emite frente a otro y éste conoce la reserva.
- 112 BGB: art. 117. *Negocio simulado*. (1) Si una declaración de voluntad, que debe emitirse frente a otro, se emite con la conformidad de éste sólo de forma aparente, es nula. (2) Si el negocio jurídico simulado encubre otro, se aplican las disposiciones que regulan el negocio jurídico encubierto.
- 113 BGB: Art. 118. *Falta de seriedad*. Una declaración de voluntad no pensada en serio, y que se emite con la esperanza de que tal falta de seriedad no pase desapercibida, es nula.
- 114 BGB: Art. 119. *Impugnabilidad por error*. (1) Quien al emitir una declaración de voluntad estaba incurso en un error respecto de su contenido o no quería en absoluto realizar una declaración con ese contenido, puede impugnarla si puede suponerse que de haber conocido la realidad de los hechos y apreciado razonablemente el caso, no la habría emitido. (2) Por error en el contenido de la declaración se entiende también el error en las cualidades de la persona o del bien que se consideran relevantes en el tráfico.
- 115 BGB: Art. 120. *Impugnabilidad por transmisión incorrecta*. Una declaración de voluntad que ha sido transmitida incorrectamente por la persona o institución utilizada para efectuar dicha transmisión puede ser impugnada bajo los mismos presupuestos del art. 199 para una declaración de voluntad emitida erróneamente.

El Código italiano de 1942 no siguió al BGB, sino al francés. Se pone de manifiesto una disciplina de intercambio entre empresarios y consumidores. Las condiciones generales de contratación establecidas por el empresario serán eficaces respecto del consumidor si este, en el momento de conclusión del contrato, las conocía o hubiera podido conocerlas usando la diligencia ordinaria (art. 1341); hace que la reglamentación contractual sea vinculante para una de las partes, aun cuando esta no la hubiese conocido; se priva al consumidor de la libertad del consentimiento. Subordina la anulabilidad a la cognoscibilidad del error (art. 1431); extiende el requisito de la cognoscibilidad al error obstativo (1433).

En el mundo actual la producción masiva de bienes y servicios exige una contratación masiva, en la cual desaparece la libertad contractual. La reglamentación contractual es fijada unilateralmente por una de las partes; el consumidor si necesita el bien o servicio que se le está ofreciendo en esta forma y si sus posibilidades económicas lo permiten se adhiere; en caso contrario, simplemente no contrata. La objetivación del intercambio hace prevalecer la declaración sobre la voluntad en caso de divergencia.

Más allá del Estado está en curso un Derecho uniforme, espontáneo, administrado por tribunales internacionales, al que se le llama *Nueva lex mercatoria*¹¹⁶, de origen oculto, que regula las relaciones contractuales en el mercado

116 La *lex mercatoria* tuvo su origen en la Edad Media como una contrapartida de los derechos de los señores feudales, plenos de privilegios. Surgió en las ferias, en los mercados, como un ordenamiento para regir las relaciones entre los comerciantes. Estaba formada por los usos y costumbres de los comerciantes, constituía el Derecho de los contratos aplicado independientemente de la ley del lugar y de la ley personal de los partícipes, quienes eran colocados en situación de igualdad. En 1475 el Chanciller de Inglaterra lo expresó en los siguientes términos: "Los mercaderes no están obligados por nuestras leyes, sino que deben ser juzgados de acuerdo con la ley natural, a la cual algunos llaman *Lex Mercatoria*, que es universal en el mundo". Su uso comenzó a declinar con las grandes codificaciones. En la actualidad surge una nueva *lex mercatoria* constituyendo un cuerpo de normas, escritas o no, que rige las relaciones internacionales del comercio, independientemente del Derecho positivo de los Estados. Se presenta como usos y costumbres de comercio internacional; contratos tipo elaborados por organismos que se ocupan del comercio internacional; las más conocidas normas de la *lex mercatoria* son los "incoterms" que son términos usados comúnmente en las compraventas internacionales de mercaderías. Los incoterms tratan sobre los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor de acuerdo a la cláusula escogida; determina quien asume los gastos y riesgo hasta el momento de la entrega de la mercadería; fija el momento y lugar en que se producirá la entrega de la mercadería; reglamenta la obligación de pago del comprador.

global. El Derecho es una realidad más antigua que el Estado. Nuestra civilización jurídica ha prosperado sin el Estado 17 de los 19 siglos de su existencia, desde el II siglo después de Cristo, que fue el siglo de Ulpiano, el siglo de la primera elaboración sistemática del Derecho hasta la víspera de las codificaciones modernas (e incluso hasta el s. XIX en Alemania, donde el Derecho romano permaneció en vigor, como derecho de la razón, hasta 1899). El estatismo y el nacionalismo del Derecho no son factores de progreso, sino de crisis del Derecho. La nueva *lex mercatoria* tiene por función superar las dicotomías jurídicas de la pluralidad de Estados y las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law*. Reside principalmente en la costumbre del comercio internacional. Los usos del comercio internacional son fuentes de un Derecho objetivo no estatal, de un Derecho objetivo de la *business communité*, de la comunidad internacional de los operadores económicos. La equidad correctiva es una regla general aplicable tanto para corregir el desequilibrio original del contrato, como para restaurar el equilibrio sucesivamente alterado. La libertad contractual permanece como un valor fundamental; sin embargo, encuentra su límite en la buena fe y la corrección en el comercio internacional, ante cuya violación la *lex mercatoria* reacciona con la sustitución obligatoria del contrato justo al contrato querido por las partes¹¹⁷.

A pesar de la crítica, que en parte tiene razón, la teoría del acto jurídico permite pasarse con una facilidad extraordinaria por todas las instituciones de Derecho privado. La teoría de la manifestación de voluntad, la capacidad e incapacidad, los vicios de la voluntad, las modalidades, las nulidades con algunas variantes en cada categoría de actos, etc., abarcan a las distintas especies de actos jurídicos y, especialmente, al contrato.

12. LOS EFECTOS DEL ACTO JURÍDICO

El acto jurídico es el instrumento conferido por el ordenamiento jurídico a los particulares para que en ejercicio de la autonomía de su voluntad privada puedan regular sus intereses por sí mismos, mediante la creación de normas particulares con miras a la satisfacción de sus necesidades familiares, sociales, económicas, culturales, educativas, etc.

117 GALGANO, Francesco, "Del negocio jurídico al contrato", en *Derecho de las obligaciones*, CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (coordinadora), reimpr., Temis, Bogotá, 2011, T. I, p. XVII.

Las personas satisfacen sus más diversas necesidades relacionándose lícitamente con los demás, v. gr., mediante el matrimonio, el reconocimiento de hijo, la adopción, el contrato, el testamento, el legado, el poder, etcétera. El ordenamiento jurídico enlaza a estos actos efectos conforme a la función económico-social que cumplen cada uno de ellos.

El acto jurídico es la manifestación de voluntad lícita que tiene por fin inmediato la creación, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Por tanto, *los efectos del acto jurídico son la creación, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.*

De paso, recordemos que la *relación jurídica* es el vínculo entre un sujeto titular de un derecho con un sujeto titular de un deber u obligación. El objeto del acto jurídico es una relación jurídica patrimonial o extrapatrimonial. A su vez, el objeto o contenido de la relación jurídica es la *prestación*, que no es otra cosa que la conducta que debe desarrollar el sujeto del deber, consistente en dar, hacer o no hacer algo, para satisfacer el interés del sujeto del derecho. Y el objeto de la prestación son los bienes, derechos, servicios y abstenciones.

La *situación jurídica* es la calificación que el ordenamiento jurídico atribuye a las personas, cosas y actos. Es la posición permanente y objetiva que ocupa cada sujeto en una relación jurídica (marido, mujer, acreedor, deudor, propietario, poseedor, etc.), que lo habilita para el ejercicio de determinados poderes o facultades mientras tal situación subsista. La situación jurídica se compone de derechos y deberes u obligaciones que una norma jurídica atribuye a una persona que se encuentra en determinadas condiciones y en cierto contexto. La ley crea situaciones jurídicas abstractas (mayor de edad, vendedor, arrendatario, etc.), la mayoría de las cuales se concretizan mediante actos jurídicos específicos (matrimonio de A y B, compraventa celebrada entre X y Z).

La manifestación de voluntad está dirigida a producir determinados efectos prácticos amparados por el Derecho en la medida de que sean lícitos. Si el acto es típico, los efectos queridos por el sujeto son los generalmente previstos en el ordenamiento y si el acto es atípico, los efectos provienen preferente y directamente de la voluntad del manifestante (efectos *ex voluntate*). Sea el acto típico o atípico, se pueden dar efectos jurídicos que van más allá de la previsión del sujeto, pero que están previstos en el Derecho de reserva (normas dispositivas). Por ejemplo, sea el acto típico o atípico por el que se transfiere la propiedad,

la posesión o el uso de un bien, el transferente está obligado al saneamiento (art. 1484), aun cuando las partes no hayan previsto esta obligación¹¹⁸.

Los efectos del acto jurídico consisten en crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas, esto es derechos y deberes u obligaciones.

Cuando el acto jurídico produce efectos, se dice que es *eficaz*. Cuando no produce los efectos que le son propios, todos o algunos de ellos, el acto es *ineficaz*.

En los actos familiares la mayoría de los efectos extrapatrimoniales provienen directamente de normas imperativas, sin que las partes puedan modificarlos ni menos suprimirlos; por ejemplo, celebrado el matrimonio, los cónyuges deben hacer vida en común; solamente algunos efectos están librados a su autónoma decisión, v. gr., el derecho de decidir qué educación darles a sus hijos. En cambio, los efectos patrimoniales del matrimonio están librados a la autonomía de la voluntad de los cónyuges quienes de mutuo acuerdo pueden decidir lo que mejor convenga a sus intereses; por ejemplo, pueden decidir si optan por el régimen de separación de patrimonio o por el de sociedad de gananciales.

En los actos jurídicos patrimoniales, no familiares, prima la autonomía de la voluntad privada, con las escasas limitaciones de las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. Las normas que regulan los actos patrimoniales son predominantemente dispositivas por cuanto los particulares pueden dejarlas sin efecto en sus actos particulares, para obtener efectos distintos de los señalados en estas normas, las que son de aplicación únicamente cuando las partes han guardado silencio creando vacíos en sus negocios, vacíos que son llenados con tales normas dispositivas (Derecho de reserva). Por ejemplo, el art. 1550 establece que el vendedor debe entregar el bien al comprador "en el estado en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato, incluyendo sus accesorios"; en un contrato particular de compraventa, las partes pueden derogar esta norma, si es que acuerdan, v. gr., que el vendedor entregará el bien luego de hacer ciertas mejoras, o que el bien será entregado sin sus accesorios. La norma

118 Cfr. Messineo: En los negocios típicos se dan efectos *exclusivamente legales*. Cuando el negocio es atípico, "los efectos nacen (*siempre que sean lícitos*) directamente de la voluntad del sujeto, la cual es el factor determinante de un tal negocio" (MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 339).

del art. 1550 es de aplicación solamente si es que las partes contratantes no han dispuesto lo contrario.

Los principales efectos jurídicos provenientes de la manifestación de voluntad son los previstos y queridos por el sujeto (agente o parte que realiza o celebra el acto), reconocidos y garantizados por el Derecho; otros efectos secundarios, en cambio, aunque no sean queridos y previstos están íntimamente conectados al acto y se derivan directamente del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, los efectos principales queridos y previstos por las partes son necesariamente la transferencia de la propiedad del bien vendido y el pago del precio respectivo, pudiendo ser probable que las partes no previeron ni quisieron, de primera intención, que de este contrato surja también la obligación de saneamiento; pero a falta de previsión por los contratantes, la ley establece que de todos modos el vendedor está obligado al saneamiento por evicción y por vicios ocultos existentes en el bien al momento de la celebración del contrato (art. 1484). De este modo, la ley suple la voluntad de las partes cuando estas han guardado silencio y por tratarse de una obligación legal, el vendedor no podrá, llegado el caso, eximirse de ella, salvo pacto expreso en contrario. A estos efectos secundarios que provienen directamente de la ley se les denomina efectos *ex lege* (efectos legales).

Pero el acto jurídico puede producir también efectos respecto de terceros, como sucede con el contrato en favor de tercero. Aquí se habla de *efectos reflejos* del acto jurídico. Por ejemplo, "A" presta una cantidad de dinero a "B", quien se obliga a pagar los intereses a "C", persona extraña a la relación contractual.

Ya hemos hecho referencia de que en la doctrina se discute si los efectos del acto jurídico son producidos por voluntad del agente o agentes o por disposición de la ley. Por ejemplo, Borda¹¹⁹ manifiesta que "es preciso afirmar que la fuerza obligatoria de los contratos no deriva de la voluntad de las partes, sino de la ley".

Sin embargo, es ociosa la discusión sobre si la eficacia del acto jurídico se deriva de la voluntad que lo crea o de la ley que sanciona su resultado, dado que ni la voluntad por sí sola alcanzaría el propósito buscado sin el amparo del ordenamiento jurídico ni este podría tomar en cuenta el efecto producido sin la iniciativa de la voluntad particular (De Ruggiero).

119 BORDA, *Manual de Derecho civil. Parte General*, cit., p. 417.

La experiencia jurídica nos muestra que ni la voluntad ni la ley consideradas por sí solas son la causa eficiente de los efectos del acto jurídico, sino que para que se produzcan tales efectos se requiere necesariamente de la concurrencia de ambos elementos: la voluntad y la ley. Una declaración de voluntad, sin que la ley le confiera efectos, no es jurídica; a lo más será una obligación moral la que se derive de dicha declaración, sin que el acreedor tenga acción para recurrir a los poderes públicos para exigir compulsivamente su cumplimiento; y una ley sin declaración de voluntad de crear, modificar o extinguir una relación jurídica concreta permanece quieta como una declaración abstracta que es, sin producir consecuencias jurídicas concretas. Así, por ejemplo, la compraventa produce el efecto de la transmisión de la propiedad del bien vendido, en cuanto la voluntad de las partes está dirigida a producir dicho efecto jurídico, pero no se producirá tal efecto si se constata que las partes no lo quisieron porque el contrato fue simulado.

En el acto jurídico, la declaración de voluntad constituye el presupuesto de hecho al cual la ley le aneja efectos de Derecho; ese presupuesto puede estar dado por una sola declaración de voluntad, como el testamento, o por dos o más voluntades, v. gr., el matrimonio, el contrato; o, también, el presupuesto puede estar integrado por una o más voluntades, más otros elementos humanos o externos. Si en un acto celebrado en la realidad social se verifican todos los elementos del presupuesto normativo (el acto social se subsume en el supuesto normativo), se debe producir automáticamente el efecto reconocido por la norma, previsto y querido o no por las partes, por eso se dice que los efectos queridos se producen *ex voluntate*, y los no queridos o los no previstos son obligatorios *ex lege*. Como afirma Albaladejo, "el negocio no puede producir otros efectos que los que la ley reconoce y admite, ya que su eficacia procede precisamente de la sanción que le concede el Derecho, y sería contradictorio que este no quisiese absolutamente un efecto, y ordenase a la vez, su producción"¹²⁰. Conclusión: La voluntad produce los efectos jurídicos queridos y previstos por el sujeto y reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Los efectos del acto jurídico consisten en:

- a) *La creación de relaciones jurídicas.* Con el acto jurídico se crea una relación jurídica que antes no existía. Por ejemplo, con la celebración

120 ALBALADEJO, *Curso de derecho civil español*, cit., T. I, p. 355.

de un contrato de compraventa se crea una relación jurídica entre vendedor y comprador; con el reconocimiento de hijo, se crea una relación jurídica familiar entre padre e hijo.

- b) *La regulación de relaciones jurídicas.* El acto jurídico establece o determina un conjunto de derechos y deberes que las partes van a ostentar en virtud de la relación jurídica existente entre ellas. Por ejemplo: se establecen los derechos y obligaciones de cada una de las partes contratantes, se interpreta el sentido y alcance de un acto presente o futuro; se pacta que el deudor responderá por daños que no le son imputables.
- c) *La modificación de relaciones jurídicas.* Con el acto jurídico se altera el contenido de una relación preexistente. Por ejemplo, con la disminución o aumento de la renta que venía pagando el arrendatario, se modifica el contrato de arrendamiento.
- d) *La constatación de la existencia de relaciones preexistentes.* Con el acto jurídico se constata la existencia de una relación jurídica. Por ejemplo, con el reconocimiento de deuda, se constata una obligación preexistente.
- e) *La extinción de relaciones jurídicas.* Como consecuencia del acto jurídico deja de existir una relación preexistente. Por ejemplo, con el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto (art. 1313).

En otros términos, los efectos del acto jurídico consisten en crear, regular, modificar o extinguir derechos, deberes o situaciones jurídicas o se constata la existencia de relaciones preexistentes.

13. OTORGANTE, SIGNATARIO, SUCESOR UNIVERSAL Y TERCEROS

13.1. Otorgantes

Otorgantes (o agentes, o partes, o sujetos del acto jurídico) son las personas que por sí o mediante representante celebran un acto jurídico asumiendo los deberes u obligaciones y adquiriendo los derechos que de él se derivan¹²¹.

121 "Sujeto del negocio o parte (en sentido formal) es aquel, según la valoración de la conciencia social que la ley hace propia, a quien corresponde su paternidad y al que debe referirse, no solo

Hay actos jurídicos que para ser creados válidamente requieren de la manifestación de voluntad de una sola persona (un solo otorgante); por ejemplo, en el otorgamiento del testamento debe intervenir únicamente la manifestación de voluntad del testador, si interviene otra persona declarando su voluntad, el testamento se invalida. En cambio, en los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales, necesariamente deben intervenir dos o más otorgantes (v. gr., el matrimonio, el contrato)¹²².

A los *otorgantes* se les denomina también *agentes* (art. 140, inc. 1) o *partes*, o *sujetos*. En ciertos actos jurídicos, como los contratos, cada una de las partes puede estar constituida por una sola persona natural o jurídica; por ejemplo, el propietario A arrienda un bien a B, o por dos o más personas naturales o jurídicas, v. gr., los copropietarios A, B y C venden el bien común a X. En este último ejemplo, la parte vendedora está integrada por tres personas y la compradora por una. Por eso es que el contrato es definido como “el acuerdo de dos o más partes” (art. 1351) y no como “el acuerdo de dos o más personas”.

También son partes los sucesores universales, no los singulares. Sucesor universal es el que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de su causante. Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones (provengan de un acto jurídico lícito o ilícito) que constituyen la herencia se transmiten a sus herederos (art. 660). Sucesor singular es el que recibe un derecho en particular, es decir, son los que reemplazan a una persona en una relación o situación jurídica determinada, ocupando su lugar, por ejemplo, el comprador sucede al vendedor en los derechos de uso, goce, disfrute, disposición y reivindicación del bien que compra.

la forma del acto —la declaración o el comportamiento—, sino también el contenido, el precepto del negocio. No basta para conferir la calidad de “parte” el hecho de que a una persona sea atribuible la forma del acto por sí sola (piénsese en un mensajero o en otro instrumento de entrega). Es preciso que a aquella persona concierna también el contenido del acto, la significación que ostenta de una autorregulación de intereses privados” (BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 68).

122 “Las manifestaciones de voluntad se nos ofrecen bajo dos formas diversas: 1° Como expresión de una voluntad única, y citaré en primer término los testamentos que encontrarán su lugar oportuno en una partes especial del sistema, el derecho de sucesiones. 2° Como el concurso de dos o más voluntades, es decir, como contrato” (Savigny, ob. cit. 151).

Todo el que interviene, por sí o mediante representante, en la celebración de un acto jurídico y, en su caso, sus herederos (sucesores universales), son *partes* y como tales adquieren todos los derechos y contraen todas las obligaciones derivadas de dicho acto. Los que no han intervenido en la celebración del acto jurídico son *terceros* y, por tanto, no adquieren los derechos ni contraen las obligaciones derivadas de tal acto.

13.2. Signatario

El signatario es el firmante del acto jurídico cuando este se ha celebrado por escrito. El signatario puede ser el propio otorgante cuando él interviene personalmente en la celebración del acto ejerciendo su derecho o puede ser su representante, quien luego de firmar el documento que contiene el acto, permanece como un tercero que no se perjudica ni se beneficia con dicho negocio.

Hay actos jurídicos que no requieren ser firmados; por ejemplo, los actos jurídicos no formales que se han celebrado por escrito, sin embargo, el hecho de no haber sido firmados puede presentar dificultades para probar su existencia; algunos actos con forma escrita probatoria, v. gr., la carta fianza bancaria no necesita ser firmada por el acreedor a favor de quien ha sido otorgada, puesto que la ley establece que la fianza se debe celebrar por escrito, pero no dice que debe ser firmada (art. 1871).

13.3. Sucesor universal

A partir de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten automáticamente, sin solución de continuidad, a sus sucesores (art. 660). Esta es la *sucesión mortis causa* (por causa de muerte). Al difunto se le denomina causante, occiso, *de cujus*. Al que asume la titularidad de la herencia se le denomina "heredero universal". El heredero universal adquiere la totalidad de los bienes, créditos y débitos de su causante. Como el heredero ocupa la posición jurídica de su causante, es *parte* en los actos jurídicos que dicho causante ha celebrado en vida. Esta regla presenta algunas excepciones, así: cuando la ley o el acto jurídico (especialmente el contrato) disponen que los derechos y obligaciones del causante no se transmiten a sus herederos; cuando el acto jurídico ha sido concluido *intuitu personae*, o sea cuando las calidades de la persona han sido decisivas, –por ejemplo, se contrata los servicios de un escultor para que confeccione una estatua y el artista fallece antes de terminar la obra, sus herederos no están obligados a terminarla.

13.4. Los terceros

Tercero es toda persona que no es parte en un acto jurídico, por cuanto no ha intervenido en su celebración ni por sí ni mediante representante. Existen los *terceros relativos*: sucesores a título particular, los acreedores, los *terceros absolutos* y los intervinientes no partes.

a) *Sucesores a título particular*

Sucesor singular o particular es el que recibe un derecho en particular de otra persona. En principio no es alcanzado por los efectos de los actos jurídicos en los cuales no es parte, salvo excepciones.

Los terceros singulares pueden ser instituidos por actos intervivos, por ejemplo, el comprador sucede a su vendedor en el derecho de propiedad del bien que compra, o por actos *mortis causa* (por causa de muerte). El sucesor singular por causa de muerte es sinónimo de *legatario*. El testador puede disponer como acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más de sus bienes, o de una parte de ellos, dentro de su facultad de libre disposición (art. 756); el derecho al legado se adquiere *ipso iure* a la apertura de la sucesión (a la muerte del causante).

Como se aprecia, el *tercero singular* o *particular* sucede a una persona en un derecho determinado, pero es extraño a los otros actos jurídicos realizados por su antecesor, los cuales no lo tocan ni para beneficiarlo ni para perjudicarlo. Por ejemplo, el comprador deriva su derecho del contrato de compraventa que ha celebrado con su vendedor, pero es un tercero extraño a todos los otros actos jurídicos realizados por su vendedor; el legatario obtiene su derecho del testamento en que ha sido instituido como tal, pero es ajeno a todos los otros actos jurídicos otorgados por el testador. Sin embargo, como todo en Derecho, esta regla tiene excepciones. Ocurre a veces que el tercero es ajeno a un acto jurídico, pero tiene en él algún interés o derecho por estar vinculado económica o jurídicamente con una de las partes; ya en el momento de celebrarse, ya en su curso o por razón de sus efectos. Ejemplos: "A", acreedor hipotecario de "B", es tercero con relación al contrato de compraventa del bien hipotecado a su favor celebrado entre el hipotecante "B", como vendedor, y "C", como comprador; mientras "C" es tercero con relación al acto jurídico de constitución de hipoteca celebrado entre "B" y "A"; sin embargo, el gravamen hipotecario alcanza al comprador "C", quien hasta puede perder el bien, en caso de

ejecución si el deudor "B" no paga la deuda (art. 1117). Si el testador lega un bien que está gravado por derechos reales de garantía (hipoteca, garantía mobiliaria), el bien pasará al legatario con los gravámenes que tuviere (art. 760). En caso de enajenación del bien arrendado, si el arrendamiento está inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato de arrendamiento celebrado por su enajenante (art. 1708.1).

b) *Los acreedores*

Los acreedores, sean quirografarios (comunes o simples: no cuentas con garantías reales o personales), privilegiados (el recupero del crédito está respaldado con garantías reales o personales) o garantizados, son terceros con relación a los actos de disposición o gravámenes o a los actos de renuncia a derechos que realicen sus deudores.

Los acreedores no pueden interferir en los actos que realicen sus deudores sobre su patrimonio, salvo que con tales actos se ponga en peligro el recupero de su acreencia. Por ejemplo: si el deudor con los actos de disposición de sus bienes causa daño a su acreedor, impidiendo o dificultando la recuperación del crédito, el acreedor puede solicitar que, con relación a él, se declaren ineficaces esos actos a fin de que pueda embargar y rematar los bienes enajenados, para con el producto del remate hacerse pago de su crédito (art. 195). Si el acto de disposición o gravamen realizado por el deudor es simulado, el acreedor puede solicitar que se declare nulo (art. 190).

c) *Los terceros propiamente dichos o penitus extranei*

Los terceros propiamente dichos o *penitus extranei* son los verdaderos terceros por cuanto no tienen ninguna relación con el acto jurídico y sus efectos. Para los terceros, el acto jurídico es *res inter alios acta*, un hecho realizado por otros. Por tanto, el acto no puede desplegar su eficacia ni en beneficio, ni en perjuicio de los terceros (*nec prodest, nec nocet*). Si el acto jurídico afectara a terceros no sería un acto de autonomía privada por el que se regulan los intereses propios, sino sería un acto de invasión de la esfera jurídica ajena. Por ejemplo, "X", quien no tiene ninguna relación económica ni jurídica con "A" y "B", es totalmente extraño al contrato por el cual "A" vende su casa a "B"; con este contrato no se beneficia ni se perjudica a "X". El principio de la limitación de la eficacia del acto jurídico a la esfera jurídica de las partes que lo celebran se encuentra consagrado en el art. 1363 que dispone: "*Los contratos solo producen efectos entre las*

partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles". Aunque el campo de aplicación de este principio está limitado al régimen jurídico de los contratos, no vemos inconveniente para aplicarlo a todo tipo de acto jurídico. También este principio presenta excepciones: v. gr., las convenciones colectivas de trabajo que afectan, incluso, a los trabajadores del gremio que votaron en contra del convenio o que no están afiliados al gremio; el contrato en favor de tercero, como el contrato de seguro de vida que tiene un beneficiario ajeno al tomador de la póliza; la constitución de una fundación para beneficiar a terceros; los contratos por los cuales se constituyen derechos reales producen efectos contra todos.

d) *Los intervinientes no partes*

Son aquellos que han concurrido a la celebración del acto jurídico sin comprometer un interés propio, aunque con su intervención contribuyan a que el acto se celebre, por ejemplo, el caso del notario o de los testigos que intervienen el otorgamiento de una escritura pública. Los efectos del acto jurídico no alcanzan a los intervinientes en su celebración.

14. LA TEORÍA GENERAL DE LOS HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS EN LA LEGISLACIÓN

Ni en el Derecho romano, ni en el medieval, ni en la doctrina moderna se conoció una teoría sistemática sobre los hechos y actos jurídicos, con la autonomía que le reconoce el Derecho contemporáneo, pues en dichas épocas solamente se estudiaban instituciones aisladas como el matrimonio, los contratos, los testamentos, etc.

La teoría del negocio jurídico fue delineada por los jusnaturalistas alemanes del siglo XVIII, recogida a continuación por los pandectistas y luego reelaborada magistralmente por la doctrina italiana.

Según refiere Boffi después del viejo Código de Prusia de 1794, que distingue los actos jurídicos de los meramente lícitos, pasa un tiempo hasta que Windscheid y otros pandectistas comiencen a elaborar la doctrina del hecho y del negocio jurídico¹²³. El negocio jurídico está legislado con el nombre de acto

123 BOFFI BOGGERO, *Teoría general del hecho jurídico*, cit., p. 26.

jurídico en los códigos civiles de Argentina, Chile, Paraguay, Cuba, Perú, entre otros.

El *Código civil francés* de 1804 no reguló sobre una teoría general sobre el acto jurídico, pero sí tiene una teoría general sobre el contrato. Sobre la base de esta teoría respecto al contrato, la doctrina francesa ha elaborado una teoría del acto jurídico creador de situaciones jurídicas, tanto en el campo patrimonial como en el extrapatrimonial. Teóricamente se distingue entre convención y contrato; el contrato es una convención que tiene por objeto crear un vínculo obligacional (art. 1101) entre un acreedor y un deudor. Pero en el lenguaje jurídico práctico se identifican convención y contrato, "después de todo, el título III del Libro III del Código civil se intitula "De los contratos o de las obligaciones convencionales en general", lo que demuestra que para los redactores del Código, las obligaciones convencionales y las obligaciones contractuales se asimilan"¹²⁴. Se exigen cuatro condiciones para que un contrato quede formado válidamente: consentimiento, capacidad, objeto y causa (art. 1108). Son vicios del consentimiento que dan lugar a la anulación del contrato: el error (arts. 1109 y 1110), el dolo (arts. 1116 y 1117), la violencia (arts. 1111 al 1115).

El *Código civil alemán* (el famoso BGB) promulgado en 1896, vigente desde el 1 de enero de 1900, cristalizó la doctrina de los hechos y de los actos jurídicos en la Sección Tercera del Libro I, art. 104 a 185. Este Código utiliza la expresión *manifestación de voluntad* (*willenserklärung*) como sinónima de *negocio jurídico*.

El Título 2 de la Sección III del Libro I del BGB está dedicado a la *declaración de voluntad*. Se establece la irrelevancia de la reserva mental (art. 116). Se declara nula la declaración simulada (art. 117). Se considera nula la declaración hecha sin intención seria (art. 118). El acto por error en la formación de la voluntad o en la declaración de la voluntad (art. 119) o en la transmisión de la declaración (art. 120) determina la anulación del acto. La declaración puede ser anulada solo si el destinatario o tercero de buena fe habría debido conocer el dolo (art. 123). La declaración hecha por coacción o amenazas es anulable (art. 123). Se establece que en la duda la falta de forma comporta la nulidad (art. 125). Se admite la conversión del negocio nulo (art. 140)¹²⁵.

124 LARROUMET, *Teoría general del contrato*, cit., vol. I, p. 60.

125 BGB: Art. 116. *Reserva mental*. Una declaración de voluntad no es nula por reservarse el declarante para sí no querer lo declarado. La declaración es nula si se emite frente a otro y este conoce la reserva.

El *Código civil italiano*, promulgado el 16 de marzo de 1942, vigente desde el 21 de abril del mismo año, fiel a la tradición, no obstante que es en la doctrina italiana donde la teoría general del negocio ha alcanzado su máximo desarrollo, no contiene una teoría general sobre esta materia, limitándose a dictar en el Título II, Libro de las Obligaciones, una disciplina general de los contratos, haciendo extensiva sus normas, en cuanto sean compatibles a los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial (art. 1324¹²⁶). Contrariamente a la opción legislativa, la figura del negocio jurídico es una de las más difundidas por la doctrina italiana. Sin embargo, por lo dispuesto en el citado art. 1324, el

Art. 117. Si una declaración de voluntad, que debe emitirse frente a otro, se emite con la conformidad de este solo en forma aparente, es nula. (2) Si el negocio jurídico simulado encubre a otro, se aplican las disposiciones que regulan el negocio jurídico encubierto.

Art. 118. *Falta de seriedad*. Una declaración de voluntad no pensada en serio, y que se emite con la esperanza de que tal falta de seriedad no pase desapercibida, es nula.

Art. 119. *Impugnabilidad por error*. (1) Quien al emitir una declaración de voluntad estaba incurso en un error respecto de su contenido o no quería en absoluto realizar una declaración con ese contenido, puede impugnarla si puede suponerse que, de haber conocido la realidad de los hechos y apreciado razonablemente el caso, no la habría emitido. (2) Por error en el contenido de la declaración se entiende también el error en las cualidades de la persona o del bien que se consideran relevantes en el tráfico.

Art. 120. *Impugnabilidad por transmisión incorrecta*. Una declaración de voluntad que ha sido transmitida incorrectamente por la persona o institución utilizada para efectuar dicha transmisión puede ser impugnada bajo los mismos presupuestos del art. 119 para una declaración de voluntad emitida erróneamente.

Art. 123. *Impugnabilidad por causa de engaño o intimidación*. (1) Quien ha sido inducido a emitir una declaración de voluntad mediante engaño doloso o ilícitamente por intimidación puede impugnar la declaración. (2) Si el engaño procede de un tercero, la declaración que debía emitirse frente a otro solo es impugnable si este conocía el engaño o debía conocerlo. Si otra persona diferente de aquella frente a la cual debía emitirse la declaración de voluntad ha adquirido un derecho como consecuencia inmediata de la declaración, se puede impugnar la declaración frente a ella si conocía o debía conocer el engaño.

Art. 125. *Nulidad por defecto de forma*. Un negocio jurídico que no observa la forma exigida por la ley es nulo. La inobservancia de la forma determinada en un negocio jurídico también tiene como consecuencia, en caso de duda la nulidad.

Art. 140. *Conversión*. Si un negocio jurídico nulo reúne las exigencias de otro negocio jurídico, rige este último si puede suponerse que tal vigencia se desearía una vez conocida la nulidad.

126 *CC italiano*, "Art. 1324. Normas aplicables a los actos unilaterales. Salvo disposiciones contrarias de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán en cuanto fueren compatibles, respecto de los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial".

rechazo a adoptar una sistemática centrada en la teoría general sobre el acto o negocio jurídico, es más aparente que efectivo¹²⁷.

Frente a los que anuncian la desaparición del negocio jurídico, Ferri¹²⁸ refiere que J. H. Merryman, ilustre cultor del *Common Law*, en su obra *La tradizione di Civil Law nell'analisi di un giurista di Common Law* (Milán, 1973, p. 113) ha definido al negocio jurídico como “la más alta conquista, el orgullo máximo de la doctrina civilística”; “el modelo ideal de los métodos y objetivos de la ciencia jurídica”.

El *Código civil brasileño*, promulgado en 1916, vigente desde 1917, que se inspiró en el Código civil alemán de 1900, legisló en el Libro III de la Parte General (arts. 74 al 179) sobre los “Hechos Jurídicos” y, en el Título Primero de ese libro, lo hace sobre los “Actos jurídicos”. En el art. 81 definió al acto jurídico como “todo acto lícito, que tenga por fin inmediato adquirir, resguardar, transferir, modificar o extinguir derechos”. La expresión *acto jurídico* fue usada con la significación del *negocio jurídico* de la doctrina alemana. El nuevo Código civil brasileño de 2002, en el Libro III, Título I, legisla sobre “*El negocio jurídico*” (Libro III, de los hechos jurídicos, Título I, del negocio jurídico, arts. 104 y ss.).

127 *La Relazione al Codice civile*, al exponer los fundamentos de las decisiones del legislador a favor de una regulación del contrato (y no del negocio), puntualiza: “las normas establecidas para los contratos tienen alcance expansivo, tal cual se deduce de la disposición del art. 1324, que aportará a la doctrina, con seguridad, el instrumento y el sustento legislativo para una cabal elaboración científica del negocio jurídico. Análogamente, la regulación sustancial del contrato se extiende a los acuerdos, salvo en lo concerniente a las particularidades que estos presentan (por ejemplo, en la formación y en los efectos)”. Por tanto la capacidad expansiva de la regulación de los contratos a los actos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial o no patrimonial, a pesar de las características estructurales (bilaterales) de la institución, hace del contrato una suerte de sinónimo del negocio jurídico (FERRI, *El negocio jurídico*, cit., p. 167). De otro lado, el art. 587 del Código civil define al testamento como el acto con el cual el testador dispone de sus bienes propios, o de parte de ellos, para el momento de su fallecimiento. Por lo tanto, el testamento es un negocio dispositivo que contiene una autorregulación de intereses (de carácter patrimonial y no patrimonial), cuyas fases y alcance, y cuyas características estructurales, tiene, frente al ordenamiento jurídico, una valoración comprensiblemente distinta de la que el mismo ordenamiento expresa con referencia a otras figuras negociales (FERRI, *El negocio jurídico*, cit., p. 186). Es indudable que también debe comprenderse en la categoría de los actos de autonomía privada (y por lo tanto, en la categoría del negocio jurídico) el matrimonio, una institución en que la libre voluntad de los contrayentes está llamada a cumplir un papel fundamental (FERRI, *El negocio jurídico*, cit., p. 188).

128 FERRI, Giovanni Battista, *El negocio jurídico*, cit., p. 186.

El *Código civil portugués* de 1966 desarrolla la Teoría General del Derecho civil en el Libro Primero, donde sienta los principios básicos de la legislación sobre las personas, cosas y el "Negocio jurídico".

El derogado *Código civil argentino* de Vélez Sársfield, promulgado en 1869, que rigió desde el 1 de enero de 1871, fue redactado por Dalmacio Vélez Sársfield, quien se inspiró en los pandectistas alemanes como Savigny, en el *Esboço* de Freitas, el Código chileno de Andrés Bello, en Pothier, en el proyecto español de Florencio García Goyena. En el Libro Segundo, Sección Segunda, trata: "De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones"¹²⁹. El Título I trata De los hechos (art. 896 a 943); en los Títulos II al VII se ocupa de los actos jurídicos (arts. 944 a 1065); y en los Títulos VIII y IX se refiere a los actos ilícitos. Sorprende que solamente el Código civil argentino contenga disposiciones sobre una teoría general de los hechos jurídicos, además de la teoría sobre los

129 En nota puesta por Vélez Sársfield debajo de esta Sección Segunda se lee lo siguiente: "En esta sección se verán generalizadas los más importantes principios del Derecho, cuya aplicación parecía limitada a determinados actos jurídicos. La jurisprudencia en mil casos deducía sus razones de lo dispuesto respecto de actos que, en verdad, no eran siempre semejantes. Si el vicio, por ejemplo de violencia o intimidación debía anular los contratos, ¿por qué no anularía también el reconocimiento de un hijo natural, la aceptación de una letra, la entrega al deudor del título de crédito, etc.? ¿por qué no diríamos en general que los actos que crean o extinguen obligaciones, se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad, generalizando así los principios, y generalizando también su aplicación? Mil veces nuestras leyes se ven en la necesidad de repetir que el incapaz de Derecho, no puede hacer determinados contratos, y mil veces guardar silencio respecto a los incapaces, tratándose de actos que hacen nacer obligaciones iguales a las que nacen de los contratos. Todos los Códigos publicados, con excepción del de Prusia, dice Freitas, tienen el gravísimo defecto de haber legislado sobre materias de aplicación general a casi todos los asuntos del Código civil, del Código de comercio o del Código de procedimientos, como si fuesen exclusivamente aplicables a los contratos y testamentos. Con este sistema han embarazado el exacto conocimiento del Derecho privado, aislando fenómenos que son efectos de la misma causa, y haciendo de esta manera que muchas especies escapen a la influencia de los principios que debían regirlos. Tratándose de cualquier acto voluntario, tratándose de actos jurídicos que no son contratos o testamentos, como las relaciones de familia o como los actos de procedimiento en los juicios, a los menos versados repugna aplicar disposiciones legislativas sobre contratos y testamentos, que fueren establecidas para aquellas dos clases de actos jurídicos. Este régimen que desliga todas las clases de los actos que crean o extinguen obligaciones, queda siempre incompleto en los Códigos, por mayor que sea el número de las repeticiones y referencias" (*Código civil de la República Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 1989, pp. 196-197).

actos jurídicos y los actos ilícitos (art. 896 al 943). El art. 896 dispone: “Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones”¹³⁰. El art. 944 establece que los actos jurídicos tienen por fin inmediato “establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”. La denominación de *acto jurídico* se corresponde con el significado del *negocio jurídico* de la doctrina alemana. El nuevo Código civil y comercial argentino regula los “Hechos y Actos Jurídicos” en el Título IV del Libro I, artículos 257 y siguientes.

El nuevo Código civil y comercial argentino, vigente desde el 1.8.2015, siguiendo al Código derogado, en el Libro Primero, Título IV, regula sobre los hechos y los actos jurídicos.

El *Código civil* de Andrés Bello rige en Chile, Colombia y Ecuador, con algunas modificaciones. En Chile fue aprobado el 14 de diciembre de 1855; el Libro Cuarto trata: “De las obligaciones en general y de los contratos”, el Título II, “De los actos y declaraciones de voluntad” (arts. 1445 al 1469), regula sobre los elementos necesarios del acto jurídico, la capacidad de las personas, la representación y los vicios del consentimiento. En Colombia fue sancionado el 26 de mayo de 1873, en el Libro Cuarto se ocupa “De las obligaciones en general y de los contratos”, el Título II de este Libro se denomina: “De los actos y Declaracio-

130 La nota puesta debajo de este artículo por Vélez Sársfield dice: “No se trata de los hechos como objeto de derecho, sino únicamente como causa productora de derechos. El hecho del hombre puede ser considerado bajo dos relaciones: 1º Como objeto de un derecho, por ejemplo cuando alguno debe hacer algo en nuestro favor, como la entrega de una cosa, la ejecución o abstención de alguna acción, materia que ya hemos tratado. 2º Como fuente de un derecho. Así, cuando alguno me vende o me entrega una cosa, el hecho de la venta tiene por efecto darme la propiedad de la cosa. O bien alguno destruye una cosa mía, y de este modo me resulta el derecho de demandar la reparación del perjuicio que tal hecho me ha causado (...). Los hechos como objeto de derecho y de los actos jurídicos son siempre actos humanos, positivos o negativos, acciones u omisiones. Los hechos, causa productiva de derechos, pueden ser actos humanos o actos externos, en que la voluntad no tenga parte. Los hechos humanos no son los únicos generadores o destructores de derechos, puesto que hay numerosos e importantes derechos que se adquieren o se pierden solo por el mero efecto de otros hechos, que no son acciones u omisiones voluntarios o involuntarios, que llamamos hechos externos y que podrían llamarse accidentales o hechos de la naturaleza, como son los terremotos, las tempestades, etc., que hacen perder muchas veces los derechos constituidos por obligaciones o contratos o como son los que hacen adquirir derechos, tales como las accesiones naturales, la sucesión ab intestato, cuya causa productiva de derecho es el hecho del fallecimiento de la persona a que se sucede, o como son también los derechos que se derivan del nacimiento” (*Código civil de la República Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 1989, pp. 196-197).

nes de Voluntad, arts. 1502 y ss. En Ecuador fue aprobado el 21 de noviembre de 1857, comenzó a regir el 1 de enero de 1861. Las últimas modificaciones han de 1970, 2005 y la vigente de 2015; el Libro IV, trata: “De las obligaciones en general y de los contratos”, y en Título II de este Libro, “De los actos y declaraciones voluntad”, arts. 1488 y ss.

El *Código civil peruano de 1852*, promulgado el 29.12.1851, vigente desde el 29.7.1852, se inspiró en el *Code Napoleon* de 1804. Ignoró la teoría del acto jurídico. En el Libro Tercero, Sección Primera, contiene una teoría general sobre el contrato: su clasificación, los requisitos esenciales, los vicios del consentimiento (error, dolo y violencia), las modalidades (condición, plazo).

El *Código civil peruano de 1936*, promulgado el 14.8.1936, vigente desde el 14.11.1936, se inspiró en el BGB alemán de 1900, pero se apartó del modelo de este Código dividido en una Parte general y partes especiales. Como no contiene una Parte general, legisló sobre una teoría general de los actos jurídicos en el Libro Quinto, dedicado al Derecho de las Obligaciones. El ponente de este Libro fue el maestro sanmarquino Manuel Augusto Olaechea.

El vigente *Código civil peruano de 1984*, promulgado el 24.7.1984, que entró a regir desde el 14.11.1984 regula sobre una Teoría del Acto Jurídico en el Libro II.

El concepto de “acto jurídico”, adoptado por nuestra legislación, corresponde al concepto de “negocio jurídico” del CC alemán (BGB de 1900) y a lo expuesto en la doctrina jurídica germano italiana. El mismo sentido tiene el concepto de acto jurídico utilizado por el CC argentino de 1869, el CC brasileño de 1916, el CC paraguayo de 1986, el CC cubano de 1987. Tanto el Código argentino como el brasileño tuvieron como antecedente inmediato el plan de codificación conocido como *Esboço* del famoso jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas, dado a publicidad entre 1860 y 1865; Freitas, a su vez, se inspiró en los doctrinarios alemanes que fueron los primeros en delinear la teoría general sobre el negocio jurídico. El vigente Código civil y comercial argentino, en el Título IV del Libro Primero, regula sobre los “hechos y actos jurídicos”.

El vigente Código civil peruano de 1984, a diferencia del Código de 1936, que no definió el acto jurídico e ignoró a la causa como requisito para su validez, define al acto jurídico como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Además, establece que son requisitos necesarios para su validez: el agente capaz, objeto física y jurídicamente

posible, fin lícito (la causa como elemento esencial) y la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad (art. 140).

La sistemática del Libro II del Código es como sigue: comprende diez títulos. El Título I se refiere a las disposiciones generales: Concepto y requisitos consubstanciales (requisitos de validez) del acto jurídico; la manifestación de voluntad y el silencio positivo de origen legal o convencional. El Título II legisla sobre la forma. El Título III está dedicado a la representación. El Título IV regula la interpretación del acto jurídico. El Título V consigna las disposiciones referentes a las modalidades del acto jurídico. El Título VI trata lo concerniente a la simulación. El Título VII disciplina el fraude del acto jurídico. Los vicios de la voluntad están consignados en el Título VIII. Las normas relativas a la nulidad del acto jurídico están contenidas en el Título IX. Finalmente el Título X trata de la confirmación del acto jurídico.

No cabe duda de que el Libro Segundo es de gran importancia en la vida del Derecho, pues cuenta con normas generales que cumplen una función integradora, cuando en las materias especiales no hay normas que las contradigan. Esto, porque la norma que prevé la solución particular prevalece sobre la que prevé la solución general que funciona como subsidiaria. Esta teoría general constituye una guía para transitar fácilmente por el campo de los actos jurídicos particulares, contratos, testamentos, matrimonios, etc., y evita la repetición de elementos comunes a todos los actos jurídicos.

Los países del *Common Law* y algunos del *Civil Law*, como Francia, ignoran la teoría general sobre el acto o negocio jurídico, se quedan solamente en el contrato. Otros países, siguiendo el ejemplo alemán, anteponen al contrato una teoría más general como es la del acto o negocio jurídico, entre ellos todos los países latinoamericanos.

Con el fenómeno de la globalización tenemos, de un lado, una pluralidad de Estados; y, del otro, la unidad de los mercados, o sea una economía transaccional, globalizada, en la que se habla solamente de contrato y no de negocio o acto jurídico. Esta realidad exige contar con categorías jurídicas comunes a todos los sujetos del mercado global. Por ello, por ej., sobre la base del contrato y no del acto jurídico se han creado los principios de los contratos internacionales, elaborados por el UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado). En el Preámbulo de estos principios se lee: "Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales de derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”.

Los pandectistas alemanes de la primera mitad del s. XIX construyeron la teoría del negocio jurídico dentro de la teoría de los hechos jurídicos, como punto culminante de una secuencia: hechos, actos, negocios jurídicos, destacando entre estos el contrato. Fue edificada la teoría del negocio jurídico sobre la base de la declaración de voluntad, sin referencia a las relaciones económicas, ya que abarca tanto las relaciones patrimoniales como los extrapatrimoniales. La voluntad es necesaria y suficiente para producir efectos jurídicos, ella es el instrumento coordinador de los intereses contrapuestos; en las relaciones sociales ella disuelve las diferencias sociales y realiza el máximo de igualdad jurídica entre los individuos.

La teoría general del contrato, introducida en la codificación civil francesa, evoca la participación de por lo menos dos sujetos, su referente económico es el intercambio de bienes, sobre la base del solo consentimiento como necesario y suficiente para producir efectos jurídicos. Es el fruto de la búsqueda de equilibrio entre la pretensión de los comerciantes de apropiarse de la riqueza de la tierra y la exigencia de la clase propietaria de no ser privados de sus bienes contra su voluntad.

En la segunda mitad del s. XIX las relaciones socioeconómicas se modifican, en los países del área alemana se desarrolla la expansión industrial, la clase empresarial solicita un trato de favor como compradora de los productos de la tierra y como vendedora a la masa creciente de consumidores. El interés que se debe satisfacer ya no es tanto el de comprar sino el de vender la mayor cantidad posible. Con la teoría de la declaración se produce un proceso de objetivación del intercambio, proceso que se lleva a cabo dentro de la categoría del negocio jurídico; se impone el predominio de la declaración sobre la voluntad, atemperada por la teoría de la confianza no culpable del destinatario de la declaración o de la buena fe del tercero adquirente, confianza y buena fe que se conciben

como equivalentes de la falta de voluntad o de la voluntad viciada. “La categoría del negocio jurídico opera, una vez más, como instrumento de coordinación de los intereses contrapuestos, si bien el punto de equilibrio comienza a desplazarse hacia la parte de los intereses mercantiles”¹³¹. Por ello, en el Código civil alemán de 1900 la “declaración de voluntad” precede al título relativo al contrato.

Cuarenta años después de la codificación alemana, los codificadores del Código civil italiano de 1942 optaron por permanecer bajo el modelo francés, haciendo prevalecer la categoría del contrato, centro de la vida de los negocios, estableciendo que las normas de este se aplican a los actos unilaterales entre vivos de contenido patrimonial: Art. 1324. “*Normas aplicables a los actos unilaterales*. Salvo disposición contraria de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán en cuanto fueran compatibles, respecto de los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial”. Se considera que el contrato, el matrimonio, el testamento, son figuras que tienen cada una su propia tipicidad social. El contrato es la expresión de la iniciativa privada en la que comienza y se desarrolla la vida de la economía.

Más o menos 25 años han durado los trabajos de las comisiones que se han sucedido en el tiempo y que han conducido a la reforma del Derecho de obligaciones y de los contratos en el BGB, que entró en vigencia el 1° de enero del 2002. El legislador ha recogido los aportes de la jurisprudencia alemana, de la legislación internacional, especialmente del UNIDROIT y la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, el Derecho comunitario europeo expresado mediante Directivas, la incorporación en el Código del Derecho del consumidor.

Actualmente, en la Unión Europea, integrada por 15 Estados, se trabaja para dotarla de su propio ordenamiento jurídico supranacional. Se presume que este ordenamiento girará sobre el eje del contrato, y no de acto jurídico, ni siquiera de una teoría general de las obligaciones. En la actualidad hay instrumentos internacionales en los cuales no existe una teoría general del acto o negocio jurídico ni de las obligaciones, sino solamente una teoría general del contrato como ocurre con el UNIDROIT. Tampoco tienen una teoría general del acto jurídico y de las obligaciones los *Principles of European Contract Law* (Principios del Derecho Europeo de los Contratos) de la Comisión Lando, y el

131 GALGANO, “Del negocio jurídico al contrato”, cit., p. XV.

proyecto del *Code européen des contrats* elaborado por la Academia de los Jurs-privatistas Europeos de Pavia. Esta decisión estaría justificada por cuanto en el *Common Law* son desconocidas las nociones de acto jurídico y de obligaciones.

También se habla de una europeización del BGB alemán, especialmente porque incorpora las directivas comunitarias y la inclusión de un Derecho de los consumidores armonizado a nivel europeo, además de incorporar normas de las directivas comunitarias, de textos normativos internacionales como el UNIDROIT y de la Convención de Viena y del proyecto elaborado por la Academia de juristas de Pavia, presidida por Giuseppe Gandolfi. Este esfuerzo de modernización y organización del Derecho privado alemán responde a las exigencias de la economía y de las relaciones contractuales. Sin duda será la fuente de la evolución jurídica, no solamente europea, sino también latinoamericana. Como hemos señalado, el BGB contiene una teoría general sobre el negocio jurídico que precede a la teoría del contrato.

15. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Las diversas clasificaciones de los actos jurídicos se formulan, generalmente, con el fin de saber cómo se perfeccionan, para determinar la naturaleza de los derechos y las obligaciones que generan y la forma como han de cumplirse, además de saber cómo se extinguen.

Los actos jurídicos se clasifican según: que las partes sean el Estado o particulares, en actos de Derecho público y actos de Derecho privado; el número de personas que participan en él, en unilaterales, bilaterales y plurilaterales; por el modo de exteriorización, en positivos y negativos; según la forma en que deben perfeccionarse, en actos no formales y actos formales (con forma probatoria y con forma solemne); según la influencia sobre el patrimonio, en actos de administración, de disposición y de gravamen; según la naturaleza de la prestación de las partes, en onerosos y gratuitos; por el grado de dependencia, en principales y accesorios; según el momento de su eficacia, en actos entre vivos y actos mortis causa; por el número de las partes que se obligan, en actos con prestaciones a cargo de una sola de las partes y actos con prestaciones recíprocas.

15.1. Actos de Derecho privado y actos de Derecho público

Los actos de *Derecho público*, denominados *actos jurídicos administrativos*, son las manifestaciones de voluntad de sujetos de la Administración Pública

premunidos de su facultad de imperio, como *órganos o ente públicos* (Estado, municipio, universidad estatal, Poder Judicial, etc.) y *no como simple sujeto de Derecho*. En los actos de *Derecho público* por lo menos uno de los sujetos interviene premunido de su facultad de imperio. Mediante estos actos, se crean relaciones de subordinación, los particulares se someten al ente público. Estos actos se regulan por las reglas relativas al ámbito del Derecho público.

Los *actos jurídicos de Derecho privado* se caracterizan porque la manifestación de voluntad proviene de sujetos (uno o más) particulares, privados. Mediante estos actos se establecen relaciones jurídicas de coordinación. Cuando en estos actos interviene, como una de las partes, el Estado u otras entidades estatales menores, lo hacen desprovistos de su facultad de imperio, caso en los que la entidad estatal está en un plano de igualdad con los particulares con quienes celebra el acto jurídico. El acto jurídico privado está regulado por las normas relativas al ámbito del Derecho privado, especialmente por el Código civil.

El estudio del acto jurídico administrativo no es de nuestra competencia. A nosotros nos corresponde únicamente el estudio del acto jurídico de Derecho privado.

15.2. Actos unilaterales, bilaterales y plurilaterales

En relación a su estructura subjetiva los actos jurídicos se clasifican en *unilaterales* y *plurilaterales*, según que se perfeccionen con la declaración de voluntad de una sola parte o de dos o más partes.

Por regla general, los actos jurídicos son *bilaterales* o *plurilaterales* cuando para su perfeccionamiento se requiere la concurrencia de dos o más partes, por ej., en la compraventa el vendedor y el comprador (dos partes) o en un contrato de sociedad de tres o más socios (más de dos partes); y son unilaterales cuando en su realización interviene una sola persona o parte, por ej., el otorgamiento de poder, el reconocimiento de deuda, el testamento; por tanto, los actos jurídicos se clasifican en unilaterales y plurilaterales (los bilaterales también son plurilaterales). Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico distingue entre actos jurídicos: unilaterales, bilaterales y plurilaterales (ej. de estos últimos: art. 223. Art. 1434)¹³². Por ello, la clasificación a la que nos referimos seguidamente.

132 "... se distingue, según el número de las partes, entre negocios jurídicos unilaterales, bilaterales, plurilaterales: entre los primeros se halla el testamento, el reconocimiento de hijo natu-

Previamente recordemos que al *sujeto* del cual emana el acto jurídico se le denomina *autor* del acto, *persona*, *agente* o *parte*. En vez de hablar de la persona o personas, resulta más apropiado hablar de la parte o partes que realizan o celebran el acto. La razón de esto radica en que cada parte de un acto jurídico puede ser una sola persona (natural o jurídica), por ejemplo, Juan vende un bien a Pedro, o dos o más personas, por ejemplo, A, B y C son copropietarios de un bien que lo venden al matrimonio conformado por X y Z; en este ejemplo, la parte vendedora está integrada por tres personas y la parte compradora por dos.

15.2.1 Actos jurídicos unilaterales

Los actos son *unilaterales* cuando para su formación basta la declaración de voluntad de una persona o parte; hay un único centro de intereses. La causa fuente del acto jurídico es la decisión solitaria del sujeto, sin la participación de otro sujeto: la aceptación de herencia hace adquirir la herencia; el abandono de un bien hace perder la propiedad; la apropiación de un bien que no pertenece a nadie hace adquirir la propiedad; la cancelación de la hipoteca por el acreedor, extingue la garantía; el testamento confiere la posición jurídica de heredero o legatario. Los efectos del acto surgen de la sola manifestación de voluntad de su autor, no siendo necesaria la aceptación del destinatario.

Hay actos jurídicos unilaterales que repercuten exclusiva o prevaecientemente en la esfera jurídica del sujeto que los realiza. Ej., el abandono voluntario del bien por el que se extingue el derecho de posesión (art. 922.2) o el de propiedad (art. 968.4); la aceptación y la renuncia de la herencia (arts. 672 y 674); la apropiación de cosas que no pertenecen a nadie (art. 929); la constitución de una fundación (art. 99); la confirmación del acto jurídico anulable (art. 230).

La ley admite los *actos unilaterales con eficacia en la esfera jurídica de terceros*, cuando el efecto es exclusivamente beneficioso para el tercero como el testamento, la renuncia a la herencia, el poder, con los que se modifica la esfera jurídica de persona distinta del autor. El testamento atribuye la calidad de heredero; la renuncia a la herencia atribuye la calidad de heredero al llamado sucesivo; el po-

ral, el negocio jurídico fundacional, el apoderamiento, las promesas unilaterales, el acuerdo y el voto, etc.; entre los segundos figuran el matrimonio y los llamados contratos de cambio; a la última especie pertenecen los contratos de asociación, de sociedad y de consorcio" (GAL-GANO, Francesco, *El negocio jurídico*, trad. por Francisco de P. Blanco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, p. 29).

der faculta al representante para que celebre uno o más actos jurídicos por cuenta, en nombre y en interés del representado. Sin embargo, son *actos unilaterales sin intrusión en la esfera jurídica ajena*, por cuanto las modificaciones de la esfera jurídica ajena no pueden llamarse intrusiones porque no quitan a quien las sufre el poder de autodeterminarse totalmente respecto de ellas. Así, quien sin desearlo se encuentra llamado a la herencia puede aceptarla o no; si no lo aceptara, su esfera jurídica queda tal cual. El representante puede ejercer la representación o no ejercerla; en este caso, su situación será como si no tuviera el poder.

De otro lado están los *actos unilaterales con intrusión en la esfera jurídica ajena*, con modificación de sus posiciones jurídicas, los cuales pueden estar autorizados previamente por los destinatarios de sus efectos, por ej., la resolución unilateral del contrato por una de las partes en ejercicio de la cláusula resolutoria expresa (art. 1430). El acto unilateral intrusivo puede estar justificado por intereses o valores que el ordenamiento jurídico considera preeminentes al acuerdo de las partes, v. gr., en los contratos de ejecución continuada (arrendamiento, comodato, etc.) que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes contratantes unilateralmente puede ponerle fin mediante un preaviso por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días; transcurrido el plazo el contrato queda resuelto de pleno derecho (art. 1365).

Excepcionalmente es posible crear una obligación mediante acto jurídico unilateral. Así, la promesa unilateral es el acto por el cual el *promitente* queda obligado por su sola declaración de voluntad a cumplir una determinada prestación a favor del *promisario*. La eficacia de la promesa prescinde del asentimiento del promisario. El derecho surgido de la obligación del promitente solo ingresa al patrimonio del promisario cuando este presta su asentimiento, convirtiéndose en acreedor. No se puede decir que hay una grave intrusión del promitente en la esfera jurídica del promisario. Por ej., la promesa al público crea inmediatamente la obligación del promitente, pero no incorpora inmediatamente una obligación en el patrimonio de otro sujeto; cada miembro de la sociedad no es tocado en su esfera jurídica por la promesa, pero puede libremente activar la promesa en su favor y adquirir el crédito correspondiente. Otro ej., el emisor de un título valor, con su sola declaración de voluntad, se obliga a ejecutar la obligación que incorpora en el título; así, el emitente de una letra de cambio incorpora en el título un derecho cartular en favor del tomador, este si no desea el correspondiente crédito cartular puede negarse a recibir la letra o destruirla;

el crédito en su favor surge únicamente si libremente recibe y conserva la letra de cambio¹³³.

Se puede afectar la esfera jurídica ajena tanto con un acto bilateral o plurilateral como con un acto unilateral. En este caso, si el acto no requiere de la voluntad común (acuerdo) de las partes es unilateral, y es bilateral si requiere de la confluencia de las voluntades de los que lo celebran.

TUHR¹³⁴ escribe: “De la voluntad del declarante se desprende si la declaración significa un negocio unilateral o una oferta de contrato; se tratará de oferta, cuando el declarante calcula obtener el consentimiento de la otra parte y cuando únicamente en este caso quiere el efecto jurídico; la oferta carece de efectos si no es aceptada. En cambio, si de acuerdo con la intención del declarante, el efecto debe producirse sin consideración de la voluntad de la otra parte, se quiere a la denuncia, a la resolución, etc., como negocios unilaterales, y tienen eficacia como tales; no es necesario el consentimiento de la otra parte y, si se lo otorga, carece de efectos: nada puede agregar al efecto jurídico que tuvo lugar en el acto de llegar a su destino la declaración unilateral”. Para nuestro ordenamiento jurídico, la oferta de contrato obliga al oferente (art.1382), es decir, la ley le otorga a la voluntad unilateral del oferente el poder de crear un efecto jurídico, por tanto, es un acto jurídico unilateral.

Por lo general, son revocables los actos jurídicos unilaterales que otorgan facultades de representación, como el poder (art. 149), la retractación en los contratos con arras de retractación (art. 1480), pero una vez que se han producido los efectos jurídicos, el acto jurídico no puede ser revocado o retractado.

15.2.2 Actos jurídicos bilaterales

Los actos jurídicos son *bilaterales* cuando para su formación se requiere de las declaraciones de voluntad de dos partes distintas, v. gr., el matrimonio, la mayoría de contratos. Los efectos jurídicos del acto surgen del acuerdo entre las partes que lo celebran. Estas quedan afectadas por la voluntad común de las

133 Cas. N° 1705-2008 Piura, *El Peruano*, 2.12.2008: *Al acto o negocio jurídico de emitir, girar o suscribir títulos valores le son perfectamente aplicables las disposiciones reguladas por el Código civil, específicamente los requisitos de validez regulados en el artículo 140, así como también las causales de nulidad previstas en el artículo 219 del referido Código. En la categoría genérica de negocio o acto jurídico se encuentra inmersa el hecho de emitir, girar o suscribir pagares, al margen de la naturaleza jurídica que le es otorgada por la Ley de la materia.*

134 TUHR, A. v., ob. cit., pp. 188-189.

mismas. La posición jurídica de una parte no es afectada por la decisión unilateral de la otra.

Por principio, los actos que imponen obligaciones o que quitan o disminuyen derechos requieren del acuerdo de todas las partes (compraventa, comodato, etc.). Son actos jurídicos bilaterales.

La donación, no obstante que no atribuye ningún sacrificio al donatario sino solo ventajas, es un acto bilateral porque requiere de la aceptación del donatario. Esto se debe a que el donatario está expuesto a eventuales sacrificios o pérdida de los beneficios de la donación: la invalidez de la donación debido a que el donante ha dado más de lo que puede dar por testamento (art. 1629); la reversión del bien donado en favor del donante (art. 1631); la exoneración de entregar el bien donado por el donante que ha desmejorado de fortuna (art. 1633); la invalidez de la donación por sobrevivir el hijo del donante que este reputaba muerto (art. 1634); la revocación de la donación por las causales de indignidad para suceder y de desheredación (art. 1637); la reducción para integrar las legítimas afectadas (art. 1645). Además por orgullo del donatario o de su antipatía hacia el donante, la donación puede ser desagradable para el donatario. Por estas razones se necesita la protección del donatario estableciendo que se requiere de su aceptación para que exista donación. La donación es un acto jurídico bilateral, pues en su perfeccionamiento deben intervenir necesariamente el donante y el donatario.

Hay otros actos que solo atribuyen ventajas y ningún sacrificio ni aun eventuales como en la donación; hay una intrusión en la esfera jurídica del destinatario de la declaración, pero solo para beneficiarlo. Así, la condonación de una obligación solo beneficia al destinatario que en virtud de ella no arriesga nada, simplemente es liberado de la deuda; los actos jurídicos por los cuales solo una de las partes contrae obligaciones frente a la otra, quien no promete ni pierde nada: la fianza, por la cual el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir una determinada prestación en garantía de una obligación ajena (art. 1868); la opción unilateral (art. 1419); la cesión gratuita que hace el acreedor de su rango hipotecario a otro acreedor (también hipotecario) (art. 1114). El deudor orgulloso puede no querer que se le libere de la deuda; el acreedor que desprecia al fiador puede rechazarlo como tal. A nadie se le puede obligar a que quede liberado gratuitamente de una deuda o a que reciba gratuitamente un crédito. Esto explica que estos actos por el hecho de implicar una intrusión en la esfera jurídica ajena requieran la aceptación del beneficiario. Son actos jurídicos bilaterales.

15.2.3 Actos jurídicos plurilaterales

Son *actos plurilaterales* los que proceden de más de dos partes. La manifestación o manifestaciones de voluntad de cada parte (según que cada parte esté integrada por una o por dos o más personas) van dirigidas a cada una de las otras partes. Ejemplos: la cesión de la posición contractual que se perfecciona con la concurrencia de la voluntad del contratante cedente, del tercero cesionario y del contratante cedido (art. 1435); la sociedad constituida por más de dos socios; el subarrendamiento (art. 1692). En los actos bilaterales y en los plurilaterales, la confluencia de las voluntades de los agentes da lugar al *consentimiento* que constituye la base sobre la cual se edifican estos actos.

Es el número de partes que celebran el acto jurídico, y no el de personas, el que determina la unilateralidad, bilateralidad o plurilateralidad. El número de partes se establece en función de la posición que ocupan los sujetos en la relación jurídica, de acuerdo con los intereses que se regulan. Si existe un solo centro de intereses, los sujetos, aun cuando sean varios, ocupan una sola posición, por lo que el acto es unilateral. Por ejemplo, los copropietarios A, B y C otorgan poder conjuntamente a Z para la venta del bien común. En cambio, si existen dos o más centros de intereses, las partes ocuparán posiciones diferentes, y, entonces, el acto será bilateral o plurilateral, v. gr., los copropietarios A, B y C venden conjuntamente el bien común a Z; los copropietarios ocupan la posición de vendedores frente a la posición de Z como comprador.

El fin común que persigan las partes no altera la bilateralidad o plurilateralidad. Por ej., el matrimonio, el contrato de sociedad.

El contrato es la manifestación más importante de los actos jurídicos bilaterales y de los plurilaterales. Las personas para satisfacer sus necesidades patrimoniales (alimentos, habitación, vestido, salud, recreación, educación) o para realizar cualquier actividad económica por más pequeña o grande que sea, necesariamente tienen que contratar. En el ámbito de la categoría del acto jurídico, el contrato se caracteriza por su estructura bilateral o plurilateral, en cuanto se perfecciona con el consentimiento de dos o más partes. Esto lo diferencia de los actos unilaterales, los cuales se perfeccionan con la sola manifestación de voluntad del autor, sin requerirse de aceptación, como sucede con el testamento, el otorgamiento de poder, la cancelación de hipoteca.

La doctrina prioritaria distingue solamente entre actos unilaterales y plurilaterales, dado que dentro de estos últimos también se encuentran los bilatera-

les. Sin embargo, la clasificación en unilaterales, bilaterales y plurilaterales, como se ha visto antes, surge de nuestro ordenamiento jurídico.

Tanto en los actos jurídicos unilaterales como en los bilaterales o plurilaterales, puede suceder que una de las partes, en lugar de estar integrada por una sola persona natural o jurídica, lo sea por varias, las cuales tienen la misma condición jurídica, por ejemplo, cuando varias personas copropietarias de un bien lo venden a otra, caso en el que las varias personas copropietarias de manera conjunta asumen la posición que corresponde a una sola parte (la parte vendedora), en la que todas las personas deben expresar su voluntad por sí o mediante representante. Von Tuhr¹³⁵ da el siguiente ejemplo: "En el contrato por el cual A y B, o A con el asentimiento de su tutor, asumen una obligación frente a X o le enajenan una cosa, es un contrato bilateral en el cual A y B, o A y su tutor, se oponen como parte al acreedor o adquirente X. Las varias declaraciones de voluntad que toman el lugar de la única, que es necesaria normalmente, conservan la dirección que exige el carácter del negocio: en el contrato las declaraciones de todas las personas que integran una parte, deben ser dirigidas al otro contratante; en el negocio unilateral, al destinatario del negocio".

Cuando la parte o partes otorgantes estén integradas por dos más personas naturales o jurídicas no es necesario que las varias declaraciones de voluntad de los partícipes se emitan conjunta o contemporáneamente, sino que lo pueden hacer de modo sucesivo; no existe norma jurídica que disponga lo contrario. En este caso, el acto jurídico quedará perfeccionado con la última declaración de voluntad. No afecta a la eficacia del acto jurídico que una de las personas después de emitir su manifestación de voluntad muera o devenga incapaz, o sea, la manifestación de voluntad no pierde su eficacia si su autor muere o pierde la capacidad de obrar antes de que emitan las declaraciones de voluntad que todavía faltan.

En el acto jurídico unilateral, cada manifestación de voluntad es irrevocable; el fallecimiento o la sobrevenida incapacidad de la persona que ya emitió su declaración de voluntad no afecta el perfeccionamiento y eficacia del acto unilateral, el cual quedará perfeccionado cuando se emitan las declaraciones de voluntad que faltan.

135 TUHR, A. v., ob. cit., p. 208.

15.3. Actos recepticios y no recepticios

En el ámbito de los actos jurídicos unilaterales se distingue entre actos recepticios y no recepticios.

Esta clasificación se basa en que la declaración de voluntad esté o no dirigida a persona determinada o en que debe ser o no conocida por persona diferente al declarante, a fin de que el acto sea eficaz. La distinción entre los actos jurídicos según el criterio de la receptividad o no receptividad de la declaración de voluntad solo se plantea respecto de actos jurídicos unilaterales. También para el acto jurídico unilateral rige el principio de que la declaración de voluntad debe ser emitida "frente a otro", concretamente frente a aquel que será afectada por el acto.

Los actos son *no recepticios*, cuando la manifestación de voluntad tiene eficacia sin necesidad de que sea dirigida a un destinatario determinado, por ejemplo, la convocatoria a subasta pública (art. 1389), la oferta al público que vale como invitación a ofrecer (art. 1388), la promesa de publica recompensa (art. 1959); o cuando para que el acto sea eficaz no necesita del conocimiento y aceptación del destinatario, por ejemplo, el testamento (art. 686). "Un negocio jurídico unilateral por medio de una declaración de voluntad no recepticia solo tiene lugar en casos raros, en los que por medio del negocio jurídico no se afecta directamente a otros, y el que obra negocialmente adopta una regulación solamente para su propia esfera jurídica. El paradigma de esto es el testamento"¹³⁶. La confirmación es un acto jurídico unilateral no recepticio, por cuanto el que confirma solamente dispone de su propio derecho de impugnar el acto jurídico por anulable (art. 230)¹³⁷; mientras tanto el acto jurídico confirmado ya es eficaz antes de su confirmación. En fin, el acto jurídico no recepticio produce efectos independientemente de la comunicación a un destinatario específico.

Los actos son *recepticios* cuando para que produzcan efectos es necesario que la manifestación de voluntad esté dirigida a un destinatario determinado y

136 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., p. 179.

137 Art. 230. "Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación...". BGB: Art. 144. "*Confirmación del negocio jurídico impugnabile* (1). La impugnación queda excluida si el negocio jurídico impugnabile es confirmado por el legitimado para la impugnación...".

sea de conocimiento de él o que haya estado en posibilidad de conocerla (cognoscibilidad)¹³⁸, v. gr., la notificación de despido de un trabajador; la revocación del poder. Antes de que el destinatario tome conocimiento, el acto jurídico recepticio puede ser revocado por quien emitió la declaración, pero desde que el destinatario tomó conocimiento adquiere el carácter de irrevocable.

Para que produzca efectos el acto recepticio, la manifestación de voluntad debe llegar a conocimiento de una determinada persona, a la cual por tanto debe ser comunicada o notificada.

Escribe Flume¹³⁹, “un negocio jurídico unilateral por medio de una declaración de voluntad no recepticia solo tiene lugar en casos raros, en los que por medio del negocio jurídico no se afecta directamente a otros, y el que obra negocialmente adopta una regulación solamente para su propia esfera jurídica. El paradigma de esto es el testamento. Es notable la diferente regulación de la confirmación del negocio impugnabile (art. 144)¹⁴⁰ y de la ratificación del negocio jurídico celebrado por otro (art. 182)¹⁴¹. La confirmación no es recepticia, la ratificación, recepticia. Que la confirmación, conforme al art. 144, no sea recepticia se funda en que el que confirma al hacerlo solamente dispone de su

138 Messineo expresa: *Recepticio* es el negocio que, para producir *eficacia*, debe, no solamente manifestarse, sino también ser *dirigido* a un destinatario determinado, que es el *único* que tiene interés en él: *notificación necesaria* (casos: aviso, despido, ratificación, confirmación); y, por consiguiente, aun pudiendo ser válido, solo es eficaz *si llega y cuando llegue, a conocimiento del destinatario*; esto, porque el destinatario está expuesto a sentir los efectos del negocio y, por consiguiente, debe estar en conocimiento del mismo: Otro tanto puede decirse de la declaración unilateral recepticia, que no es negocio jurídico (oferta contractual) (MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 344).

139 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 179.

140 BGB: Art. 144. *Confirmación del negocio jurídico impugnabile*. (1) La impugnación queda excluida si el negocio jurídico impugnabile es confirmado por el legitimado para la impugnación. (2) La confirmación no requiere la misma forma exigida para el negocio jurídico.

141 BGB: Art. 182. *Asentimiento*. (1) Si la eficacia de un contrato o de un negocio jurídico unilateral que debe celebrarse frente a otro depende del asentimiento de un tercero, puede declararse el otorgamiento o la denegación del asentimiento tanto frene a una parte como a la otra. (2) El asentimiento no requiere la forma exigida para la el negocio jurídico. (3) Si un negocio jurídico unilateral, cuya eficacia depende del asentimiento de un tercero, ha sido celebrado con el consentimiento del tercero, se le aplican por analogía las disposiciones del art. 111, incisos 2 y 3.

propio derecho de impugnar, y mientras tanto el negocio jurídico confirmado ya es válido antes de la confirmación. En el negocio jurídico necesitado de ratificación se trata, por el contrario, de que el negocio empiece a tener validez. Por eso, acertadamente, según el art. 182, la ratificación es una declaración recepticia”.

15.4. Actos patrimoniales y extrapatrimoniales

Esta clasificación se hace según el contenido del acto jurídico, el cual puede o no ser de naturaleza económica (pecuniario o patrimonial).

Los *actos patrimoniales* son aquellos con los que se producen relaciones jurídicas con contenido económico, por ejemplo, el contrato¹⁴², remisión de deuda, hipoteca. El testamento tiene contenido patrimonial, aunque puede contener también disposiciones de carácter no patrimonial¹⁴³, por ejemplo, el reconocimiento de hijo.

Los *actos extrapatrimoniales* o de *índole personal* generan relaciones jurídicas personales, no susceptibles de apreciación pecuniaria, v. gr., el matrimonio, el reconocimiento de hijo, la adopción¹⁴⁴.

Los actos de índole personal son todos ellos actos típicos, cuyo esquema está previamente dispuesto en la ley. En cambio, los actos de índole patrimonial pueden ser típicos o atípicos.

Se suele contraponer a los actos *patrimoniales*, los *familiares* reguladores del estado familiar de las personas. Sin embargo, es de advertir que algunos actos

142 El contrato (compraventa, permuta, etc.), además de su estructura bilateral o plurilateral se caracteriza por su patrimonialidad. El contrato es un acto jurídico patrimonial en cuanto tiene por objeto relaciones jurídicas susceptibles de valoración económica.

143 Art. 686. Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

144 Belluscio conceptúa a los actos no patrimoniales como “aquellos que tienen como fin específico establecer una relación jurídica familiar, o de crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos subjetivos familiares, y la obtención de esa finalidad se encuentra admitida por el ordenamiento jurídico” (BELLUSCIO, Augusto C., *Derecho de familia*, 7.ª ed., 1.ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea y Depalma, 2004, T. I, p. 163).

familiares tienen un contenido *no patrimonial* y otro *patrimonial*. Por ejemplo, en el matrimonio hay intereses no patrimoniales y también económicos de significación secundaria, por eso el Código regula el régimen patrimonial del matrimonio (art. 295).

Los actos patrimoniales se subclasifican en: a) *actos de atribución*, que son los que procuran a un sujeto, que puede ser uno que no participa en la celebración del acto, una ventaja patrimonial, ejemplo, la venta, el contrato en favor de tercero (art. 1457 y ss.); b) *actos de disposición*, que son los que producen una disminución patrimonial para el sujeto o para los sujetos del acto, a la cual puede o no corresponder una recíproca atribución patrimonial; y c) *actos de obligación*, que son los que generan obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Entre los actos patrimoniales figuran también los *actos jurídicos de declaración de certeza*, llamados también de *aseguramiento* o *reconocimiento*, por el cual la parte o partes declaran la existencia y eficacia de una relación jurídica preexistente. Por ejemplo, las partes quieren reproducir documentalmente un contrato celebrado antes de manera oral, o bien quieren fijar el exacto significado atribuido a una cláusula ambigua contenida en un acto jurídico preexistente. Presupuesto del acto de aseguramiento es la incertidumbre relativa a cualquier aspecto de una relación jurídica preexistente, incertidumbre que la parte o partes quieren eliminar, haciendo a la relación jurídica cierta e incontrovertible. La situación preexistente es reglada por su fuente originaria con los límites del contenido y la eficacia delineada por la nueva, la cual se yuxtapone a la primera sin extinguirla.

Del acto de aseguramiento se distingue el acto jurídico de transacción, por el cual las partes, haciéndose concesiones, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que se podría promover o finalizar el que está iniciado (art. 1302). A diferencia del acto de reconocimiento o aseguramiento que es de naturaleza declarativa, la transacción tiene eficacia constitutiva: el presupuesto de la transacción es que haya nacido o pueda nacer una litis. La transacción, caracterizándose por las concesiones recíprocas, es un acto dispositivo de cambio y no declarativo.

15.5. Actos típicos o nominados y atípicos o innominados

Los *actos típicos*¹⁴⁵ son los previstos y regulados por el ordenamiento jurídico, por ejemplo, el matrimonio, la fundación, el testamento, la compraventa. Los actos típicos son los que más frecuentemente se celebran, razón por la cual cuentan con una disciplina legal propia.

Los *actos atípicos* no tienen regulación legal, se deben a la inventiva de las personas, quienes pueden realizarlos por estar permitidos por el Derecho. El ordenamiento jurídico no ha dispuesto para ellos un esquema particular. Ejemplo, el contrato estimatorio¹⁴⁶, el de mediación¹⁴⁷ (llamado también de corretaje), el de franquicia o *franchising*¹⁴⁸, los contratos de hardware¹⁴⁹, los de *software*¹⁵⁰,

145 En materia de contratos, nuestro Código civil llama *nominados* a los contratos típicos e *innominados* a los contratos atípicos.

146 Por el contrato estimatorio una parte entrega una o varias cosas muebles a la otra y esta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas dentro del término establecido (art. 1556 del CC italiano).

147 Es mediador aquel que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación (art. 1754 del CC italiano).

148 El Unidroit, Instituto de Derecho dependiente de las Naciones Unidas, con sede en Roma, en 1987 dio la siguiente definición de *franchising*: "Es una operación de *franchising* aquella que se conviene entre un *franchisor* y un *franchisee*, en la cual el *franchisor* ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio de *franchisee*, en aspectos tales como *know how* y asistencia técnica. El *franchisee* opera bajo un nombre comercial conocido, un método o procedimiento que pertenece o que es controlado por el *franchisor*, y en el cual el *franchisee* ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos".

149 Los contratos de *hardware* son los que tienen por objeto la adquisición y/o uso de equipos físicos electrónicos e informáticos, como ordenadores, periféricos, etc. En el caso de los ordenadores personales lo usual es la compra pura y simple, que en algunos casos se complementa, previa fijación de una cuota, con algún contrato de servicio de mantenimiento, o "hot line" que resuelva el buen funcionamiento del sistema. El *hardware* constituye un bien mueble y, en este sentido, le es de aplicación toda la normativa sobre estos (BARRIUSO RUIZ, Carlos, *La contratación electrónica*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 157).

150 Los contratos de *software* son los que tienen por objeto la parte lógica del sistema, como los Programas. La adquisición del software se puede llevar a efecto de varias maneras: Por el desarrollo del software que necesitamos mediante prestación de servicios (contrato de locación de servicios o de obra) con expertos informáticos; por cesión de los derechos de edición; o por licencia de uso exclusiva o no exclusiva. Solo cabe hablar de compra del disco

el contrato de concesión comercial¹⁵¹, *underwriting*¹⁵², los cuales no tienen una disciplina jurídica especial en el Perú. La capacidad de inventiva del ser humano es ilimitada, pues siempre se conciben nuevas formas de actos jurídicos con el fin de regular nuevos intereses o satisfacer nuevas necesidades. Pero todas las nuevas formas de actos que se puedan crear se reducen a los cuatro esquemas existentes desde el Derecho romano: *do ut des* (doy para que des), *do ut facias* (doy para que hagas), *facio ut des* (hago para que des), *facio ut facias* (hago para que hagas), y a las combinaciones de estos, v. gr., *do ut des et facias* (doy para que des y hagas), *do et facio ut des* (doy y hago para que des).

15.6. Actos entre vivos (*inter vivos*) y actos por causa de muerte (*mortis causa*)

Esta es una clasificación según que la eficacia del acto jurídico deba producirse en vida de las personas que lo celebran o a su fallecimiento.

Los actos jurídicos entre vivos o *inter vivos* son aquellos cuya eficacia no depende de la muerte del autor del acto, por ejemplo, los contratos, el matrimonio.

Los actos jurídicos *mortis causa*, denominados también actos jurídicos de *última voluntad*, son aquellos que para que produzcan efectos es necesario que

(como materia) que soporta una licencia de uso del programa, lo que determina que en la venta se transmita solo el soporte material, en todo caso el derecho de distribución se agota en la primera compra (BARRIUSO RUIZ, *La contratación electrónica*, cit., p. 159).

151 Claude Champaud lo define diciendo que es “la convención por la cual un comerciante denominado concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial denominado concedente, para asegurar exclusivamente sobre un territorio determinado, por un tiempo limitado y bajo la vigilancia del concedente, la distribución de productos de los que se le ha concedido el monopolio de la venta” (citado por MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, Depalma, Buenos Aires, 1997, T. III, p. 487).

152 “El *underwriting* es la convención escrita, consensual, atípica y bilateral onerosa, celebrada entre una entidad emisora y un banco de inversión o una compañía financiera o un banco comercial, con contenido obligacional variable en relación con una emisión en masa de valores mobiliarios, a los fines de asegurar su cobertura”. En otros términos, es el contrato celebrado entre una entidad autorizada para ello y una sociedad comercial, por medio de la cual la primera se obliga a prefinanciar, en firme o no, títulos-valores emitidos por la segunda para su posterior colocación (ver MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, Depalma, Buenos Aires, 1993, T. I, p. 504).

se produzca la muerte del sujeto que lo ha llevado a cabo¹⁵³. Ejemplos: testamento; el nombramiento de tutor hecho por testamento por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad (art. 503); los actos por los cuales una persona dispone de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana (art. 8).

El testamento es el típico ejemplo de los actos *mortis causa*. Por el testamento una persona dispone de sus bienes para después de su muerte, y ordena su propia sucesión dentro de los límites de la ley (art. 686); la muerte produce la transmisión del patrimonio total –activo y pasivo– del fallecido a sus herederos, aunque el documento contenga, además, disposiciones que no son *mortis causa*, como el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, el reconocimiento de deuda, etc. El Código prohíbe terminantemente que las sucesiones se puedan arreglar por actos entre vivos al disponer que es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora (art. 1405).

Como se ha dicho, los actos *inter vivos* son aquellos cuya eficacia no depende del fallecimiento del agente o agentes de cuya voluntad emanan, aunque algunos de esos efectos eventualmente se deban producir después de la muerte (por ejemplo, el contrato de seguro de vida) o que el agente señale el fallecimiento de una persona como el punto inicial a partir del cual se deban producir los efectos (v. gr., acto sujeto a plazo suspensivo), o que la muerte esté señalada como el momento a partir del cual el acto cesará de producir efectos (ejemplo, la renta vitalicia).

15.7. Actos formales y no formales

La distinción de los actos en formales y no formales se hace a partir de que si el ordenamiento jurídico señala o no una forma para su realización.

Actos no formales son aquellos para cuya celebración el ordenamiento no señala una forma, pudiendo los interesados usar la que juzguen conveniente

153 El *Esbozo* de Freitas hace esta clasificación en los arts. 437 y 438. El art. 947 del Código argentino dice: “Los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman en este Código actos entre vivos, como son los contratos. Cuando no deben producir efectos sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan disposiciones de última voluntad, como son los testamentos”.

(verbal, escrita, alfabetos convencionales, medios electrónicos, etc.). La manifestación de voluntad es válida como quiera que se haga, así sea tácitamente, por ejemplo, la renuncia a la prescripción ya ganada (2.º párrafo del art. 1991), los contratos de compraventa, arrendamiento, comodato, mutuo. A los contratos *no formales* se les llama consensuales, por cuanto se perfeccionan con el simple acuerdo de las partes, cualquiera sea la forma que han utilizado. Al acuerdo de las partes se le denomina consentimiento, luego, el contrato consensual se perfecciona con el solo acuerdo de las partes.

Actos formales son aquellos para cuya realización el ordenamiento jurídico señala una forma. La forma prescrita por el ordenamiento puede ser probatoria (*ad probationem*) o solemne (*ad solemnitatem*).

Acto formal solemne es aquel cuya validez depende de la observancia de la forma prescrita por la ley, bajo sanción de nulidad (art. 140.4.), por ejemplo, la donación de inmuebles debe celebrarse por escritura pública, bajo sanción de nulidad (art. 1625). La inobservancia de la forma solemne (*ad-solemnitatem* o *ad-substantiam*) determina la nulidad del acto (art. 219.6). La forma solemne también puede ser convenida por las partes (v. gr., el art. 1411), es decir, las partes a un contrato no formal lo pueden convertir en formal solemne, por ejemplo, al celebrar un contrato de compraventa (contrato consensual) estipulan: “Este contrato quedará perfeccionado cuando sea elevado a escritura pública”. En los actos solemnes la invalidez del continente (la forma que contiene el acto) conlleva también la invalidez del contenido (el acto mismo).

Actos con forma *probatoria* son aquellos para los cuales la ley impone una forma, pero no sanciona con nulidad su inobservancia (art. 144). La forma *ad probationem* no constituye requisito de validez del acto, sino que sirve únicamente para probar su existencia y contenido. Por ejemplo, el art. 1605 establece: “La existencia y el contenido del suministro pueden probarse por cualquiera de los medios que permita la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios”, lo cual indica que cuando el suministro se ha celebrado por escrito, supongamos que sea por escritura pública, el documento constituye solamente una forma probatoria, esto es, no solemne, por lo que si se anulara la escritura pública, eso no determinará la nulidad del contrato de suministro, cuya existencia y contenido se demostrará por los otros medios probatorios que permite la ley.

Solo en los actos jurídicos no formales o con forma probatoria, las partes pueden compelerse recíprocamente el otorgamiento de escritura pública o de otro requisito que permita el pleno ejercicio y tutela de su derecho (art. 1412).

15.8. Actos consensuales y reales

A los actos bilaterales o plurilaterales no formales se les denomina *consensuales* cuando se perfeccionan por el simple consentimiento (el acuerdo de las partes), por ejemplo, la compraventa que se perfecciona por el simple acuerdo entre vendedor y comprador, sin necesidad de la entrega del bien ni el pago del precio, ni de la observancia de ninguna formalidad.

Actos *reales* son aquellos que se perfeccionan con la entrega del bien. En los actos jurídicos reales por los cuales se crea, modifica o extingue derechos reales, el supuesto normativo, además del acuerdo de las partes, se compone de un acto real: la *traditio*. Por ejemplo, en el Código civil francés, los contratos de préstamo de uso o comodato (art. 1875), préstamo de consumo (art. 1892), depósito (art. 1915) y de prenda (art. 2071) son actos reales. El Código de Andrés Bello, que rige en Chile, Colombia y Ecuador, establece: “El *comodato o préstamo de uso* es un contrato en que una de las partes *entrega* a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la *tradición* de la cosa” (art. 2174 del Código chileno; art. 2200 del Código colombiano y art. 2104 del Código ecuatoriano). “No se perfecciona el *contrato de mutuo* sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio” (Art. 2174 del Código chileno; art. 2197 del Código colombiano; art. 2127 del Código ecuatoriano). El Código boliviano: prescribe: “Art. 879. (NOCIÓN GENERAL Y CLASES DE PRÉSTAMO). I. El préstamo (el mutuo y el comodato) es un contrato por el cual el prestador entrega una cosa al prestatario, para que este la use y consuma y se la devuelva o restituya su equivalente después de cierto tiempo...”. En el Código civil peruano de 1936, los contratos de mutuo, depósito y comodato eran reales. En el Código civil vigente de 1984, estos contratos son consensuales, se perfeccionan con el solo acuerdo de las partes, sin que sea necesaria la entrega del bien.

15.9. Actos de eficacia real y de eficacia obligatoria

Los *actos de eficacia real* son los constitutivos o traslativos de derechos reales por el solo hecho del consentimiento de las partes legítimamente prestado¹⁵⁴.

154 *Código civil italiano: Art. 1376. Contrato con efectos reales.* En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado.

Ejemplos: en la compraventa de inmuebles, tan luego como se perfecciona el contrato se produce la transferencia inmediata del derecho real de propiedad del vendedor hacia el comprador, para que no sea así se requiere disposición legal diferente o pacto en contrario (art. 949 en concordancia con el art. 1529); perfeccionado el contrato de compraventa, el vendedor ya no debe la transferencia de la propiedad, sino solo tiene la obligación de entregar el bien vendido, que es independiente de la transferencia de la propiedad, la cual tiene lugar desde el momento de la celebración del contrato y antes de la entrega del bien. La constitución de usufructo (por el que se confiere al usufructuario la facultad de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno). El *efecto real* se produce por el mero hecho del perfeccionamiento del acto jurídico, sin que deba complementarse con ningún otro acto.

No existen otros derechos reales que los regulados en el ordenamiento jurídico (*numerus clausus*: número cerrado); por tanto, mediante el acto jurídico no se pueden crear otros derechos reales que los contemplados en el Código civil y otras leyes (art. 881).

No hay que confundir los *actos reales* con los *actos con eficacia real*, los primeros son los que se forman o perfeccionan con la entrega del bien, y los segundos son los que una vez perfeccionados el derecho real se transmite y adquiere por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado, no siendo necesaria la entrega del bien.

Los *actos de eficacia obligatoria* originan relaciones obligatorias (denominadas también personales o de crédito), v. gr., el contrato de compraventa de bienes muebles en el cual la transferencia de la propiedad no se verifica con el perfeccionamiento del contrato sino con la tradición al comprador (art. 947), el vendedor no transfiere sino que se obliga a transferir la propiedad de un bien (art. 1529); en el mismo sentido, el contrato de mutuo¹⁵⁵, suministro, arrendamiento, *joint venture*, etcétera.

Por el acto jurídico se puede crear cualquier derecho personal esté o no regulado en el ordenamiento jurídico, sin otro límite que el de la creación de la inteligencia humana (*numerus apertus*).

155 Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad (art. 1648).

15.10. Actos onerosos y actos gratuitos

Los actos patrimoniales pueden ser onerosos o gratuitos.

Acto *oneroso* (denominado también a *título oneroso*) es aquel del cual se derivan ventajas para ambas partes intervinientes en su celebración. El sacrificio de cada una de las partes tiene como contrapartida la ventaja que recibe, debido a que cada parte se obliga a ejecutar una prestación en favor de la otra o de un tercero. Por eso se dice que el acto es oneroso cuando hay un enriquecimiento y un empobrecimiento recíproco de las partes, por ejemplo, en la compraventa, la permuta¹⁵⁶, el seguro¹⁵⁷.

Acto *gratuito* (llamado también *lucrativo* o a *título gratuito*) es el que beneficia exclusivamente a una sola de las partes, sin que ella se obligue a nada, por ejemplo, la donación¹⁵⁸, el comodato¹⁵⁹, la fianza¹⁶⁰, la institución de heredero, el legado.

Los actos gratuitos se subdividen en *actos de liberalidad* o *beneficencia* que son aquellos en los que hay un desplazamiento de valores (ejemplo, la donación que implica un empobrecimiento para el donante y un enriquecimiento para el donatario; el legado¹⁶¹), y *actos simplemente desinteresados* en los que no hay desplazamiento de valores (v. gr., la fianza).

En sentido estricto, acto de liberalidad es solamente aquel en que el empobrecimiento de un sujeto acompaña al enriquecimiento de otro (ejemplo, la

156 Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes (art. 1602).

157 El seguro es el contrato por el cual el asegurador, mediante el pago de una prima, se obliga a reintegrar al asegurado, dentro de los límites convenidos, el daño producido al mismo por un siniestro, o bien a pagar un capital o una renta a la verificación de un evento atinente a la vida humana.

158 Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien (art. 1621).

159 Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva (art. 1728).

160 Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor (art. 1868).

161 El legado es un acto de liberalidad (una especie de donación) por el cual el testador dispone, para después de su muerte, en favor del legatario, de uno o más de sus bienes, o de una parte de ellos, dentro de su facultad de libre disposición.

donación, el legado, el anticipo de herencia). Todo acto de liberalidad es gratuito, pero no al contrario, porque también son actos gratuitos aquellos actos en los cuales no hay un empobrecimiento de un sujeto para enriquecer a otro (ejemplo, el depósito y el mandato gratuitos) y, por tanto, no son liberalidades. Por el acto de liberalidad una persona, sin estar obligada, proporciona a otra una ventaja sin recibir nada a cambio.

Un acto jurídico o es oneroso o es gratuito, pero no puede ser oneroso y gratuito a la vez (acto mixto: gratuito y oneroso). Por ejemplo, un contrato de donación con el cargo de que el donatario ejecute una prestación a favor del donante o de un tercero, es un acto gratuito, dado que el cargo es un elemento accesorio, lo principal o esencial es la liberalidad constituida por el donante a favor del donatario. Las instituciones o figuras jurídicas se definen por sus caracteres principales y no por los accesorios.

En circunstancias diversas un mismo tipo de acto jurídico puede ser o bien oneroso o bien gratuito. Por ejemplo, el mutuo con intereses es oneroso porque hay ventajas y desventajas para ambas partes y el mutuo sin intereses es gratuito, debido a que el único que se beneficia es el mutuuario al disponer del dinero mutuado sin que tenga que ejecutar ninguna prestación a favor del mutuante.

15.11. Actos con prestaciones a cargo de una sola de las partes y actos con prestaciones recíprocas

En los primeros llamados también *actos con prestaciones unilaterales*, una sola de las partes es la que se obliga a ejecutar una prestación de dar, hacer o no hacer en favor de la otra, por ejemplo, el contrato de donación.

Son *actos con prestaciones recíprocas* aquellos en los cuales ambas partes se obligan a ejecutar una prestación en favor de la otra; cada parte es acreedor y deudor de la otra, por ejemplo, el vendedor es acreedor del pago del precio (prestación) y deudor de la entrega del bien vendido (contraprestación), y el comprador es acreedor de la entrega del bien (prestación) y deudor del pago del precio (contraprestación). En estos actos las prestaciones son interdependientes, la prestación no puede existir sin la contraprestación y viceversa; la prestación es causa de la contraprestación y al contrario. Los *actos con prestaciones recíprocas* pueden ser *onerosos*, por ejemplo, la compraventa, en la que a la prestación del vendedor consistente en entregar el bien vendido, corresponde la contraprestación del comprador de pagar el precio; o pueden ser *gratuitos*, como el contrato

de comodato, en el cual a la prestación del comodante de entregar¹⁶² gratuitamente un bien no consumible para su uso por un cierto tiempo, corresponde la contraprestación del comodatario de custodiar, conservar y usar el bien conforme a lo convenido, pagar los gastos ordinarios y devolverlo en el momento convenido (art. 1728).

15.12. Actos de administración y de disposición

Son actos de administración, denominados también *actos de administración ordinaria*, aquellos que, recayendo sobre bienes y derechos, tienen por objeto conservarlos y obtener su normal rendimiento.

Con los *actos de administración* solamente se transfiere la tenencia, posesión, uso, goce, conservación o explotación de los bienes (arrendamiento, comodato, cesión en uso, etc.). El patrimonio entregado debe ser conservado por el que lo recibe sin alteración en su efectiva sustancia, esto es, debe permanecer íntegro o si es posible incrementado (por ejemplo, hacer las reparaciones de un inmueble o cobrar la renta al arrendatario, continuar el giro de un negocio). Mediante los actos de administración no se transfiere la propiedad del bien.

Los *actos de disposición*, llamados también *actos de administración extraordinaria*, son aquellos con los cuales se modifica sustancialmente el patrimonio, ya porque se transfiere la propiedad de los bienes que lo integran, *ad exemplum*, la venta, permuta, donación, ya porque se gravan dichos bienes, v. gr., la hipoteca, la garantía mobiliaria, la anticresis. A estos últimos también se les denomina actos de *gravamen*.

Las especies más importantes de los actos de disposición son: a) la *enajenación* del bien (venta, donación, etc.); b) el *gravamen*, mediante el cual se afecta

162 De la Puente y Lavallo dice que el objeto principal de los contratos de mutuo, comodato y depósito no es la entrega del bien, sino su disponibilidad (mutuo), su uso (comodato) o su custodia (depósito) (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, T. I, vol. XI, primera parte, p. 216). Como se aprecia, esta opinión carece de sentido, es como afirmar que el mutuuario puede disponer del dinero mutuado que no se le ha entregado, que el comodatario puede usar un bien que no lo posee porque no le ha sido entregado y que el depositario puede custodiar un bien que no lo tiene en su poder debido a que no se le ha entregado. Lo cierto es que como para el Código peruano, estos contratos son consensuales, la obligación principal del mutuante, del comodante y del depositante consiste en *entregar el bien* en propiedad, en uso o en custodia, respectivamente

un bien para garantizar una deuda propia o ajena (hipoteca, garantía mobiliaria, etc.); c) la *modificación* de la propiedad o del gravamen, por ejemplo, un edificio de departamentos en copropiedad es modificado al régimen propiedad horizontal, la partición del bien común, la constitución de derechos de superficie (art. 1030), la cesión de rango hipotecario (art. 1114); la *renuncia* al derecho de propiedad (ej., condonación de deuda –art.1295-, el acreedor y el deudor reconocen que la obligación no existe, la renuncia a la herencia y a legados –art. 674-) o al derecho de garantías reales. Todos los derechos patrimoniales son renunciables, dentro de los límites de la ley.

El acto dispositivo produce una modificación en el estado activo del patrimonio, la que generalmente consiste en un desplazamiento entre dos esferas patrimoniales, sea el acto oneroso o gratuito. En los gratuitos hay una disminución del patrimonio del transferente y un aumento del patrimonio del adquirente. En los onerosos, la contraprestación consiste en un acto de disposición o atribución patrimonial de la otra parte. “Excepcionalmente sucede que, por el mismo negocio jurídico, se realiza una disposición y el aumento patrimonial a favor del disponente destinado a compensarla”¹⁶³, por ejemplo, la compensación, por la cual se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra (art. 1288).

Se aparta del sentido técnico de la expresión: “actos de disposición” cuando se habla de “disposiciones de última voluntad”, puesto que estas comprenden las disposiciones de carácter patrimonial como las de carácter extrapatrimonial (art. 686), como ejemplo de estas últimas tenemos la institución de heredero que no es un acto dispositivo.

15.13. Actos constitutivos y actos declarativos

Esta distinción se hace sobre la base de los distintos efectos de unos y otros. Por los *actos constitutivos* se crean nuevas relaciones jurídicas que van a producir sus efectos a partir de su realización y hacia el futuro (*ex nunc*), no pudiendo tener efectos por el tiempo anterior al de su celebración, como la adopción, la compraventa y todos aquellos actos en los cuales los derechos y las obligaciones surgen a partir de la celebración del acto.

163 TUHR, A. von, ob. cit., p. 231.

En cambio, los *actos declarativos* presuponen la existencia de una relación jurídica anterior que viene a ser reconocida o definida, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, el reconocimiento de deuda, la transacción, la confirmación de un acto anulable. Los efectos del acto declarativo son retroactivos (*ex tunc*).

15.14. Actos principales y actos accesorios

Según su interdependencia los actos jurídicos pueden ser principales o accesorios.

Los *actos principales* existen por sí solos, tienen vida propia, su existencia no depende de la existencia de otros actos, v. gr., el matrimonio, la compraventa, el depósito, el mutuo.

Los actos accesorios son aquellos cuya existencia depende de la existencia de otros actos a los cuales acceden. Por ejemplo, la fianza, la garantía mobiliaria, la hipoteca, el pacto de retroventa. A los actos accesorios se les aplica la máxima: "lo accesorio sigue la suerte de lo principal" (*accessio cedit principali*). Si se extingue el acto principal, el accesorio también se extingue, pero no al contrario. Por ejemplo, en un mutuo hipotecario, la nulidad del mutuo (acto principal) conlleva la ineficacia de la hipoteca (acto accesorio), porque la hipoteca no puede existir sin un acto principal al cual accede como garantía, pero la nulidad de la hipoteca no afecta al mutuo.

15.15. Actos puros y modales

Actos puros y simples son los que reúnen solamente los elementos o requisitos esenciales comunes a todo acto jurídico (capacidad del agente, objeto, forma) y los elementos esenciales específicos del acto jurídico de que se trata (ejemplo, la transferencia de la propiedad y el pago del precio en dinero, si es una compraventa).

Actos modales son los que además de reunir los requisitos esenciales para su validez, presentan además ciertos elementos accidentales que postergan o ponen fin a la eficacia del acto (*plazo*), o que inciden en la existencia de los efectos del acto (*condición*), o que imponen una obligación a cargo del beneficiario con un acto de liberalidad (*cargo*).

Hay actos que por su propia naturaleza son puros, no pueden estar sujetos a modalidades, como el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijo extramatrimonial.

15.16. Actos conmutativos y aleatorios

Esta es una subclasificación de los actos onerosos. Conforme a una primera acepción, el acto es *conmutativo* cuando las prestaciones asumidas por las partes son equivalentes, por ejemplo, una compraventa en la cual el precio corresponde al valor real de cambio que tiene el bien en el mercado.

De acuerdo a un segundo criterio, el acto es *conmutativo* porque las partes pueden conocer desde el momento mismo de su celebración cuáles son las ventajas o sacrificios que adquieren y soportan (como la compraventa, la donación), diferenciándose así de los actos *aleatorios* o *riesgosos*, en los cuales, como dice Messineo, la entidad del sacrificio puesta en relación con la entidad de la ventaja no puede ser conocida o apreciada en el momento mismo de la formación del acto, sino que se revelará a continuación, según el curso de los acontecimientos; en estos actos lo que es ganancia para una de las partes, será pérdida para la otra, v. gr., el juego y la apuesta, la renta vitalicia¹⁶⁴.

15.17. Actos positivos y actos negativos

Esta clasificación se debe al modo de exteriorización del acto.

El *acto positivo* consiste en una realización; las partes se obligan a ejecutar una prestación de dar o hacer, por ejemplo, en la compraventa, el vendedor debe entregar el bien y el comprador debe pagar el precio.

El *acto negativo* consiste en una omisión; las partes se obligan a abstenerse de hacer algo. Ejemplos: Un convenio por el cual un fabricante se obliga a no colocar sus productos en un mercado determinado; un contrato de suministro con cláusula de exclusividad (art. 1616).

Savigny escribe: “Los hechos jurídicos son positivos o negativos, según que sea indispensable la realización o la omisión de un acto para que el derecho comience o termine. De estas dos clases la primera es sin duda alguna la más numerosa e importante”.

El acto jurídico puede consistir en una abstención siempre esta sea voluntaria y reúna los mismos requisitos del acto positivo, en particular en lo que se refiere a la capacidad del agente.

164 OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, cit., pp. 109-110.

15.18. Actos de ejecución instantánea y actos de tracto sucesivo

Esta clasificación se debe a la oportunidad en que se deben cumplir las prestaciones para que el acto jurídico pueda cumplir sus fines económicos o sociales.

El acto es de *ejecución instantánea* cuando, para que cumpla con su función social o económica, la prestación o prestaciones son posibles de ejecutarse en un solo momento, tan luego como el acto queda perfeccionado o en un momento ulterior. Con estos actos se persigue la satisfacción de necesidades que no son duraderas.

Los actos de *ejecución instantánea* se subclasifican en actos de ejecución *inmediata*, actos de ejecución *diferida* y actos de ejecución *escalonada*.

El acto es de *ejecución inmediata* cuando la prestación o prestaciones deben ejecutarse en el mismo momento en que es perfeccionado, por ejemplo, una compraventa al contado, en la que el bien y el precio se entregan en el mismo instante en que se celebra el contrato.

El acto es de *ejecución diferida* cuando las partes postergan el cumplimiento de sus obligaciones para un momento ulterior, v. gr., una compraventa en la cual se difiere la entrega del bien o el pago del precio o ambos hasta el vencimiento de un cierto plazo.

El acto es de *ejecución escalonada* cuando la prestación única se divide para ser entregada por partes en diversos momentos, por ejemplo, una compraventa a plazos en la que el precio se va a pagar en armadas mensuales.

El acto es de *tracto sucesivo* (o de duración) cuando las obligaciones de las partes o de una de ellas se desenvuelven a través de un período más o menos prolongado. Con estos actos se persigue la satisfacción de necesidades duraderas. La ejecución de la prestación no puede realizarse en un solo momento sino que debe prolongarse en el tiempo con el fin de satisfacer necesidades duraderas (como el contrato de arrendamiento, el de trabajo, el de suministro).

Los actos de tracto sucesivo se subdividen en actos de ejecución *continuada* y actos de ejecución *periódica*.

Son actos de *ejecución continuada* cuando la prestación se cumple durante un cierto tiempo sin interrupción alguna, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el uso del

bien, sin interrupciones, por todo el tiempo que dure el contrato. En los contratos de suministro de energía eléctrica, de gas, de agua, el deudor debe ejecutar su prestación continuamente, sin interrupciones.

Son contratos de *ejecución periódica* cuando el deudor debe ejecutar sus prestaciones a ciertos intervalos, v. gr., un contrato de suministro por el que el suministrante debe entregar una cantidad de bienes cada cierto tiempo (un laboratorio se obliga a entregar a un hospital una determinada cantidad de medicinas los días 15 de cada mes; un agricultor se obliga a entregar a un industrial que fabrica hilos cien quintales de algodón los días treinta de cada mes por el plazo de dos años).

Como se aprecia, en los contratos de *ejecución escalonada*, que constituyen una modalidad de los contratos de ejecución instantánea, la única prestación del deudor se divide en partes para los fines del pago; el acreedor le concede un crédito al deudor para el pago de la única prestación. En cambio, en los contratos de *ejecución periódica*, que constituyen una modalidad de los contratos de duración, el deudor debe varias prestaciones, autónomas las unas de las otras, que las va pagando a ciertos intervalos; sino se ha fijado la periodicidad de las prestaciones, estas se ejecutarán teniendo en cuenta las necesidades del acreedor.

La importancia de esta clasificación se revela principalmente en la ineficacia del acto (nulidad, anulabilidad, resolución, etc.). Si el acto es de ejecución instantánea, la declaración de ineficacia obra retroactivamente (*ex tunc*), en cambio, si el acto es de tracto sucesivo la declaración de ineficacia rige para el futuro (*ex nunc*). Así, resuelto un contrato de compraventa, de ejecución diferida o escalonada (compraventa a plazos), debido a que una de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la consecuencia natural es que el comprador debe devolver el bien y el vendedor devolver el precio o la parte del precio recibido, es decir, las cosas vuelven al estado en que se encontraban en el momento inmediato anterior al de la celebración del contrato (eficacia *in retro* de la resolución); en ese momento el bien vendido pertenecía al vendedor y el precio pagado era del comprador. Precisamente, porque en el acto jurídico compraventa a plazos (ejecución escalonada) es posible que las prestaciones se puedan ejecutar en un solo momento es que la ley dispone: “*Cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede... exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes*” (art. 1561). En cambio, resuelto un contrato de arrendamiento (acto jurídico de tracto sucesivo), por causa de que una las

partes falta al cumplimiento de su prestación, es imposible que el arrendatario devuelva al arrendador el uso del bien por todo el tiempo que lo condujo, de ahí la eficacia *in futurum* de la resolución; como es materialmente imposible que el arrendatario devuelva el uso del bien por todo el tiempo que lo poseyó, tampoco el arrendador está obligado a devolverle la renta percibida por ese período.

Solamente en los actos de ejecución instantánea es de aplicación la norma que dispone: *A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación* (art. 1428, 2.º párrafo). Por ejemplo, el comprador demandado por resolución del contrato de compraventa por falta de pago del precio, una vez notificado con la demanda de resolución está impedido de pagar el precio adeudado. En cambio, en los contratos de tracto sucesivo, el deudor demandado por resolución del contrato por la causal de incumplimiento, no está impedido, por el contrario, está obligado a ejecutar su prestación correspondiente a la del demandante. Por ejemplo, el arrendatario demandado por resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta, mientras continúa en el uso del bien debe pagar la renta, pero el pago que haga después de la citación con la demanda de resolución del contrato (proceso sumarísimo de desalojo) no corta el proceso judicial, el pago de la renta continúa hasta el lanzamiento si es necesario¹⁶⁵.

15.19. Actos causales y actos abstractos

Según el requisito de la causa, los actos jurídicos pueden ser causales o abstractos. La causa fuente es el hecho generador de un acto jurídico (la manifestación de voluntad) y la causa fin es la finalidad perseguida por el sujeto o sujetos que celebran un acto jurídico. Hay una relación de causalidad entre el fin perseguido y el acto jurídico que lo persigue.

El acto jurídico causal y el abstracto son clases de actos jurídicos de atribución. Se entiende por acto de atribución a aquel por medio del cual una parte atribuye a otro algo, bien sea al otro contratante, bien a un tercero (contrato en favor de tercero, art. 1457 y ss.), o las partes del acto se atribuyen algo recíprocamente. La atribución puede consistir en la ejecución de una prestación, o solo que se

¹⁶⁵ Conforme al art. 585 del CPC (modificado por Ley N° 29057 del 29.6.07) "procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a sus naturaleza".

constituya un derecho a una prestación. Por tanto, también son actos jurídicos de atribución los contratos obligatorios. Por el contrato de compraventa, por ejemplo, el vendedor obtiene una atribución, en cuanto surge para él una prestación consistente en el pago del precio de la compra, y de la misma manera, el comprador, en cuanto nace para él la pretensión a la entrega del bien. Todo acto jurídico de atribución necesita un fundamento jurídico, una causa, por virtud de la cual la atribución se justifique como atribución en la relación a la otra parte del acto¹⁶⁶.

Los *actos causales* son aquellos en que, para su validez y eficacia, es imprescindible la presencia de la causa fuente y de la causa fin. Por ejemplo, en la compraventa es imprescindible el consentimiento de las partes (causa fuente) y, a su vez, el pago del precio es causa de la entrega del bien y al contrario (causa fin). Podemos decir que la causa fin es la función práctica del acto jurídico, o sea el interés que con el acto se persigue satisfacer.

Los *actos abstractos* son aquellos cuya validez y eficacia se produce con prescindencia tanto de la causa fuente como de la causa fin. La causa pierde importancia frente a la forma, como sucede con los títulos valores abstractos (letra de cambio, cheque, etc.), en los que se prohíbe oponer al tercer poseedor del título las excepciones personales, entre ellas las fundadas en la causa¹⁶⁷. Con

166 FLUME, Werner, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 193.

167 Castán Tobeñas llama a los actos abstractos “negocios formales”, porque la voluntad debe ser manifestada mediante una forma determinada para producir efectos, por ejemplo, los títulos de crédito (CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil común y foral*, T. I, Introducción y Parte general, Reus, MADRID, 2005, vol. II, p. 690). De Ruggiero dice que “la diferencia entre el negocio causal y el negocio abstracto consiste en que, en tanto los negocios causales no pueden producir efecto alguno cuando se prueba la inexistencia o ilicitud de la causa, es decir, que son nulos por defecto o vicio de un elemento esencial, los abstractos producen todos sus efectos en todo caso, incluso cuando la causa falte o sea ilícita” (DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho civil*, trad. de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Reus, Madrid, 1979, T. I, vol. I, p. 283). Betti manifiesta que “la cuestión del carácter causal o abstracto del negocio se plantea en términos que no son siempre comprendidos. El problema no es si en el concreto negocio las partes pueden simplemente remitirse a la causa, ya que en la medida de tal criterio no tendríamos ya negocio abstracto que en el acto de conclusión no pudiese transformarse en causal. La cuestión es otra: la de ver si las partes pueden eliminar, separar la mención de la causa del contexto del negocio, es decir, si este pueda callar el interés típico que en cada caso determina su conclusión y ser, a pesar de ello, capaz de producir los efectos jurídicos del tipo a que pertenece. Cuando para producir tales efectos jurídicos sea indiferente la causa y suficiente la forma, el negocio tiene precisamente carácter abstracto, cuando no causal” (BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 159).

estos actos abstractos, la ley persigue crear relaciones claras y seguras, especialmente, frente a terceros. Así, una letra de cambio no revela su causa generatriz, existe con independencia de la relación fundamental que le da origen, aunque en el fondo tal relación existe y puede consistir en un contrato de compraventa a plazos, un mutuo, etc.; nadie se obliga sin perseguir algún fin, la letra puede representar la obligación de pagar el precio adeudado con el fin de adquirir la propiedad del bien comprado, o la cantidad recibida en mutuo, etc. Pero la letra no revela la relación fundamental ni el fin perseguido al emitirla y aceptarla. Si el vendedor poseedor de la letra aceptada por el comprador, la endosa a un tercero, este tiene derecho a que se le pague su importe aun cuando la compraventa que dio origen a la letra sea nula o las partes hayan perseguido una finalidad ilícita. Luego, los actos abstractos son válidos y eficaces con independencia de la licitud o ilicitud de la causa.

No es que existan actos jurídicos sin causa, puesto que todos tienen una causa fuente y una causa fin, lo que sucede es que en ocasiones la ley concede eficacia jurídica a las relaciones obligatorias surgidas de actos con prescindencia tanto de la causa fuente como de la causa fin, por eso se les denominan actos abstractos. Negando el apotegma medieval sobre la causa como presupuesto de eficacia, se puede decir que en el acto jurídico abstracto *cessante causa non cessat effectus*¹⁶⁸.

15.20. Actos simples y compuestos

Esta distinción se hace según que el acto genere una relación jurídica o varias relaciones jurídicas de distinta naturaleza.

Es *simple* cuando crea una sola relación jurídica, por ejemplo, el contrato de compraventa con el cual se crea una relación obligacional entre vendedor y comprador.

El acto jurídico es *compuesto* cuando genera varias relaciones jurídicas de distinta naturaleza, v. gr., el matrimonio genera, entre otros, el deber de los cónyuges de hacer vida en común, que es una relación jurídica de naturaleza extrapatrimonial y la sociedad de gananciales, que es una relación jurídica de naturaleza patrimonial.

168 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 197.

15.21. Actos constitutivos, modificativos y extintivos

Sobre la base de los efectos que despliegan los actos jurídicos, estos se distinguen en constitutivos, modificativos y extintivos, según que den origen a una relación jurídica, la modifiquen en cualquiera de sus elementos o la extingan.

15.22. Actos fiduciarios

Hay *acto jurídico fiduciario* cuando las partes utilizan un tipo de acto jurídico para alcanzar efectos diversos de aquellos que son propios de ese acto jurídico. Por ej., se endosa en propiedad un cheque, una letra de cambio, un pagaré, para facilitar su cobro en vez de endosarlo en procuración o de otorgar un poder para ese efecto. Se utiliza la figura de un acto jurídico para facilitar la obtención de un resultado que es propio de otro acto jurídico. El acto fiduciario se celebra casi siempre en interés del fiduciante, pero el fiduciario obra en nombre propio, guardando el secreto sobre la procedencia del derecho.

La función práctica del acto fiduciario es diversa de la del acto simulado. En este hay una transferencia aparente de un patrimonio de una persona a otra. En cambio, en el acto fiduciario, se está en presencia del traspaso (*efectivo*) de un derecho de una persona (*fiduciante*) a otra persona (*fiduciario*), estando de acuerdo en que tal traspaso debe servir para fines determinados. A la verdad, en definitiva, el derecho o debe retornar al patrimonio del transferente, o bien debe salir del patrimonio del fiduciario, o también ser destinado por él a determinado empleo¹⁶⁹.

Los actos jurídicos fiduciarios se fundan en la *confianza* que inspira la otra parte. Toda relación de crédito es una relación de *confianza* porque crédito viene de *credere*, y el creer implica que la persona a quien concedemos el crédito es solvente económica y moralmente, lo que nos inspira *confianza* en que pagará, pero esta *confianza* alcanza especial relevancia en los actos fiduciarios, en los que su mera ausencia o cierta duda en la conducta de la otra parte es suficiente para no celebrar el acto jurídico o para dejarlo sin efecto.

Como expresa Garrigues¹⁷⁰, en el negocio fiduciario, el fiduciante lo juega todo a la pura confianza en la persona que recibe una atribución patrimonial (fi-

169 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 453.

170 GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 10 y ss.

ducario) para el cumplimiento de determinada finalidad económica resultante de lo pactado (pacto que no ha de trascender a terceros). Ello pone de resalto, como característica del negocio fiduciario, la posibilidad de abuso (con apariencia de legalidad para los terceros) por parte de la persona en quien se confía. Este poder de abuso deriva de la transmisión al fiduciario de facultades jurídicas que este ha de utilizar en interés del fiduciante (y esto es lo que debe hacer), pero que también puede usar en interés propio: esto es lo que no debe, pero puede hacer.

El acto jurídico fiduciario, dice Messineo¹⁷¹, “se emplea: a) para conferir, de modo particularmente eficaz, un encargo al fiduciario; b) o bien, para facilitar el ejercicio o la ulterior transferencia de un derecho; c) o bien, para procurarle la más fácil satisfacción de un derecho de crédito (por ejemplo que nace *ex mutuo*) (se le transfiere un bien, en lugar de constituirle una garantía real por suministro de dinero recibido: la llamada fiducia *cum creditore*, o negocio fiduciario de garantía); d) o bien, igualmente, para confiarle la custodia y la disponibilidad de bienes a través de la transferencia de la propiedad de ellos, con el acuerdo de que el fiduciario debe hacer el uso de esos bienes prescrito por el fiduciante; e) o bien, para eludir prohibiciones de ley; f) o bien, para obviar la incapacidad legal de recibir bienes; g) o bien, para poner al seguro bienes (denominada fiducia *cum amico*, o negocio fiduciario de custodia, o de administración); h) o, finalmente, para sustraer bienes a los derechos de los acreedores”. Como se aprecia, el acto jurídico fiduciario puede ser utilizado con fines lícitos o ilícitos (ejemplo, fraude a los acreedores). Se manifiesta casi siempre en interés del fiduciante, pero el fiduciario obra siempre en nombre propio.

Distinto es el *contrato de fideicomiso* por el que el *fideicomitente* o *fiduciante* transfiere bienes al *fiduciario*, que se obliga a conservarlo o administrarlo según los términos y condiciones acordados, y a transferirlo posteriormente al beneficiario o fideicomisario (que puede ser el mismo fideicomitente o a un tercero)¹⁷². Por ej., A es titular de un paquete accionario, de cuya gestión no

171 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 453.

172 Ley No 26702, Texto Concordado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros: Art. 241. *Concepto de Fideicomiso*. El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un 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. El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o

quiere ocuparse o del cual no quiere aparecer como propietario, lo entrega a una sociedad fiduciaria. Esta se convierte en titular, asumiendo la obligación de administrarlo en favor de A (participar y votar en las asambleas, cobrar los dividendos, etc.), y a transferirlo, a solicitud de A, al mismo A o a otro sujeto (fideicomisario) indicado por él.

El fideicomiso puede también constituirse por testamento.

15.23. Actos familiares y actos patrimoniales

Con relación a los intereses que satisfacen, los actos jurídicos se distinguen en:

a) *familiares*, son los que se refieren a las relaciones familiares, entre los que la figura más relevante es el matrimonio. Están regidos por normas que consagran derechos irrenunciables, v. gr., los padres no pueden renunciar al deber de alimentar a los hijos. Los fines que se persiguen con estos actos no tienden a satisfacer solamente intereses particulares, sino también el interés general; la familia interesa a toda la sociedad; es la organización social primaria.

La autonomía de voluntad se encuentra fuertemente limitada; solamente rige para que la relación familiar se constituya, pero sus efectos están dispuestos por ley, salvo en el aspecto patrimonial, sobre el cual los cónyuges pueden optar por la sociedad de gananciales o por la separación de bienes.

b) *patrimoniales*, que son los que satisfacen intereses de naturaleza económica. El principio de la autonomía de la voluntad rige plenamente tanto para dar nacimiento al acto como para la determinación de sus efectos.

del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes. Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios. La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no está afectada a encaje. La Superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios.

Código civil y comercial argentino: Art. 1666. *Definición.* Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.

Están en juego solamente intereses particulares, renunciables. Los actos patrimoniales a su vez se subdividen en:

- de *atribución*, son los que tienden a procurar a un sujeto, aunque no participe en el perfeccionamiento del acto, una ventaja patrimonial, v. gr., la venta;
- de *disposición*, que comporta una disminución patrimonial para una de las partes, a la cual puede o no corresponder atribución patrimonial a cargo de la otra parte.
- de *obligación*, son los actos que tienen por efecto conceder a una persona (acreedor) la facultad de exigir de otra (deudor) una prestación de dar, hacer o no hacer. El acto jurídico "contrato" es la fuente más común de las obligaciones. Todos tenemos que contratar para satisfacer nuestras necesidades de alimentación, habitación, salud, recreación, cultura, realizar una actividad económica grande o pequeña, prestar nuestros servicios, etc.

16. ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO

Los elementos estructurales del acto jurídico son esenciales (*essentialia negotii*), naturales (*naturalia negotii*) y accidentales (*accidentalia negotii*).

Un sector de la doctrina distingue entre elementos, presupuestos y requisitos del acto jurídico. Según esta doctrina:

- i) Los *elementos* son todo aquello que conforma el acto o negocio jurídico; los elementos comunes a todo acto jurídico son: la manifestación de voluntad y la causa o finalidad.

El elemento fundamental que está en la base de todo acto jurídico es la manifestación de voluntad¹⁷³.

- ii) Los *presupuestos* son todo aquello que es necesario que preexista para que pueda celebrarse el acto jurídico; los presupuestos comunes a todo acto jurídico son: el sujeto, el objeto y la causa; "no se concibe el acto jurídico sin la intervención de, al menos, un sujeto, que no verse sobre un objeto en razón de una causa jurídicamente relevante (o trascendente) (...) al aludir

¹⁷³ La Sección Tercera, del Título 2 del BGB denomina al acto o negocio jurídico "declaración de voluntad".

a los sujetos del acto, es cierto que hablamos, en todos los casos y de un modo u otro, de *hombres* o sea de individuos del género humano. Pero a poco de reflexionar se advierte que respecto de ellos existen especificaciones: hombres, sí, pero *capaces*, o *incapaces* debidamente *representados*; u hombres actuando colectivamente, a través de la *persona jurídica*; hombres que actúan en plena posesión de facultades intelectivas y volitivas, es decir, con *intención* y con *libertad*. Lo mismo cuando aludimos al objeto, distinguimos: cosas *muebles* o *inmuebles*, dentro o fuera del *comercio*, *principales* y *accesorias* y aún más, distinguimos entre objetos *materiales* e *inmateriales*, y preferimos, en ocasiones, hablar de *bienes*; en otros casos el objeto tiene una consideración *ut singuli*, en otras *ut universitas*, etcétera. Finalmente, en el terreno de los fines, también señalamos su *licitud* o su *ilicitud*, su *disponibilidad* o *indisponibilidad*, su *veracidad* o *falsedad*¹⁷⁴.

Un sector importante de la doctrina considera que los elementos constitutivos esenciales del acto o negocio jurídico, sin los cuales no puede existir, son: La voluntad productiva de los efectos;

- a) La declaración con la cual el agente exterioriza su voluntad; y
- b) La causa, en función de la cual el ordenamiento jurídico autoriza a la voluntad a producir efectos jurídicos.

En cambio, no constituyen propiamente elementos del acto (ni menos requisitos del mismo) los sujetos y el objeto, que son simplemente los términos entre los cuales el acto o negocio se forma: si bien necesarios para la existencia del acto, no están dentro sino fuera del acto mismo (Santoro-Passarelli). Tanto el sujeto cuanto el objeto del acto deben ser idóneos para devenir en términos del acto (y en tal sentido solamente se puede hablar de requisitos subjetivos y objetivos del acto). Tal idoneidad es excluida: a) bajo el perfil subjetivo, referente a quien no puede ser sujeto de la relación jurídica que se constituye, modifica o extingue por efecto del acto jurídico (incapacidad del sujeto); y b) bajo el perfil objetivo, dicha idoneidad es excluida para aquellos bienes que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas en general (ej., las cosas fuera del comercio)¹⁷⁵

174 ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires 1986, pp. 59-60.

175 Caringella, Francesco y Valerio de Gioia, ob. cit., p. 109.

- iii) Los *requisitos* son las condiciones que debe cumplir los elementos y los presupuestos; los requisitos del acto jurídico son: la capacidad de discernimiento y la capacidad de ejercicio, la licitud, la posibilidad física y jurídica del objeto, la determinación en especie y cantidad y que la voluntad se haya formado sin vicios¹⁷⁶.

Nuestro ordenamiento jurídico no distingue entre requisitos y presupuestos del acto jurídico. Prescribe que son *requisitos de validez* del acto jurídico: la capacidad del sujeto o sujetos que lo celebran, la posibilidad física o jurídica y la determinación o determinabilidad del objeto, el fin lícito y la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad (arts. 140 y 219).

16.1. Elementos esenciales o requisitos de validez

Se entiende como elementos a todos los componentes del acto jurídico. Como hemos señalado, la doctrina distingue entre elementos, presupuestos y requisitos del acto jurídico. El Código civil es ajeno a la diferenciación entre elementos, presupuestos y requisitos del acto jurídico; el art. 140 define al acto jurídico como manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas; y a continuación señala como sus requisitos de validez al sujeto (agente) capaz, el objeto, el fin y la forma solemne.

Para el ordenamiento jurídico civil, el elemento esencial, básico, fundamental, del acto jurídico es la voluntad de algún modo manifestada. Para que exista voluntad jurídica se requiere que concurren los siguientes requisitos: el discernimiento, la intención, la libertad y la exteriorización mediante la manifestación (declaración y comportamientos).

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico los elementos o requisitos esenciales para la validez de todo acto jurídico son: "1) Agente capaz. 2) Objeto física y jurídicamente posible. 3) Fin lícito. 4) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad" (art. 140). Para que el acto jurídico exista válidamente deben concurrir copulativamente estos cuatro elementos.

El Código debió seguir a su fuente, el Código civil italiano que define al contrato en los términos siguientes: Art. 1321. Noción. "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una

¹⁷⁶ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, Grijley, Lima, 2001, pp. 310 y ss.

relación jurídica patrimonial"; y luego señala sus requisitos: Art. 1325. *Indicación de los requisitos*. Son requisitos del contrato: 1) el acuerdo de las partes; 2) la causa; 3) el objeto; 4) la forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo pena de nulidad.

De acuerdo con esta legislación italiana y la mejor doctrina comparada, el Código peruano debió establecer: "El acto jurídico es la manifestación de voluntad que tiene por fin inmediato la creación, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas". A continuación debió indicar sus requisitos en los términos siguientes: "Son requisitos de validez del acto jurídico: 1) la manifestación de voluntad; 2) la causa; 3) el objeto; 4) la forma prescrita por la ley bajo pena de nulidad".

En los actos bilaterales o plurilaterales, el elemento esencial no es la simple manifestación de voluntad de las partes, sino el *consentimiento*, o sea la confluencia de voluntades de todas las partes que celebran el acto jurídico, es decir, al acuerdo de las partes se le denomina consentimiento. En la doctrina y en la legislación comparada, a los requisitos de validez del acto jurídico también se les denomina elementos esenciales o substanciales.

Estos requisitos son indispensables para la existencia válida de cada acto jurídico, basta que falte uno solo de ellos para que el acto no exista válidamente o el acto sea de otra especie; los tres primeros deben encontrarse en todo acto jurídico, mientras que la forma prescrita bajo sanción de nulidad es exigida solamente en algunos actos jurídicos, por ejemplo, el matrimonio debe celebrarse observándose los trámites establecidos en los arts. 248 a 268; los testamentos deben otorgarse observando una de las formalidades contenidas en los arts. 696 y siguientes; el contrato de renta vitalicia debe celebrarse por escritura pública, bajo sanción de nulidad (art. 1925); la fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad (art. 1871).

Pero además de estos elementos esenciales, señalados en el art. 140, comunes a todo acto jurídico, deben concurrir los elementos esenciales exigidos por la ley para cada acto jurídico en particular, por ejemplo, para que exista compra-venta debe existir un bien que se transfiere en propiedad y un precio que se paga en dinero (art. 1529); y, también, si las partes han convenido algún elemento esencial fuera de los establecidos por ley, para que el acto sea válido y eficaz debe concurrir tal elemento. Basta que falte uno solo de estos elementos para que el acto jurídico no exista o se trate de un acto jurídico diferente.

16.2. Elementos naturales

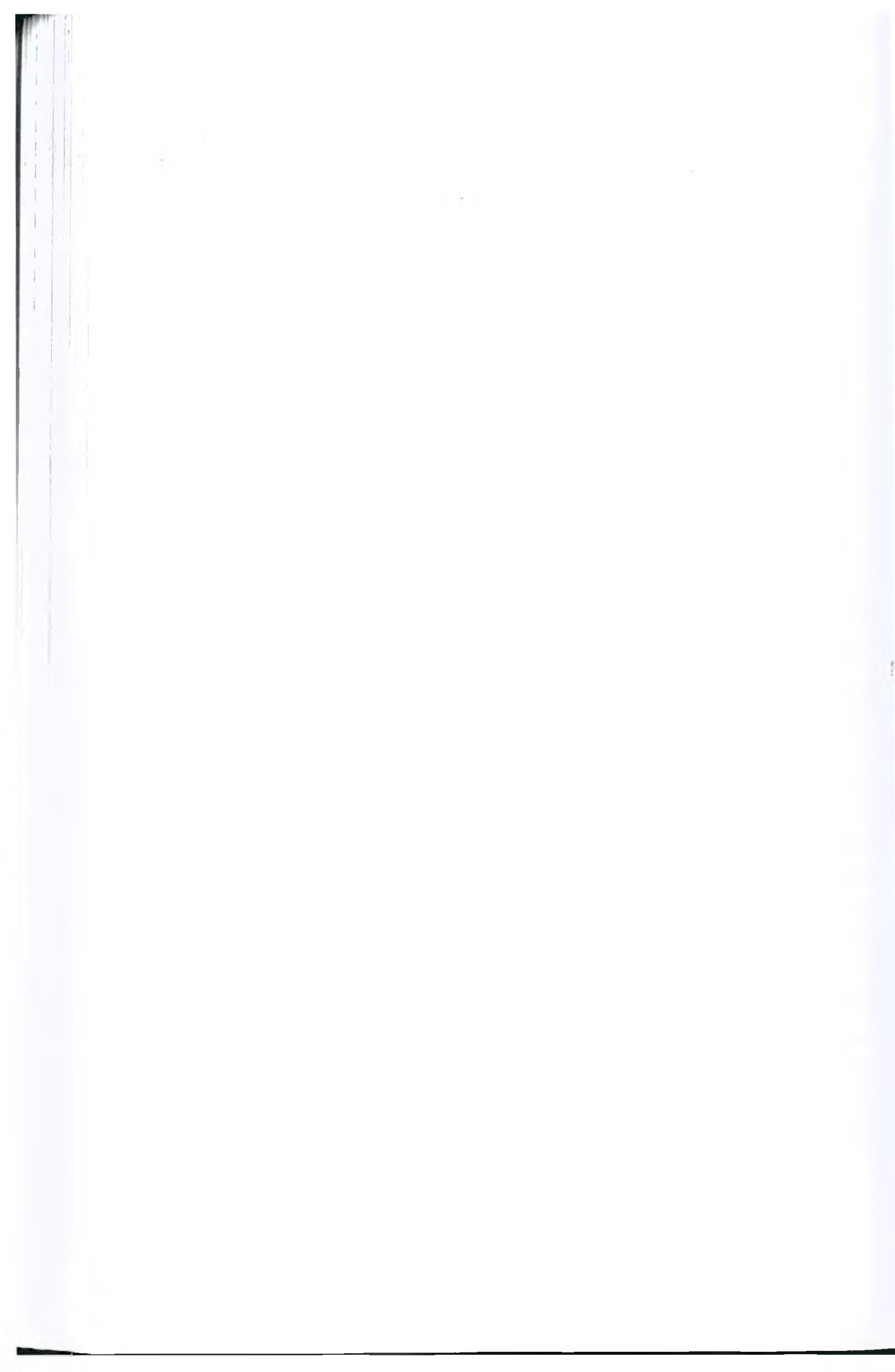
Los elementos naturales o *naturalia negotii*, antes que elementos, son efectos jurídicos que se derivan de la naturaleza de ciertos actos jurídicos, por ejemplo, en los actos por los cuales se transfiere la propiedad, uso o posesión de un bien, el transferente está obligado a sanear por evicción, por vicios ocultos llamados también vicios redhibitorios y por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien al fin para el cual fue adquirido o que disminuyan su valor (arts. 1484 al 1528). Estos elementos están en la naturaleza del acto pero no son de su esencia, por lo que los derechos y deberes u obligaciones que de ellos se derivan pueden ser disminuidos, incrementados o eliminados por voluntad de las partes. En otros términos, estos elementos están dispuestos por normas dispositivas supletorias, susceptibles de ser derogadas por voluntad de las partes. Los elementos naturales identifican el contenido legal de los singulares actos cuando las partes han guardado silencio al respecto.

16.3. Elementos accidentales

Llamados más propiamente modalidades de los actos jurídicos, son aquellas estipulaciones accesorias que se introducen en el acto jurídico en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y siempre que no desvirtúen la esencia o naturaleza del acto. Su presencia en el acto jurídico depende únicamente de la voluntad de las partes.

Los elementos accidentales son incorporados en el acto jurídico generalmente bajo la fórmula de cláusulas, para limitar de algún modo la plenitud de la obligación principal, sea haciendo insegura su existencia (condición), sea postergando su exigibilidad a un momento ulterior o señalando un tiempo de vida al acto (plazo), sea obligando al titular del derecho el cumplimiento de una carga accesoria (Modo o carga o encargo). Entre estas varias modalidades, algunas, las más comunes están tipificadas en los arts. 171 y siguientes y son la condición, el plazo y el modo o cargo.

Los elementos naturales del acto jurídico no son materia de nuestro estudio. En los capítulos siguientes nos ocuparemos de la manifestación de voluntad y de los requisitos de validez, y más adelante de los elementos accidentales.



CAPÍTULO III

LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

17. INTRODUCCIÓN

El acto jurídico, como instrumento de la libertad humana, tiene su raíz en la voluntad (Santo Tomás: *quod radix libertatis est voluntas*). La voluntad manifestada orientada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas es el fundamento y sustento del acto jurídico. Este, en cuanto fundado en la voluntad, es también expresión de la libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Las personas son libres de decidir sí, en qué modo, en qué medida, dónde y cuándo serán afectadas en sus esferas jurídicas por el acto jurídico (autonomía de la voluntad).

La historia ha transformado el sentido, alcance y los límites de la autonomía de la voluntad del otorgante del acto jurídico. Entre el Ochocientos y el Novecientos se pasó de una concepción eminentemente subjetiva a una concepción predominantemente objetiva del acto jurídico, especialmente del contrato. En el s. XIX dominó la concepción subjetiva, debido al influjo de la doctrina iusnaturalista y de la escuela histórica: la voluntad es la fuerza creadora de los efectos jurídicos. El dogma de la voluntad tiene un significado ideológico y político. Exaltar la voluntad del individuo es exaltar la libertad individual como condición cultural para la fundación del modelo socioeconómico que se afirma en occidente a partir de los primeros años del Ochocientos: el modelo de la sociedad burguesa y de la economía capitalista, contrapuesta a la sociedad y a la economía del *ancien régime*¹⁷⁷.

177 "Aquella era una sociedad estratificada y rígida: los individuos pertenecían por nacimiento a 'clases' u 'órdenes', y la pertinencia a uno u otro de estos —el *status* de la persona— deter-

El dogma de la voluntad trae como consecuencia que si la voluntad proviene de una persona incapaz de entender y querer, o surge bajo la influencia de factores psíquicos que perturban su formación regular (ej., el error), o si la voluntad manifestada no coincide con el real querer del sujeto (ej., por un lapsus), el acto jurídico se cancela.

A fines del Ochocientos, el dogma de la voluntad entra en crisis y con ella la teoría subjetiva del acto jurídico. El capitalismo más desarrollado exige certeza en las relaciones jurídico-económicas. Si el acto jurídico contrato puede ser cancelado por factores pertenecientes a la esfera psíquica de las partes, cada una de ellas corre el riesgo de que sus derechos contractuales sean eliminados por factores incontrolables, no conocibles, lo que desalienta su deseo de emprender. La depresión de la iniciativa es intolerable para el desarrollo capitalista. Esto explica el paso de una concepción subjetiva del acto jurídico, fundada en el dogma de la voluntad, a una concepción objetiva con el fin de darles mayor certeza a los otorgantes del acto. Surge así la teoría de la declaración o manifestación de la voluntad, es decir, no solo importa la voluntad individual, sino también su proyección social externa, el modo en el cual es percibida por el destinatario: lo esencial es la manifestación de la voluntad. Quien ha otorgado su confianza al significado social típico de la voluntad manifestada no puede ser defraudado con la cancelación del acto por incapacidad, error o lapsus del declarante, cuando su autor no parece incapaz, o víctima de error o de un lapsus (teoría de la confianza). Quien introduce una manifestación de voluntad en el tráfico jurídico asume el riesgo que dicha declaración crea (teoría de la autorresponsabilidad). Modernamente predomina la teoría de la manifestación sin anular el valor de voluntad que permanece siempre fundamental en el acto jurídico.

minaban indeclinablemente el destino social, económico, jurídico; que no estaba sino en pequeña parte, en la esfera de libertad del sujeto. La moderna sociedad burguesa libera a los individuos del vínculo de los status: independientemente del nacimiento cada hombre, si es capaz y tiene suerte, puede voluntaria y libremente construir su propia posición en la sociedad, en la economía, en el Derecho. El contrato libre y voluntario es el instrumento para la identificación de los destinos individuales. Así se entiende la clásica fórmula de Henry S. Maine (1822-1888) que indica el itinerario desde la vieja hacia la nueva sociedad: 'del status al contrato'. Por otro lado, al modelo de la economía precapitalista (proteccionismo, fuerte injerencia del poder público) la economía capitalista opone un modelo de políticas liberales (*laissez faire*) que dejan grandes espacios a la iniciativa privada y a los procesos de autorregulación de las fuerzas del mercado (comenzando por el mercado laboral), y mínimos espacios a intervenciones de regulación pública" (ROPPA, *El contrato*, cit., p. 59).

18. LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

La manifestación de la voluntad, o sea la exteriorización del querer interno del sujeto¹⁷⁸, es el núcleo central del acto jurídico, por cuanto es la que define su contenido específico, es decir, sus efectos consistentes en la creación, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Proviene del agente o agentes (parte o partes) del acto. Los demás elementos (requisitos: capacidad, objeto, causa fin, forma) también son indispensables para la existencia válida del acto jurídico, pero no determinan su contenido.

La exigencia de certeza y seguridad en el tráfico jurídico no admite dar relevancia al querer íntimo del sujeto que no se expresa en una declaración o manifestación o que sea contrario con el contenido de la declaración percibida socialmente por interlocutores diligentes y de buena fe.

El acto jurídico, en su acepción escolástica, es definido como una manifestación de voluntad. La voluntad no manifestada constituye reserva mental y como tal es irrelevante¹⁷⁹. Para el derecho no es decisivo lo que la persona quiere, sino lo que en ciertas circunstancias y en cierto modo dio a conocer como su voluntad¹⁸⁰.

La manifestación de voluntad con la que se perfecciona un acto jurídico tiene sentido normativo, es decir, regula los intereses particulares con carácter prescriptivo. Así, en una compraventa la manifestación de voluntad de las partes es la que *dispone* que el vendedor debe transferir la propiedad del bien vendido y el comprador pagar el precio pactado; en un testamento, es la voluntad del testador la que establece cómo deben *disponer* de su patrimonio sus herederos o legatarios. Es decir, con la manifestación de voluntad, las partes crean normas jurídicas para sí y, en ocasiones, para los demás (normas particulares), con la consiguiente responsabilidad en cuanto a su actuación en la vida de relación social

178 “La voluntad, de por sí mera entidad psicológica individual, no adquiere efectividad social sino haciéndose visible a los demás bajo forma de declaración o de comportamiento y llenándose de un contenido socialmente apreciable en el terreno de la autonomía privada, es decir, concretándose en un precepto” (BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 124).

179 BGB. Art. 116. *Reserva mental*. Una declaración de voluntad no es nula por reservarse el declarante para sí no querer lo declarado. La declaración es nula si se emite frente a otro y este conoce la reserva.

180 VON TUHR, Andrea, *Tratado de derecho civil alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2005, T. IV, p. 132.

Para que exista voluntad jurídica se requiere de la concurrencia de elementos internos (discernimiento, intención y libertad) y externos (manifestación). Con la concurrencia de los elementos internos queda formada la voluntad real o interna o psicológica, la cual para producir efectos jurídicos requiere que sea manifestada. La manifestación de voluntad es un hecho jurídico (ejemplo, un robo, una tentativa de homicidio, un contrato), del cual el acto jurídico es una especie, al que el ordenamiento jurídico enlaza efectos jurídicos relevantes. No hay acto jurídico sin un hecho que exteriorice la voluntad para que pueda tener repercusión en la vida social¹⁸¹.

La *voluntad* se desdobra en: *voluntad interna* (o negocial o psicológica o de resultado o de efecto o de contenido del acto) que es lo que el sujeto realmente quiere (conscientemente) en su fuero interno, la cual exige un análisis psicológico para ser conocida; y *voluntad declarada* que es la voluntad exteriorizada por medio de *declaraciones* y *comportamientos*, siendo la única que puede ser conocida por el destinatario sin hacer un análisis psicológico¹⁸². Pero esta distinción entre voluntad *interna* y voluntad *declarada* no es considerándolas como dos entidades distintas, separables, sino como dos elementos que constituyen una unidad que denominamos voluntad *jurídica*.

Como dice el profesor Romero Montes¹⁸³, el acto jurídico supone la existencia de dos elementos, uno interno, la voluntad, y el otro externo, su manifes-

181 El elemento interno del negocio jurídico solo trasciende en el campo del Derecho, cuando deja de ser un fenómeno psicológico y es declarado, alcanzando existencia como entidad duradera, exterior y desprendida de la persona del autor (BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 57).

182 De Castro: "(...) la doctrina moderna sobre la relación entre los dos elementos internos (conciencia y voluntad o saber y querer) y el externo de la declaración, ha hecho los siguientes distingos: 1º Respecto al acto como tal; se atiende al saber lo que se hace y al haber querido lo hecho; por ejemplo, falta la conciencia si se dice algo en un momento de locura, falta la voluntad si se envía la carta forzado a ello físicamente; 2º Respecto a la declaración; se atiende al saber que lo hecho o lo dicho tiene ese significado de declaración, y al querer que lo tenga; por ejemplo, faltarán la conciencia, si se envía carta aceptando un contrato, creyendo que se envía otra de felicitación; faltarán la voluntad si se escribe y envía la carta forzado; 3º Respecto a la voluntad negocial; se tiene en cuenta el saber y el querer el resultado práctico propuesto; por ejemplo, faltarán el saber si se ha sufrido un error de apreciación al elegir el objeto; estará viciado el querer si por temor se declara que se acepta" (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*, reimpr. de la 2.ª ed. [1971], Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Civitas, Madrid, 1985, p. 58).

183 ROMERO MONTES, *Curso de acto jurídico*, cit., p. 58.

tación, por medios que la haga patente a los demás. La conjunción de la voluntad y su manifestación es el resultado de un proceso que se inicia en lo subjetivo y va hacia lo objetivo, de la voluntad interna a la voluntad manifestada. La voluntad por sí sola es un simple hecho (psicológico), también lo es la manifestación sin voluntad, ya que no interesa si una persona ha efectuado algo, sino si lo ha hecho o dicho voluntariamente: Es decir, entre voluntad y manifestación debe haber una correlación estricta.

La voluntad de algún modo exteriorizada a través de declaraciones y comportamientos (manifestada) es el elemento dinámico por excelencia del mundo jurídico y el factor central que da vida al acto jurídico. La manifestación es la culminación del proceso volitivo. Con la manifestación, la voluntad deja de ser un hecho psicológico para devenir en un hecho social relevante para el Derecho, puesto que a través de ella las personas establecen sus relaciones jurídicas. Para que sea generadora de relaciones jurídicas, la voluntad debe ser verdadera y seria; no puede constituir manifestación de voluntad una declaración hecha con fines académicos, en broma, por jactancia, pedantería, en juego, en afán de publicidad, etc. La declaración debe aparecer seriamente orientada a producir efectos prácticos, sociales o económicos, que se quiere alcanzar¹⁸⁴. La dirección hacia los efectos está consagrada en el art. 140 que establece que la manifestación de voluntad está destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Dos cuestiones plantean la consideración de la manifestación de la voluntad: o el acto jurídico es la suma de dos procesos: subjetivo el uno (la voluntad real, interna o psicológica) y objetivo el otro (la voluntad manifestada), o es un proceso unitario, en el cual la manifestación es el último peldaño de la volición, existiendo, por tanto, una *unidad esencial* entre la voluntad y su manifestación¹⁸⁵.

En el primer caso, las hipótesis en contraste entre la voluntad y la declaración han sido siempre motivo de ásperas discusiones y se han resuelto dándole primacía unas veces a la voluntad y otras a la declaración como el elemento que

184 Desde Windscheid, el acto jurídico es concebido como una declaración, o, en sentido más amplio, como una manifestación de voluntad particular dirigida a producir efectos que el ordenamiento reconoce y tutela (BIGLIAZZI GERI / BRECCIA / BUSNELLI / NATOLI, *Derecho Civil*, cit., T. I, vol. 2, p. 593).

185 Los elementos voluntad y declaración "deben estar reunidos en una unidad actual, de tal modo que el segundo no sea más que la prolongación sensible, perceptible y percibida del primero, y este la base sobre que descansa aquel" (AGUIAR, Henocho D., *Hechos y actos jurídicos. La voluntad jurídica en la doctrina y en la ley*, V. Abeledo, Buenos Aires, 1924, p. 127).

determina la creación, interpretación y efectos del acto jurídico¹⁸⁶. En el segundo, el acto voluntario es un todo orgánico, en el cual no puede prevalecer ninguna de sus partes, ninguna de estas puede ser apreciada separada y aisladamente de la otra, aunque cronológicamente la voluntad real sea la fase anterior y la declaración, la posterior¹⁸⁷.

Partamos del hecho de que la voluntad psicológica no exteriorizada pertenece al fuero interno del sujeto, "recinto no violado por las leyes ni por la autoridad de los magistrados"¹⁸⁸; por consiguiente, carente de efectos jurídicos. No es voluntad jurídica. *Voluntas in mente retenta voluntas non est*. La voluntad que tiene consecuencias jurídicas es la manifestada. El elemento central vital del acto jurídico es la unidad formada entre la voluntad interna y la voluntad manifestada. La manifestación comprende no solamente las declaraciones con las cuales se forma el acto jurídico, sino también los comportamientos, esto es, toda conducta o proceder que, de acuerdo con las circunstancias y apreciadas de buena fe, permitan inducir la voluntad del agente o agentes. Ningún acto puede ser calificado de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste¹⁸⁹. En resumen, para que exista voluntad jurídica se requiere de la

186 Scognamiglio dice: "La voluntad constituye la esencia misma del negocio; mientras que la declaración —que no se identifica con el mero conocimiento del querer interno— representa el otro elemento constitutivo del negocio, en el sentido que solamente por medio de ella la voluntad puede considerarse realizada. El problema surgido a consecuencia de la hipótesis en contraste entre la voluntad y la declaración, da lugar a ásperas discusiones que por lo regular vienen siendo resueltas atribuyéndose prevalencia a la voluntad, salvo que el vicio del querer no sea imputable al declarante (principio de autorresponsabilidad); y salvo que excepcionalmente no se dé importancia al criterio opuesto de la protección de la buena fe de los terceros" (SCOGNAMIGLIO, "El negocio jurídico: Aspectos generales", cit., p. 6).

187 Betti expresa que la cuestión de si la "voluntad interna" (porque esta es la voluntad "verdadera"), debe prevalecer sobre la declaración, o la declaración sobre la voluntad interior, expresa una alternativa inadmisibles en el campo del Derecho; por tanto está mal planteada. Porque la voluntad de las partes no adquiere entidad jurídica sino, precisamente, en la forma de declaración o comportamiento y, por tanto, no puede ser colocada sobre el mismo plano de esta forma ni asumir un valor en sí misma, en antítesis con ella (BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pp. 256 y s.).

188 DE GÁSPERI, Luis, y Augusto M., MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, T. I [Teoría general de los hechos y actos jurídicos], Tea, Buenos Aires, 1964, p. 84.

189 El art. 913 del Código civil argentino prescribe: *Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste.*

conurrencia del elemento subjetivo (voluntad interna) y del elemento objetivo (la manifestación)¹⁹⁰.

La voluntad jurídica se forma en la intimidad psíquica del sujeto, fase en que es conocida solamente por la autoconciencia del agente, y se hace conocida o aprehensible por los demás sujetos mediante la manifestación. La voluntad interna no declarada (como la *reserva mental*) carece de relevancia jurídica; solamente la voluntad manifestada es el fundamento del acto jurídico¹⁹¹. No es posible separar totalmente a la voluntad de sus raíces psicológicas, “pero un psicologismo demasiado marcado conducirá a aislar el contrato de su contexto social”¹⁹² y a no tomar en consideración el hecho esencial de que los actos jurídicos se realizan por un intercambio de voluntades que se conocen por su modo de expresión y no por voluntades que se desconocen.

Si se admitiera sin restricciones que lo que da vida y efectos al acto jurídico es la voluntad interna, tendríamos, por ejemplo, que “habría contrato con que dos personas, aun sin conocerse, quisiesen, la una vender y la otra comprar un inmueble por un cierto precio”, pues para que exista contrato bastaría que existan dos o más voluntades concordantes, constituyendo la manifestación solamente un elemento de prueba de la voluntad¹⁹³. Para que exista contrato no basta “el

190 De Castro: “La voluntad se mueve por la “vis cognoscitiva” (nihil volitum nisi praecognitum) y por la vis apetitiva (el deseo, velleitas). Conocidas (tener conciencia) y, en su caso, pesadas (juicio, consultatio, deliberatio) posibilidades y fines, se llega a la decisión (electio; preferencia respecto de fines y medios posibles). Esta se concreta en la intención o propósito con el que se dice o hace algo (conducta del declarante). Para que dicha voluntad alcance significado jurídico, no basta con que exista interiormente (cogitationis poenam nemo patitur), sino que se requiere sea exteriorizada o manifestada (de manifestis tantummodo iudicare, Inocencio III) (DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., p. 57).

191 Albaladejo expresa que la voluntad no puede ser conocida sino a través de la unidad que es la declaración negocial de voluntad; en pura especulación, agrega, cabe distinguir: la *declaración* –como vehículo o cuerpo portador de la voluntad–; la *voluntad declarada* –como contenido o alma de la declaración– y la *voluntad interna del declarante* –como lo verdadero y efectivamente querido por este–. El elemento del negocio es la unidad formada por la declaración (cuerpo), y la voluntad declarada (alma). La voluntad interna ni es elemento del negocio ni forma parte de otro elemento: la declaración de voluntad. Otra cosa es que si el elemento “declaración de voluntad” discrepa de la voluntad interna, pueda ser invalidado (pero, no prevaleciendo la voluntad interna, sino provocando la destrucción del negocio (ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, 2da ed., Bosch, Barcelona, 1993, p. 85).

192 LARROUMET, *Teoría general del contrato*, cit., vol. I, p. 125.

193 De admitirse esta posibilidad, se tendría que admitir sus consecuencias harto peligrosas,

acuerdo de voluntades”, sino que es necesario que ese acuerdo se manifieste, es decir, es necesario que dos o más partes se pongan “de acuerdo” sobre una voluntad común de crear una relación jurídica patrimonial o para modificarla o extinguirla (art. 1351). En el otro extremo, de admitirse la teoría de la declaración sin atenuantes tendríamos que habría acto jurídico con una declaración desprovista de voluntad (se justificaría la violencia, la tortura, el dolo, el fraude). Para que exista acto jurídico, la voluntad interna no puede prescindir de la manifestación, y esta no puede prescindir de la voluntad interna, por eso es que el Derecho admite impugnar el acto por vicios de la voluntad (art. 201 y s.), permite que se pueda probar la falta de coincidencia entre la declaración y la voluntad (art. 1361), condena la mala fe, el abuso del derecho.

Lo frecuente es que la voluntad declarada (*voluntad de la manifestación*) corresponde a la voluntad interna (*voluntad de contenido*), caso en el que no hay problema alguno. La voluntad de la manifestación está encaminada a comunicar la voluntad interna del declarante, y la voluntad de contenido se orienta a la obtención de un una finalidad. Cuando existe armonía entre una y otra no hay inconvenientes, los problemas se presentan por la desarmonía entre ambas, por ejemplo, cuando el declarante, por error, dolo o violencia, ha manifestado algo que no quería en su fuero interno, o cuando deliberadamente las partes declaran algo que no coincide con lo efectivamente querido, como resulta del acto simulado.

En efecto, la imperfección del ser humano y del lenguaje, las maniobras desleales o fraudulentas de una de las partes del acto, entre otros factores, dan lugar a que la voluntad declarada no corresponde a la voluntad interna. Así, por ejemplo, debido a un *lapsus linguae* una persona dice que vende cuando en realidad no quiere vender; a un contrato de arrendamiento, por ignorancia, se le denomina hospedaje; por error, se compra un objeto en la convicción que es de oro cuando es de un metal de menor valor; una persona afirmando un hecho falso, persuade a otra para concluir un contrato (dolo); la suscripción de un acto

como lo ha demostrado Dereux con el siguiente ejemplo: “Si yo le dijera a un comerciante que he estado ayer en su almacén con la ‘intención’ de comprarle alguna cosa, pero que no habiéndole encontrado cambié de intención”, podría sostener él que, no siendo la manifestación de voluntad sino un elemento de prueba, producida ahora por confesión y, estando él conforme en venderme aquella mercadería, se ha producido el acuerdo de voluntades, y concluido el contrato (DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 87).

jurídico bajo los efectos de una coacción ilegítima (violencia). En situaciones como estas hay que preguntarse si se debe insistir en la validez del acto o en su anulación. La respuesta dependerá según se considere como predominante a la voluntad interna (teoría de la voluntad) o a la voluntad declarada (teoría de la declaración). En el primer caso el acto es inválido por faltarle la voluntad o por estar viciada; mientras que en el segundo es válido porque el aceptante se atiene a la voluntad declarada, sin tener que detenerse en indagaciones psicológicas para establecer lo que realmente quiso el declarante. Para salvar los inconvenientes de la teoría de la voluntad y de la declaración¹⁹⁴, se han creado las teorías intermedias de la responsabilidad y de la confianza. A continuación nos ocupamos de estas teorías.

18.1. Teoría de la voluntad

La clásica *teoría de la voluntad* (o volitiva), dominante en el s. XIX por influencia de la doctrina iusnaturalista y de la escuela histórica, sostenía el imperio de la voluntad interna de la cual la declaración era considerada solo como un mero instrumento; la voluntad es “lo único importante y eficaz” (Savigny)¹⁹⁵.

194 Desde muy antiguo han estado enfrentadas las teorías de la voluntad y de la declaración. De Castro refiere la siguiente causa Curiana: “El testador, creyendo encinta a su mujer, instituye heredero al ‘nasciturus’ y a Curio, como sustituto, si aquel muriese impúber; muerto el testador y no habiendo nacido el hijo (resultó equivocada la creencia del embarazo), Curio pide la herencia; a esta petición se opone Coponio, que pide se le tenga como heredero ‘ab intestato’, por ser el pariente más próximo del causante y no darse la condición establecida para que herede Curio. Defiende a Coponio, Q. Mucio Scaevola, el pontífice, que se basa en lo declarado (*quod scriptum est*); ampara la petición de Curio el orador Licinio Craso, que argumenta basándose en lo que debe entenderse querido por el testador (*hoc voluisse eum, qui testamentum fecisset; defensionem testamentorum ac voluntatis mortuorum*). El tribunal de los centunviros votó unánimemente en favor de Curio, como gustaba referir Cicerón, que narra el pleito repetidas veces” (DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit. p. 61).

195 Savigny, refiriéndose a la declaración de voluntad (*Willenserklärungen*) dice: “De ordinario, el signo sensible tiene únicamente por fin expresar la voluntad” (SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., p. 291). Afirma este autor que la voluntad es por sí importante y eficaz, pero tratándose de un acontecimiento interior e invisible necesita de un signo exterior que permite reconocerla y tal es la declaración, existiendo entre declaración y voluntad una relación natural y no accidental.

Celice ha dicho: “Implicando la noción de contrato el concurso de dos voluntades internas, lo que hay que interpretar son esas voluntades; todo lo que las acompaña, gestos, palabras, escritos, etc., no son más que despreciables vestigios de los procesos por los cuales se han dado a conocer” (en BORDA, *Manual de Derecho civil, Parte general*, cit., p. 416).

La voluntad interna, como lo verdadero y efectivamente querido, es el elemento necesario para la creación, interpretación y eficacia del acto jurídico¹⁹⁶; el agente no solo quiere el acto sino también sus efectos, por tanto, la voluntad constituye la sustancia o, si se quiere, el contenido del acto jurídico. La voluntad es la fuerza creadora de los efectos jurídicos; la voluntad de los otorgantes del acto jurídico es todo. En caso de disconformidad entre la intención y la declaración, hay una falsa apariencia de declaración, una declaración sin voluntad que no tiene importancia alguna. Solamente la voluntad interna, como hecho psíquico, es capaz de dar vida al acto jurídico¹⁹⁷. En caso de divergencia, predomina el contenido (la voluntad) sobre el continente (la declaración).

Esta doctrina predominó en los tratadistas franceses y las legislaciones que se inspiraron en el Código de Napoleón. En Alemania se le denominó *Willens-theorie*. Tiene sus orígenes en el Derecho justiniano, canónico y natural y reinó por muchos siglos. Fue expuesta por Savigny¹⁹⁸, quien dijo que “la voluntad y la declaración no son dos elementos independientes uno de otro, como la voluntad de un hombre es independiente de la de otro, concordando solo acciden-

196 En 1878 Windscheid manifestó que “una declaración de voluntad es nula si no se ha querido realmente lo que se declara”. Reconoció este autor que la declaración no es un simple medio de participar el querer, sino que la declaración es la voluntad en acción. No es la comunicación de un querer distinto, sino del querer que está contenido en ella. Es la voluntad en su forma sensible. Es muy cómodo para el que ha de adquirir, que la adquisición se realice, solo porque adquirió de buena fe, pero para el que pierde es doloroso en la misma medida el que se consume la pérdida sin que ella resulte justificada. Mediante la manifestación de voluntad se declara querer que haya un efecto jurídico (WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, trad. del alemán al italiano por Fadda y Bensa, UTET, Turín, 1902, T. I, p. 264). Larroumet: “Puesto que el contrato es obra de la voluntad, debemos pensar que las obligaciones y los derechos que aquel engendra deben corresponder al acto de volición, es decir, a lo que realmente quiso cada uno de los contratantes”. Agrega este autor, “la voluntad contractual no es cualquier voluntad, sino solamente la voluntad expresada en un contexto determinado” (LARROUMET, *Teoría general del contrato*, cit., vol I, p. 125).

197 “Dentro de un sistema que funda únicamente la obligación sobre el consentimiento del que obliga, tan solo la voluntad real, interna, es la creadora de derechos. La voluntad expresa, declarada, solo tiene eficacia en la medida en que produce fielmente la voluntad real; en caso de discordancia, la voluntad real debe prevalecer necesariamente sobre la declaración de voluntad; una transmisión inexacta de la voluntad real es un obstáculo para la perfección del contrato” (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y Jean MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, *Obligaciones: el contrato. La promesa unilateral*, Parte II, vol. I, Ejea, Buenos Aires, 1978, p. 133).

198 SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., p. 320.

almente entre ellos, sino que al contrario están ligados por un vínculo natural de dependencia (...) es cierto que solo la voluntad en sí misma es importante y eficaz mas como hecho interior e invisible necesita una señal exterior que la haga reconocer y esa señal por la que se manifiesta precisamente la voluntad, es la declaración. De esto resulta que la voluntad y su declaración tienen entre sí una relación no accidental, sino natural”.

El principio fundamental de esta teoría es el dogma de la *autonomía de la voluntad* como punto de confluencia jurídica de dos elementos: el liberalismo económico y la filosofía individualista y voluntarista. El acto jurídico encuentra su fundamento y sustancia en la voluntad de las partes que lo celebran; por consiguiente, el acto jurídico es la expresión de la libertad individual la cual constituyó la precondition para la creación del modelo socioeconómico de la sociedad burguesa y de la economía capitalista, contrapuesta a la antigua sociedad estratificada de los individuos pertenecientes a las clases u órdenes que determinaban el destino social, económico y jurídico de las personas.

El acto jurídico es obra exclusiva de la voluntad real, esta es su única justificación. La voluntad es soberana para conducir a la celebración del acto y para determinar sus efectos. No hay acto jurídico sin voluntad real, por lo que se admite la invalidez del acto por los vicios de error, dolo o violencia, como un medio para defender a la persona humana en su atributo más inviolable: la voluntad jurídica¹⁹⁹.

El acto jurídico, como instrumento de la libertad humana, deriva su fuerza vinculatoria de la voluntad de las partes, que son soberanas para celebrarlo o no; y si han tomado la decisión de celebrarlo, son soberanas para establecer libremente sus efectos jurídicos. La voluntad soberana es la única que puede comprometer a los individuos, lo que implica que solamente hay acto jurídico si las partes lo quieren. Nadie puede ser obligado, salvo escasas excepciones establecidas por ley, a concluir un acto jurídico que no desea; las personas deciden soberanamente por su celebración o por su rechazo, y si han tomado la decisión de celebrarlo, solamente se consideran como sus estipulaciones las aceptadas por las partes, es decir, el acto o negocio jurídico no produce otros efectos que los queridos por las partes. Por la soberanía de la voluntad, el acto jurídico se celebra y se ejecuta conforme ha sido querido realmente por las partes, sin que la ley

199 DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 98.

pueda inmiscuirse en él. Así, en materia de contratos, las normas de la ley solo tienen carácter supletorio, destinadas a llenar las lagunas de la voluntad, pero no podrán reemplazar a las disposiciones acordadas por las partes. Si falta la voluntad o solamente esta existe en apariencia, no hay acto jurídico. Si la voluntad real, efectiva, es el elemento esencial del acto jurídico, se debe derivar como lógica consecuencia la invalidez del acto cada vez que se pruebe que la declaración no corresponda exactamente a la efectiva voluntad (art. 1361).

En materia de interpretación, se debe averiguar cuál fue la voluntad real de las partes. Las cláusulas claras que revelan la efectiva voluntad del agente no se interpretan. El contrato se ejecuta tal cual ha sido convenido (*pacta sunt servanda*), no es de aplicación la teoría de la imprevisión por variación de las circunstancias económicas porque desnaturaliza el contrato, al apartarse de la voluntad de las partes.

El principio de la soberanía de la voluntad que es el fundamento de la fuerza obligatoria de la voluntad está consagrado en el art. 1134 del Código de Napoleón que establece que "*las convenciones legalmente formadas hacen las veces de la ley para quienes las han convenido. Las convenciones no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas que la ley autorice. Ellas deben ejecutarse de buena fe*". Como el contrato es el producto de la voluntad de las partes, no surte efectos frente a terceros (el contrato es una *res inter alios acta*) (art. 1165 del Código civil francés).

Según esta teoría el juez debe desentrañar la verdadera voluntad del agente por ser la única que puede producir efectos jurídicos. Entre voluntad y su declaración hay una relación natural. En caso de conflicto entre la voluntad y su declaración prima la voluntad. Si falta la voluntad el acto es nulo.

Las principales objeciones que se formulan contra la teoría de la voluntad son:

1. *Las dificultades de las investigaciones psicológicas.* Es muy difícil determinar la voluntad que ha permanecido en el fuero interno del sujeto y que, por tanto, es desconocida por los demás. El Derecho no garantiza la voluntad psicológica de prueba arbitraria, larga e insegura, sino la voluntad exteriorizada que aparece en la vida de relación.
2. *La investigación de la voluntad real implica gran inseguridad en el tráfico jurídico.* Se expone al aceptante de la declaración a ver burladas sus esperanzas por la mala fe o la culpa del declarante. El aceptante queda indefenso frente a la malicia y a los caprichos del declarante.

3. *La voluntad interna no exteriorizada es un elemento extraño al acto jurídico; es impalpable, incontrolable, no conocible.* El individualismo y el voluntarismo del siglo XIX que encumbraron a la voluntad como dominadora y despótica han cedido en favor de los aspectos más sociales del Derecho. En el siglo XIX, la libertad contractual era considerada como un fin en sí misma, sobre la base de que las partes eran los mejores jueces de sus propios intereses y si, libre y voluntariamente, celebraban un contrato, la única función de la ley era hacerlo cumplir, siendo indiferente la posición de dominio en que podía encontrarse una de las partes. En aquella época, “los efectos de una declaración se desarrollaban en campos circunscritos, o entre individuos que podían conocerse personalmente, en la vida moderna tales condiciones se han modificado profundamente: las declaraciones pueden producir efectos múltiples sobre una cantidad indeterminada de personas, arrastra una cantidad infinita de intereses, obra en ambientes muy vastos, multiplicándose las posibilidades de error y conflictos, de engaños imprevistos o intencionales”²⁰⁰.
4. *Atribuye a la ficción una función demasiado importante.* Los jueces deben simular que creen en una multitud de intenciones en las cuales no creen de verdad: al lado de una ínfima parte de voluntad real, deben suponer una parte enorme de voluntad presunta, pero ausente de hecho²⁰¹.
5. *Protege exclusivamente al declarante, quien puede pedir la nulidad del acto por motivos que permanecerían en las sombras de la conciencia, y abandona a su suerte al destinatario de la declaración.* Por consiguiente, ofrece una gran seguridad a la libertad individual, dado que a nadie se obliga sino cuándo y cómo quiere, pero, desde el punto de vista social, presenta el inconveniente de determinar a los terceros por meras apariencias, pues, como señala GALLIOT “la voluntad, como fenómeno psicológico, no es conocida en el medio social, sino por las apariencias”²⁰².

200 MICELI, Vincenzo, *Principii di filosofia del diritto*, Libreria, Milán, 1994, p. 485.

201 CONSENTINI, Francesco, *La réforme de la législation civile*, Pichon et Durand-Auzias, París, 1913, p. 285.

202 Citado por DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 120.

18.2. Teoría de la declaración

La *teoría de la declaración*, paradigma de las concepciones objetivas del acto jurídico²⁰³, no menos intransigente que la anterior, nació por obra de los juristas alemanes de mediados del s. XIX, quienes la denominaron *Erklärungstheorie*. La voluntad para producir efectos jurídicos debe ser manifestada, es decir, debe ser expresada a través de palabras, escritos o de un deliberado comportamiento. Esta teoría, que dominó en el novecientos, considera a la declaración (medio por el cual la voluntad del declarante es percibida por el destinatario) como el único elemento necesario para la creación, interpretación y efectos del acto jurídico. La declaración produce efectos jurídicos independientemente del querer interno del agente²⁰⁴, porque así lo exige la buena fe, y la facilidad y seguridad en las transacciones. Se caracteriza por el desprecio absoluto de la voluntad

203 Otra concepción objetiva es la teoría preceptiva, cultivada en Italia hacia la mitad del novecientos. A diferencia de la teoría de la declaración, considera que la esencia del acto o negocio jurídico no es el fenómeno psicológico de la voluntad, sino el fenómeno (social antes que jurídico) de la autorreglamentación de los intereses. Esta concepción pone énfasis en el precepto que el acto impone a las partes. Pero tal precepto deriva de la voluntad negocial, sin la cual no subsistiría. Por lo demás, la misma teoría preceptiva habla de autorregulación de intereses, es decir de reglamento basado en la autonomía de la voluntad: ¿pero qué, sino la voluntad de las partes, es el instrumento de su autonomía? Otra concepción objetiva del acto jurídico es las relaciones contractuales de hecho, o sea la relación contractual constituida incluso en ausencia de la manifestación de voluntad de las partes, sino simplemente en virtud del contacto social entre ellas, como sucede con los negocios de actuación, por ej., el pasajero que sube al autobús para utilizar el servicio de transporte, el cliente del supermercado que toma el producto que quiere adquirir y lo lleva a la caja junto con el dinero. El acto jurídico se perfecciona no tanto por una declaración normal de voluntad, sino por el contacto entre la esfera del usuario y la esfera del proveedor; o como ocurre con el contrato nulo de trabajo en el que el trabajador ha trabajado efectivamente para el empleador, en tal caso las consecuencias son sustancialmente las mismas que se producirían en base a un contrato válido. El efectivo contacto entre las esferas jurídicas de las partes tiene la fuerza de subrogar a la falta de manifestación de voluntad (ver ROPPO, *El contrato*, cit., p. 62).

204 Röver, en 1874, proclamó: "la declaración emitida por una persona capaz, produce efectos jurídicos sin consideración a si lo declarado se ha querido o no realmente". Hölder dijo que "se queda obligado, no porque se quiere, sino porque prometiéndose prestar, se ha producido intencionalmente la expectativa de la prestación" (véase DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 122).

El Derecho no dice "elige tu efecto y te lo doy", sino que dice "concedo un efecto a ciertos actos"; si has elegido uno —la declaración— el efecto jurídico se produce "vi legis", y es indiferente que tal efecto sea o no sea querido (Kohler, Thon) (ver DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., p. 59).

real de las partes; la voluntad real de las partes es extraña al contrato, la declaración es el hecho fundamental que produce efectos jurídicos sin considerar si han sido queridos realmente por el agente²⁰⁵. La mala fe o culpa del declarante no puede perjudicar al destinatario de la declaración; el declarante debe actuar con responsabilidad. Prevalece la declaración tal cual ha sido recepcionada por el destinatario; la declaración es el único hecho social apreciable.

Una voluntad que permanece en el mundo interno, en el ánimo del sujeto, no tiene relevancia para el Derecho que regula las relaciones sociales, las cuales por ser fuentes de derechos y obligaciones requieren de un mínimo de seriedad y seguridad que se logran con el respeto de la palabra empeñada. Esto es, en el acto jurídico, no solo es importante la efectiva voluntad individual formada en la esfera psíquica del sujeto, sino su proyección social externa; necesita ser exteriorizada, declarada hacia los demás individuos para que pueda producir los efectos señalados por la ley. Los efectos del acto jurídico se derivan del tenor objetivo de la manifestación de voluntad. Las personas se vinculan por medio de la palabra y no por sus pensamientos²⁰⁶; la declaración exterioriza la voluntad interna y es, al mismo tiempo, el medio de que se valen las personas para realizar sus actos jurídicos. Las intenciones no tienen existencia social, la declaración, como hecho sensible, tiene existencia social y, por tanto, jurídica. El acto jurídico no es el producto de las intenciones sino de la declaración, que una vez formulada adquiere vida jurídica propia por exigirlo así la buena fe, la facilidad y seguridad

205 *“La realización exterior, la manifestación o declaración de voluntad (“Willenserklärung”), es la única que surte efecto, porque es la proyección de la voluntad sobre el plano social; los terceros no conocen sino esa declaración; se basan en ella cuando contratan, cuando actúan. Se acentúa el aspecto social del contrato (...). La declaración prevalece sobre la voluntad interna en caso de discordancia; una transmisión inexacta (por telegrama, etc.) obliga al contratante cuya voluntad ha sido, desnaturalizada (...). El papel del juez, en la interpretación del contrato, no consiste en averiguar la voluntad real de las partes, sino en precisar la voluntad declarada, explicando unas cláusulas por otras” (MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, cit., Parte II, vol. I, p. 134).*

206 Las intenciones son difíciles o imposibles de conocer, por lo que se debe atender solamente a su exteriorización, “la moderna vida jurídica no puede imponer un minucioso deber de indagar si los actos fueron regularmente realizados o están viciados por defectos internos irreconocibles”. El Derecho no debe invadir el dominio de la psicología ni querer penetrar en las formaciones que se producen en la conciencia individual, porque cualquier investigación en ese campo sería necesariamente arbitraria y peligrosa para la confianza pública (HAURIOU, Maurice en colaboración con Guillaume de BEZIN), “La déclaration de volonté en droit administratif” français, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 584).

en el tráfico. En la vida de relación un acto no es reconocible por los demás sino a través de su forma, por eso la función objetiva del acto jurídico de regular las relaciones de la vida social debe prevalecer sobre la tutela individualista de la voluntad; debe prevalecer objetivamente solo la objetiva declaración.

Las principales críticas que se formulan contra la teoría de la declaración son:

1. *Al detenerse en los hechos exteriores, sensibles, reduce el acto volitivo a una fórmula rígida, material e inerte, a una exterioridad sin vida.* La declaración separada de la voluntad del declarante no es más que un agregado de palabras y de signos (Ferrara). Se otorga un valor excesivo al formalismo, atentando contra el libre desenvolvimiento de las transacciones comerciales. Olvida que el acto jurídico es el resultado de la conjunción del elemento psicológico y su manifestación.
2. Al otorgarle a las palabras autonomía e independencia, convierte al *verbum* en el elemento vinculante del acto jurídico, como en el antiquísimo Derecho romano en que imperaba la ley de las XII tablas: *uti lingua nuncupasset, ita ius esto*. Esto conduce a un formalismo jurídico que implica un retroceso histórico. Se elimina del campo del Derecho los vicios de la voluntad, la simulación, el fraude. Como las palabras tienen un sentido gramatical y no el dado por el declarante, se abre el campo a la dialéctica, a las cavilaciones y a los embrollos. Los más astutos juegan con los menos inteligentes.
3. Permite que una apariencia de voluntad tenga efectos jurídicos, pudiendo llegar al extremo de que una declaración con vicios de la voluntad o realizada con fines didácticos o en broma pueda tener eficacia.
4. *Protege al destinatario de la declaración y deja indefenso al declarante.* Tan estimables son los intereses del que recibe la declaración como los del autor de la misma, por consiguiente, se debe proteger tanto al destinatario que de buena fe confía en la declaración como al declarante que no es culpable de la divergencia entre su querer interno y la declaración. La teoría de la declaración al tutelar solamente los intereses del aceptante de la declaración no satisface los intereses del comercio, la confianza, lealtad y buena fe que debe presidir las relaciones jurídicas. Con la aplicación estricta de la doctrina de la declaración se ampara las trampas, los enredos, la astucia, el chantaje de una de las partes en perjuicio de la otra; en fin, se abre la puerta de salida a la ley de la selva.

La responsabilidad y buena fe con que debe actuar el agente o agentes, exige que la teoría de la declaración no menosprecie a la voluntad interna y que la teoría de la voluntad no puede considerar a la declaración como un mero instrumento para su exteriorización; por el contrario, la voluntad y declaración constituyen una unidad que fundamenta al acto jurídico.

18.3. Teoría de la responsabilidad

La *teoría de la responsabilidad* (o autorresponsabilidad del declarante), emparentada con la teoría de la voluntad, admite que la voluntad es el elemento que da origen al acto jurídico y sus efectos; pero si la divergencia entre la declaración y la voluntad se deba a culpa o dolo del declarante, este debe responder de lo que declaró como si verdaderamente lo hubiera querido, o sea debe prevalecer la declaración, porque quien introduce una declaración en el tráfico jurídico asume el riesgo de la confianza que tal declaración crea en el destinatario. El declarante debe afrontar las consecuencias que se derivan de su declaración que por su culpa o dolo, no revela su voluntad (falta la voluntad), soportando el acto jurídico que no podría invalidarse. Es un castigo que se impone a quien obra con dolo o culpa.

Se parte del presupuesto de que el acto jurídico es válido si hay correspondencia entre la voluntad y la declaración; la voluntad prevalece sobre la declaración, pues así como carece de consecuencias jurídicas la voluntad no declarada, igualmente no la tiene la declaración sin la correspondiente voluntad. Existiendo discrepancia entre la voluntad y la declaración el acto es inválido, pero si la disconformidad proviene del dolo o culpa del declarante y el receptor es de buena fe, el acto queda firme, puesto que el declarante no se puede aprovechar de su dolo o culpa para invalidar el acto en perjuicio del destinatario. Es decir, solamente se tendrá en consideración lo declarado cuando la diferencia entre lo querido y lo declarado se debe a dolo o culpa del emisor de la declaración. El límite de la voluntad se encuentra en la culpa del declarante, debido a que así lo exige la seguridad en los negocios y la lealtad que debe existir entre los que son parte en el acto jurídico.

La teoría de la responsabilidad (*Verschuldungstheorie*) se origina con Windscheid que se pronunció sobre la validez del acto jurídico a pesar del conflicto entre la voluntad y la declaración, si la causa de la divergencia reside en el dolo o en la "culpa lata" del declarante. El declarante no queda obligado al resar-

cimiento del daño, sino al cumplimiento de lo prometido, a la satisfacción de la esperanza que despertó²⁰⁷.

Consideramos que es justo y razonable, por tomar en consideración tanto la voluntad como la declaración, tanto el interés del declarante como la buena fe del destinatario de la declaración (aceptante), que la falta de correlación entre la voluntad y la declaración determine la invalidez del acto, salvo cuando el desacuerdo es imputable a culpa del declarante, y el destinatario ignora o tiene razón para creer en la seriedad de la declaración, en cuyo caso el acto es válido. Si el declarante es el responsable del desacuerdo, no puede substraerse a la fuerza obligatoria de su declaración, porque nadie puede ampararse en su proceder ilícito o negligente para fundar su derecho. De admitirse lo contrario, la eficacia de los actos jurídicos quedaría a merced de los contratantes de mala fe o de los negligentes.

18.4. Teoría de la confianza

Esta teoría está emparentada con la teoría de la declaración. El tenor objetivo de la declaración puede suscitar *confianza* en el destinatario de la misma o en otros sujetos. Quien recibe la manifestación de voluntad ajena la percibe en su significado socialmente típico, y sobre la base de este significado otorga su confianza, es decir, organiza sus posiciones, iniciativas, expectativas en función de un acto jurídico estable entre él y el declarante, provisto de ese significado. Decirle luego que ese acto no vale, dado que el significado objetivo de la declaración es contradicho por el efectivo psiquismo del declarante, significa defraudar la confianza. Luego, si quien recibe la declaración confía en esta porque su autor no parece ni incapaz, ni caído en error ni víctima de un lapsus, el acto jurídico rige incluso si la voluntad del declarante está realmente viciada por incapacidad, error o lapsus²⁰⁸.

Esta teoría considera al sujeto vinculado por su declaración, cuando por su culpa, esta ha generado en los terceros la convicción no culposa de que tal declaración corresponde a la voluntad, con la consiguiente producción del efecto jurídico anunciado. En esta lógica, sensible al canon de la solidaridad, la declaración asume relevancia como hecho socialmente perceptible que, en homenaje

207 DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 124.

208 ROPPO, *El contrato*, cit., pp. 60-61.

al principio de la apariencia, induce a los terceros de buena fe a confiar en la seriedad de la manifestación de voluntad. Por el contrario, si la confianza en la declaración se debe a culpa del destinatario de la misma, el ordenamiento no reconoce la necesidad de sacrificar la voluntad que está detrás de la declaración.

La *teoría de la confianza* (o de la legítima expectativa), afín a la teoría de la declaración, incorpora un elemento subjetivo en la apreciación de la declaración, la cual prevalece, aun cuando no corresponda a la voluntad real del agente, siempre que el destinatario, obrando diligentemente, haya depositado su confianza en ella. Se tutela a la confianza no culposa del destinatario de la declaración²⁰⁹.

Cuando exista discrepancia entre la voluntad real y la declaración, la validez o invalidez del acto jurídico se establece apreciando la buena o la mala fe del destinatario de la declaración. El acto es válido si el receptor de la declaración, obrando de buena fe, ha depositado su confianza en ella. Así, no es anulable el acto jurídico si el error del declarante no hubiese podido ser advertido (error no cognoscible) por el destinatario obrando con una normal diligencia (art. 203); o si el destinatario no tenía conocimiento del hecho de que el declarante había sido inducido a error por medio del engaño (dolo) de un sujeto extraño al acto jurídico (2.º párrafo del art. 210).

Según esta teoría, “la voluntad declarada prevalece sobre la voluntad efectiva, o hace las veces de la voluntad inexistente, *cuando*, con la declaración, se *haya suscitado en el destinatario* de ella una *legítima expectativa*, de manera que haya tenido razón para pensar –habida cuenta de todas las circunstancias objetivas– que la *declaración* que se le ha hecho llegar era *normal* y, por consiguiente, haya tenido razón para contar con ella y sus efectos, comportándose en *consecuencia*”²¹⁰; la declaración se emite a riesgo del declarante. En protección de la confianza depositada por el destinatario en la declaración se sacrifica a la voluntad real del declarante. Se atiende a la buena o mala fe del destinatario de la declaración y no a la voluntad real, o la culpa o buena fe del declarante.

209 “El negocio jurídico, según esta tendencia, obliga no tanto por lo querido sino por lo creído por el destinatario, quien ha basado en la confianza lo que se le ha dicho, creyendo en todo ello, con los requisitos y excepciones que la ley impone” (COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 126).

210 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 364.

Pero hay que tener en cuenta que el ordenamiento ha considerado que no toda confianza de parte del destinatario de la declaración es meritoria de tutela. Así, de los actos de naturaleza estrictamente personal como el testamento y los actos gratuitos, prescindiendo de los actos familiares, no puede surgir ninguna *razonable confianza* para cualquier persona. Por ejemplo, la prueba que la voluntad del testador ha estado viciada por error es suficiente para anular el testamento (art. 809²¹¹). Al contrario, los contratos onerosos y algunos actos unilaterales (como el poder, la ratificación, la convalidación, etc.) son tales de suscitar en los interesados una *razonable confianza* en el tenor objetivo de la declaración. Aquí los intereses individuales deben ceder frente al superior interés general en la certeza y estabilidad de la contratación. Por eso, la *declaración* debe prevalecer sobre la voluntad; en estos actos, la falta de voluntad es sustituida por el ordenamiento con el riesgo de la razonable confianza ajena en la declaración²¹².

Por regla, la teoría de la confianza: a) vale para los actos jurídicos patrimoniales inter vivos a título oneroso; b) no vale para los actos jurídicos mortis causa, para los actos patrimoniales a título gratuito y para los actos personales de derecho familiar en los cuales se debe proteger a la voluntad real del declarante, no existiendo en ellos confianza para tutelar.

Si la confianza en la declaración surge por imprudencia o negligencia del interesado, no hay razón para tutelar tal confianza, prevaleciendo la voluntad sobre la declaración: así, en el caso del error en la declaración, el acto puede ser anulado si el error del declarante, además de ser esencial, es reconocible por la otra parte (art. 201). En la simulación, si A vende simuladamente un bien a B y este lo revende a C, A puede hacer valer la simulación (esto es la falta de voluntad de efectos) frente a C solo si este *no es de buena fe* (porque conocía la simulación o estaba en la posibilidad de conocerla); viceversa, si C es de *buena fe*, su confianza en la declaración de A de vender a B está tutelada (art. 194).

La teoría de la confianza no es de aplicación cuando el destinatario no ha puesto la debida diligencia que le habría permitido advertir la falta de voluntad en la declaración. Si no tenía razón para fiar y confiar en que la declaración c...

211 Art. 809 del CC: Es anulable el testamento obtenido por la violencia, la intimidación o el dolo. También son anulables las disposiciones testamentarias debidas a error esencial del 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.

212 CARNEVALI, *Appunti di Diritto privato*, cit., p. 157.

responde a la voluntad del declarante (v. gr., la declaración arrancada mediante la violencia), no hay lugar para defender la validez de la declaración.

Por esta teoría, el elemento culpa se transfiere al destinatario de la declaración. En cambio, en la teoría de la responsabilidad, la culpa opera a cargo del declarante.

18.5. Criterio adoptado por el Código civil

El Código civil sigue como principio rector a la *teoría de la declaración* al definir al acto jurídico como una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (art. 140). Tutela la confianza depositada por el destinatario en la declaración (*teoría de la confianza*); sanciona la irresponsabilidad del declarante que ha emitido una voluntad viciada, cuyas consecuencias debe afrontar (*teoría de la responsabilidad*); y deja un amplio espacio a la invalidez (anulabilidad) del acto jurídico por la debilidad o turbaciones en la esfera psíquica del sujeto (*teoría de la voluntad*).

Principios superiores de lealtad, seguridad, equidad, de respeto mutuo, de confianza, de actuar con la verdad en la mano, obligan a que las personas expresen aquello que realmente quieren, razón por la que en caso de duda hay que presumir que lo declarado corresponde al verdadero querer del emisor de la declaración, salvo que se demuestre, sin que quepa lugar a dudas, que lo que quiso es distinto a lo que aparece declarado.

La voluntad interna, puramente psicológica es prácticamente inaccesible a los demás y, por lo tanto, no puede constituir el fundamento de los actos jurídicos; y a su vez una declaración que no corresponde a una voluntad real es como un cuerpo sin vida, un sobre sin contenido carente de importancia. Zitelmann ha dicho: "Ambas teorías, tanto la dominante como la contraria llevan a consecuencias intolerables: la una favorece al declarante; la otra, lo declarado; aquella busca lo interno del hecho hasta llegar a una vaguedad inescrutable; esta se fija en lo externo, hasta llegar a un rigorismo absurdo; la una y la otra conducen a injusticias y no satisfacen las necesidades del comercio"²¹³. La solución del conflicto entre la voluntad y su declaración debe buscarse en una apreciación equitativa de las circunstancias del caso, prescindiendo de la mitología de la voluntad, pero sin apego desmedido a lo declarado, considerando al acto jurídico como una

213 DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 125.

regulación de intereses privados, es decir, destinado a producir efectos jurídicos útiles no solamente para las partes sino también socialmente; una regulación llevada a cabo con corrección, lealtad y buena fe en el ejercicio de los derechos propios y en el cumplimiento de los deberes²¹⁴. Si las partes se comportan con corrección, lealtad, diligencia y buena fe, el acto que celebren producirá efectos que coinciden con los reconocidos por el ordenamiento jurídico; en caso contrario, solo se derivarán del acto efectos no deseados.

Una concepción como la expuesta es la que se conforma con el Derecho positivo, pues, el art. 140 del C.C. establece que el acto jurídico es *manifestación* de voluntad, no expresa que el acto es *declaración* de voluntad. La *declaración* es aquella con la cual se celebra el acto; en cambio, la *manifestación* comprende tanto la declaración con la cual se celebra el acto como todo comportamiento de las partes anterior, simultáneo y posterior a la celebración. La voluntad de las partes se exterioriza no solamente con la declaración, sino con la manifestación. Así, las partes han podido declarar que celebran un contrato de *promesa de compraventa*, pero si, simultáneamente, una de las partes o ambas ejecutan sus prestaciones, total o parcialmente, consistente en la entrega del bien y el pago del precio, el acto que celebran no es un *contrato preliminar de promesa de compraventa* (como aparece de lo declarado) sino un *contrato definitivo de compraventa* (como se deduce del comportamiento simultáneo de las partes).

El Código admite expresamente que en caso de divergencia, previa demostración que la voluntad real es distinta a la declaración, aquella prevalezca sobre esta. Así, el art. 1361 que dispone: "*Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*"; presunción *iuris tantum*, según la cual, en caso que se pruebe, prevalece la voluntad sobre la declaración²¹⁵. Además, el ordenamien-

214 Como dice Rezzónico, el acto jurídico debe considerarse como "una regulación de los particulares con sentido jurígeno, pero ello dentro de un sentido que no se desentienda ni de lo útil ni de lo social ni de lo solidario, aprehendido esto último como abrazado en el criterio ético de buena fe" (REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 344).

215 Ferrara, quien fuera profesor de la Universidad de Pisa, comentando el art. 1134 del derogado Código civil italiano de 1865, similar al 1156 del CC francés, dice: "es indudable que en nuestro derecho no puede prescindirse de la nulidad de los contratos en que no existe un querer, porque de otro modo no tendríamos base positiva alguna sobre qué fundar muchos casos en que intuitivamente hay que reconocer la nulidad", por ejemplo, los contratos

to civil admite los vicios de la voluntad, el abuso del derecho, la buena fe, la teoría de culpa, instituciones que habría que eliminarlas del Código si se optara por la teoría de la declaración sin ninguna atenuación. La posición del Código civil responde no solamente a la realidad, sino, sobre todo, a un estricto criterio de justicia que no puede estar sujeto a formalismos infranqueables como el fácil recurso de estar únicamente a lo que aparece declarado, pues la naturaleza del acto, las circunstancias del caso y el comportamiento de las partes pueden acreditar un real querer distinto al manifestado.

No perdamos de vista que el art. 140 expresa que el acto jurídico es “*manifestación de voluntad*” y no simplemente “*manifestación*”. El art. 219.1 dispone que el acto es nulo cuando falta la *manifestación de voluntad*²¹⁶; el art. 221.2 expresa que el acto es anulable por *vicios de la voluntad*; el art. 234 establece que el matrimonio es la unión *voluntariamente* concertada por un varón y una mujer; el art. 690 prescribe que las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la *voluntad* del testador; el art. 1531 dispone que *si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la deno-*

realizados por hipnóticos o por broma, en que la declaración existe, pero falta la voluntad; “se debe reconocer que la declaración ha de fundarse sobre la intención del agente, pues el hecho mismo de que exista reacción contra el defecto de voluntad, prueba que el elemento subjetivo no queda fuera de la consideración del derecho, sino que se lo tiene en cuenta y se lo relaciona con los efectos jurídicos, viniendo a servir la admisibilidad de la impugnación, para probar la necesidad e importancia de la intención” (FERRARA, Francesco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1926, p. 39).

216 Cas. N° 2236-98, Ica, *El Peruano*, 30.5.01: “Si bien es cierto que Domingo Vargas Haureli otorgó poder a favor del demandado César Emilio Vargas Ormeño, dicho poder se extinguió por efectos de la muerte de su progenitor por haberse producido la extinción del mismo de puro derecho, siendo así, existía la imposibilidad jurídica de celebrarse contrato de crédito comercial alguno, ya que no reunía los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código civil, respecto al agente capaz, objeto física y jurídicamente posible; y al existir la imposibilidad de celebrar el contrato indicado por el deceso del poderdante, se determina que no ha perseguido un fin lícito; en consecuencia la recurrida ha interpretado erróneamente el Art. 140 del Código acotado, al considerar que el contrato mencionado cumple con dichos requisitos, cuando de lo expuesto se desprende la carencia de manifestación de voluntad producida por el deceso del poderdante, fecha desde la cual el apoderado Cesar Emilio Vargas Ormeño ya no contaba con la capacidad legal para representar a su poderdante”.

Esta resolución evidencia desconocimiento de la figura del falso procurador regulado por los arts. 161 y 162, a cuyo comentario nos remitimos. El acto celebrado por el *falsus procuratore* no es nulo ni anulable, sino ineficaz con relación al representado o supuesto representado.

minación que se le dé. De otro lado, como dice Roppo²¹⁷, la preeminencia de la declaración sobre la voluntad encuentra dos límites insuperables. Primero, la manifestación es irrelevante si no es atribuible al sujeto que aparece como autor, por ejemplo, si A recibe una manifestación contractual con firma de B, pero la firma es falsa, la declaración no puede valer como declaración de B aunque A haya confiado en la proveniencia de B. Segundo, la declaración es irrelevante cuando su autor no tenga la voluntad de emplearla para la formación de un acto jurídico, v. gr., si X escribe y firma una oferta contractual dirigida a Y pero sin la intención de utilizarla efectivamente para un contrato con Y, y por error o malicia alguien la transmite a Y, este confiará en la oferta de X, sin embargo, no hay contrato válido entre X e Y. Por el papel que la voluntad tiene en el contrato, no es justo que la autorresponsabilidad del declarante y la tutela de la confianza de la contraparte lleguen más allá de estos límites.

Las disposiciones señaladas y muchas otras nos muestran que el Código no ha optado por una teoría pura de la declaración o de las otras teorías; por el contrario, se mantiene en una situación equidistante, intermedia; la declaración juega un rol preponderante, pero se detiene cuando pugna con la buena fe, con la responsabilidad y lealtad con que deben actuar los que participan en un acto jurídico, con el ejercicio regular de los derechos, con la tutela de una voluntad libre de vicios, entre otros factores estabilizadores del orden, de la seguridad y de la justicia que debe presidir las relaciones jurídicas.

No compartimos la opinión del profesor Fernando Vidal cuando al comentar el art. 168²¹⁸, sostiene enfáticamente que “Las relaciones entre la voluntad y su manifestación se rigen por lo declarado, sin que la referencia al principio de buena fe atenúe el criterio objetivista (...) el Código parte del supuesto de que la voluntad manifestada expresa la voluntad real (...) 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”²¹⁹. El art. 168 no constituye una norma aislada, pues, como hemos visto, hay otras normas que al considerar a la voluntad atenúan a la teoría objetiva. En todo caso, en la labor interpretativa, no hay que perder de vista las teorías

217 ROPPO, *El contrato*, cit., p. 61.

218 El art. 168 establece: El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

219 VIDAL RAMÍREZ, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. III, vol. I, pp. 392 y ss.

intermedias entre la voluntad y la declaración como son la teoría de la responsabilidad y la teoría de la confianza, a las cuales el Código no es ajeno.

Ningún sistema de codificación opta por un sistema puro a ultranza, ni siquiera la codificación francesa (teoría de la voluntad) ni la alemana (teoría de la declaración). Como dicen los Mazeaud, la oposición entre estas dos codificaciones es solo aparente, en razón de que el Derecho francés no se contenta con la voluntad interna, al exigir, junto a la voluntad real, una manifestación exterior; a su turno, el alemán, tiene en cuenta con gran amplitud la voluntad real. Tanto es así, que el Derecho positivo francés excluye formalmente el sistema de la voluntad interna en lo concerniente a la trascendencia de la reserva mental²²⁰. Larroumet²²¹ expresa: "En realidad, la oposición entre las soluciones del legislador francés y del legislador alemán no tiene nada de radical. Aunque las posiciones del principio de los dos códigos al comienzo sean diferentes, sus soluciones, después de todo, son muy parecidas; de donde se deduce que la disputa entre voluntad real y voluntad declarada es solo de índole académica".

Todo indica que han terminado las posiciones radicales extremas, los combates intransigentes, los aniquilamientos absolutistas entre la teoría de la voluntad y la de la declaración, para dar pase a las atenuaciones, las concesiones mutuas, conciliando las tendencias opuestas para colocarse en un término medio (el justo medio de Aristóteles del cual nunca se debió apartar la humanidad), a fin de salir de las soluciones rígidas, inadaptables a la complejidad de la vida de relación social.

No es cierto que el Código civil adopte el criterio objetivo de la declaración con carácter absoluto, sin admitir atenuación alguna como sostienen unos, ni tampoco que se incline por las teorías de la responsabilidad y confianza como afirman otros. El Código civil adopta la teoría de la declaración como principio

220 "El derecho francés no se contenta con la voluntad interna. Exige, junto a esa voluntad real, una manifestación exterior. En cuanto al derecho alemán, tiene en cuenta, con gran amplitud, la voluntad real. Por eso son tan débiles las diferencias (...). El derecho alemán, como el francés, permiten al juez que averigüe si el autor de la manifestación de voluntad se hallaba en estado de demencia y, en tal caso, anular el contrato (...). El derecho francés, lo mismo que el derecho alemán, rechaza el sistema de la voluntad interna (...). La Corte de casación francesa ha afirmado que la cláusula clara no lleva consigo ninguna interpretación, que es el punto de vista del derecho alemán" (MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, cit., parte II, vol. I, p. 135).

221 LARROUMET, *Teoría general del contrato*, cit., vol. I, p. 124.

rector, pero no con carácter absoluto, porque no en pocos casos establece el predominio de la voluntad sobre la declaración y en otros acoge los principios intermedios de la responsabilidad y la confianza que todo ordenamiento jurídico debe proteger para hacer posible una pacífica vida colectiva. Optar únicamente por la teoría de la declaración significaría, como ya hemos dicho, eliminar del Derecho los conceptos relativos a la buena fe confianza, la responsabilidad, el respeto recíproco entre las partes que intervienen en el acto jurídico, las instituciones del error, el dolo, la simulación, etcétera.

19. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

19.1. Concepto

La autonomía²²² de la voluntad, o autonomía privada o autonomía de la voluntad privada, es el poder que tienen las personas para que con su manifestación de voluntad, en el ámbito de libertad que les confiere el ordenamiento jurídico, puedan darse normas para sí mismas con el fin de regular sus intereses en el campo de las relaciones económico-sociales²²³, con la consiguiente responsabilidad que se derive de su actuación²²⁴.

222 Del griego *autos* y *nomos*: darse ley a sí mismo. Poder de darse normas a sí mismo.

223 “Para que los hombres puedan convivir unos con otros y, por tanto, estrechar los lazos familiares que dan sentido a la vida o intercambiar bienes o servicios que permitan facilitar su existencia sin sentirse estorbados por la vida de sus semejantes, es necesario que cada uno de ellos pueda obrar como tenga por conveniente, cualquiera que sea el estímulo o la ocasión” (STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, trad. de J. Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. XVI).

Salvatore Romano presenta a la autonomía como la potestad de los particulares para darse un ordenamiento jurídico (ROMANO, Salvatore, “Autonomía privada”, en *Studi in onore di Francesco Messineo*, Giuffrè, Milano, 1959, T. IV, pp. 344 y s.).

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: la autonomía de la voluntad significa “tanto como autorregulación o autorreglamentación, y esta el poder de dictarse a uno mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo”. Cuando se refiere a la persona se llama “autonomía privada”, que es “el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte”. Reconocerle autonomía al individuo es “reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica propia”. Autonomía privada no es lo mismo que libertad individual; existe autonomía cuando el individuo “no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en la esfera jurídica”, es decir, los actos que celebra además de libres son eficaces, vinculantes y preceptivos (DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1984, vol. I, p. 375).

224 De castro define a la autonomía privada “como aquel poder complejo reconocido a la perso-

En otros términos, por la autonomía de la voluntad privada, las personas son libres de celebrar o no un acto jurídico; si toman la decisión de celebrarlo, libremente escogen la persona (natural o jurídica) con quien lo celebrarán; y elegida esa persona, son libres de determinar, sin injerencia alguna, el contenido del acto dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico.

La teoría del acto jurídico casi siempre exalta el principio de la *autonomía privada*. El acto jurídico es definido como la manifestación de voluntad (art. 140). Autonomía, etimológicamente, significa poder de darse normas a sí mismo. El poder reconocido a los particulares por el ordenamiento jurídico para regular sus intereses mediante el acto jurídico es definido como autonomía privada.

La autonomía privada conlleva la idea de independencia del otorgante del acto jurídico respecto de las normas dispositivas, casi como si el acto jurídico fuese una especie de zona franca en la cual el legislador no puede entrar en cuanto está reservada al *poder soberano* de los privados. Esto está reforzado por el art. 1361 que de manera categórica afirma que el acto jurídico contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él.

Como expresa Bianca²²⁵, la autonomía privada es fundamentalmente el poder de autodeterminación del sujeto, es decir el poder que tiene de decidir sobre su propia esfera jurídica. En general, la determinación de la propia esfera jurídica envuelve también a la esfera jurídica de otros sujetos.

La misma idea de autonomía excluye que el sujeto pueda disponer de la esfera jurídica ajena. En cuanto partícipe de la vida de relación, el sujeto no es una entidad aislada. Sus derechos y obligaciones se concretan en relación con los otros asociados. El sujeto no puede constituir, modificar o extinguir sus relaciones sin modificar la esfera jurídica de los demás. Como la autonomía privada no puede legitimar la invasión de la órbita de los derechos de los demás, salvo los casos previstos por la ley, necesita del consentimiento de estos como una exigencia del respeto de la esfera jurídica de los terceros, o sea, el acuerdo se presenta

na para el ejercicio de sus facultades, sea dentro de ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a su actuación en vida social" (DE CASTRO Y BRAVO, Francisco, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 12).

225 BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. II, p. 11.

como el instrumento normal de la manifestación de la autonomía privada. La regulación de los intereses privados es libremente creada y libremente aceptada. La regla según la cual el acto jurídico no puede producir efectos respecto de terceros, se debe entender que no puede producir efectos perjudiciales a cargo de terceros; en cambio, el acto sí puede incidir en la esfera jurídica ajena cuando el efecto es para beneficiar a terceros, aunque estos pueden rechazar el beneficio.

Preguntarse si el ordenamiento, dejando a los particulares una esfera de autonomía, les atribuye un poder o se limita a reconocerles un poder que ya ejercitaba en el plano social, tiene escasa importancia desde el punto de vista jurídico. En efecto, en el plano jurídico la autonomía privada adquiere importancia solo por obra del ordenamiento, sea porque lo crea, atribuyendo el poder, sea que la reconozca, atribuyendo carácter jurídico a un poder que existía solo en el plano social²²⁶.

El principio de la autonomía privada alcanza su máxima expresión con la *libertad de contratar* (la autodeterminación del sujeto para contratar o no contratar), con la *libertad contractual* (libertad para fijar el contenido del contrato) y con la libertad de elección de la contraparte. Su función básica consiste en asegurar el cumplimiento de lo acordado en el contrato y velar porque el acuerdo sea el fruto de una verdadera libertad, salvaguardando así la paz social²²⁷. Por este principio, de un lado, se establece el ámbito de libertad en el cual no está permitida la intervención estatal, dejando a los particulares que regulen sus intereses a su libre arbitrio; y, de otro lado, se dispone que el Estado debe intervenir para dar fuerza coercitiva a lo pactado y, en su caso sancionar, a la parte que incumple con lo pactado.

En una acepción amplia podemos decir que la autonomía privada es el poder²²⁸ reconocido por el ordenamiento jurídico al ser humano para gober-

226 CATAUDELLA, *I contratti, Parte general*, cit., p. 10.

227 BALLESTEROS, José Antonio, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 19.

228 Cuando el jurista se refiere al acto o negocio jurídico, alude a un concepto íntimamente vinculado al poder autónomo reconocido a las personas, de establecer, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre ellas. Este poder autónomo se caracteriza con la denominación de autonomía privada: "poder complejo, dice Federico De Castro y Bravo, reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los de-

narse, como quiere, dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico. En su significación estricta, la autonomía privada es el poder reconocido por el ordenamiento jurídico a los sujetos de Derecho para ejercer sus derechos subjetivos²²⁹ creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas²³⁰ mediante el acto jurídico, con las únicas limitaciones previstas por el propio ordenamiento.

Las expresiones “*autonomía de la voluntad*” y “*autonomía de la voluntad privada*”, parecen sinónimas, pero no lo son, ya que los que hablan de la *autonomía de la voluntad* dan relieve a la voluntad real o psicológica del agente o agentes; en cambio, los que hablan de *autonomía de la voluntad privada* (“acto de autonomía privada” o “precepto de autonomía privada” o “autorregulación dirigida de los intereses propios”) ponen de resalto a la declaración o manifestación de voluntad como la fuente de los efectos jurídicos²³¹. Pugliatti²³² dice que el concepto de la “autonomía negocial” implica el concepto del negocio jurídico. Agrega este autor, que la definición tradicional del negocio jurídico que resalta la *declaración o manifestación* de voluntad o el *acto de voluntad*, modernamente es sustituida por una definición asentada en el “acto de autonomía privada” o “precepto de autonomía privada” o por la “autorregulación dirigida de intereses propios”, lo que implica desplazar el papel central conferido a la voluntad hacia una posición subordinada o auxiliar, y la eliminación del dualismo voluntad-declaración.

Como la voluntad que permanece en el ámbito de la conciencia del individuo no tiene trascendencia para el Derecho, sino la voluntad manifestada de alguna forma, la denominación apropiada no es la de “autonomía de la voluntad”, sino la de “autonomía de la voluntad privada”. Además, el calificativo “privada” se justifica porque mediante el acto jurídico los particulares regulan sus intereses

más, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social” (ZANNO-
NI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, cit., p. 21).

229 Los derechos subjetivos son los poderes, facultades, atribuciones o autorizaciones, que el ordenamiento jurídico (Derecho positivo) reconoce o confiere a los sujetos de Derecho.

230 Las relaciones jurídicas se pueden crear, modificar o extinguir, mediante actos lícitos (actos jurídicos) o ilícitos.

231 FERRI, Luigi, “La autonomía privada”, trad. de Luis Sancho Mendizábal, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1969, p. 5; PUGLIATTI, Salvatore, “Autonomía privada”, en *Enciclopedia del diritto*, T. IV, Giuffrè, Milano, 1954, p. 368.

232 PUGLIATTI, “Autonomía privada”, cit., p. 368.

privados y no públicos, como son el establecimiento de vínculos familiares que dan sentido a su vida o el intercambio de bienes y servicios que permiten facilitar su existencia.

19.2. La autonomía de la voluntad privada es un principio dinámico

El principio de la autonomía de la voluntad privada no es estático sino dinámico. Varía, en cuanto a la extensión de su contenido, según los regímenes políticos, filosóficos, económicos, culturales que rigen en una determinada sociedad, o de acuerdo con el grado de cultura o desarrollo de los pueblos, pero en cuanto a su esencia sigue siendo el mismo a través de los tiempos en todas las sociedades.

En la antigua Babilonia, el Código de Hammurabi contenía reglas de protección al arrendatario; en la India, las Leyes de Manú limitaban los intereses, el Antiguo Testamento (Levítico) prohibía el cobro de intereses; en Rusia comunista predominó el contrato reglamentado propio de una economía planificada desde el Estado, hasta que en 1991 se dicta un nuevo Código que regula los contratos libremente concluidos; en la contratación moderna masiva (contratos por adhesión y contratos concluidos mediante cláusulas generales de contratación), propia de una producción industrial estandarizada, se limita y hasta se suprime la libertad *contractual* pero subsiste la libertad de *contratar*.

La extensión del contenido del principio de la autonomía privada varía con las transformaciones sociales, políticas, económicas, pero no es posible su eliminación total, ya que ello significaría la supresión de la libertad del ser humano para convertirlo en una simple fiera salvaje. Veamos seguidamente cómo evoluciona el principio.

19.3. Evolución histórica

En el Derecho romano clásico, de un lado la voluntad del ciudadano era ilimitada sobre las personas y las cosas que de él dependían, el poder de su voluntad era independiente de la sociedad y del Estado, el ciudadano era el artífice de su felicidad o de su ruina; y, de otro lado, la manifestación de voluntad no tenía valor jurídico sino únicamente cuando era hecha en las fórmulas sacramentales del simbolismo. La voluntad privada alcanzó mayor eficacia con la aparición de los contratos reales que presuponen la *traditio* del bien. Con el surgimiento de los contratos consensuales (*solus consensus obligat*), la autonomía de la voluntad

es reconocida como el poder que tienen los particulares para regular sus propios intereses.

Teóricamente, fueron los canonistas y los teólogos de la Edad Media, seguidos por los partidarios de la *Escuela del Derecho* natural en los siglos XVII y XVIII, y de la corriente filosófica del iluminismo del s. XVIII, los primeros en exponer el principio de la *autonomía de la voluntad*, reconociendo a la voluntad de los sujetos privados el poder de crear Derecho²³³. El Derecho canónico privilegió la voluntad contractual, protegiéndola contra los vicios de la voluntad (vicios de consentimiento) y dando trascendencia al respeto de la palabra empeñada, la cual obliga con independencia de toda forma (*pactum nudum*), base del consensualismo contractual; la fidelidad a la palabra dada y del deber de veracidad imponía la obligación de observar fielmente los pactos (*pacta sunt servanda*); la violación de los compromisos es un engaño, una mentira y, por ende, un pecado por lo que debe ser sancionada. La *Escuela del Derecho Natural* racionalista, en los siglos XVII y XVIII, estableció que el fundamento racional de la obligación se encuentra en la libre voluntad de los contratantes²³⁴; consagró el principio "*solus consensus obligat*"; la voluntad privada justifica el poder político y legítima al Estado; la ley es la expresión de la voluntad general; la costumbre tiene su explicación en el consentimiento popular. De acuerdo con esta evolución, fundamentan el principio de la autonomía de la voluntad dos factores, uno económico: el liberalismo y otro filosófico: el individualismo y el voluntarismo²³⁵. El intercambio económico se lleva a cabo en base concesiones

233 RESCIGNO, Pietro, *Manuale di diritto privato italiano*, 6.ª ed., Simone, Nápoles, 1988, p. 291.

234 DíEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I [Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias], Tecnos, Madrid, 1986, p. 96.

235 "*La voluntad a los ojos de los filósofos del s. XVIII es la fuente de todos los derechos*. El individuo no está obligado sino por su voluntad, directamente en el contrato, indirecta y tácitamente cuando la obligación está impuesta por la ley, por no ser esta —que debe, por otra parte, intervenir con extrema reserva— más que la expresión de la voluntad general. No solamente los filósofos del s. XVIII veían en la voluntad la fuente de las obligaciones, sino que le reconocían un *valor moral*; por ser iguales y libres los individuos, el contrato libremente discutido es necesariamente equitativo; toda traba del legislador compromete ese equilibrio e implica una injusticia. La excelencia de la voluntad aparece mejor todavía en el ámbito de la *economía*: el hombre no dará prueba de iniciativa en sus empresas más que si contrata libremente, solo si regula por sí mismo, a su antojo, sus actividades; el comercio se basa sobre la libertad ilimitada; una reglamentación legal no aporta sino el estancamiento; aquella esfuma el sentido de

recíprocas libremente concertadas por la voluntad de las partes contratantes. Estas son soberanas para contratar o no contratar y si deciden contratar, para establecer libremente su contenido y alcance, sin ninguna injerencia de la ley.

En la época del iluminismo²³⁶ (s. XVIII), el acto jurídico, en particular el contrato, era un instrumento de libertad por medio de la cual el individuo podía realizar su autonomía en su vida privada y en su actividad productiva. Esta idea fue recogida en el art. 1134 del Código Napoleónico, según el cual, "los pactos legalmente formados, tienen fuerza de ley para aquellos que lo han hecho". En esta época, la autonomía de la voluntad alcanzó su máximo desarrollo, orientándose en tres direcciones: libertad para celebrar contratos; libertad para determinar su contenido; y libertad de escoger a la persona de la contraparte.

La confluencia del individualismo económico (*laissez faire, laissez passer*) y del voluntarismo del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX con el liberalismo económico del siglo XIX, llevó a la consagración del principio de la autonomía de la voluntad en el Código de Napoleón y a que los intérpretes de este Código hagan descansar toda la fuerza del contrato en la voluntad de las partes. El intercambio económico depende únicamente de la voluntad de las partes contratantes, sin ninguna injerencia de la autoridad política; el Estado gendarme debía velar únicamente por el mantenimiento del orden público, garantizando las libertades omnímodas de los ciudadanos. El contrato es el instrumento por excelencia del intercambio económico. El acto jurídico en general y el contrato en especial tienen su causa inmediata en la voluntad que es presentada como *omnisciente*.

Pero siempre existió la necesidad de que el Estado limite la libertad para garantizar la libertad de todos porque la libertad absoluta conduce a que esta se concentre en pocas o en una persona (el más fuerte) que somete a los demás. De ahí la necesidad de que el Estado imponga ciertos límites a la autonomía de la

la responsabilidad, desalienta a la iniciativa y a la competencia. Tal es la tesis del *liberalism*." (MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, cit, parte II, vol. I, p. 128).

236 El iluminismo o ilustración fue un movimiento filosófico del s. XVIII, especialmente de Francia, que afirmaba el poder iluminado de la razón para gobernar a los hombres y dirigir sus vidas, abjurando del pensamiento histórico. Originó la Enciclopedia (enciclopedismo) y fue el antecedente inmediato de la revolución francesa. Las ideas centrales son: 1) Rebelión contra las autoridades; 2) Racionalismo; 3) La idea de ilustrar; 4) Optimismo cultural; 5) Vuelta a la naturaleza; 6) Cristianismo humanizado; 7) Derechos humanos.

voluntad, límites que nacían de la exigencia de proteger a la propia autonomía de la voluntad, considerada el punto de apoyo de la teoría del negocio. Con el fin de defender la libertad negocial, el Estado debía limitarla a fin de garantizarla a todos los ciudadanos; por ello, es que se prohibió el fideicomiso, se evitó de que la persona comprometiera de por vida su actividad personal, se limitó la duración de usufructo. Con el pasar de los decenios y con la evolución social surgieron nuevas tendencias y nuevos intereses que proteger. Del Estado liberal se pasó al Estado de Derecho y luego al Estado social. Pero la autonomía privada, con los límites fijados en cada época, siempre se erige como el principio que hay que defender y que influye sobre toda la teoría del acto jurídico.

Con el nacimiento de la gran industria, el propietario de la fábrica podía imponer condiciones gravosas para los operarios, salarios mínimos, lo que determinó la dación de normas jurídicas para proteger los salarios y las condiciones de vida de los trabajadores. Las grandes empresas en posición de monopolio arrasaron con la libre competencia en el mercado, lo que les permitió imponer precios y condiciones desventajosas, situación que obligó a la creación de normas para tutelar la libre competencia. El fenómeno del contrato por adhesión permitió que el contratante fuerte imponga unilateralmente sus condiciones, eliminando la libertad contractual, lo que motivó el nacimiento de las normas de protección del contratante débil. Con el paso al Estado social (con una economía social de mercado), la ley interviene en la autonomía contractual para corregir situaciones de desequilibrio o proteger otros intereses considerados por el Estado como meritorios de protección.

Es posible individualizar, como señala Franceschetti²³⁷, tres orientaciones doctrinales relativas al concepto de autonomía privada. Por la primera, *el privado solamente puede hacer aquello que el ordenamiento jurídico le consiente hacer*, según el cual los particulares no serían totalmente libres, dado que deben perseguir intereses merecedores de tutela por el ordenamiento. La autonomía privada solamente se explica y encuentra reconocimiento en cuanto persigue los fines asumidos por el legislador como propios. Una doctrina como esta, ha tenido su máxima expresión, por ejemplo, en el periodo fascista italiano.

Una segunda orientación puede resumirse en el principio todo lo que no está prohibido es lícito. La autonomía privada es libre en tanto que no esté pro-

237 FRANCESCETTI, Paolo, *Il contratto*, Simone, Nápoles, 2006, p. 23.

hibida expresamente por la ley. La Constitución peruana, en el literal a. del inc. 24 del art. 2°, establece que *nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*. Los límites a la autonomía privada son esencialmente las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

De acuerdo con la tercera orientación, el acto jurídico no es, y nunca ha sido, un instrumento de total libertad con el cual los particulares puedan hacer todo aquello que quieren. Un acto existe y es un fenómeno jurídico solo en cuanto la ley le confiere el carácter de jurídico. Así, un contrato que no sea limitado y regulado por la ley es un contrasentido, puesto que las consecuencias de una situación similar no serían otras que estas: 1) El pacto en cuestión no sería un fenómeno jurídico porque el derecho se desentendería de él; y 2) no vincularía a las partes, ya que cada una sería libre de resolverlo. Un contrato totalmente libre no es un contrato.

19.4. La autonomía de voluntad en el Derecho moderno

En la sociedad moderna, el ordenamiento jurídico es tan complejo que nadie sabe cuántas normas lo integran. Nos quejamos de que son muchas, pero siempre hay la exigencia imperiosa de que se vayan creando nuevas normas para satisfacer las necesidades de la cambiante vida social. La necesidad que tiene cualquier sociedad de regular las conductas e intereses es tan grande que no hay ningún poder capaz de satisfacerlas por sí mismo. Para solucionar esta exigencia, el poder encargado de legislar recurre a la *recepción* de las normas ya existentes creadas por diversos poderes y por los usos y costumbres, y a la *delegación* del poder de producir normas jurídicas en otros poderes, como son el Poder Ejecutivo, el Judicial, el poder de la autonomía de la voluntad privada, etc. El Poder Legislativo se limita a dictar normas genéricas que contienen solo directivas, y confía en otros poderes u órganos, que son cada vez más numerosos, el encargo de dictar reglamentos, normas particulares, etcétera²³⁸.

El reconocimiento a los particulares del poder de regular sus propios intereses se explica si tenemos en cuenta que el ordenamiento jurídico no puede disciplinar todas las relaciones entre los asociados, dado que es imposible prever todas las situaciones que se pueden presentar en la realidad y regularlas. Ni hay

238 Véase BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, trad. de Jorge Guerrero R., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, pp. 153 y ss.

interés de hacerlo porque no es dable, en la mayor parte de los casos, individualizar un interés general a relaciones que toquen exclusivamente a singulares asociados y regularlas de un modo y no de otro. Normalmente no hay interés del ordenamiento en regular estas relaciones privadas, pero sí hay el interés general a que encuentren una regulación. Por falta de regulación, la solución de los conflictos de intereses sería dejado al arbitrio de la fuerza de los individuos con intolerable perturbación del orden social. Esto explica la garantía ofrecida por el ordenamiento jurídico para la composición pacífica de los conflictos de intereses a través del ejercicio de la autonomía privada y con el instrumento del acto jurídico. Garantía que encuentra su explicación en el control de la correcta formación de la voluntad de los sujetos titulares del poder de la autonomía privada, u ofreciendo a los sujetos la posibilidad de obtener la actuación coactiva para ordenar los intereses, o dictando efectos jurídicos que, en la mayor parte de los casos, armonicen con las reglas puestas por las partes²³⁹.

Los órganos superiores del Estado, especialmente el Poder Constituyente y el Legislativo, delegan en los particulares el poder de regular sus propios intereses mediante actos voluntarios en un ámbito extraño al interés público; se trata del denominado *poder de la autonomía de la voluntad privada*. Es decir, el acto jurídico es el instrumento otorgado a los particulares para normar sus intereses sin injerencias extrañas en el ámbito de libertad delimitado por el principio según el cual "*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*" (inc. 24, literal a., del art. 2 de la Constitución).

El ordenamiento jurídico garantiza la autodeterminación de los particulares para crear relaciones jurídicas o para modificarlas o extinguirlas, e inviste su decisión, lograda en libertad, de obligatoriedad jurídica. Por ejemplo, el *Code Napoleon*, en su art. 1134, dispone que "*las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho*". Esta regla se repite en el art. 1372 del Código italiano, el que prescribe: "*El contrato tiene fuerza de ley entre las partes*". Igual significación tiene el art. 1361 del Código peruano cuando dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y el art. 1356 que permite que los contratantes en sus actos particulares puedan crear normas distintas a las contenidas en las disposiciones de la ley cuando esta es de carácter dispositivo, esto es, normas que están establecidas para el caso de

239 CATAUDELLA, *I contratti, Parte Generale*, cit., p. 10.

que los sujetos que celebran el acto no hayan dispuesto otra cosa (*ordenamiento jurídico de reserva*).

El Derecho no protege a una simple declaración de querer del sujeto porque el comunicar a otro que quiero esto o aquello, no me impide que luego quiera algo distinto. El acto jurídico no es solo manifestación de voluntad, sino manifestación de obligarse válidamente a algo en sentido definitivo; de tal modo que el sujeto quede vinculado por su declaración a la ley misma. Con la manifestación de voluntad, los sujetos no se limitan a comunicar sus intenciones, sino a regular, normar sus relaciones, es decir, hacen una declaración que tiene validez como Derecho positivo. Lo que está garantizado y tutelado por el Derecho no es la simple manifestación de voluntad, sino la manifestación de *regulación vinculante de intereses*. El itinerario que recorre la voluntad concluye en una decisión cuya exteriorización constituye un precepto de autonomía privada (pensemos en un testamento, en un contrato cualquiera, etc.).

El Derecho confiere abstractamente el poder de la autonomía privada a los particulares. Este poder abstracto se concretiza en cada acto jurídico que se celebre en la realidad y será medido según el interés que mueve al sujeto o sujetos del acto que concuerde con el interés general y útil para la comunidad²⁴⁰. El Derecho protege al acto que cumple una función económico-social y se desentiende del mero capricho o arbitrio individual. Los particulares son libres de perseguir en virtud de su autonomía los fines prácticos que mejor respondan a sus intereses, siempre que no se excedan del ámbito de libertad que el Derecho les confiere.

Al afirmar que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares el poder de regular sus propios intereses, se está afirmando que los particulares se pueden dar normas jurídicas a sí mismos.

La norma jurídica se caracteriza por ser heterónoma, vale decir que es una regla impuesta al sujeto por otros; general, regula la conducta de todos o de un sector de ciudadanos; abstracta, se aplica a todos los hechos de la realidad

240 La tutela del ordenamiento está determinada por el interés concreto del titular y por el principio de solidaridad que delimita a aquel (SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas generales del Derecho civil*, trad. de Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 75).

que sean idénticos al supuesto normativo²⁴¹. Ninguna de estas características se presenta en la autonomía privada entendida como el poder concedido por el ordenamiento jurídico a los privados para regular sus propios intereses. De aquí muchos juristas, como Kelsen y sus seguidores, no reconocen que el acto jurídico sea fuente de normas jurídicas. En efecto, es verdad que la norma heterónoma, general y abstracta es creada por los órganos competentes del Estado (ley en sentido material) o por la sociedad (costumbres), pero también es cierto que los órganos del Estado crean normas individuales y concretas; asimismo es verdad que el propio ordenamiento jurídico faculta a los privados que mediante el acto o negocio jurídico se den normas jurídicas particulares regulando sus propios intereses. Por tanto, junto a las normas heterónomas, creadas por otros, existen las normas particulares que son autónomas por cuanto son dadas por el sujeto a sí mismo. Tanto la norma general y abstracta como la norma particular y concreta tienen la misma estructura (supuesto de hecho y consecuencia jurídica vinculados por un nexo de deber ser); ambas normas jurídicas están respaldadas por la fuerza coercitiva que monopoliza el Estado. Si el sujeto se aparta de lo dispuesto por una ley o por su contrato, el órgano competente del Estado puede obligarlo a que retorne a la vereda del Derecho, haciendo uso de la fuerza pública si es necesario. Es el ordenamiento jurídico estatal el que le atribuye validez y operatividad al ordenamiento jurídico particular creado por los particulares mediante sus actos jurídicos.

Preguntarse si el ordenamiento jurídico, dejando a los privados una esfera de autonomía, les ha atribuido un poder o se ha limitado a reconocerles un poder que ya existía en el ámbito social, tiene escasa importancia, si se quiere mantener el discurso en el plano jurídico. Sobre este plano, en efecto, la autonomía privada asume importancia solo por obra del ordenamiento jurídico, sea que este atribuya o reconozca el poder, confiriendo importancia jurídica a un poder existente en el plano social²⁴².

241 De aquí la escasa persuasión de las orientaciones doctrinales, netamente minoritarios, que advierten en el negocio jurídico una fuente de normas (CATAUDELLA, *I contratti, Parte Generale*, cit., p. 9).

242 CATAUDELLA, *I contratti, Parte Generale*, cit., p. 10.

19.5. Límites a la autonomía privada

En el Estado Constitucional de Derecho ningún poder, público o privado, es ilimitado, absoluto. El poder de la autonomía de la voluntad privada, como cualquier otro poder, debe ser ejercido dentro de los límites fijados por la Constitución y la ley. Tales límites son esencialmente las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

El acto jurídico nunca ha sido un instrumento de libertad absoluta, con el cual los particulares puedan hacer todo aquello que quieren, sin ninguna intervención estatal (legal, administrativa o judicial). Por el contrario, el acto jurídico existe como fenómeno jurídico en cuanto la ley le confiere ese carácter. Un acto o negocio que no se enmarque en el ámbito de libertad que confiere el Derecho positivo a las personas no es jurídico, ya porque el Derecho no se ocupa de él, ya porque el Derecho lo sanciona como ilícito por contravenir sus normas imperativas.

Como dicen los Mazeaud²⁴³ ningún sistema jurídico ha consagrado la posición utópica liberal según la cual no se debe oponer ninguna barrera a la libertad de contratar. Las necesidades sociales y el bien común exigen que a la libertad de las partes se opongan el orden público y las buenas costumbres, como el caso de prohibir el corretaje matrimonial, la cesión de una clientela médica, la limitación de la libertad de elegir el otro contratante, la prohibición de los monopolios, el derecho de retracto. El individuo no está obligado sino por los contratos libremente consentidos dentro de los límites previstos por el ordenamiento jurídico.

Las transformaciones económicas, sociales y políticas que marcan el paso del Estado liberal al Estado social, determinan el crecimiento de las limitaciones al poder de la autonomía de la voluntad privada. En el Estado liberal, la plena libertad de iniciativa económica trae consigo la plena libertad contractual, los particulares son libres de celebrar sus contratos como quieren y como pueden, sin la intervención del Estado para limitarlos o controlarlos, con tal que se mantenga el orden establecido, el orden público y las buenas costumbres, por lo demás, dejar hacer, dejar pasar (*laissez faire, laissez passer*). En un sistema así, la parte débil goza solo de una libertad formal, pero en sustancia es sometido por la parte fuerte. En cambio en el Estado social, se considera que el poder público debe asegurar la libertad formal y sustancial de todos los ciudadanos, evitan lo

243 MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, cit., Parte II, vol. I, p. 132.

que el interés privado dañe el interés general, lo que determina que el Estado intervenga en el contrato para proteger a la parte débil. Así surge, por ejemplo, el Derecho de Protección del Consumidor que mediante disposiciones imperativas el Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes y monopólicas, realiza actividad económica subsidiaria directa o indirecta, brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

En materia de contratos la autonomía de la voluntad privada comprende la *libertad de contratar* y la *libertad contractual*.

La *libertad de contratar* comprende la libertad para concluir o no un contrato y la libertad de escoger la persona del cocontratante, lo que significa escoger entre una u otra oferta. Nadie está obligado a aceptar una oferta.

La *libertad contractual* es la potestad que tienen los contratantes para, en libre discusión, establecer el contenido del contrato, elegir libremente el objeto del contrato, libertad de incluir nuevas figuras contractuales que no tengan regulación legal (contratos atípicos o innominados), libertad de usar la forma que juzguen conveniente, libertad para extinguir un contrato ya concluido o para regularlo o modificarlo de mutuo acuerdo, siempre que no transgredan el ordenamiento jurídico. Este es el denominado contrato paritario.

Las nuevas formas de relaciones jurídicas que genera el tráfico masivo de bienes y servicios producidos en forma estándar ha determinado el surgimiento de la contratación masiva, estandarizada, a través de los contratos por adhesión y los concluidos mediante cláusulas generales de contratación, en los que existe libertad de contratar, pero no libertad contractual porque el contenido del contrato es determinado por una sola de las partes (el *estipulante* o *predisponente*) y la otra que necesita los bienes o los servicios ofrecidos en esa modalidad solamente tiene la alternativa de adherirse (someterse) al dictado del estipulante o no contratar. Esta nueva realidad exige que el ordenamiento jurídico ponga muros de contención, mayor que el establecido para el contrato paritario, para que el poder de la parte fuerte de la relación no se desborde aplastando a la parte débil; la autonomía privada no puede consistir en permitir una absoluta libertad de iniciativa económica de unos cuantos, dado que ello significa la anulación de la libertad de iniciativa económica de los más. Así, sería intolerable que el predisponente que dicta el contenido del contrato en su favor y de modo inva-

riable se negara a contratar con determinadas personas privándolas de adquirir los bienes y servicios que necesitan porque ello significaría atentar contra el principio constitucional que establece que todos somos iguales ante la ley y que no podemos ser discriminados por ninguna razón (art. 2.2 de la Constitución), salvo cuando se trate del otorgamiento de un crédito, caso en el que es razonable que el acreedor haga discriminaciones por razón de solvencia moral y económica de la persona del deudor. En los contratos por adhesión y en los concluidos mediante cláusulas generales no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas dispositivas que no se justifiquen por las circunstancias (art. 1399). En estos contratos, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quién las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, o la facultad del estipulante de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato (art. 1398), etcétera.

En la evolución del acto jurídico se presenta el fenómeno de la reducción de la *autonomía individual* y el crecimiento de la *autonomía colectiva*. Antes solamente existían los actos jurídicos, especialmente los contratos, entre individuos, hoy ha crecido la esfera en la cual el acto jurídico se manifiesta y opera en una dimensión colectiva, despersonalizada, debido a que los individuos o las empresas, con el fin de superar la disparidad de poder contractual, se organizan para juntos gestionar intereses comunes; las partes del acto jurídico no son voluntades individuales sino colectivas, traducidas en acuerdos. El acto jurídico expresa la autonomía no individual, sino la autonomía colectiva, por ejemplo, el contrato colectivo de trabajo es obra de las organizaciones sindicales con las empresas o a veces con las organizaciones empresariales. Evidentemente, la limitación legal a la autonomía de la voluntad es mayor en acto jurídico despersonalizado que en el negociado y celebrado por las partes actuando individualmente.

Una variante de la autonomía de la voluntad colectiva es la *autonomía de la voluntad asistida*, es decir, el fenómeno por el cual el acto jurídico es realizado por el individuo interesado, pero asistido por la organización que representa y tutela la correspondiente categoría social. Ejemplo, el contrato de trabajo celebrado por el trabajador con la asistencia del sindicato²⁴⁴.

244 ROPPO, *El contrato*, cit., p. 66.

Los efectos de los actos de autonomía colectiva y de autonomía asistida provienen directa y mayormente de la ley, con independencia de la voluntad de las partes.

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad privada pueden ser, también, convencionales. Así, por ejemplo, en las sociedades anónimas, *“las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en los convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad”* (art. 101 de la Ley General de Sociedades N° 26887). Pero las limitaciones impuestas mediante pactos particulares deben establecerse respetando, a su vez, los límites legales, v. gr., el mencionado art. 101 dispone: *“Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar”*.

La cada vez mayor limitación al poder de la autonomía de la voluntad privada ha determinado que algunos autores sostengan que desde una visión más moderna y mayormente adherida a la realidad, la mayor parte de los conceptos clásicos sobre los cuales gira el Derecho privado deben ser revisados. Sostienen que el acto jurídico no es una manifestación de voluntad porque frecuentemente se reduce al poder de escoger entre celebrarlo o no. Sostienen que esto es evidente en todos los actos jurídicos, el primero entre todos es el matrimonio, en el cual los contrayentes solamente pueden escoger sí y con quién se casan y, dentro de ciertos límites, el régimen patrimonial; el testamento es un fenómeno particularmente evidente, el testador está sujeto a una serie de límites, unos formales y otros relativos a la cuota reservada a los herederos forzosos. En cuanto al contrato, él no es el acuerdo de las partes como dice el art. 1351, sino es el fruto de la prescripción obligatoria de la ley. También la afirmación según la cual el contrato tiene fuerza de ley, o sea que liga a las partes, debe ser reelaborada a la luz del hecho de que una ley sucesiva puede anular o modificar una relación contractual en curso²⁴⁵.

No es convincente la idea que sostiene que las limitaciones al poder de la voluntad privada y una visión más adherida a la realidad conducen a establecer que el acto jurídico no es una manifestación de voluntad. El acto o negocio jurídico es manifestación de voluntad; sin que el sujeto manifieste su voluntad no

245 FRANCESCETTI, *Il contratto*, cit., pp. 23-24.

hay matrimonio, testamento, contrato, etc. El principio de la autonomía de la voluntad privada significa que el acto jurídico deriva su fuerza obligatoria de la voluntad de las partes, pero este principio nunca ha funcionado ni puede funcionar sin limitaciones, estas se acentúan en todos aquellos casos en los cuales el interés social debe prevalecer sobre el privado (ejemplo, el matrimonio); en el tráfico patrimonial masivo para evitar la enajenación de la libertad de los individuos, para proteger al consumidor²⁴⁶ inerte frente a los profesionales altamente especializados en la distribución masiva de bienes y servicios, pero sin llegar al extremo de que no se respete la palabra dada consciente y libremente.

Son los sujetos (o sujeto), en ejercicio de su autonomía privada, los que crean el acto jurídico y los que determinan sus efectos, dentro de los límites señalados por normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, y sin invadir el ámbito jurídico ajeno, salvo en los supuestos excepcionales expresamente previstos por la ley como sucede, por ejemplo, con la estipulación en favor de tercero. Las normas dispositivas del ordenamiento jurídico se limitan a integrar las *lagunas* de la autonomía privada. Por ejemplo, si en un contrato de compraventa las partes no han acordado el momento en que se debe pagar el precio, este, conforme al art. 1558, debe ser pago en el momento de la entrega del bien vendido.

246 De los Mozos se pronuncia en contra de la limitación de la autonomía privada para proteger a los consumidores. No se puede desnaturalizar el contrato "transformándole en instrumento unilateral de protección de los consumidores". "Resulta tranquilizador que los expertos que trabajan en la reforma del Derecho de obligaciones en Alemania no han previsto, hasta el presente, un título autónomo sobre protección de los consumidores". Expresa que escuchó a Ph. Malaurie decir: "Nada se adquiere definitivamente, salvo lo que no debe cambiar y, en el contrato, hay un bastión inmutable: el respeto a la palabra dada". Agrega De los Mozos que el *lobby* de la protección de los consumidores encuentra su caldo de cultivo en un cierto optimismo social, que según Carbonnier viene a reforzar la persistencia del orden público de "protección", puesto que el de "dirección" en el que el legislador tiene la pretensión de dirigir los contratos y, por los contratos, la economía, se halla en retroceso. Se pretende que la garantía de las condiciones de existencia social se opone a la autonomía jurídica del individuo, o sea que hay un conflicto entre los principios del Estado de Derecho y los del Estado social; "se espera más del reparto que haga el Estado-providencia de los que uno, por sí mismo y, comprometiendo su propia personalidad, pueda conseguir", pero "todos sabemos que el Estado-providencia está en crisis, mucho más en crisis que lo que pueda estar la autonomía privada" (DE LOS MOZOS, José Luis, "La autonomía privada: Notas para una relectura del título de los contratos del Código civil español", en *Contratación contemporánea*, Palestra / Temis, Lima / Bogotá, 2000, pp. 206 a 208).

La autonomía de la voluntad privada es la regla, el principio, y sus límites son las excepciones. No pueden existir otras limitaciones a la autonomía privada que las establecidas por el ordenamiento jurídico, la moral y el orden público, o las fijadas mediante pacto dentro de los límites permitidos por el ordenamiento.

En la contraposición entre el principio de libertad contractual y los principios de orden público y buenas costumbres, puede suceder en un caso concreto que exista duda sobre si el Derecho tutela la libertad contractual o el orden público o las buenas costumbres, problema que se resolverá haciendo prevalecer el principio en oposición que satisface mejor el interés general, el que menor perjuicio cause a la comunidad.

19.6. La autonomía de la voluntad privada en el Derecho peruano

La autonomía de la voluntad privada es un principio reconocido por el Derecho peruano. El Código civil de 1852 estableció: "*A nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la Ley*" (art. III del TP) y 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*" (art. VII del TP).

El Código de 1936 dispuso 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*" (art. 1328).

La Constitución Política de 1979, en cuyo preámbulo se lee que es voluntad de los constituyentes *crear una sociedad justa, libre y culta sin explotados ni explotadores*, elevó a categoría de principio constitucional a la autonomía de la voluntad privada; consagró el principio según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (inc. 20, literal a. del art. 2) y reconoció a la persona los derechos "*a asociarse y crear fundaciones con fines lícitos, sin autorización previa*" (art. 2, inc. 11) y "*a contratar con fines lícitos. La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho*" (art. 2, inc. 12), haciendo extensivos estos derechos a las personas jurídicas.

La Constitución Política de 1993 también consagra el principio por el que "*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*" (literal a. del inc. 24 del art. 2º) y reconoce también los derechos fundamentales de la persona como el de "*asociarse, constituir fundaciones,*

y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin requerir para ello de autorización previa y con arreglo a ley" (inc. 13, art. 2); a "contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público" (inc. 14 del art. 2); "a trabajar libremente, con sujeción a la ley" (inc. 15 del art. 2); que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado (art. 58); en el art. 62 prescribe: "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase".

El Código civil vigente de 1984 dispone: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres" (art. V del TP); la fuerza vinculatoria de los contratos está consagrada en el art. 1361 que prescribe: "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos"; el art. 1354 regula la libertad contractual al establecer que "las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo"; el art. 1356 establece el predominio de la autonomía privada sobre las normas dispositivas (Derecho de reserva) al prescribir que "las disposiciones sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas"; el art. 686 establece que "por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señale. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas". El Código limita la autonomía de la voluntad privada: prohibiendo a ciertos sujetos la celebración de determinados actos jurídicos (ejemplo, el art. 1367); obligando a contratar con determinadas personas (ejemplo, el art. 1599); declarando la nulidad de ciertos pactos (arts. 1582, 1243); estableciendo que la ley, por razones de interés social, público o ético, imponga reglas o establezca límites al contenido de los contratos (art. 1355); obligando a contratar como en el caso de la expropiación, etcétera.

Por la autonomía privada, las personas tienen la libertad de celebrar o no un acto jurídico, de escoger la persona con quién celebrarlo, de determinar su contenido, o de regularlo, modificarlo o extinguirlo. Pero esta autonomía de la voluntad privada no es omnisciente, sino que está limitada por las normas imperativas, el orden público, las buenas costumbres (art. V del TP), el abuso del derecho (art. II del TP y art. 103, *in fine*, de la Constitución), los principios de corrección, buena fe y confianza, la no injerencia en la esfera jurídica de terceros,

el interés social, etc. Por la autonomía privada el sujeto tiene libertad para moverse con plena independencia, siempre que no sobrepase los límites fijados por el ordenamiento.

Como expresa Bigliuzzi Geri²⁴⁷, la autonomía es sinónimo de libertad, pero no de arbitrio, si por tal se entiende una situación absolutamente desvinculada de todo límite normativo. La autonomía está delimitada por exigencias de solidaridad social, buena fe y paridad de tratamiento, seguridad, libertad, dignidad, función y utilidad social.

El Derecho peruano en reconocimiento de la dignidad y libertad del ser humano le reconoce y tutela su autonomía para que pueda regular su propia esfera privada y, al mismo tiempo, en defensa del grupo social, establece límites a la autonomía de la voluntad privada, los mismos que están fijados por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. Como enseñó Aristóteles, por siempre se debe tender a establecer el justo medio entre los extremos, de un lado, la autonomía absoluta de la voluntad privada y, de otro, la supresión de la misma. La autonomía absoluta conduciría a que unos muy pocos se conviertan en explotadores de los más, y, como dice Díez-Picazo²⁴⁸, la supresión de dicha autonomía privada significaría la anulación de la persona para convertirlo en un puro instrumento de la comunidad.

20. FORMAS DE MANIFESTACIÓN

Artículo 141.- *Manifestación de voluntad.* La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. 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.

Artículo 141-A.- *Formalidad.* En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna

²⁴⁷ BIGLIAZZI GERI, Lina, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milán, Giuffrè, 1971, T. I, p. 75 y ss.

²⁴⁸ DÍEZ-PICAZO / GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, cit., vol. I, p. 378.

formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

La manifestación de voluntad es la exteriorización de la misma, es decir, sale del mundo de la conciencia para hacerse conocida por los destinatarios directos o indirectos de dicha exteriorización. Importa un acto de comunicación de la intención de una persona a otra u otras, mediante un conjunto de signos que hacen socialmente conocida la voluntad de celebrar el acto jurídico.

El acto jurídico es un fenómeno social; por consiguiente, la voluntad que permanece en el fuero interno del sujeto no es susceptible de ser conocida, y como tal no es idónea para producir efectos en el mundo del Derecho. El acto jurídico se forma con la voluntad manifestada, conocida por su destinatario o destinatarios, no por la voluntad interna que es desconocida para los demás. La creación, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas no proviene de la voluntad interna que, por su misma naturaleza, está expuesta a continuas transformaciones, sino de la voluntad manifestada. Para el Derecho no es decisivo lo que la persona quiere, sino lo que en ciertas circunstancias y de cierta manera da a conocer como su voluntad.

Como ocurre con todo hecho jurídico, la eficacia del acto jurídico descansa en el ordenamiento jurídico, pero como este configura los efectos del acto de acuerdo con la voluntad manifestada por las partes, es esa voluntad concreta la que origina el resultado negocial, sin perjuicio que la ley agregue otros efectos no considerados por la voluntad manifestada de las partes. El acto jurídico, con la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, crea un Derecho objetivo particular, con el cual no deroga o modifica el ordenamiento jurídico legal, sino únicamente para el caso particular de que se trata. Cuando con el acto jurídico se regula una relación jurídica divergiendo de una norma legal dispositiva, no por eso se deroga o modifica la ley dispositiva, la cual únicamente rige para el caso de que las partes, mediante su manifestación de voluntad, no hayan por sí mismas establecido normas particulares convenientes.

La manifestación de voluntad puede hacerse en la forma que las partes acuerden (principio de libertad de formas), salvo que por ley o pacto se exija una determinada forma para probar la existencia y contenido del acto (forma

probatoria) o se exija una forma consustancial para la existencia y efectos del acto (forma solemne).

Las formas de manifestación de la voluntad son:

- 1) Expresa;
- 2) Tácita;
- 3) Puede derivarse del silencio por atribución de la ley o del convenio de las partes que intervienen en la celebración del acto
- 4) También se habla de voluntad presumida por la ley.

20.1. Manifestación expresa

La manifestación de voluntad es la exteriorización de la voluntad interna y está destinada a producir los efectos jurídicos queridos por el declarante, consistentes en la creación, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Puede ser manifestada directamente por la persona interesada o por su representante legal o convencional.

La manifestación *expresa* (denominada también positiva o directa o inmediata) está orientada, de forma directa e inmediata, a hacer conocer la voluntad interna (el designio negocial), siendo intrascendente el mecanismo o vehículo de exteriorización²⁴⁹: por medio de la palabra oral o escrita, o a través de cualquier medio directo, manual (signos inequívocos, gestos indicativos, lenguaje mímico), mecánico (v. gr., usando una máquina de escribir), electrónico, informático o telemático, como la manifestación hecha por teléfono, fax, beeper, correo electrónico (e-mail), o mediante grabaciones en cassettes, videos.

²⁴⁹ Han de valorarse como manifestación expresa de voluntad "no solo las ofertas y las aceptaciones abiertamente hechas, por ejemplo, sino también cualquier proceder que socialmente tenga tal significado. Así, en el caso del puesto de periódicos, del que el público los coge y paga sin decir palabra, no habrá 'un negocio omisivo' o una 'conducta omisiva', e identificable al silencio, como 'inercia absoluta'. La puesta a la venta y la colocación de las monedas tienen socialmente sentido de declaración expresa (expresiva) de la voluntad de vender o de comprar: La oposición a la compra del encargado del puesto no es mera rotura del silencio, sino rectificación o declaración complementaria (...) lo mismo que las ofertas, por ejemplo, de venta y compra, pueden formularse de modo indeterminado y manifestarse en situaciones de hecho expresivas, como sucede con la colocación en escaparates o en mostradores, con etiquetas de precios, puede darse la aceptación previa respecto de lo que entregue gratuitamente, como sucede con la apertura de suscripciones, instalación de cepillos de limosnas, etc." (DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 66-67).

El acto jurídico se forma rápidamente con la manifestación oral de la voluntad, pero es insegura y de difícil prueba, porque cuando las partes entran en conflicto resulta difícil la prueba de la existencia y el contenido del acto jurídico. Es más confiable la manifestación escrita, aun cuando se trate de un documento privado, pues siempre existe algún modo de relacionar el instrumento con su autor. Más seguridad ofrece un instrumento público que prueba por sí mismo su autenticidad. Y mayor es la seguridad, tanto para las partes como para los terceros, si el acto inscribible se ha inscrito en el registro público correspondiente, ya que se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones (art. 2012).

Otros medios de manifestación expresa de la voluntad, distintos de la palabra oral o escrita, son los signos inequívocos, manuales (como levantar una mano en una asamblea de socios), mecánico (v. gr., usando una máquina de escribir), gestos indicativos, lenguaje mímico, de los que nadie duda respecto de su significado, también la ejecución de hechos materiales antes, durante o con posterior a la celebración del acto jurídico, los que sirven para determinar la clase de acto jurídico y sus alcances.

Ahora por Internet se puede celebrar cualquier contrato, por más distantes que se encuentren las partes; mediante un operador se puede comunicar a un banco de datos (una persona mediante su computadora accede a un banco de datos donde puede encontrar el bien o servicio que quiere adquirir). En la contratación por Internet, las distancias prácticamente desaparecen, el consumidor está a un clic de distancia del proveedor.

Los actos jurídicos celebrados a través de la electrónica, la informática y la telemática, determinan el nacimiento de relaciones jurídicas patrimoniales y extrapatrimoniales, que requiere una adecuada regulación a nivel internacional, control y previsión de sus consecuencias.

Como expresa Barriuso²⁵⁰, “las nuevas tecnologías proporcionan un procesamiento lógico, bases de conocimiento y una comunicación interactiva, hipertextual, multimedia, virtual y en tiempo real (*on-line*) independientemente de la ubicación del sujeto, con lenguajes y soportes electrónicos e informáticos de naturaleza digital, no solo textuales sino pictóricos, gráficos y audio-visuales, alejados y radicalmente distintos de las presentaciones tradicionales o analógicas, como el papel y la escritura alfabética”.

250 BARRIUSO RUIZ, *La contratación electrónica*, cit., p. 27.

En la declaración de voluntad, realizada y registrada, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, el soporte del acto jurídico ya no es escrito sino electrónico. La electrónica, la informática y la telemática son las "autopistas de la información", creadoras del ciberespacio, permiten el acceso a cualquier información en tiempo real y desde cualquier parte del planeta.

La manifestación de voluntad realizada por medios electrónicos se caracteriza por:

- La desmaterialización del documento electrónico. El documento escrito es sustituido por el documento electrónico.
- La esencialidad de los mensajes, ante la existencia de acuerdos previos o de configuraciones explícitas.
- Las relaciones jurídicas se establecen en ausencia física de las partes.
- La aparición de transferencias y flujos de datos electrónicos, en la mayoría de los casos con efectos transfronterizos.
- Las distintas fases de formación del consentimiento, con la parte de voluntad latente que encierran y el flujo informático de decisión.
- La necesidad de determinados conocimientos.
- La posición hegemónica del que posee mejor conocimiento.
- La firma manuscrita es sustituida por la firma digital (electrónica).

El pago en dinero en efectivo o mediante títulos valores que lo representen son sustituidos por el pago con dinero electrónico. El pago se hace mediante anotaciones electrónicas en cuenta u otros medios digitales. Generalmente el pago se hace a través de las cuentas bancarias que los usuarios poseen en las entidades financieras.

Internet es un hecho global que requiere de una solución legislativa global, que exige la superación de las dificultades que presentan los distintos conceptos que imperan en los diferentes países sobre orden jurídico, orden público, político, económico, social, moral, cultural, religioso. El principal problema que presenta Internet, por ser una red abierta, es la falta de seguridad y protección de los datos.

Las personas que celebran el acto jurídico son identificadas con sus nombres y apellidos, su documento nacional de identidad, su licencia de conducir, etc., tratándose de personas jurídicas con su Registro Único de Contribuyente (RUC), etc.

El uso de la computadora para celebrar actos jurídicos, especialmente contratos, es cada vez más frecuente. De ahí que es necesario distinguir el contrato telemático del contrato digital, o mejor, con firma digital. El *acto jurídico telemático* es el concluido por medio de la computadora, el cual no presenta problemas cuando se trata de actos no formales, debido a que pueden ser redactados en cualquier forma; por tanto, nada impide el uso de la computadora. Tampoco presenta problemas el acto jurídico que debe ser redactado en forma escrita, cuando no sea necesaria la suscripción (firma). En efecto, la forma escrita subsiste cuando las palabras son impresas en cualquier tipo de vehículo formal, carta, madera, piedra, muro y, por tanto, también la computadora; en realidad, el contrato telemático no presenta ninguna diferencia sustancial con el contrato ordinario, por lo que las normas de este le son aplicables a aquel, naturalmente con las oportunas adaptaciones. En cambio, el *acto jurídico digital o con firma digital* es aquel para el cual se exige que la manifestación de voluntad deba hacerse en alguna formalidad expresa y además debe llevar la firma digital.

20.2. Formalidad de los actos jurídicos electrónicos

Conforme al art. 141-A, cuando la ley, exija que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo²⁵¹.

La manifestación de voluntad *expresa* (denominada también positiva, directa o inmediata) está orientada, de forma directa e inmediata, a hacer conocer la voluntad del declarante, siendo intrascendente el mecanismo o vehículo de exteriorización: por medio de la palabra oral o escrita, o a través de cualquier medio directo, manual (signos inequívocos, gestos indicativos, lenguaje mímico), mecánico, informático o telemático, o cualquier otro medio electrónico (teléfono, fax, bípser, correo electrónico, o mediante grabaciones en casetes, videos).

El acto jurídico informático se caracteriza por:

251 BGB alemán: Art. 126a Forma Electrónica.

- (1) Si la forma escrita legalmente prescrita debe ser reemplazada por una forma electrónica, el otorgante de la declaración debe añadir su nombre y proveer el documento de una firma electrónica cualificada de acuerdo con la ley sobre firmas.
- (2) Si se trata de un contrato, las partes deben firmar de forma electrónica un documento idéntico según la forma señalada en el apartado 1.

- a) el documento escrito es sustituido por el documento electrónico²⁵²;
- b) se celebra en ausencia física de las partes;
- c) se operan transferencias y flujos de datos electrónicos, en la mayoría de los casos con efectos transfronterizos;
- d) la necesidad de determinados conocimientos;
- e) la posición hegemónica del que posee mejor conocimiento;
- f) la firma manuscrita es sustituida por la firma digital;
- g) el pago en dinero efectivo o mediante títulos valores que lo representen son sustituidos por el pago con dinero electrónico. El pago se hace mediante anotaciones electrónicas en cuenta u otros medios digitales. La transferencia electrónica de fondos de una cuenta a otra (p. ej., de la cuenta del comprador a la cuenta del vendedor) desempeña la función económica del pago sin desplazamiento de dinero²⁵³.

En el acto jurídico informático, las partes se identifican por medio de “códigos, claves, ‘login’, ‘passwords’, ‘passphrase’; las características biométricas del individuo: la firma electrónica, la firma gráfica digital y las tarjetas electrónicas con banda magnética o con chip incorporado (inteligentes) que constituyen elementos individualizadores de las partes”²⁵⁴.

Como se ha dicho antes, el acto jurídico electrónico no presenta problemas en los casos en que rige el principio de libertad de formas (la ley no impone una forma determinada) o cuando la forma tiene un carácter simplemente probatorio; puesto que, en general, el acto jurídico no formal es válido y eficaz in-

252 Giannantonio afirma que no hay inconveniente para considerar al documento electrónico como documento escrito, ya que: 1. Contiene un mensaje (texto alfanumérico o de diseño gráfico). 2. En lenguaje convencional (el de los bits). 3. Sobre soporte (cinta o disco). 4. Y es destinado a durar en el tiempo (GIANNANTONIO, Ettore, “El valor jurídico del documento electrónico”, en ALTMARK, Daniel [dir.], *Informática y derecho. Aportes de doctrina internacional*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1991; CARRASCOSA LÓPEZ, V. / POZO ARRANZ, A. / RODRÍGUEZ DE CASTRO, E., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, Comares, Granada, 1999, p. 57).

253 A la monética se le identifica con la transferencia electrónica de fondos. “La monética ha sido definida por la doctrina como un sistema de pago basado en mecanismos de transferencia, en el cual la informática desempeña el papel decisivo” (CARRASCOSA LÓPEZ et al., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, cit., p. 36).

254 BARRIUSO RUIZ, *La contratación electrónica*, cit., p. 50.

dependientemente del soporte y la forma en que se celebre. Pero la dificultad se presenta con los actos jurídicos con forma solemne, en los que hay la necesidad de saber cómo puede ser viable el cumplimiento de la solemnidad por métodos electrónicos, informáticos o telemáticos. Por ejemplo, cuando en la donación de inmuebles se exige que el contrato se celebre por escritura pública bajo sanción de nulidad (art. 1625); o cuando el acto requiere ser inscrito en los registros públicos como sucede con la hipoteca (inc. 3 del art. 1099). Para estos casos, son necesarias las notarías electrónicas (se requerirá la presencia de un notario en un extremo y otro de la comunicación), facultadas para establecer la autoría y autenticación del acto, y de este modo el documento electrónico adquiere carácter público y se inscriba en los Registros Públicos.

Según el art. 141-A, si el acto jurídico requiere de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo. La Corte Suprema ha resuelto: *Del texto del artículo 141-A se puede inferir que más que a la manifestación de voluntad en sí misma, la adición está referida a la forma o la formalidad que debe revestir la manifestación; en efecto, el indicado numeral ha previsto que la ley prescriba como formalidad que el documento sea firmado, por lo que autoriza que la firma sea generada o comunicada también a través de medios electrónicos o análogos y que, cuando se trate de instrumentos públicos, la autoridad competente que los emitió deje constancia del medio empleado pero conservando lo que entendemos debe ser la versión original para efectos de consulta (Cas. N° 4327-2007 Lima, El Peruano, 29.2.08).*

Una firma digital (*digital signature*) es un código informático, como elemento de identificación de una persona natural o jurídica, formado a través de un procesamiento de datos basado en un sistema de claves criptográficas²⁵⁵, una pública y otra privada, relacionadas entre ellas, que permiten al titular, con la utilización de la clave privada, y al destinatario, con la utilización de la clave

255 La criptografía es un sistema de codificación de un texto con claves confidenciales y procesos matemáticos complejos (algoritmos) de forma que resulte incomprensible para el tercero que desconozca la clave decodificadora. La decodificación es la actuación que restablece el texto a su forma original. *Cifrar* es transformar una información (texto claro) en otra ininteligible (texto cifrado críptico), mediante un procedimiento y una clave determinada, a fin de que solo quien conozca el procedimiento y clave pueda acceder a la información original. La criptología, desarrollada desde 1976, es la tecnología que posibilita la implementación de medidas de seguridad necesarias para crear la confianza en la infraestructura global de la información.

pública, hacer manifiesta y verificar la proveniencia y la integridad de un documento informático o de un conjunto de documentos informáticos²⁵⁶. A la pareja inseparable de claves criptográficas se le denomina claves asimétricas. La clave privada es el elemento utilizado por el titular, por medio del cual se impone la firma digital sobre el documento electrónico llamado *certificado digital*. Con la clave pública se verifica la firma digital impuesta en el documento informático por el titular de las claves asimétricas.

Por ejemplo, en la celebración de un contrato, el que hace una declaración (oferta, invitación a ofrecer, contraoferta, aceptación, etc.) por medio informático, identifica su propio mensaje con la clave privada, constituida por un algoritmo, es decir, por una expresión de cálculo matemático. El destinatario deberá valerse de la clave pública para leer el mensaje. La clave pública permite al destinatario verificar la proveniencia del mensaje; identifica al sujeto que se sirve de la red informática. Si el mensaje es enviado por un sujeto diferente del indicado por la clave pública, esta no podrá descifrar la comunicación. El mismo procedimiento podrá ser activado por el destinatario que pretenda responder al mensaje recibido; si el mensaje contiene una oferta contractual y la respuesta contiene la aceptación, se considera perfeccionado el contrato²⁵⁷.

Un proyecto de Ley alemana, citada por Barriuso²⁵⁸, define la firma digital, como un sello digital, con una clave privada asociada a la clave pública certificada por un certificador.

Según este proyecto de Ley alemana, el certificado de firma contendrá por lo menos: el nombre del titular de la firma, la clave pública de la firma, el nombre de los algoritmos, el número del certificado, el comienzo y final de la validez del certificado, el nombre del certificador, información acerca de certificados asociados. Un certificador bloqueará un certificado de clave de firma si se emitió el certificado basado en información falsa.

La Ley de firma digital del Estado de Utah de EE. UU., de 1996, establece que la firma digital es una transformación de un mensaje utilizando un criptosistema asimétrico, de tal forma que una persona que tenga el mensaje cifrado

256 En Italia, ver el D. Leg. N° 82 del 7 de marzo del 2005, llamado Código de la Administración Digital, en el art. I, lit. s.

257 BIANCA, Massimo, *Diritto civile*, 2.ª ed., Giuffrè, Milán, 2006, T. III, p. 304.

258 BARRIUSO RUIZ, *La contratación electrónica*, cit., p. 258.

y la clave pública de quien lo firmó, puede determinar con precisión el mensaje en claro y si se cifró usando la clave privada que corresponde a la pública del firmante.

En Italia, el DPR 513/1997 introdujo la firma digital y el documento informático, el citado decreto fue trasfundido en el DPR 445/2000. Para que un documento informático produzca efectos jurídicos, es necesario que sea firmado recurriendo a uno de los mecanismos de firma previstos por la ley.

Por *firma electrónica débil o ligera*, se entiende al conjunto de datos electrónicos, conexos vía asociación lógica a otros datos electrónicos, utilizados como métodos de autenticación informática.

Por *firma electrónica avanzada o segura*, se entiende la firma electrónica obtenida a través de un procedimiento informático que garantiza la conexión unívoca al signatario; esta conexión es obtenida a través de medios por los cuales el firmante tiene el control exclusivo. La firma electrónica avanzada es tal solo si está conectada a los datos a los cuales se refiere.

La *firma digital o firma pesante* es aquella originalmente prevista por el DPR 513/1997, basada en una aplicación de la criptografía asimétrica a una clave pública.

El documento informático con firma electrónica débil o ligera, aun satisfaciendo el requisito de la forma escrita, tiene una eficacia libremente valorada por el juez.

El documento informático con firma electrónica avanzada o segura o con firma digital tiene la eficacia de la escritura privada reconocida si la firma está basada en un certificado calificado.

Por firma basada en un certificado calificado se entiende a la firma generada a través del recurso a la criptografía asimétrica a clave pública, en la cual dicha clave pública es unívocamente referible a una persona física o jurídica, a través de la emisión de un certificado.

En el Perú, la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, publicada el 28.5.2000, modificada por la Ley N° 27310, y su reglamento, dado por Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, regulan la utilización de la firma electrónica otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga, en especial la utilización de la firma digital y los certificados digitales; regula a las entidades de certificación y de registro.

La Ley N° 27269 define a la firma digital en los siguientes términos: *La firma digital es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada (art. 3)*²⁵⁹. Una *firma digital (digital signature)* es un código informático, como elemento de identificación de una persona natural o jurídica, formado a través de un procesamiento de datos contenidos en una clave pública del emisor de un documento electrónico, relacionándola con una clave privada del destinatario, esto es, utilizando un sistema criptográfico seguro. La firma digital es insertada en un documento electrónico llamado *certificado digital*.

Se entiende por *clave privada* al sistema de criptografía asimétrica que se emplea para generar una firma electrónica sobre un mensaje de datos y es mantenida en reserva por el titular de la firma electrónica.

La *clave pública* es un sistema de criptografía asimétrica, que es usada por el destinatario de un mensaje de datos para verificar la firma electrónica puesta en dicho mensaje. Puede ser conocida por cualquier persona.

La *criptografía asimétrica* es la rama de las matemáticas aplicadas que se ocupa de transformar mensajes en forma aparentemente ininteligibles y devol-

259 En el ámbito del Derecho Administrativo la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece entre las modalidades de notificación, las cursadas mediante correo electrónico; asimismo permite la cancelación de los derechos de tramitación mediante transferencias electrónicas de fondos; y, que los administrados pueden solicitar que el envío de información o documentación que les corresponda recibir dentro de un procedimiento, sea realizado por medio de transmisión a distancia, tales como el correo electrónico.

La Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, declara al Estado peruano en proceso de modernización en sus diferentes instancias y procedimientos, con la finalidad de mejorar la gestión pública y contribuir en el fortalecimiento del Estado moderno, descentralizado y con mayor participación del ciudadano, siendo necesario impulsar la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE).

Ley N° 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria. Art. 35. Uso de medios electrónicos. El formulario de inscripción podrá extenderse en medios electrónicos, en cuyo caso su inscripción y certificación también se realizará empleando estos medios. La Sunarp autorizará progresivamente la utilización de estos medios electrónicos. En este caso, la presentación de Formulario de Inscripción al Registro se realizará mediante su transmisión electrónica. La Sunarp determinará las modalidades de suscripción y certificación electrónica a emplearse, así como los canales idóneos de transmisión.

verlas a su forma original, las cuales se basan en el empleo de funciones algorítmicas para generar dos claves diferentes pero matemáticamente relacionadas entre sí. Una de esas claves se utiliza para crear una firma numérica o transformar datos en una forma aparentemente ininteligible (clave privada) y la otra para verificar una firma numérica o devolver el mensaje a su forma original (clave pública). Las claves están matemáticamente relacionadas de tal modo que cualquiera de ellas implica la existencia de la otra, pero la posibilidad de acceder a la clave privada a partir de la pública es técnicamente ínfima.

El titular de la firma digital es la persona a la que se le atribuye de manera exclusiva un certificado digital que contiene una firma digital, identificándolo objetivamente en relación con el mensaje de datos (art. 4). El titular de la firma digital tiene la obligación de brindar a las entidades de certificación y a los terceros con quienes se relacione a través de la utilización de la firma digital, declaraciones o manifestaciones materiales exactas y completas (art. 5).

La *firma digital*, generada dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE) y que no esté afectada por vicios de la voluntad, tiene el mismo valor jurídico que la firma manuscrita, y se caracteriza por su *integridad* (la firma digital detecta la integridad de la información sin modificaciones), *inalterabilidad* (la información almacenada no puede ser alterada y si ha sido alterada, la firma lo detecta) y la *perdurabilidad* (es archivada en un medio perdurable).

La firma digital además de cumplir los mismos cometidos que la manuscrita, expresa la identidad del remitente, la autoría, la autenticación, la integridad del documento, la fecha, la hora y la recepción, a través de métodos criptográficos asimétricos de clave pública (RSA, GAMA, PGP, DSA, LUC, etc.), técnicas de sellamiento electrónico y funciones Hash, lo que hace que la firma esté en función del documento que se suscribe (no es constante), pero que la hace inimitable porque solo es descifrable por el destinatario con el uso de la clave privada con la que está encriptada, verdadera atribución de la identidad y autoría. Cuando las firmas son mancomunadas o conjuntas, se aplican claves múltiples compartidas.

El Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales (en adelante, el reglamento), en su art. 2, dispone que sus disposiciones no restringen la utilización de firmas digitales generadas fuera de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, las cuales serán válidas en consideración a los pactos o convenios que acuerden las partes.

Las *características mínimas de la firma digital* generada dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica son:

- 1) Se genera al cifrar el código de verificación de un documento electrónico, usando la clave privada del titular del certificado.
- 2) Es exclusiva del suscriptor y de cada documento electrónico firmado por este.
- 3) Es susceptible de ser verificada usando la clave pública del suscriptor.
- 4) Su generación está bajo el control exclusivo del suscriptor.
- 5) Está añadida o incorporada al documento electrónico mismo de tal manera que es posible detectar si la firma digital o el documento electrónico fue alterado (art. 7 del reglamento).

La *Infraestructura Oficial de Firma Electrónica* está constituida por:

- a) El conjunto de firmas digitales, certificados digitales y documentos electrónicos generados bajo la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.
- b) Las políticas y declaraciones de prácticas de los Prestadores de Servicios de Certificación Digital, basadas en estándares internacionales o compatibles con los internacionalmente vigentes, que aseguren la interoperabilidad entre dominios y las funciones exigidas, conforme a lo establecido por la Autoridad Administrativa Competente.
- c) El *software*, el *hardware* y demás componentes adecuados para las prácticas de certificación y las condiciones de seguridad adicionales comprendidas en los estándares señalados en el literal b).
- d) El sistema de gestión que permita el mantenimiento de las condiciones señaladas en los incisos anteriores, así como la seguridad, confidencialidad, transparencia y no discriminación en la prestación de sus servicios.
- e) La Autoridad Administrativa Competente, así como los Prestadores de Servicios de Certificación Digital acreditados o reconocidos (art. 20 del reglamento).

Las claves asimétricas permiten certificar, con certeza, que el mensaje se transmitió con una señal de identificación del que solo dispone un determinado sujeto y que el texto no fue alterado. La confiabilidad de la clave pública está garantizada por el certificado digital otorgado por una entidad de certificación.

Un *certificado digital* (o *identidad digital*) es un documento electrónico generado y firmado digitalmente, por una *entidad de certificación*, la cual vincula un par de claves con una persona determinada confirmando la identidad de la misma (art. 6). El *certificado digital* consta de: a) un ID (identificador) de petición, b) un *password* o contraseña, c) el nombre y apellidos del titular, d) la dirección e-mail, e) datos de la empresa donde labora el titular de la firma digital, que incluye el nombre de la organización, departamento, localidad, provincia y país, f) la fecha de emisión del certificado, y g) la fecha de caducidad del certificado.

Los certificados digitales emitidos por las entidades de certificación deben contener al menos: 1) datos que identifiquen indubitablemente al suscriptor; 2) datos que identifique a la Entidad de Certificación; 3) la clave pública; 4) la metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta a un mensaje de datos; 5) número de serie del certificado; 6) vigencia del certificado; 7) firma digital de la Entidad de Certificación (art. 7).

La entidad de registro recabará los datos personales del solicitante de la firma digital directamente de este. La información relativa a las claves privadas y datos que no sean materia de certificación se mantiene bajo reserva, la que solo puede ser levantada por orden judicial o pedido expreso del suscriptor de la firma digital (art. 8).

El certificado digital se cancela: a solicitud del titular de la firma digital; por revocatoria de la entidad certificante; por expiración del plazo de vigencia; y por cese de operaciones de la Entidad de Certificación (art. 9).

La Entidad de Certificación revocará el certificado digital en los siguientes casos: 1) se determine que la información contenida en el certificado digital es inexacta o ha sido modificada; 2) por muerte del titular de la firma digital; 3) por incumplimiento derivado de la relación contractual con la Entidad de Certificación (art. 10).

Los certificados de firmas digitales emitidos por entidades extranjeras tendrán la misma validez y eficacia jurídica reconocida en la Ley N° 27269 siempre y cuando tales certificados sean reconocidos por la autoridad administrativa competente (art. 11, modificado por Ley N° 27310).

La *entidad de certificación* cumple la función de emitir o cancelar certificados digitales, así como brindar otros servicios inherentes al propio certificado o aquellos que brinden seguridad al sistema de certificados en particular o

del comercio electrónico en general. La *entidad de certificación* puede asumir las funciones de entidades de registro o verificación (art. 12). Brinda seguridad y confianza a todos los elementos integrantes de una comunicación segura, a través de redes abiertas, como es el caso de Internet.

Una *entidad de registro o verificaciones* cumple con la función de levantamiento de datos y comprobación de la información de un solicitante de certificado digital; identificación de un solicitante de certificado digital; identificación y autenticación del suscriptor de la firma digital; aceptación y autorización de solicitudes de emisión de certificados digitales; aceptación y autorización de solicitudes de cancelación de certificados digitales (art. 13).

Cada Entidad de Certificación debe contar con un Registro disponible en forma permanente, que servirá para constatar la clave pública de determinado certificado y no podrá ser usado para fines distintos a los estipulados en la presente ley. El registro contará con una sección referida a los certificados digitales que hayan sido emitidos y figurarán en las circunstancias que afecten la cancelación o vigencia de los mismos, debiendo constar la fecha y hora de inicio y de finalización. A dicho registro podrá accederse por medios telemáticos y su contenido estará a disposición de las personas que lo soliciten (art. 14).

Noción de contrato telemático. El contrato telemático o informático no tiene un significado unívoco, a veces se refiere a los contratos de suministro de programas de computación (el *software*), y a veces a los contratos relacionados con el uso de la computadora. Son contratos estipulados vía telemática, o sea mediante el uso de la computadora. La novedad telemática está dada por la forma electrónica usada, pero esta no presenta problemas particulares en relación a los actos y contratos con firma libre, los que sí pueden ser estipulados por teléfono, fax, también pueden ser estipulados mediante la computadora²⁶⁰.

Contrato digital. Al contrato telemático con firma digital se le denomina contrato digital.

20.3. Manifestación tácita

El art. 141 prescribe que la manifestación de voluntad "*es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancia de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación*

²⁶⁰ BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. III, p. 301.

*tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario*²⁶¹.

La manifestación *tácita* o implícita (llamada también actuación de la voluntad, comportamiento de hecho, declaración indirecta o mediata, comportamiento concluyente) es la realizada con signos no lingüísticos, sino se infiere de actos u observancia de ciertas conductas positivas (acciones) o negativas (omisiones) del sujeto, que aunque no estén dirigidos principal y directamente a hacer conocer la voluntad interna (el ánimo negocial), permiten deducir su existencia, sin lugar a dudas²⁶². En realidad, se habla de declaración *tácita* cuando se está en presencia de un comportamiento que, según la común valoración, resulta incompatible con una voluntad diversa. Una manifestación *tácita* solo puede producir efectos allí donde hay una voluntad orientada directamente a producirlos; si los efectos derivados del comportamiento del sujeto dependen de la ley, no se podrá hablar de acto jurídico, sino de un simple acto lícito.

A estas actitudes o comportamientos positivos o negativos reveladores de la voluntad interna se les denomina *facta concludentia* (hechos concluyentes)²⁶³; son signos, diversos del lenguaje, que manifiestan la voluntad del autor del acto jurídico. En muchos casos, los comportamientos concluyentes son comportamientos de actuación en ejecución de las prestaciones derivadas del acto jurí-

261 En este mismo sentido, aunque simplificando su redacción, el Código civil y comercial argentino establece: Art. 264. *Manifestación tácita de voluntad*. La manifestación *tácita* de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre. Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa.

262 Cas. N° 1383-2008 Lima, *El Peruano*, 1.10.2009: "El artículo 141 del Código civil que admite como válida tanto la declaración voluntaria *tácita* (que se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias del comportamiento que revelan su existencia) como la expresa (que consta de manera directa a través de un medio oral, escrito, mecánico, electrónico u otro análogo). Si conforme lo refiere la entidad impugnante ella no ha otorgado (en forma expresa) su voluntad para que el demandante efectúe trabajos en horas extras, es de advertir que si lo ha hecho en forma *tácita*, pues ha permitido y aceptado su realización beneficiándose con dicha labor; por ende, su alegación en el sentido de no haber expresado su voluntad para ello no afecta la validez y exigibilidad de dicha relación jurídica".

263 "La conducta es calificada de *concluyente* en cuanto impone una conclusión, una *deducción* lógica que no está fundada sobre la conciencia del agente, sino sobre el espíritu de *coherencia* en el que según los puntos de vista comunes debe informarse todo comportamiento entre miembros sociales y sobre la autorresponsabilidad que es aneja, por una exigencia normativa a la carga de conocimiento" (BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 110).

dico, especialmente del contrato, en los cuales la formación del acto jurídico resulta de la misma actuación y se identifica con esta.

Veamos algunos ejemplos:

- a) Si alguien en una librería pide un libro y sin declarar que lo compra lo subraya o hace anotaciones;
- b) Si en una licorería, una persona pide una botella de vino y sin manifestar su decisión de comprarla, la abre y prueba el vino;
- c) Quien arrienda un bien, v. gr., por seis meses a cambio de una renta mensual y recibe por adelantado la renta de diez meses;
- d) Un prestamista presta una cantidad de dinero por un año contra el pago de un interés mensual y recibe por adelantado el interés de dos años;
- e) El llamado a la herencia entra en posesión de los bienes hereditarios o realiza actos de disposición o gravamen de estos, actos que indican inequívocamente que acepta la herencia (art. 672);
- f) El caso del copropietario de un bien que lo vende sin el consentimiento de los demás copropietarios quienes reciben del vendedor la parte proporcional del precio;
- g) El representado ejecuta el acto para el cual ha nombrado representante, lo que importa la revocación del poder (art. 151);
- h) Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que comenzó la ejecución (art. 1380);
- i) Quien concluye un contrato de transporte subiéndose y viajando en un autobús, aceptando así esta oferta al público, oferta que también se manifiesta por el comportamiento concluyente que resulta de la puesta en circulación de este medio de transporte. El transporte al lugar de destino del pasajero y el pago del pasaje por este se realizan en ejecución de contrato que se ha perfeccionado con la manifestación de voluntad tácita de ambas partes.

De estos hechos concluyentes (*facta concludentia*, o sea los *facta ex quibus voluntas concludi potest*) se induce, sin lugar a dudas, la voluntad de comprar el libro o el vino, o de prorrogar el contrato de arrendamiento o el de mutuo, o de vender el derecho que tiene en el bien común, o de revocar el poder, la acep-

ración del poder, la conclusión del contrato de transporte. Como se aprecia, la voluntad tácita se infiere de hechos concluyentes (*facta concludentia*) que no admiten otra significación.

Los requisitos de existencia de la voluntad tácita son los siguientes:

- a) *La certidumbre*, o sea que del comportamiento del sujeto se deduzca sin lugar a dudas la existencia de su voluntad. v. gr., si el testador vende el bien sobre el cual había instituido un legado, este es un hecho concluyente que, sin lugar a dudas, revela la voluntad del testador de revocar el legado;
- b) *Que la ley no exija declaración expresa*. No puede haber voluntad tácita allí donde la ley exige que la manifestación sea expresa como ocurre con los actos con forma solemne. Así, por ejemplo, no se puede afirmar que tácitamente los cónyuges han optado por el régimen de *separación de patrimonios* por cuanto, de hecho, la mujer viene administrando parte de los bienes de la sociedad conyugal y la otra parte es administrada por el marido, porque para que rija el régimen de *separación de patrimonios* la ley exige que los cónyuges manifiesten expresamente su voluntad en escritura pública, bajo sanción de nulidad (art. 295); y
- c) *Que no exista reserva o declaración en contrario por parte del agente*. El sujeto declara desmintiendo su propio comportamiento concluyente, o que podría ser percibido como tal, explicando que tal comportamiento no tiene el sentido de manifestar su voluntad como podría ser entendido. Una manifestación tácita de voluntad es desmentida por una manifestación expresa de voluntad del mismo sujeto²⁶⁴. Por ejemplo, el acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros (art. 1202). Pero el acreedor no perderá la acción solidaria para el cobro de los frutos o intereses devengados, si así lo advierte a su deudor antes de recibir el pago parcial por dichos conceptos, o sea recibe el pago parcial declarando su voluntad de re-

264 Toda declaración es invalidada ante una declaración expresa contraria, que se llama protesta o reserva. Protesta es el término genérico; reserva es el término que se emplea cuando por una manifestación formal se quiere destruir la presunción de la renuncia tácita de un derecho (SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. II, p. 312).

servarse el derecho de conservar la acción solidaria para el cobro del saldo de los frutos o intereses devengados.

No toda reserva o declaración en contrario tiene la fuerza de neutralizar a un comportamiento concluyente como manifestación de voluntad, por ejemplo, quien entra en una librería, pide un libro y sin declarar que lo compra lo subraya o hace anotaciones al margen o entre líneas, no podría sustraerse de pagar el precio, solo porque proclama que no celebra ningún contrato de compra-venta, por cuanto esta declaración equivaldría a un intolerable *venire contra factum proprium*. La declaración de voluntad tácita que significa una intrusión en la esfera jurídica del destinatario o que genera una razonable confianza en este, no puede ser neutralizada mediante una reserva o declaración en contrario.

Por medio de la reserva o protesta se destruye la apariencia de realización de una declaración de voluntad, apariencia que surge del acto concluyente. Escribe Flume²⁶⁵, “la protesta solamente puede aclarar, pero no se puede poner en contradicción con los mismos actos. La protesta contradictoria no es atendible. *Protestatio facta contraria non valet*, dice un máxima del Derecho Común. A quien en una cafetería toma los panecillos que están a disposición de los clientes, y se los come, no le sirve de nada declarar al mismo tiempo que no los va a pagar, puesto que no celebra un contrato. Quien aparca su coche en un aparcamiento de pago, utiliza la prestación onerosa que se le ha ofrecido, y responde por su importe por esa utilización jurídico negocial. Su declaración de no querer pagar es una *protestatio facto contraria* que no puede ser atendida”

20.4. Manifestación recepticia

Recepticia es la manifestación que no produce efecto alguno mientras que no es conocida o aceptada por el destinatario. Por ejemplo, para que el contrato quede perfeccionado es necesario que la aceptación sea conocida por el oferente (art. 1373); la revocación del poder, para que surta efectos, debe ser comunicada al apoderado y a los terceros interesados en el acto jurídico (art. 152).

20.5. Manifestación no recepticia

No recepticia es la manifestación que produce efecto por el solo hecho de ser emitida, sin necesidad de que sea conocida y aceptada por el destinatario (el testamento; la notificación).

265 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. I, p. 107.

20.6. El silencio como manifestación de voluntad

Artículo 142.- El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

Por disposición de la norma del art. 142, el silencio es un comportamiento neutro, porque, considerado por sí solo, no constituye una manifestación de voluntad y, por tanto, no puede dar vida a un acto jurídico.

El silencio carece de significación jurídica; el silencio es inercia, ausencia de expresión y de comunicación de la voluntad. No constituye manifestación de voluntad, sino solamente cuando la ley o el convenio entre las partes le atribuyen ese significado. El silencio desprovisto de toda otra circunstancia tiene una significación equívoca, por lo que en la duda no puede suponer ni una negación ni una aceptación. Al silente no le es de aplicación el aforismo *qui tacit consentire videtur* (quien calla, otorga).

El silencio produce los efectos de una manifestación de voluntad siempre que exista una ley o un convenio que así lo disponga²⁶⁶.

Como señala Flume²⁶⁷, en contra del principio de Derecho Canónico: *qui tacet, consentire videtur* se dice en general que el silencio en Derecho civil y en el mercantil básicamente se entiende como una negativa. Sin embargo, eso no es así, sino que el silencio "básicamente" no se entiende como declaración de ningún tipo, ni como afirmación ni como negación. No obstante, si en virtud

266 Expresa Savigny que el silencio solo opuesto a los actos o a un interrogatorio, no puede en principio ser considerado como un consentimiento o como una confesión. Si alguno me presenta un contrato y manifiesta que tomará mi silencio como aquiescencia, yo no me obligo, porque ninguno tiene el derecho cuando yo no lo consiento de forzarme a una contradicción positiva. Hay sin embargo excepciones a esta regla, que siempre se fundan en una excepción que se presume explicarse, sea a causa de la importancia especial de la relación de derecho, las relaciones de familia, por ejemplo, se la causa de respeto debido a ciertas personas o a causa de la relación entre el silencio actual y las manifestaciones precedentes. Menciona el autor, a la L. 142, de R. (J:L:17): "*Qui tacet, non utique fatetur, ser tamen varum est eum non negare*". Así cuando leemos C. 4, de R. J. in V: *Qui tacet, consentire videtur*, estas palabras no expresan una regla general, sino que se refieren a las excepciones. En efecto no puede creerse que el Derecho canónico hubiera querido derogar el Derecho romano por una regla tan abstracta" (SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., p. 314).

267 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 94.

de circunstancias especiales es signo de una declaración, por regla general lo es de conformidad.

Quien se abstiene, omite o calla, no declara ninguna voluntad, no afirma ni niega, no acepta ni rechaza²⁶⁸; no dice que *no*, pero tampoco dice que *sí*. El silencio no es manifestación de voluntad ni expresa ni tácita; no expresa voluntad alguna. La única voluntad que exterioriza el que calla es la de guardar silencio y no tomar resolución alguna. Distinto es el caso de la voluntad tácita en que hay acciones, hechos positivos o negativos que demuestran inequívocamente la manifestación de voluntad²⁶⁹.

Algunos canonistas (Cino, Bartolo, Baldo, Alberico, Jason y Curcio) afirmaron que el silencio equivale al consentimiento: *qui tacet consentire videtur* (quien calla, otorga). Otros (Panormitano, Bolognesi y Andrés ab Exea) negaron toda eficacia al silencio. Estos extremos pareceres fueron transados con la regla: *qui tacet cum loqui potuit et debuit, consentire videtur* (el que calla pudiendo y debiendo hablar, se entiende que consiente)²⁷⁰. Degni²⁷¹ dice que esta fórmula es imprecisa: el *debuit* no puede aludir sino a la "obligación jurídica de manifestar la voluntad, y siendo así, es claro que la consecuencia que resulte no derivará del silencio, sino de la violación de aquella obligación".

268 El que calla no dice que "sí", pero tampoco dice que "no" (LAROMBIÉRE, L., *Théorie et pratique des obligations*, G. Pedone-Lauriel, París, 1885, T. I, p. 1). "Si, pues, alguien me presenta un contrato y manifiesta que tomará mi silencio como aquiescencia, yo no me obligo, porque ninguno tiene el derecho cuando yo no lo consiento de forzarme a una contradicción positiva" (SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. II, p. 314). Los Mazeaud recuerdan una nota de Voirim, donde expresa que el silencio torna impenetrable la voluntad de aquel que lo guarda y permite dudar de que este haya tenido en su fuero íntimo la voluntad de adoptar una decisión (MAZEAUD, Henri, León y Jean, MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, cit., Parte II, vol. I, pp. 156-157).

269 LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1952, p. 53.

270 Esta doctrina fue seguida por el Código civil peruano de 1936 al establecer que el silencio se considera como una manifestación de voluntad en los casos en que exista la obligación de explicarse en oposición a un acto o a una interrogación. El art. 1077 del CC de 1936 dispuso: "El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no se considera como una manifestación de voluntad conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que exista la obligación de explicarse".

271 DEGNI, Francisco, *Studi sul diritto delle obbligazioni*, Scuola tip. italo-orientale "s. Nilo", Grottaferrata, 1926, p. 37.

Conforme al art. 142, el silencio tiene el significado de manifestación de voluntad solamente:

a) *Cuando la ley le otorga ese significado*

El significado del silencio es atribuido por normas *supletorias* con las cuales se integra los vacíos existentes en el acto jurídico. La ley reflejando datos de razonabilidad, de tipicidad social, morales o de protección a los acreedores confiere al silencio el valor de manifestación de voluntad. Explica Flume²⁷², "cuando la ley establece para determinados casos que el silencio 'valga' bien como rechazo, bien como asentimiento, es porque la Ley parte sin duda de que la consecuencia jurídica que se produce *ex lege* se ajusta, como regla, a los intereses de los afectados y con ello también a su voluntad".

Ejemplos:

- El cliente de un banco que durante el plazo de 30 días de haber recibido su estado de cuenta que le ha remitido el banco, guarda silencio, esto es, no observa su estado de cuenta, este se tiene por aceptado (art. 226 de la Ley N° 26702); el silencio tiene aquí el significado de aceptación por el cliente del estado de cuenta que le remitió el banco.
- En los contratos en los que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa perfeccionado el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación (art. 1381). Así, se envía para su compra un bien que el destinatario no ha ordenado, luego este usa el bien o lo enajena; o el interesado ha hecho invitación a ofrecer para la adquisición de determinados bienes, se reputa perfeccionado el contrato si no rechaza sin dilación las ofertas que reciba.
- El deudor de varias obligaciones que hace un pago sin expresar a qué deuda debe hacerse la imputación, el pago se imputará a la deuda menos garantizada (art. 1259).
- En un contrato de compromiso de contratar (contrato de promesa) en el cual no se ha señalado el plazo de duración, se entiende que dicho plazo es de un año (art. 1416).

272 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., p. 168.

- Si en un contrato de mutuo no se ha indicado en qué momento el mutuante debe entregar el bien mutuado al mutuuario, se entiende que debe entregarlo al momento de celebrarse el contrato (art. 1653).

b) *Cuando el convenio le atribuye ese significado*

Las consecuencias del silencio son previstas por las partes de una relación jurídica, es decir, el silencio integra la manifestación de voluntad cuando existe un acuerdo de las partes en el sentido de considerar al silencio como aceptación.

Ejemplo:

- un proveedor y su cliente se ponen de acuerdo, para que el primero atienda los pedidos del segundo sin responder de antemano que acepta hacerlo;
- un contrato normativo en el que las partes establecen que los futuros o eventuales contratos que celebren se entenderán perfeccionados cuando la propuesta contractual proveniente de una de ellas no es rechazada por la otra dentro de un cierto término.

Para que el silencio constituya manifestación de voluntad, es requisito necesario el acuerdo (convenio) entre las partes; la sola manifestación de voluntad unilateral dirigida a la otra parte no puede hacer que el silencio de esta constituya manifestación de voluntad. Como afirma Coviello²⁷³, nadie por su voluntad unilateral puede hacer que el silencio de aquel a quien se dirige equivalga al consentimiento, aunque la oferta de contrato vaya acompañada de la expedición del bien que debe ser objeto del mismo, como cuando se remiten periódicos o libros a quien no los ha pedido, con la advertencia de que, si no se devuelven dentro de cierto tiempo, el destinatario se considerará como abonado al periódico o como comprador de los libros. De ser así, cada uno podría obligar a los demás a ejecutar un hecho positivo en su favor, y restringir así, tan solo por su gusto, la libertad ajena.

El significado de manifestación de voluntad del silencio, ya sea por atribución de la ley o por convenio, está referido a un acto jurídico en el cual las partes no han previsto todas las consecuencias. En otros términos, con el silencio, no

²⁷³ COVIELLO, Nicolas, *Doctrina general del Derecho civil*, trad. de Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, p. 390.

se perfecciona un acto jurídico, sino que se integra sus vacíos cuando la ley o el convenio atribuyen al silencio el significado de manifestación de voluntad.

Hacemos presente que aquí hemos valorado el silencio solamente como manifestación de voluntad; no nos referimos a los casos en que el silencio es un simple elemento del supuesto normativo de hechos jurídicos voluntarios, no equivalentes a manifestación de voluntad, como el silencio del interesado en la prescripción adquisitiva o extintiva o en la caducidad, etc.

El Código civil de 1936 disponía: "Art. 1077. El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no se considera como una manifestación de voluntad conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos de que exista obligación de explicarse". En sentido similar el Código civil y comercial argentino establece: "Art. 263. *Silencio como manifestación de voluntad.* El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o a la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de las voluntades de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre silencio actual y las declaraciones precedentes".

Conforme a estas normas, contrariamente al adagio "el que calla otorga", el silencio no significa manifestación de voluntad alguna, salvo las excepciones por las cuales se atribuye al silencio el valor de manifestación de voluntad, que son las siguientes:

- a) Cuando existe un deber de expedirse (explicarse) que resulte de la ley. Por ejemplo, el art. 1381 dispone: "Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación". Así, el envío de cosas para su reparación, la oferta se acepta comenzando a hacer la reparación sin necesidad de comunicar al remitente el inicio de la ejecución de la prestación; o se envía para su compra un bien que el destinatario no ha ordenado, luego este usa el bien o lo enajena.
- b) Cuando el silencio como manifestación de voluntad se infiere de la voluntad de las partes, de los usos y de las prácticas. Así, las partes pueden haber acordado que, en caso de no responder en determinado plazo algún requerimiento o interrogación formulada por la otra, importará aceptación o negativa a la formulación efectuada. La norma del Derecho argentino considera también al silencio como manifestación de voluntad cuando así surja de los usos y prácticas.

- c) Cuando el silencio actual comparado con las declaraciones precedentes significa manifestación de voluntad. Esto es, el silencio actual comparado con las declaraciones anteriores significa consentimiento o aceptación. Por ejemplo, el que compra periódicamente mercaderías nada dice frente al silencio del vendedor de que ha aumentado el precio y las recibe.

En realidad, el art. 263 del Código civil y comercial argentino es más completo que el art. 142 de nuestro Código. Sin embargo, analizando el art. 142 sistemáticamente con los artículos 1380²⁷⁴, 1381 y otras normas concordantes, llegamos a la misma conclusión de la legislación argentina.

20.7. Voluntad presumida por la ley

Se habla de *declaración presunta* (llamada también ficta o inducida) cuando el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo que comúnmente suele ocurrir en la realidad social, considera a cierto comportamiento como que encierra una determinada voluntad, por ejemplo, el art. 1232 dispone que el recibo del pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de estos, salvo prueba en contrario. Aquí no hay declaración ni verbal, ni escrita ni a través de signos inequívocos, sino que la ley lo da por efectuada, en virtud de una mera suposición. El sujeto puede no haber tenido ninguna voluntad o haber tenido una voluntad contradictoria con la mal llamada voluntad presunta que se le atribuye. Se trata de una voluntad ficticia extraída por la ley de determinadas circunstancias.

Partiendo de un hecho inicial, la ley induce una voluntad con un alcance dado, aunque el sujeto no tenga esa voluntad. La presunción es un recurso técnico, una "mentira técnica" (Ihering), para dar seguridad y certeza a ciertos derechos o deberes que de otra manera serían ilusorios por la dificultad de su prueba.

Messineo²⁷⁵ dice que se debe rechazar, por impropia, la locución "*voluntad presunta*" porque se pretende fingir que existe una voluntad que no existe.

²⁷⁴ Art. 1380. Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de los daños y perjuicios.

²⁷⁵ MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 363.

Cuando se habla de voluntad presunta, "se quiere decir, en sustancia, que la ley atribuye *autoritariamente*, 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.

La manifestación de voluntad tácita es siempre real, mientras que la presumida por la ley es "una manifestación ficticia porque descansa con frecuencia en una probabilidad general de voluntad y que algunas veces esta voluntad presumida no existe e implica admitir una ficción allí en donde una voluntad real es frecuentemente imposible" (Savigny). La voluntad presumida se infiere de ciertos hechos aunque en la realidad sea otra y la voluntad tácita se deduce en forma indubitable de un comportamiento del sujeto. La voluntad presumida es deducida por la ley aunque esa voluntad no exista y la tácita es deducida por el intérprete o por el juez de un hecho que no deja lugar a dudas sobre su existencia.

La presunción puede ser relativa o absoluta. Es relativa (*iuris tantum*) cuando admite prueba en contrario, por ejemplo, el mandato se presume oneroso (art. 1791), pero las partes contratantes pueden probar que es gratuito, puesto que la onerosidad no es de la esencia del mandato. En el caso del art. 1232 que establece que el recibo del pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de estos salvo prueba en contrario; la presunción contemplada es relativa, si el acreedor demuestra que los intereses no han sido pagados, a pesar de haber recibido el capital sin reserva, puede destruir la presunción. El art. 1231 dispone que cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores salvo prueba en contrario; es decir, si el acreedor recibe el pago de alguna de las prestaciones otorgando el recibo respectivo, la ley presume *iuris tantum*, a favor del deudor, que las prestaciones anteriores también se hallan pagadas.

La presunción absoluta (*iuris et de iure*) no admite prueba en contrario. En realidad aquí ya no estamos frente a una presunción, sino a una verdad jurídica incontrovertible, v. gr., en el establecimiento de cuentas corrientes bancarias por personas naturales y en las operaciones que se efectúe con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge del titular de la cuenta (art. 227 de la Ley N° 26702); lo que quiere decir que si el marido ha aperturado una cuenta corriente bancaria sin la participación de su mujer, se presume *iuris et de iure* (sin admitirse prueba en contrario) la aceptación de esta; por tanto, ella está también obligada por los saldos deudores que presente la cuenta.

CAPÍTULO IV

LA CAPACIDAD

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

1. Agente capaz.

[...]

20. INTRODUCCIÓN

Para la validez del acto jurídico se requiere, entre otros requisitos, la intervención de agente capaz, es decir, que goce de suficiente madurez y lucidez mental que le permita discernir sobre el acto que realiza y sus alcances²⁷⁶.

La capacidad (de *capacitas*), en términos generales, es la aptitud que tienen las personas para el goce y el ejercicio de los derechos subjetivos que les reconoce

²⁷⁶ “Hasta el momento de su nacimiento, el niño no tiene vida distinta; es, como decían los romanos, ‘pas visceram matris’. No obstante, por derogación de la regla, la criatura *no nacida todavía* ya es capaz de adquirir derechos a partir del momento de su concepción. Se lo considera por anticipado como una persona. Como decía Juliano: ‘Qui in utero sunt intelliguntur in rerum natura esse’ (Dig. 1, 5, fr. 26). De donde provino el antiguo adagio: *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur* (num. 383). Muchos códigos extranjeros contienen una disposición general en este sentido. El código francés se limita a hacer la aplicación de la regla a las sucesiones (art. 725) lo mismo que a las donaciones y legados (art. 906)” (RIPERT, Georges y Jean, BOULANGER, *Tratado de Derecho civil*, T. II, vol. I, [De las personas (1.ª Parte)], trad. de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1963, pp. 3-4).

o confiere el ordenamiento jurídico. *Goza* de un derecho el que es su titular; *ejercita* un derecho, el que, por sí o por representante, lo pone en práctica mediante los actos jurídicos destinados a producir algunos efectos. En otros términos, la capacidad es la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones (capacidad de goce o de derecho) y para realizar actos con eficacia jurídica (capacidad de ejercicio).

Fue Savigny el primero en definir a la capacidad como la *aptitud* para ser sujeto de derechos o aptitud para ejercerlos. Cuando preguntamos “quién puede ser sujeto de una relación jurídica”, hacemos referencia “a la posesión posible de los derechos, o sea, a la *capacidad de derecho*”; pero otra cosa es la “posibilidad de su ejercicio, o sea, la *facultad de obrar*”. Savigny agrega: “He señalado la diferencia esencial que existe entre la capacidad de derecho y la capacidad de obrar: he aquí ahora sus relaciones recíprocas: el que tiene la capacidad de derecho es según las circunstancias capaz o incapaz de obrar; el que carece de ella es por esto mismo incapaz de obrar, pues sus actos no podrían producir efecto alguno. Si en algún punto sucede de otro modo, no son, hablando legalmente, sus actos sino los de un tercero que tiene su representación: así, v. gr., el esclavo romano podía verificar los actos más importantes, aun las emancipaciones y estipulaciones; pero entonces él era solo el instrumento jurídico de su señor, al cual se le imputaban estos actos como si emanasen personalmente de él”²⁷⁷.

Quien tiene capacidad puede adquirir derechos y contraer obligaciones, así como ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. Estos dos elementos, el goce y el ejercicio de un derecho, reunidos constituyen la plenitud de la capacidad de un sujeto. Separados dan lugar a dos clases de capacidad: capacidad de goce y capacidad de ejercicio²⁷⁸.

277 (SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. II, p. 161).

DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, Rousseau, París, 1923, T. 2, n° 661: La capacidad es “la aptitud para poseer o para ejercer derechos”.

278 En la doctrina alemana, el término *Faehigkeit* indica aptitud, habilidad, *capacidad*; a la aptitud para ser sujeto de derechos se le denomina *Rechtsfaehigkeit* (capacidad de derecho), y a la aptitud para ejercerlos mediante negocios jurídicos, *Geschaefts faehigkeit* (capacidad negocial o capacidad de ejercicio). En Francia se habla de *capacité de jouissance* (capacidad de goce) y de *capacité d'exercise* (capacidad de ejercicio). En la doctrina italiana se llama *capacità giuridica* y *capacità di agire* (capacidad jurídica y capacidad de obrar) (VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, cit., T. I, p. 501).

21. ALGUNOS CONCEPTO BÁSICOS PREVIOS

Consideramos necesario dar las nociones básicas de *sujeto de derecho, personalidad, capacidad de goce, capacidad de ejercicio, incapacidad y discapacidad*.

1) *Sujeto de derecho o subjetividad.*

Sujeto de derecho es solamente el ser humano desde su concepción hasta su muerte, considerado individualmente o formando parte de agrupaciones de personas (personas jurídicas); todo lo demás que existe en el universo es objeto.

La Constitución establece: Art. 2. Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. *El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece*".

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica ha previsto, en el art. 4, inc.1, que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida" y que "este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción".

En el tercer párrafo del Preámbulo de Declaración de los Derechos del Niño de 1959, se lee: "Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". En el Principio 1 señala: "El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia". De acuerdo a esta normativa, se es niño desde antes del nacimiento.

El D. Leg. 346 o Ley de Política Nacional de Población, del 6.7.1985, en el inc. I del art. IV del TP, establece que "la Política Nacional de Población garantiza los derechos de la persona: a la vida" y que "*el concebido es sujeto de derecho desde la concepción*".

La Ley N° 26842, Ley General de Salud, en el art. III del TP, dispone: "Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley...", y que "*el concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud*".

El Código civil (25.7.1984), en su art. 1, dispone que “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, que “la vida humana comienza con la concepción”, y que “*el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*”.

El Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337 (7.8.2000), en el art. I del TP, prescribe: “*Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad*”. Es decir, por disposición de esta norma se es persona desde la concepción.

El Código civil y comercial argentino establece:

Art. 19. *Comienzo de la existencia*. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

Art. 21. *Nacimiento con vida*. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.

Si no hace con vida, se considera que la persona nunca existió.

El nacimiento con vida se presume.

El Código de los Niños y Adolescentes, por ser norma posterior y especial con respecto al Código civil, prevalece sobre este. Por tanto, para el Derecho peruano se es persona desde la concepción. Se reconoce al nasciturus o persona por nacer como sujeto de derecho.

Como la legislación peruana no establece que se entiende por concepción, por su importancia sobre la materia, transcribimos, a continuación, la parte pertinente de la sentencia de 18.11.2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica.

“180. La Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula,

el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión”.

181. Por su parte, el perito Zegers señaló que cuando se firmó la Convención Americana en 1969, la Real Academia de la Lengua Española definía “concepción” como “acción y efecto de concebir”, “concebir” como “quedar preñada la hembra” y “fecundar”²⁷⁰ como “unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser”.

La Corte observa que el Diccionario actual de la Real Academia de la Lengua Española mantiene casi por completo las definiciones de las palabras anteriormente señaladas. Asimismo, el perito indicó que: una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero [...]. [L]a palabra concepción hace referencia explícita a la preñez o gestación [, que] comienza con la implantación del embrión[,] [...] ya que la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión. Sólo hay evidencias de la presencia de un embrión, cuando éste se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Gonadotropina Coriónica y lo más precoz que puede ser detectada es 7 días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio”. (Añadido fuera de texto).

182. Por otro lado, según el perito Monroy Cabra, la palabra concepción es “un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido de que se produce [con] la fusión entre óvulo y el espermatozoide”. En términos parecidos, la perita Condic consideró que “la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un ‘momento de concepción’ observable”.
183. Ahora bien, además de estas dos posibles hipótesis sobre el momento en que se debe entender que sucede la “concepción”, las partes han planteado una discusión diferente respecto al momento en que se considera que el embrión ha alcanzado un grado de madurez tal como para ser considerado “ser humano”. Algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano²⁷⁶, mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero donde tiene la capacidad de

sumar su potencial genético con el potencial materno. Asimismo, otras posturas resaltan que la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso.

184. La Corte observa que, si bien algunos artículos señalan que el embrión es un ser humano, otros artículos resaltan que la fecundación ocurre en un minuto pero que el embrión se forma siete días después, razón por la cual se alude al concepto de "preembrión". Algunas posturas asocian el concepto de preembrión a los primeros catorce días porque después de estos se sabe que si hay un niño o más. La perita Condit, el perito Caruso y cierta literatura científica rechazan estas ideas asociadas al concepto de preembrión.
185. Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.
186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los

nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180).

187. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación (supra párr. 181). Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación.

188. Por otra parte, respecto a la expresión “en general”, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que significa “en común, generalmente” o “sin especificar ni individualizar cosa alguna”. Según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término “en general” se relaciona con la expresión “a partir de la concepción”. La interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones. 189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones”.

En conclusión, la Corte IDH admite que en el marco científico hay dos lecturas diferentes del término “concepción”, la una entiende por concepción el encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide, y la otra entiende

por “concepción” el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero, inclinándose el tribunal por esta última.

Debemos tener presente que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, dispone: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Sobre la base de la legislación y jurisprudencia precedente se debería modificar el art. 1 del Código civil en los términos siguientes:

“Artículo 1. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción. Esta se inicia con la implantación. Los derechos y obligaciones del concebido quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida se considera que la persona humana nunca existió. El nacimiento con vida se presume”.

2) *Personalidad.*

La personalidad es el conjunto de atributos o características físicas, genéticas, sociales, que permiten establecer un modo específico de pensar y actuar, lo que marca la forma de ser de una persona, individualizándola de las demás. En otros términos, lo que cada ser humano, de modo singular, exhibe dentro del marco de sus relaciones comunitarias o, dicho en otras palabras, el modo como cada cual exterioriza sus decisiones libres en el mundo de las relaciones sociales²⁷⁹. En la formación de la personalidad intervienen factores psicológicos, físicos, culturales, su formación ambiental en la niñez, religiosos, etc. Cada ser humano vive la realidad de acuerdo a su personalidad.

3) *Capacidad de goce.*

La capacidad de goce (o jurídica, o genérica, o de derecho) es la aptitud del ser humano para ser sujeto (activo o pasivo) de relaciones jurídicas, o sea para ser titular de derechos y deberes. La capacidad de goce compete a todo ser humano considerado individualmente o formando parte de personas jurídicas. La perso-

279 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El Derecho de las personas en el umbral del siglo XXI*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2002, p. 383.

na natural adquiere la capacidad de goce, es decir, es un centro de imputación de derecho y deberes, desde la concepción hasta su muerte. El art. 3 prescribe: "Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley".

La capacidad jurídica también compete a las personas jurídicas, que son tales a partir de su inscripción en el registro respectivo, puesto que también son titulares de derechos y deberes, es decir, pueden y, en la realidad son, sujetos activos o pasivos de relaciones jurídicas.

4) *Capacidad de ejercicio.*

La capacidad de ejercicio o de obrar es la aptitud del sujeto para ejercer por sí mismo sus derechos y asumir sus deberes o, como dice Bianca²⁸⁰, la capacidad de ejercicio es la idoneidad del sujeto para desplegar directamente su propia autonomía negocial y procesal; la falta o la limitación de la capacidad de ejercicio no incide sobre la capacidad jurídica general en cuanto el sujeto permanece siempre idóneo a ser titular de relaciones jurídicas; de lo que carece el incapaz de ejercicio es más bien de la idoneidad para realizar directamente y autónomamente su propia esfera personal y patrimonial, necesitando un representante legal.

No hay otro centro de imputación de deberes y derechos que no sea el ser humano, que es tal desde su concepción hasta que muere, independientemente de su consideración como persona por nacer (concebido), persona natural, persona jurídica o agrupación de personas no inscritas. A este centro de imputación se le denomina *subjetividad jurídica* o *sujeto de derecho*.

Es clásica la distinción de la capacidad en: a) capacidad de goce (aptitud para ser titular y gozar de los derechos subjetivos reconocidos o conferidos al sujeto por el ordenamiento jurídico), y b) capacidad de ejercicio o de obrar (aptitud para ejercer personalmente tales derechos). A su vez, la capacidad de ejercicio se divide en: 1) capacidad natural o de discernimiento (ej., el menor que tiene discernimiento puede aceptar una donación pura), y 2) capacidad legal que se adquiere al cumplir dieciocho años de edad. Así está reconocida la capacidad por el ordenamiento jurídico, al margen de disquisiciones doctrinarias.

280 BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. II, p. 193.

5) *Incapacidad.*

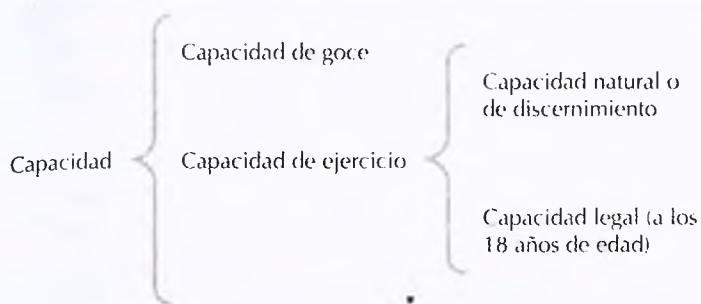
La incapacidad es la falta de idoneidad para adquirir un derecho (incapacidad de goce) o para ejercerlo (incapacidad de ejercicio). El incapaz no está en condiciones de concluir válidamente un acto jurídico. El acto realizado por una persona afectada de incapacidad de goce es nulo. En cambio, el acto llevado a cabo por una persona que carece de capacidad de ejercicio será nulo o anulable, según que la incapacidad sea absoluta o relativa.

6) *Discapacidad.*

La Ley N° 29973, Ley General de la persona con discapacidad da la siguiente definición: Art. 2. "*Definición de persona con discapacidad.* La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás".

Es de destacar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) propugna la eliminación de cualquier tipo de barreras sociales y materiales para fortalecer, la autonomía y toma de decisiones propias de las personas con discapacidad, a cuyo fin se nombrarán apoyos y salvaguardas. En su art. 1 dispone: "El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"²⁸¹.

281 El art. Art. 3 prescribe: Art. 3 "*Principios generales* Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.



22. CAPACIDAD DE GOCE Y CAPACIDAD DE EJERCICIO

La capacidad del agente (sujeto o parte) es un elemento esencial (denominado requisito de validez por el art. 140.1) del acto jurídico. La capacidad significa que el sujeto (agente) se encuentre en aptitud de vincularse jurídicamente con su declaración de voluntad. La capacidad comprende la capacidad de goce y la de ejercicio. El inciso 1 del artículo 140 del Código civil requiere para la validez del acto jurídico que el agente sea capaz. El requisito de la capacidad debe ser cumplido por el sujeto, sea persona natural o jurídica.

22.1. Concepto de capacidad de goce

La capacidad de *goce* (llamada también *jurídica*, *de derecho*, *pasiva* o *genérica*) es la aptitud o idoneidad que tiene el sujeto para ser titular de derechos y deberes jurídicos²⁸². Dicho en otros términos, la capacidad *jurídica* es la aptitud que tiene el sujeto para ser titular de relaciones jurídicas, ya como sujeto activo (titular de derechos), ya como sujeto pasivo (titular de deberes). Es intrínseca y meramente recepticia: no requiere de acto alguno de la persona, por ejemplo, la capacidad de adquirir por sucesión. Toda persona humana, desde la concepción hasta la muerte, goza de la aptitud para ser titular de derechos y de los correlativos deberes jurídicos, independientemente de si tales derechos son actuados por ella misma o por medio de su representante legal o convencional. Ningún ser humano, por respecto de su dignidad y libertad, puede estar privado totalmente de su capacidad de goce.

²⁸² El Código civil y comercial argentino la define en los siguientes términos: Art. 22. *Capacidad de derecho*. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

La Ley puede privar o limitar la capacidad de goce solamente respecto de determinados hechos, simples actos, o actos jurídicos, concretos y en función de la protección de determinado interés. No se puede privar a una persona de su capacidad de goce en general, porque significaría privarle de su dignidad y libertad, condenarlo a la esclavitud o a la muerte civil, privándole de su condición de sujeto de derecho, lo que es propio de todo ser humano. La incapacidad de goce se ha de referir siempre a determinada o determinadas personas frente a hechos o actos jurídicos concretos, por ejemplo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República no pueden adquirir los bienes nacionales (art.1366), no pueden contraer matrimonio los parientes afines en línea recta (art. 274.4).

La capacidad jurídica puede ser *general*, cuando es atribuida para la totalidad de los derechos subjetivos reconocidos a las personas por el ordenamiento jurídico, y *especial*, cuando se refiere a determinados derechos, v. gr., la capacidad para hacer testamento, la capacidad para la adopción requiere que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar (art. 378.2). La capacidad jurídica *general* se adquiere por el nacimiento (art. 1); mientras que la capacidad jurídica *especial* se establece caso por caso.

El concebido, aún no nacido (*nasciturus*), es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (art. 1)²⁸³. El Código sigue el principio romano que afirma: "*conceptus pro iam nato habetur de eius commodis agitur*" (el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables). Por tanto, el concebido está protegido por el Derecho que le atribuye una cierta capacidad de goce. Tiene derecho a la vida, a su integridad psicofísica (la ley sanciona al aborto como

283 Por su parte, el D. Leg. N° 346, Ley de Política Nacional de Población, establece en el artículo IV, inc. I del Título Preliminar que "La política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la vida" y que "El concebido es sujeto de derecho desde la concepción"; la Ley N° 26842, Ley General de Salud, cuyo Título Preliminar, artículo III, estipula que "toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley..."; así como que "El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud". El Código Sanitario aprobado en marzo de 1969 mediante Decreto Ley N° 17505, establece en su artículo 17 que "Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestación comprende a la madre y al concebido"; agrega también (artículo 31) que "Al niño desde la concepción hasta la adolescencia le corresponde un esmerado cuidado de la salud..."; de otro lado, en el artículo 113 estipula que "Las acciones de salud comprenden al hombre desde la concepción hasta la muerte y deben ejercitarse en todas las etapas de formación de su ciclo vital" (Cit. Sentencia del Tribunal Constitucional del 16.10.2009, Exp. N° 02005-2009-PA/TC, Lima).

delito). La atribución de capacidad al concebido de derechos patrimoniales es condicional, como se advierte en el propio art. 1, cuando dispone, *la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo*. La capacidad de goce del concebido no es plena, sino parcial, limitada a lo que le sea favorable. En cada caso concreto se determinará si los derechos vinculados a obligaciones, cargas o sujeciones son o no favorables al concebido.

Distintamente a lo previsto en el art. 1 del Código civil, la Convención de los Derechos del Niño de 1989, ratificada por el Perú en 1990, en su art. 1 señala que *“para los efectos de la presente convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad”*.

El Código de los niños y adolescentes del año 2000, en el primer párrafo del art. I del Título Preliminar, establece: *“se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”*.

El concebido no nacido es tan ser humano como el nacido. No se debería diferenciar entre concebido y persona humana como lo hace el art. 1 del Código. Este artículo debe ser modificar estableciendo que la existencia de la persona humana comienza con la concepción; que esta se inicia con la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer; que los derechos y obligaciones del concebido quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida; y que el nacimiento con vida se presume. No nos explicamos que a estas alturas de la civilización se considere que el concebido no tiene derecho, por ejemplo, a ser indemnizado por los daños que se le ha causado²⁸⁴.

284 Cas. N° 1486-2007-Cajamarca, publicada el 3.2.2009. “... Que, el artículo primero del Código Civil establece que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. A continuación, refiere que la vida humana comienza con la concepción, que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, y que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. Como puede advertirse, de primera intención, el legislador se acoge a la corriente clásica que estima que es sujeto de derecho el nacido vivo, pero a continuación señala que también lo es el concebido, a condición de que nazca vivos, ello porque a partir del nacimiento la persona puede ejercer a plenitud el pleno goce de sus derechos civiles, y mientras esto no ocurra sólo puede gozar de derechos limitados. Particularmente, nuestra doctrina entiende que el concebido es sujeto de derecho privilegiado, por cuanto la ley le atribuye sólo lo que le favorece, y tratándose de derechos pecuniarios (patrimoniales) su concreción sólo tendrá lugar a condición de que nazca con vida; ergo, tratándose de derechos extrapatrimoniales no existe condición alguna que impida el goce de los mismos... En otras palabras, para el artículo primero del Código Civil rige la condición suspensiva de la

El niño desde su concepción, dado su condición *sui generis*, goza de protección especial (art. 4 de la Constitución), pues “además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo”, tratamiento especial que debe tener aun después de muerto como a cualquier persona humana fallecida.

Un sector de la doctrina identifica capacidad de goce con subjetividad jurídica, entendida esta como la aptitud que tienen los sujetos para ser titulares de situaciones jurídicas subjetivas, o sea de derechos y deberes²⁸⁵.

Finalmente, señalamos que la legislación internacional configura a la capacidad de goce como un derecho humano; no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley. La capacidad jurídica es indispensable para el goce de los derechos civiles, económicos, sociales, políticos, culturales. Esto adquiere una especial importancia para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones sobre su salud, educación y trabajo. Todo ser humano, precisamente sobre la base de su condición humana, tiene el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. El inciso 1 del art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”; y en el art. 6 señala: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su *personalidad jurídica*”.

efectividad de derechos patrimoniales, lo que no significa que aquellos derechos no existan para el concebido, sino que antes que se produzca el hecho del nacimiento con vida, aquel concebido no tiene capacidad para recibir, v. gr., donaciones, legados e indemnizaciones; pero una vez nacido tiene derecho a recibirlos”.

285 La capacidad jurídica, al igual que la subjetividad jurídica, constituyen un carácter intrínseco del sujeto, una cualidad que deriva del hecho de ser titular potencial de los intereses tutelados por el derecho y por tanto titular potencial de las situaciones jurídicas predispuestas por la norma para actuar sobre aquella tutela. Por ésta naturaleza, esencialmente potencial, la capacidad jurídica (y entonces la subjetividad jurídica) consiste en una cualidad abstracta y a priori (Falsea, A, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 160).

La Convención Sobre los Derechos del Niño establece que se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad. Consagra el principio de la autonomía progresiva de los niños y niñas en el ejercicio de sus derechos. En el inciso 1 del art. 2 prescribe: "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales". De acuerdo a esta norma todo niño, desde su concepción hasta que cumple 18 años de edad tiene iguales derechos y deberes jurídicos que un adulto.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 16, dispone: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". El art. 12 de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad dispone que todas las personas con *discapacidad* tienen plena *capacidad jurídica*²⁸⁶. La observación a este artículo 12 formulada por

286 Artículo 12. *Igual reconocimiento como persona ante la ley.*

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones

el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad señala que el derecho al igual reconocimiento como persona es operativo en todas partes²⁸⁷.

22.2. Concepto de capacidad de ejercicio

La capacidad de ejercicio (denominada también capacidad de obrar, capacidad de hecho, capacidad negocial, capacidad de negociar, capacidad de actuar, capacidad activa) es la aptitud o idoneidad que tiene el sujeto para ejercitar personalmente sus derechos y asumir deberes jurídicos.

Como expresa Barbero²⁸⁸, la capacidad de actuar es “la medida de la idoneidad para determinar por acto propio modificaciones activas o pasivas en la propia esfera de relaciones jurídicas, es decir, para adquirir, modificar o perder la titularidad de las relaciones”.

Toda persona humana con capacidad de obrar puede ejercer por sí misma sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, excepto las limitaciones expresamente previstas en la ley o en una sentencia judicial²⁸⁹. Las restricciones

a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

287 *Igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12)*

23. El Comité expresa su preocupación por la ausencia de medidas para eliminar el estado de interdicción y las limitaciones a la capacidad jurídica de una persona por razón de su discapacidad en el sistema jurídico del Estado parte. Le preocupa también la falta de conciencia social a este respecto y las resistencias de algunos operadores judiciales para poner en práctica las recomendaciones realizadas por el Comité en su Observación general N.º 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley.

24. El Comité insta al Estado parte a que suspenda cualquier reforma legislativa que implique continuar con un sistema de sustitución de la voluntad y a que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones, que respete la autonomía y la voluntad de la persona, sin importar su nivel de discapacidad. Al mismo tiempo, urge al Estado parte a que revise toda la legislación federal y estatal para eliminar cualquier restricción de derechos relacionados con el estado de interdicción o con motivo de la discapacidad de la persona. Le recomienda llevar a cabo acciones para capacitar a las autoridades y la sociedad, sobre el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a partir de las recomendaciones realizadas por el Comité en su Observación general N.º 1 (2014).

288 BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, p. 190.

289 El Código civil y comercial argentino da la siguiente definición: Art. 23. *Capacidad de ejercicio*. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones

a la capacidad de ejercicio se fundamentan en ciertas condiciones de la persona, v. gr., la minoría de edad, la salud mental, que la tornan vulnerable frente a otros sujetos, exponiéndolos a riesgos, peligros o abusos en el tráfico jurídico.

La capacidad de ejercicio presupone necesariamente la capacidad de goce; no se puede ejercitar un derecho que no se tiene. En cambio, la capacidad de goce puede existir sin la capacidad de ejercicio. Un sujeto titular de derechos puede ser capaz o incapaz de ejercerlos. Por consiguiente, toda persona por el solo hecho de serla tiene capacidad jurídica, sea un niño de corta edad o un demente, sea una persona física o jurídica, pero no toda persona que tenga capacidad jurídica tiene capacidad de ejercicio, no toda persona que tiene el goce de sus derechos civiles, como sucede, por ej., con un niño o con un loco, tiene la capacidad de ejercicio de los mismos. Así, un demente titular de un patrimonio carece de capacidad para venderlo, hipotecarlo, arrendarlo, y en general para realizar cualquier acto de enajenación o administración²⁹⁰.

La capacidad de *goce* es indivisible, irreductible y esencialmente igual para todas las personas, en cambio la capacidad de *obrar* es contingente y variable. No existe en todas las personas, ni se da en ellas en el mismo grado. La capacidad de goce supone una posición estática del sujeto, mientras que la capacidad de ejercicio una idea dinámica. La primera es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico; la segunda, la capacidad de dar vida a los actos jurídicos; de realizar o no realizar acciones con efectos jurídicos²⁹¹.

La capacidad de ejercicio puede ser general o especial, natural o legal (ver *infra* 23).

No es lo mismo *capacidad* y *legitimación* de los agentes (sujetos) del acto jurídico. Los actos jurídicos deben ser celebrados por sujetos capaces y legitimados para otorgarlos. La capacidad tiene una doble manifestación: de goce y de

expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

290 Valencia dice: "La capacidad jurídica, o sea, la capacidad para ser titular de derechos subjetivos patrimoniales, la tiene toda persona sin necesidad de que esté dotada de una voluntad reflexiva; en cambio, la capacidad de obrar o capacidad negocial está ligada a la existencia de una voluntad reflexiva" (VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, cit., p. 502).

291 CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español. Común y Foral*, Madrid, Reus, 1942, T. I, p. 141.

ejercicio; la primera es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, es decir, de derechos y deberes, y la segunda es la aptitud para ejercer por sí mismo los derechos y asumir los deberes. La legitimación del sujeto del acto jurídico es, como dice Betti²⁹², “la competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular. Problema de legitimación es el considerar quién y frente a quién, puede concluir correctamente el negocio para que este pueda desplegar los efectos jurídicos conforme a su función y congruentes con la intención práctica normal de las partes”.

22.3. La personalidad jurídica: Capacidad de goce y capacidad de ejercicio

Persona es todo ser humano desde su concepción hasta su muerte. La *personalidad natural* es el conjunto de características o cualidades que diferencian a una persona de otra. La *personalidad jurídica* (no natural) es la aptitud que tiene la persona para adquirir derechos o contraer obligaciones, por ejemplo, mediante la intervención en un acto jurídico.

La *personalidad*²⁹³ *jurídica*, o sea la *capacidad* para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas (*subjetividad jurídica*), es la expresión de la función creadora del Derecho con el fin de resolver un problema fundamental de organización social. Es conferida por el ordenamiento jurídico no solamente a la persona natural (física), que es tal desde el nacimiento (art. 1), sino también: al concebido, a la persona jurídica pública –existente desde su creación mediante ley– o privada –creada mediante su inscripción en el registro respectivo–, a los patrimonios autónomos, etc. No todos los sujetos tienen igual capacidad de

292 BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 177.

293 Diccionario de la Real Academia Española: “*Personalidad*. (De *personal*). f. Diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra. 2. Conjunto de características o cualidades que destacan en algunas personas. *Andrés es un escritor con PERSONALIDAD*. 3. Persona de relieve, que destaca en una actividad o en un ambiente social. *Al acto asistieron el gobernador y otras PERSONALIDADES*. 4. Inclinação o aversión que se tiene a una persona, con preferencia o exclusión de las demás. 5. Dicho o escrito que se contrae a determinadas personas, en ofensa o perjuicio de las mismas. 6. *Der.* Aptitud legal para intervenir en un negocio o para comparecer en juicio. 7. *Der.* Representación legal y bastante con que uno interviene en él. 8. Fil. Conjunto de cualidades que constituyen a la persona o supuesto inteligente”.

goce de los derechos subjetivos, por ej., las personas jurídicas no tienen la misma capacidad de goce que la que tienen las personas naturales, o el concebido no tiene igual capacidad de goce que la persona natural; y, lo que es más, por razones de organización social, el ordenamiento jurídico puede limitar la capacidad de goce de sujetos de Derecho de la misma naturaleza, v. gr., la persona soltera, viuda o divorciada, tiene derecho a contraer matrimonio, pero el ordenamiento jurídico priva a la persona casada de ese derecho (art. 241.5).

El ser humano como realidad social, considerado individualmente u organizado colectivamente, es el protagonista de las relaciones jurídicas, goza de los derechos subjetivos y está sujeto a los deberes establecidos por el ordenamiento jurídico. El ser humano es el creador y destinatario de las normas jurídicas (Derecho positivo). Al percibir la necesidad de algunas reglas de organización que gobiernen su convivencia social *crea* el Derecho. Es el Derecho positivo el que ordena la conducta de los individuos restringiendo de algún modo su libertad, reconociéndoles su dignidad como personas y prestándoles su decidida e incondicional tutela.

El problema de organización social es resuelto por el Derecho mediante un criterio valorativo, variable en cada ordenamiento jurídico, de la aptitud de los individuos y de los grupos sociales para asumir la calidad de *sujetos de Derecho*. Por ej., el Código civil de 1852 dispuso que los hijos ilegítimos (nacidos fuera del matrimonio cuando los padres tenían impedimento para casarse) no tienen ningún derecho de suceder en los bienes del padre (art. 891) y los hijos naturales (los nacidos fuera del matrimonio cuando los padres no tenían impedimento para casarse) reconocidos por el padre "*heredan el quinto, habiendo hijos o descendientes legítimos*" (art. 892.3); el Código de 1936, en su art. 762 estableció: "*Si hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos últimos recibirá la mitad de lo que reciba cada legítimo*". La Constitución de 1979, art. 6, y la de 1993, art. 6, prescriben que "*todos los hijos tienen iguales derechos y deberes*"; en armonía con este marco constitucional, el Código vigente de 1984, en su art. 818, prescribe: "*Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de estos, y a los hijos adoptivos*". Como se aprecia, el Código de 1852 no le reconoce al hijo ilegítimo la aptitud para ser titular del derecho de suceder en los bienes de su padre; el Código de 1936 le reconoce el derecho de recibir la mitad de lo que reciba cada legítimo; y el Código de 1984 dispone

que los hijos ilegítimos tienen iguales derechos sucesorios que los legítimos. En otros términos, el Código de 1852 privó a los hijos ilegítimos de la capacidad de gozar del derecho de suceder en los bienes de su padre, el Código de 1936 les reconoció esa capacidad reducida a la mitad de lo que recibe cada hijo legítimo, y el Código vigente de 1984 le reconoce igual capacidad de goce en el derecho de suceder a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Los individuos y los grupos de individuos, como realidades sociales, pre-existen a la intervención del Derecho, están *fuera* del Derecho y *antes* que el Derecho, pero la *subjetividad jurídica* no se identifica con tales realidades porque la subjetividad depende de la valoración que de ellos haga cada ordenamiento jurídico, de ahí que una cosa son los individuos y los grupos de individuos como realidades sociales y otra, estos individuos y grupos como sujetos de Derecho. Una cosa es el *ser humano* como tal (*persona*²⁹⁴) y otra su *personalidad jurídica subjetividad*.

El ser humano, llámesele persona, individuo, hombre, sujeto en cuanto tal (no todavía sujeto de Derecho) y los grupos de seres humanos constituyen un *prius* del ordenamiento jurídico (Derecho); no porque existe el ordenamiento jurídico viene a existir el ser humano o los grupos de seres humanos, sino porque existen los seres humanos y los grupos de seres humanos viene a existir el ordenamiento jurídico.

En los Fundamentos del Proyecto de Código civil argentino de 1998 se lee: "Se adopta la terminología personas humanas a lo largo de todo el Código. (...) la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capaci-

294 La palabra persona proviene del verbo latino *sono, as, are* (sonar), y del prefijo *per*, que refuerza el significado (resonar, sonar mucho). Etimológicamente, la palabra persona se relaciona con la máscara que en el teatro usaban los actores para representar la fisonomía correspondiente a su papel y carácter. Persona era actor que llevaba la máscara, luego se extendió a los actores de la vida social, o sea a todas las personas. Desde el punto de vista etimológico persona es igual a ser humano. Todos los seres humanos somos personas, o sea sujetos portadores de valores que ha de reconocer, respetar y tutelar el Estado y la sociedad. La persona es un *prius* respecto del Derecho, es decir, la persona existe con independencia del Derecho y tiene esa consideración social desde su concepción. La sociedad, el Estado y el ordenamiento jurídico se conciben en función de la persona y no la persona en función de la sociedad, el Estado y el ordenamiento jurídico, como decía Hermogeniano, *hominum causae omne ius constitutum est*.

dad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin". Estamos de acuerdo cuando se afirma que persona es todo ser humano y que no hay que confundir a la persona con uno de sus atributos como es la capacidad jurídica, pero aclaramos que, en nuestra opinión, se debe distinguir entre *persona* para referirse a todo individuo de la especie humana, sea hombre o mujer, que está fuera y antes del Derecho, o sea que es un *prius* del ordenamiento jurídico y la *personalidad jurídica* que es la capacidad reconocida por el Derecho a la persona para ser sujeto de *relaciones jurídicas*, o sea para ser titular de derechos y deberes. La *personalidad jurídica* es la aptitud jurídica (no natural) para que la persona pueda ser sujeto activo o pasivo de una relación jurídica, en otros términos, es la aptitud para adquirir derechos o contraer obligaciones.

En el *mundo natural* encontramos que todos los individuos, en cuanto tales, sin acepción de ninguna particularidad, son sustancialmente iguales, no son más o menos individuos, más o menos personas, sino simplemente *personas*, pero también encontramos que entre los individuos existen diferencias particulares que constituyen a cada persona y las distingue de otras. Las características o cualidades que diferencian a una persona de otra constituyen la *personalidad natural*. Cada persona tiene su propia personalidad, entendida como el conjunto de características o cualidades (buenas o malas) que lo diferencian de las otras personas. Del mismo modo, en el *mundo jurídico* la *personalidad jurídica* no es igual en todos los individuos, sino que ella depende de la valoración que de la realidad social haga el ordenamiento para conferirle a los individuos y grupos sociales la aptitud para asumir la calidad de sujetos de Derecho, lo cual equivale a señalar que el ordenamiento les reconoce la aptitud de adquirir derechos y deberes.

Los romanos se orientaron por el principio "*hominum causa omne ius constitutum*", o sea que el Derecho es constituido por los hombres en interés de los hombres; por tanto, en presencia del instituto de la esclavitud, no todos los hombres son sujetos de Derecho²⁹⁵. En el Derecho moderno, la *subjetividad jurídica* es atribuida no solamente a las personas físicas sino también a colecti-

²⁹⁵ PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, cit., pp. 165 y ss. En la parte histórica de este trabajo seguimos a este autor.

vidades de personas constituidas en personas jurídicas, a organizaciones de personas no inscritas, a masas patrimoniales privadas de titular, entre otros entes ciertamente diversos de los singulares individuos²⁹⁶.

Históricamente, decir que se es *persona*, en sentido de *hombre* (para referirse a la especie humana: varón o mujer), no significa ser necesariamente *sujeto de Derecho*. En su acepción originaria, persona significa “*máscara*”²⁹⁷, y son personas todas aquellas que tienen forma y apariencia humana, prescindiendo de la subjetividad jurídica. Las instituciones de Gayo, en *ius “quod ad personas pertinet”*, tratan también de los esclavos, que no son sujetos de Derecho, afirmando (1,9): “*summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*”. No significa sujeto de Derecho ni siquiera la palabra “*caput*”,

296 Un ejemplo de esto lo constituye el art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, Ley 1/2000, de 7 de enero que dispone:

“Artículo 6. *Capacidad para ser parte.*

1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:

- 1º. Las personas físicas.
- 2º. El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.
- 3º. Las personas jurídicas.
- 4º. Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.
- 5º. Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.
- 6º. El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.
- 7º. Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.
- 8º. Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

2. Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado”.

297 En el teatro griego y romano, La máscara tenía las características del personaje representado mediante rasgos tipificados y expresiones exageradas tanto en formas como en colores.

que en el lenguaje de los juristas romanos quiere decir cabeza o individuo, pues se habla tanto de *liberum caput* (D. 26,1,1 pr.) como de *servile caput* (D. 4,5,3).

Nuestro Código civil reconoce cuatro clases de sujetos: 1) el concebido, 2) la persona natural que es tal desde su nacimiento, 3) las personas jurídicas, y 4) las agrupaciones de personas no inscritas.

El Código distingue entre *concebido*, que es el ser humano antes de nacer, y *persona*, que es el ser humano después de nacido (art. 1). También distingue entre *persona* y *sujeto de Derecho*, ya que según la construcción del Código, sujeto de Derecho puede ser tanto la persona natural como el concebido (que según el Código no es persona), como la persona jurídica y las agrupaciones de personas no inscritas. Es decir, el *ser humano* se divide en *concebido* y *persona humana* (dos especies de sujeto de Derecho).

El sujeto de Derecho es el *género*, la persona humana es una *especie* de sujeto; las otras especies de sujeto son el concebido, las personas jurídicas y las agrupaciones de personas no inscritas.

En nuestra opinión, la distinción entre concebido y persona humana es errónea, porque persona humana es todo ser humano desde su concepción hasta su muerte. El Código de los Niños y los Adolescentes no distingue entre concebido y persona humana, sino que al concebido lo considera niño, le confiere la calidad de sujeto de Derecho y le reconoce su capacidad jurídica para ser titular, además de los derechos inherentes a la persona humana, de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo²⁹⁸. Si bien es cierto que, desde el

298 *Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley N° 27337, publicada el 7.8.2000:*

Artículo I.- Definición. Se considera niño a todo *ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.*

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.

Artículo II.- Sujeto de derechos.- *El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma.*

Art. IV.- Capacidad.- *Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes.*

La Ley establece las circunstancias en que el ejercicio de esos actos requiere de un régimen de asistencia y determina responsabilidades.

En caso de infracción a la ley penal, el niño y el adolescente menor de catorce (14) años será sujeto de medidas de protección y el adolescente mayor de catorce (14) años de medidas socio-educativas.

punto de vista natural, el concebido es un ser enclaustrado que está en formación y que biológicamente depende de su madre para poder subsistir, también es cierto que desde la perspectiva de lo jurídico, el concebido (persona por nacer) es un centro de imputación jurídica del mismo modo que lo es la persona nacida, y esto se debe a que la vida humana es la misma antes y después del nacimiento. De otra parte, el ser humano tiene una estructura, al mismo tiempo, individual y social, por lo que todo sujeto de Derecho está referido siempre al ser humano, como único centro de imputaciones jurídicas, considerado individualmente o agrupado con sus semejantes formando personas jurídicas o agrupaciones de personas no inscritas.

La calificación de *sujeto de Derecho* es el presupuesto de la configuración de la *relación jurídica*, entendida como el vínculo entre sujetos a los cuales el ordenamiento atribuye derechos y los correlativos deberes (*obligaciones*, cuando los deberes son de naturaleza patrimonial). La *subjetividad jurídica* es la abstracta aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; mientras el efectivo conferimiento de tales derechos y deberes concierne a la *titularidad jurídica*: activa, con resguardo a los derechos, pasiva, con referencia a los deberes, como también de las otras prerrogativas y los otros vínculos contrapuestos.

La *personalidad jurídica* expresa la condición o calificación jurídica del sujeto para que en cabeza de él se constituyan, modifiquen o extingan relaciones jurídicas, lo que significa adquirir derechos y contraer deberes jurídicos. La *personalidad jurídica* no es un carácter del individuo en cuanto persona física o natural, sino que le es atribuida por una norma jurídica de organización, luego de valorar como socialmente útil el reconocimiento de la idoneidad del sujeto para ser destinatario de derechos y deberes.

La *aptitud genérica* para ser sujeto activo y pasivo de relaciones jurídicas, es decir, la aptitud para ser titular de derechos y deberes, se llama *capacidad de goce*, la misma que se identifica con la *personalidad jurídica*. Esa *aptitud genérica* se articula en específicas capacidades relativas a determinadas relaciones, como la capacidad de hacer testamento, de suceder, de adquirir la propiedad de un b.en, la capacidad de ser parte en un proceso judicial, etc.

La institución de la *capacidad* se extiende por todo el ordenamiento jurídico. Cada rama del ordenamiento le asigna un nombre diferente. Así, en el campo del Derecho público tenemos, por ejemplo, la capacidad política (la capacidad de elegir y ser elegido, etc.), la procesal (la aptitud para ser parte en

un proceso judicial), la tributaria; en Derecho penal se habla de capacidad de imputación o delictual que es la aptitud del sujeto para quedar obligado por los actos ilícitos que cometa. En el ámbito del Derecho privado tenemos, v. gr., la capacidad civil (como la de suceder, testar, comprar, casarse). La capacidad civil se puede subclasificar en capacidad: para celebrar actos jurídicos (capacidad negocial), para realizar actos meramente lícitos y para llevar a cabo actos ilícitos (dolosos o culposos).

Capacidad jurídica es sinónimo de *aptitud jurídica* y le es reconocida al sujeto por el ordenamiento jurídico por razones fundamentalmente de organización social, con el propósito de que cada uno tenga el derecho a que se le respete en su dignidad y esté obligado a respetar la dignidad de los demás, así como para que ningún individuo pueda estar privado ni pueda ser titular, ni real ni potencialmente, de todos los derechos subjetivos y de todos los deberes²⁹⁹.

El Derecho reconoce como principio general la *capacidad* jurídica de todos los individuos y como excepción la *incapacidad* jurídica. La incapacidad de goce es siempre relativa, es decir, afecta determinados derechos porque si la persona estuviera privada de todos los derechos se le estaría privando de su personalidad reduciéndola a un simple objeto como sucedía con la *esclavitud* o con la *muerte civil*. La incapacidad de goce o jurídica es la "inidoneidad para ser titular de una determinada relación jurídica y resulta de prohibiciones legales para otorgar los negocios que son la fuente de esa relación"³⁰⁰, por ejemplo, la prohibición a los funcionarios públicos de adquirir los bienes del organismo a que pertenecen y los confiados a su administración o custodia (art. 1366.3).

299 Larenz, citando a Hegel, dice que la capacidad jurídica significa: "que cada hombre tiene por lo menos un derecho, que le corresponde solo por ser persona, el derecho al respeto y a la indemnidad de su personalidad. De este derecho fundamental al respeto derivan el derecho a la indemnidad de la vida y de la salubridad, al libre desarrollo de la personalidad y todos los "derechos del hombre", que, como quiere decir la etiqueta, corresponde al hombre en todo caso por su condición de hombre. La configuración más detallada de estos derechos se produce en un constante proceso de concreción, que se desarrolla en planos diferentes; en parte, en el plano del Derecho nacional, y dentro de él, en el Derecho constitucional, en las leyes ordinarias y en la jurisprudencia; y en otra parte, en el plano internacional, como en la Convención europea de derechos del hombre" (LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985, p. 59).

300 ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, cit., p. 84.

La *persona humana* es un *prius* del Derecho, pero la *personalidad jurídica*, o sea la aptitud para ser titular de derechos y deberes, le es reconocida por el Derecho. El Derecho, por motivos muy variados, reconoce u otorga derechos al individuo previa valoración de factores humanos o externos, ese reconocimiento u conferimiento se hace siguiendo el principio de que ningún individuo puede estar privado de todos los derechos, pero tampoco nadie puede estar en la aptitud de ser titular de todos los derechos sin ninguna limitación porque ello conduce a la arbitrariedad total, donde no hay otra ley que la del más fuerte. El Derecho regula la capacidad de goce restringiéndola o ampliándola en aras de la paz jurídica, razón por la que no existen derechos absolutos³⁰¹. La aptitud del individuo para ser titular de derechos es la regla, la limitación a esa aptitud es la excepción.

La configuración de los derechos, dice Larenz³⁰², se produce en un constante proceso de concreción. Así, “la dignidad del hombre es intangible y es obligación de todos los poderes del Estado respetarla y protegerla”³⁰³. No cabe duda que los particulares están obligados a respetar la dignidad de los demás hombres, siendo antijurídicos los actos que lesionan la dignidad del otro. A partir de este punto, el Derecho ha desarrollado un “derecho general de la personalidad”, cuya concreción ha hecho evidentes progresos. Determinar qué comportamientos lesionan la dignidad del otro es algo que solo puede esclarecerse en un constante proceso de concreción y, por tanto, con una dimensión temporal. Así, son inconciliables con la dignidad de la persona las torturas, las penas degradantes como la de azotes y los malos tratos corporales. Se espera que en el futuro se agudice la conciencia acerca de lo que el respeto de la dignidad de la persona humana reclama y que la opinión pública y los tribunales reaccionen ante las lesiones con una sensibilidad cada vez mayor.

301 Así sucede, por ejemplo, con el derecho más importante del ser humano como es el derecho a la vida del cual puede ser privado en situaciones como las siguientes: en caso de guerra, cuando un hombre es enviado al frente de batalla no es para que allí se ponga a orar, sino para matar si es que el enemigo no lo mata primero; cuando se aplica la pena muerte; cuando una persona mata a otra en legítima defensa.

302 LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, cit., p. 59 y ss.

303 Constitución: Art. 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Distinta de la *capacidad de goce* o *jurídica* es la *capacidad de ejercicio*, que es la idoneidad para que el sujeto pueda ejercer por sí sus derechos subjetivos, y cuyo fundamento se encuentra en la *capacidad de entender y de querer*, es decir, en la denominada *capacidad natural de discernimiento*. Esto nos demuestra desde un punto de vista natural, como el reconocimiento de la *personalidad jurídica* no depende de la sola existencia de la *persona*, sino de su valoración jurídica. El ordenamiento considera con criterios generales, y no caso por caso, la aptitud natural del individuo para ser titular de derechos subjetivos (sujeto *de derecho*) y, por tanto, para su ejercicio³⁰⁴ por sí mismo. Por ej., uno de esos criterios es la edad, que varía según los actos que se deben celebrar, así la capacidad para contraer matrimonio se adquiere a los 16 años (art. 241, modificado por Ley N° 27201); para realizar actos de disposición patrimonial se requiere la mayoría edad que se alcanza a los 18 años (art. 42); para ser elegido congresista de la República se requiere haber cumplido 25 años (art. 90 de la Const.); para ser Presidente de la República se debe tener más de 35 años edad al momento de la postulación (art. 110 de la Const.); para ser magistrado de la Corte Suprema se requiere ser mayor de 45 años (art. 147 de la Const.). Diversos son los criterios valorativos que pueden encontrarse en otros ordenamientos. Pero cualesquiera sean los criterios valorativos, el principio es que toda persona tiene capacidad de goce, las incapacidades han de ser señaladas expresamente por la ley; mientras que no toda persona tiene capacidad de ejercicio.

En ciertos casos, el ordenamiento jurídico confiere capacidades jurídicas muy específicas a ciertos entes que, aun privados o limitados de capacidad jurídica general, los admite como sujetos de Derecho, v. gr., ciertos patrimonios, las sucesiones indivisas, ciertas relaciones contractuales, son considerados como sujetos de Derecho con capacidad tributaria (ej., el art. 21 del Decreto Supremo N° 133-2013-EF, Texto Único Ordenado del Código Tributario).

Al igual que la *capacidad de goce*, la de *ejercicio* también constituye un *atributo genérico*, que comprende figuras específicas de capacidad, como, por ejemplo, la *capacidad para administrar* un patrimonio, la *capacidad para disponer* o *gravar* los bienes que integran un patrimonio, la *capacidad para testar*, la de *constituir derechos reales*.

304 En la nota al art. 52 del Código argentino de Vélez Sársfield se lee: "Cuando las leyes civiles permiten la adquisición de un derecho o cuando no la prohíben, permiten su ejercicio, su conservación y la libre disposición de ese derecho".

La *capacidad de ejercicio* comprende también la de realizar actos ilícitos, reprobados y sancionados por el Derecho, en cuanto considera que el sujeto es imputable cuando cuenta con capacidad de entender y de querer (art. 458).

Los reversos de la capacidad de goce y de la de ejercicio son la *incapacidad de goce* y la *incapacidad de ejercicio*. El Código civil menciona a la *capacidad de goce* y a la *incapacidad de goce*. Respecto a esta incapacidad, el art. 3º prescribe: *Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley*. Debido a que la capacidad de goce se presta menos que la capacidad de ejercicio a su sistematización, el Código civil no agrupa de modo ordenado las incapacidades de goce, sino que ellas surgen de soluciones parciales dispersas por todo el Código; en cambio, las incapacidades absolutas de ejercicio están contempladas en el art. 43 y las relativas, en el art. 44.

Se objeta la distinción entre *capacidad jurídica* y *capacidad de ejercicio* en vista de que ambas son de Derecho, o sea jurídicas, lo que es verdad; sin embargo, una extensa tradición ha impuesto el uso de estos vocablos en la doctrina y en la legislación, con la clara idea de que la *jurídica* significa la aptitud para adquirir derechos o contraer deberes y la capacidad de *ejercicio* indica la aptitud del individuo para ejercer por sí mismo sus derechos.

La diferencia entre *capacidad de goce* y *capacidad de ejercicio* es evidente. Por principio, la *capacidad de goce* tiene como único presupuesto a la *existencia de la persona*; mientras la *capacidad de ejercicio* tiene como presupuesto no solamente a la persona, sino también a su aptitud de entender y de querer, a su edad, a su salud mental, entre otros factores específicos exigidos por el ordenamiento.

Por regla general, todos los individuos tienen capacidad jurídica, pero no todos tienen capacidad de ejercicio, o sea que no siempre se encuentran simultáneamente las dos capacidades en una sola persona. Si la *capacidad de goce* presupone la existencia de la persona y la *capacidad de ejercicio* presupone que la persona tenga discernimiento o, además, una cierta edad, salud mental u otras exigencias legales, todas las personas están dotadas de capacidad jurídica, pero la de ejercicio solo la tienen aquellos que se encuentran en ciertas condiciones naturales o jurídicas.

En el Derecho romano existieron sujetos, como el infante o el loco *sui iuris*, dotados de capacidad jurídica, pero que carecían de capacidad de ejercicio por no contar con capacidad natural de entender y de querer. Contrariamente, el esclavo, por carecer de capacidad jurídica, no era sujeto de Derecho, pero po-

día tener capacidad de ejercicio, o sea podía realizar actos jurídicos, en cuanto estaba dotado de capacidad de entender y de querer. En el Derecho moderno, la privación, por excepción, de la capacidad de goce implica la privación de la capacidad de ejercicio porque no se puede ejercer un derecho que no se tiene, pero la privación de la capacidad de ejercicio no afecta para nada la capacidad de goce, ya que el ser humano puede ser titular de un derecho sin tener la aptitud para ejercerlo por sí mismo, en cuyo caso requerirá, según el caso, de la patria potestad, de la tutela o de la curatela.

La *voluntad* no es valorada por el ordenamiento para la atribución de la *capacidad de goce*, pero es determinante para el reconocimiento de la *capacidad de ejercicio*. La capacidad de ejercicio sigue a la evolución de la voluntad del agente, ya que es atribuida previa valoración de la realidad natural de la persona, como su mayoría de edad, su salud mental, la carencia de defectos físicos que le impidan manifestar su querer interno de manera indubitable; el reverso de estos elementos como la minoridad de edad, enfermedad mental, la sordomudez, ciegomudez, ciegosordez que impiden que la persona exprese su voluntad de manera indubitable, ni verbalmente ni por escrito, determinan su incapacidad de obrar. Como se aprecia, el jurista toma los elementos de la realidad natural y usándolos en la medida de la necesidad jurídica les confiere carácter normativo. La realidad jurídica puede o no coincidir con la realidad natural. Así, cuando la capacidad natural de discernimiento es el único elemento del supuesto normativo de la consecuencia: capacidad jurídica, como cuando se dispone que el menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones puras y simples (art. 455), hay coincidencia entre el mundo natural y el mundo jurídico; no obstante tal coincidencia, el mundo jurídico siempre es una creación del ordenamiento jurídico. En cambio, no hay coincidencia entre la realidad natural y la realidad jurídica cuando, v. gr., un enfermo mental declarado interdicto recupera su salud mental, pero continúa siendo incapaz hasta que judicialmente se levante la interdicción (art. 610); en el lapso que transcurre desde la recuperación mental hasta la rehabilitación judicial, la persona cuenta con capacidad natural de discernimiento pero jurídicamente es incapaz. En casos como este, la *capacidad de obrar* requiere que la *aptitud mental* esté acompañada de la *aptitud jurídica*.

Tanto la capacidad goce o jurídica como la de ejercicio pueden ser susceptibles de variaciones durante la vida del ser humano. Pero, en el Derecho moderno, la incapacidad jurídica puede ser solamente relativa (parcial) en el sentido que afecta solamente un número determinado de derechos, mientras que la in-

capacidad de ejercicio puede ser absoluta o relativa (arts. 43 y 44, respectivamente). Solamente en casos limitados, con el fin de armonizar la convivencia dentro de un Estado jurídicamente organizado, se puede privar al ser humano de su capacidad para ser titular de determinadas relaciones jurídicas, por ej., el que tiene el goce los derechos civiles puede no tenerlo con respecto a todos o a ciertos derechos políticos³⁰⁵ (así, el concebido, los menores, los extranjeros); una persona no puede contratar con otra la comisión de un delito (art. 2.14 de la Const.); el adolescente menor de dieciséis años no es capaz de asumir la titularidad del estado de cónyuge, es decir, de contraer matrimonio (art. 241.1); los menores de edad no pueden asumir el estado de adoptante (art. 378.2); los menores de edad y los analfabetos no pueden ser tutores (art. 515.1 y 2)³⁰⁶. El capaz de goce que no tiene capacidad de ejercicio puede ejercitar sus derechos por medio de su representante legal, v. gr., un niño recién nacido tiene capacidad jurídica porque es titular de los derechos de la personalidad (al nombre, a la integridad física y así vía) y puede ser titular de un patrimonio; pero no tiene la capacidad de ejercicio, por tanto, no puede celebrar por sí contratos ni otros actos jurídicos (no puede por sí: donar parte de su cuerpo con fines de trasplante, pedir la rectificación de su nombre por haberse consignado equivocadamente en el registro respectivo, comprar, vender, etc.), es decir, no puede ejercitar sus propios derechos porque para ello se requiere de la manifestación de voluntad, razón por la cual el ordenamiento jurídico le provee de un representante legal: los padres o tutores³⁰⁷.

Cuando se trata de una incapacidad jurídica, el derecho del cual está privado el sujeto no puede ser ejercitado ni por el incapaz directamente, ni por otros por su cuenta e interés.

Como se ha señalado antes, las expresiones *persona humana*, *personalidad jurídica*, *subjetividad jurídica* (sujeto de derecho) y *capacidad jurídica* son términos conexos. La *persona* o *vida humana* es un presupuesto, un dato anterior, preexistente y trascendente al Derecho. La *personalidad jurídica* es reconocida o atribuida por el ordenamiento jurídico a alguien previa calificación de su aptitud para ser sujeto de derechos y deberes, bien porque por su naturaleza es idóneo para ello (persona humana) o bien porque el Derecho ha conside-

305 COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, cit., p. 158.

306 Véase BARBERO, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*, cit., T. I, pp. 195 y ss.

307 TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di Diritto privato*, nona edizione, Giuffrè, Milán, 1991, p. 67.

rado conveniente reconocer a un conjunto de personas (persona jurídica) o a otros entes como un miembro más de la comunidad. La *subjetividad jurídica* presupone la *personalidad jurídica*, el ordenamiento jurídico reconoce ineludiblemente a la persona humana, por su propia naturaleza, su calidad de *sujeto de Derecho*, no puede existir persona humana que no sea sujeto de Derecho; los otros entes (personas jurídicas, sociedades conyugales, sucesiones indivisas, etc.) son sujetos solamente en cuanto son regulados y admitidos por el Derecho. Todo *sujeto de Derecho* tiene *personalidad jurídica*, pero no todos la tienen en el mismo grado o medida, puesto que ello depende de la valoración que haga el ordenamiento jurídico de la persona humana y de los otros entes para ser titulares de derechos y deberes u obligaciones.

En la doctrina se debate sobre si las expresiones *personalidad jurídica* y *capacidad jurídica* son sinónimas o distintas. Para unos, la *capacidad jurídica* entendida como la aptitud genérica que tiene el sujeto para ser titular de derechos y deberes se identifica con la *personalidad jurídica*. Para otros, estas locuciones son distintas por considerar que la *personalidad jurídica* es una calificación formal por la cual un ente es sujeto de Derecho; mientras que la *capacidad jurídica* es solamente un atributo, un *quantum* medible por grados de la personalidad. Pero sea que se opte por una u otra concepción, no se puede negar que la personalidad jurídica o capacidad jurídica, para los primeros, o que solamente la capacidad jurídica, para los segundos, operan únicamente dentro de los límites reconocidos por el ordenamiento jurídico, por la simple razón de que no puede existir libertad sin ley que garantice la libertad de todos.

El ordenamiento jurídico reconoce o confiere la calificación de *sujeto de Derecho* en primer lugar al individuo humano, al cual califica con la expresión *persona humana* (física o natural), para diferenciarlo del *concebido*, de la *persona jurídica* y de los otros entes a los que también califica como sujetos de Derecho. A la persona humana le confiere la más amplia personalidad jurídica y/o capacidad de goce, en tanto que al concebido le otorga una personalidad reducida en cuanto es sujeto de Derecho solamente para lo que le favorece y sus derechos patrimoniales están sujetos a condición de que nazca vivo (art. 1). La persona humana tiene la más amplia capacidad de goce, pero esto no puede conducir a entender que esa capacidad es absoluta en el sentido de que la persona puede ser titular de todos los derechos sin ningún límite, sino que la capacidad de goce puede sufrir restricciones establecidas por el Derecho para permitir a las demás personas el goce de los mismos derechos, por lo que la persona puede ser menos o más capaz, pero no menos o más persona, menos o más vida humana.

22.4. El nacimiento como requisito para que la persona humana adquiera su plena capacidad de goce

La doctrina jurídica actual no discute sobre la distinción entre: las *personas físicas* o *naturales*, o sea los individuos humanos, y las *personas jurídicas*, que son entes diversos del hombre, como dos categorías de sujetos de Derecho. En ambos casos la calificación de sujeto de Derecho depende exclusivamente de la valoración realizada por el ordenamiento jurídico. Por ello, la terminología es impropia, dado que también las personas físicas son calificadas jurídicamente. Pero, hecha tal precisión, no hay motivo para cambiar un léxico tradicional.

A su vez, las personas jurídicas pueden consistir en una colectividad de personas reunidas para perseguir un objetivo común, colectividad que el ordenamiento considera de modo unitario y distinto de los singulares componentes, v. gr., las asociaciones, las sociedades comerciales. Además, la calificación de persona jurídica como sujeto de Derecho puede ser conferida por el ordenamiento a la afectación de uno o más bienes de modo permanente para la realización de objetivos de carácter religioso, cultural, asistencial u otros de interés social; en este caso, se habla de fundaciones (art. 99).

El ordenamiento jurídico confiere la calificación de sujeto de Derecho en primer lugar a los individuos, como la categoría principal de los sujetos jurídicos, a los cuales alude con la expresión *persona humana* (art. 1) para diferenciarla de la categoría de las *personas jurídicas* (art. 76 y ss.).

La condición necesaria, aunque no suficiente en el Derecho romano, para que el hombre pueda ser calificado como sujeto de Derecho es su existencia. Hecho, sin duda, natural, pero que el Derecho valora como una disciplina propia, por lo que la palabra *existencia* tiene un significado técnico-jurídico, que puede o no coincidir con su significado puramente natural. La *existencia* requiere de la verificación del *nacimiento*, que es la completa separación del feto del vientre materno: "*partus enim antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*" (D. 2,5,4,1,1), en cuanto, antes de tal separación, el feto, como parte del cuerpo de la mujer, está privado de autonomía jurídica propia.

Las fuentes romanas (D. 50,16,129) afirman: "*qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur*", en cuanto que para la existencia el Derecho prevé como requisito que el individuo haya *nacido vivo*, o sea que haya tenido vida propia después de la separación del vientre materno. No se requería que el individuo tenga también viabilidad, o sea la idoneidad para poder seguir viviendo extra-

terinamente. Otro requisito exigido por el Derecho romano era la perfección del parto, que ocurre cuando el nacimiento se produce por lo menos seis meses después de la concepción; contrariamente se trataría de un aborto (Paulo 4,9,5 y 6; D. 1,5,12), además se exige que el individuo tenga semejanza humana (Paulo 4,9,3 y 4; D. 1,5,14)³⁰⁸.

El Derecho romano considera también al *concebido* como sujeto de Derecho, pero partiendo de la premisa que la subjetividad jurídica no puede subsistir separadamente del nacimiento. En efecto, las relaciones jurídicas de las que es titular el *concebido* se encuentran en estado de *pendencia*, o sea de incerteza sobre si nacerá o no con vida. Pero la *pendencia* no está privada de consecuencias jurídicas porque los derechos adquiridos por el sujeto con el nacimiento, son aquellos que tienen su origen (si bien todavía como meras expectativas) desde el tiempo de la concepción; por ello se ha previsto que un oficial privado, el *curator ventris*, tutele la expectativa del que está por nacer. El concebido, de acuerdo con la noción de ciudadano romano, nace libre y tiene el *status de civis*, aun cuando la madre al momento del nacimiento haya perdido la condición de mujer libre o de ciudadana.

Dentro de estos límites debe ser entendida la afirmación "*qui in utero sunt in toto paene iure civili intelleguntur in resum natura esse*" (D. 1,5,26) y la máxima "*conceptus pro iam nato habetur*", que parecen acercar la condición del concebido a la del que ha adquirido la calificación de sujeto como consecuencia del nacimiento. En realidad, la adquisición de la personalidad jurídica no puede prescindir del evento del nacimiento, más allá de las expectativas debidas al estado de *pendencia* que perdura durante la concepción. La adquisición de la personalidad jurídica se remonta al tiempo de la concepción para lo que le favorezca al concebido a condición de que nazca vivo.

La doctrina del Derecho romano pervive todavía, con algunas diferencias, en aquellas legislaciones que distinguen entre concebido y persona humana, como sucede con nuestro Código civil. Para nuestro ordenamiento civil, el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, pero la atribución de derechos patrimoniales está sujeta a la condición resolutoria de que nazca vivo (art. 1º). La fórmula utilizada por el Derecho peruano consiste en exigir que el

308 Pastori, Franco, *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, Second edizione, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1988, p. 168.

concebido nazca vivo para que continúe siendo titular de sus derechos patrimoniales adquiridos antes de nacer, aun cuando haya vivido por breves instantes, sin exigirse ninguna otra circunstancia objetiva. En cambio, otras legislaciones contienen otras exigencias, como la viabilidad, que el nacido tenga vida independiente durante un período mínimo. Por ejemplo, el art. 30 del Código civil español, antes de su modificación en el año 2011, disponía: *Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviese figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*³⁰⁹.

Conforme al art. 1º del Código civil, la capacidad de goce se adquiere plenamente con el nacimiento. El concebido tiene capacidad de goce, pero con la limitación de que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. O sea, nuestro Código distingue entre *persona humana*, que principia con el nacimiento, y *vida humana* que comienza con la concepción. En nuestra opinión, esta es una concepción errada, porque la persona humana comienza con la concepción (intrauterina o extrauterina) y goza de capacidad jurídica hasta su muerte, capacidad que solamente puede ser limitada, excepcionalmente, para determinados hechos o actos jurídicos.

La concepción de un ser humano, el nacimiento del concebido y la constitución de una persona jurídica conlleva la consecuencia de que cada uno de estos entes es considerado un miembro más de la comunidad en la cual se inserta, en cuanto a que de inmediato es titular de derechos y deberes aun cuando no los conozca ni esté en condiciones de conocerlos o no pueda ejercitarlos personalmente. A partir de su existencia tienen personalidad jurídica, o sea tienen la capacidad de ser sujetos de relaciones jurídicas, esto es, el ordenamiento les reconoce la aptitud de ser titulares de derechos y deberes u obligaciones, pero no todos tienen la misma capacidad de goce. Así, las personas jurídicas no pueden ser titulares de los derechos personalísimos del ser humano, como el derecho a la vida, a la integridad física y psicológica, etc. La capacidad de goce de las personas jurídicas queda limitada, por la ley o por el acto de su constitución, a la finalidad para la cual han sido constituidas, v. gr., una asociación no puede perseguir un fin lucrativo (art. 80), el cual es propio de las sociedades mercantiles, cuya "capacidad de goce está determinada por su objeto social, esto es, que si se cons-

309 Este artículo fue modificado por Ley 20/2011 del 21.7.2011, en los siguientes términos: Art. 30. La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

tituye 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 ej., explotar un yacimiento minero o desarrollar actividades propias de la industria manufacturera”³¹⁰.

El principio debe ser que toda persona humana es tal y tiene capacidad de goce desde su concepción (intrauterina o extrauterina) hasta su muerte. Sin embargo, este principio no es reconocido por todas las legislaciones, pues hay muchas que establecen que la existencia legal de la persona comienza con el nacimiento, privándole al concebido de la capacidad jurídica, al disponer que los derechos que se le reconoce están sujetos a *condición suspensiva* de que nazca vivo (capacidad jurídica suspendida). Así, por ej., el Código de Andrés Bello que rige en Chile, Colombia y Ecuador dispone: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás” (art. 74 del Código chileno, art. 90 del Código colombiano)³¹¹; “los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defrieron” (art. 77 del Código chileno, art. 93 del Código colombiano, art. 63 del Código ecuatoriano). El Código civil para el Distrito Federal de México establece que “la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados” en dicho Código (art. 22). El Código civil italiano de 1942 prescribe que “la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento. Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido

310 VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El acto jurídico*, 5.ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 114.

311 El primer párrafo del art. 60 del Código ecuatoriano contiene una modificación. Su texto es el siguiente: Art. 60. El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, siempre que viva veinticuatro horas a lo menos desde que fuera separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación veinticuatro horas a los menos, se reputará no haber existido jamás.

están subordinados al evento del nacimiento". Expresa Messineo³¹², que "antes del nacimiento, el sujeto es inexistente y no adquiere personalidad, ni derechos". Por ej., si Tizio muere, en ese momento se abre la sucesión de su patrimonio a favor de sus herederos, entre los cuales está comprendido su hijo aún no nacido, pero a condición de que nazca vivo. Si nace vivo, el hijo adquiere los bienes hereditarios, como si ya hubiese nacido al momento en que Tizio, su padre, falleció; el hijo nacido después de la muerte de su padre, por una ficción de la ley, es considerado heredero desde el momento de la concepción, es decir, no solamente desde el momento en que su padre muere ni desde el momento en que él nace.

Se debe modificar el art. 1 del Código civil disponiendo:

"La existencia de la persona humana comienza con la concepción. Esta se inicia con la implantación (o se puede usar la palabra anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer).

Los derechos y obligaciones del concebido quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.

Si no hace con vida se considera que la persona nunca existió.

El nacimiento con vida se presume".

22.5. Limitaciones a la capacidad de goce

En cuanto a la limitación de la capacidad de goce, el art. 3 del Código civil establece que *toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley*; pero hay que aclarar que no solamente tiene el goce de sus derechos civiles, sino también de sus derechos políticos y de cualquier otra índole, que le reconoce el ordenamiento jurídico. El art. 1446 del Código de Andrés Bello que rige en Chile dispone: *Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*. El Código civil boliviano, en su art. 3 prescribe: *Toda persona tiene capacidad jurídica. Esta capacidad experimenta limitaciones parciales solo en los casos especialmente determinados por la ley*. El Código civil y comercial argentino señala: Art. 22. *Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.*

312 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 90.

La capacidad jurídica pertenece a todo ser humano, solo excepcionalmente y por disposición expresa de la ley, una persona puede ser privada de determinados derechos civiles o de otra índole. Por eso, la incapacidad jurídica no puede ser sino especial, pues no priva al incapaz, sino del goce de uno o más derechos determinados y no de todos sus derechos civiles. Una persona jamás puede ser privada de todos sus derechos subjetivos (civiles o de otra índole). Superados los estadios históricos de la esclavitud y la pena de muerte civil, por las cuales muchos seres humanos no fueron considerados personas, los términos "persona" y "ser humano" (sujeto de derecho por antonomasia) son coincidentes. Sin embargo, a pesar de la coincidencia, en Derecho no se suele hablar de ser humano, sino de persona natural o física para referirse a los seres humanos (para nuestro Código los seres humanos ya nacidos). Esto se debe a que son sujetos de derechos y deberes u obligaciones tanto los seres humanos (personas humanas, que son tales desde su nacimiento, y los concebidos —art. 1—) como ciertas entidades, agrupaciones o colectivos, a los que el Derecho ha personificado por razones de índole diversa.

No existe, pues, una incapacidad absoluta de goce, puesto que ninguna persona puede estar privada de todos los derechos, como sucedía con la esclavitud y la pena de muerte civil³¹³, hoy, para bien de la humanidad, desaparecidas. Solamente puede existir una incapacidad relativa de goce expresamente establecida por ley en defensa de intereses superiores, de la moral, del orden público y también en protección de intereses particulares. La incapacidad de goce prohíbe adquirir determinados derechos y se presenta como una *capitis diminutio* relativa debido a que no se pueden establecer incapacidades generales de goce, es decir, la incapacidad de goce impide ser titular de ciertos derechos subjetivos específicos. La regla es la *capacidad de goce* y la excepción, la *incapacidad relativa de goce*.

313 La muerte civil de las legislaciones antiguas perduró hasta mediados del siglo pasado. Los condenados por delitos graves a deportación eran reputados civilmente muertos. En el Derecho germánico, el juez, al aplicar esta pena, pronunciaba estas palabras: "Tu quedarás fuera del derecho. Viuda es tu mujer; sin padre tus hijos. Tu cuerpo y tus carnes son consagrados a las fieras de los bosques, a los pájaros del aire, a los peces de las aguas. Los cuatro caminos del mundo se abren ante ti para que vayas errante por ellos; donde todos tienen paz, tú no la tendrás" (BORDA, *Manual de Derecho civil, Parte General*, cit., p. 154).

En todos aquellos casos en que la ley establece que un sujeto no puede ejercitar un determinado derecho, por sí mismo ni mediante representante, está privándole del goce de ese derecho; en tal caso nos encontramos frente a una incapacidad relativa de goce. Las limitaciones de la capacidad jurídica están expresamente establecidas por ley. El que por ley está privado de ser titular de ciertos derechos subjetivos, no los puede ejercitar directa ni indirectamente porque no se puede ejercitar un derecho que no se tiene. Por ej., los abogados no pueden adquirir, mediante contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta, los bienes que son objeto de un juicio en que intervengan o hayan intervenido por razón de su profesión, hasta después de un año de concluido el proceso en todas sus instancias (art. 1366.6). El abogado tiene el goce de todos sus derechos civiles, entre los cuales se cuenta el de adquirir cualquier clase de bienes, con excepción de los que son objeto del proceso judicial en el cual ha intervenido como defensor de una de las partes. El abogado no puede adquirir estos bienes simplemente porque no tiene capacidad jurídica para ello, ya que si la incapacidad fuera simplemente de ejercicio los podría adquirir mediante representante o por interpósita persona. Esta privación relativa de la capacidad jurídica del abogado por el plazo indicado tiene un fundamento moral, persigue evitar que incurra en abusos en el ejercicio de su noble profesión. Como otros ejemplos citemos los casos contemplados en los arts. 515, 538, 1366 del CC, el art. 71 de la Constitución.

Muchas veces, las causas de incapacidad de ejercicio, como la edad, la enfermedad, la condena penal, etc., pueden extender o restringir la capacidad jurídica. Así, el menor no puede otorgar testamento; los que adolecen de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia no pueden contraer matrimonio; el demente no puede ser tutor o curador; el que sufre pena de prisión no puede circular libremente dentro y fuera del país. Estas personas no son titulares de los derechos subjetivos de testar, de contraer matrimonio, de ser representante legal de otra persona, de la libertad de tránsito, esto es, no tienen capacidad jurídica para realizar estos actos jurídicos.

El Derecho regula solamente la conducta humana posible, dentro de este ámbito de la conducta posible en Derecho nada es imposible siempre que se persiga una finalidad lícita, salvo, como alguien ha dicho, el convertir a un hombre en mujer (aunque ahora ya se puede); por tanto, es posible restringir por razones superiores (que persigan no la negación sino la afirmación de la personalidad jurídica del ser humano) la capacidad de goce de las personas, lo que implica

limitar la libertad de las personas, lo que es normal en Derecho, lo anormal es una libertad ilimitada que no es otra cosa que la negación de la propia libertad, para dar paso a la ley del más fuerte, convirtiendo al hombre en lobo del hombre.

De otro lado, por razones de organización social, el *Derecho positivo* reconoce o atribuye al sujeto *derechos subjetivos* dentro de ciertos límites. El sujeto no puede gozar de sus derechos excediendo esos límites. No existen derechos ilimitados ni aun el derecho fundamental a la vida, del cual se derivan los otros. Por ej., cuando en caso de guerra el sujeto es enviado al frente de batalla no es con el fin de que allí se ponga a rezar, sino para matar al adversario, quien también lo puede matar a él. No hay derechos fundamentales ilimitados. Desde esta perspectiva, toda capacidad de goce es limitada.

22.6. Doctrina que considera que no es posible que el derecho pueda limitar la capacidad de goce. Crítica

Como sabemos, la capacidad de goce es la *aptitud genérica* del sujeto de Derecho³¹⁴ para ser titular de derechos y deberes jurídicos, en la cual se articulan las *aptitudes específicas* relativas a determinados derechos como la capacidad de suceder, de testar, de contratar, etc. La capacidad de goce opera dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. Por tanto, no se puede sostener que la capacidad de goce no se puede limitar por el Derecho, dado que ello sería como sostener que existe derecho sin ley (derecho sin Derecho), sin norma jurídica, o afirmar que se puede ejercer un derecho que no se tiene porque la capacidad de ejercicio presupone la capacidad de goce, la cual no es afectada por la limitación de la capacidad de ejercicio. Solo se ejerce un derecho que se tiene o que razonablemente se cree que se tiene. Así, usamos, disfrutamos, disponemos y reivindicamos el bien que es de nuestra propiedad (art. 923) o cuya propiedad, razonablemente, nos autoatribuimos; el acreedor puede ejercer el derecho de su deudor (el derecho que realmente tiene o que, razonablemente, cree que tiene su deudor, y no una mera aptitud subjetiva de este) cuando este no lo ejerce y con ello va a perjudicar la recuperación del crédito (art. 1219.4).

No obstante, un sector de la doctrina, entre ellos Busnelli, considera que no se puede establecer limitaciones a la capacidad jurídica, debido a que esta “no

314 Con la palabra Derecho escrita con “D” mayúscula nos referimos al Derecho positivo, y con la palabra derecho escrita con “d” minúscula indicamos al derecho subjetivo.

puede operar como un instrumento de discriminación, porque representa el aspecto estático y puro del sujeto, la abstracta posibilidad. Ello corresponde a la capacidad de ejercicio, la cual expresa, en el ámbito de la concreta realización de los fenómenos jurídicos, el aspecto dinámico e impuro de la condición del sujeto³¹⁵.

El jurista Fernández Sessarego³¹⁶, citando a Galgano, Larenz y Bianca, sostiene que la capacidad genérica o de goce o jurídica es la pura *aptitud*, la *mera potencialidad*, que tiene todo ser humano de gozar de los derechos inherentes a su naturaleza. *Libertad y capacidad de goce* son elementos indisolubles, no se comprende la libertad sin la capacidad, que le es inherente, de realizarse en el mundo fenoménico. La *libertad subjetiva* y su *capacidad inherente*, puede o no fenomenalizarse. Tanto la libertad subjetiva y la libertad objetiva como la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, son cada cual una unidad que se nos muestra en dos momentos del devenir existencial del ser humano. La *libertad ontológica* y la *capacidad de goce*, por pertenecer al mundo interior del ser humano, de suyo incomunicable, son inmunes al Derecho. En cambio, la capacidad de ejercicio, que permite la manifestación fenoménica de la libertad, sí es posible limitarla, restringirla o suprimirla por el ordenamiento jurídico. La expresión *capacidad de goce* es equivalente a la de *subjetividad jurídica* o a la de *personalidad jurídica* (Galgano). La persona está dotada de capacidad jurídica "para ser sujeto de relaciones jurídicas y, por ello, titular de derechos y destinatario de deberes jurídicos", la capacidad jurídica "corresponde al individuo porque, conforme a su naturaleza, es persona en sentido ético" (Larenz). La capacidad de ejercicio se refiere a la idoneidad del sujeto para desplegar directamente su propia autonomía negocial y procesal; la falta o limitación de la capacidad de ejercicio no incide sobre la capacidad jurídica en cuanto el sujeto permanece siempre idóneo a ser titular de relaciones jurídicas; de lo que carece el incapaz de ejercicio es de la idoneidad para realizar directa y autónomamente su propia esfera personal y patrimonial, necesitando un representante (Bianca).

315 Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *La tutela jurídica de los sujetos débiles*, Tesis (Magister), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1997, p. 11.

316 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?" en *Cátedra*, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año III, N° 5, Lima, 1999, pp. 21 y ss.; GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, vol. I, Cedam, Padua, 1990, p. 128; LARENZ, Karl, *Derecho civil, Parte general*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 103; BIANCA, Massimo C., *Diritto civile*, Giuffrè, Milán, 1978, T. I, p. 193.

Por estas consideraciones, Fernández Sessarego propone la modificación del art. 3 del Código civil peruano y del art. 18 del Proyecto de Código civil argentino de 1998.

El art. 3 del Código patrio dispone:

Art. 3º. Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley.

El art. 18 del mencionado Proyecto argentino establece:

Art. 18º. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos o actos jurídicos determinados.

Para la modificación del art. 3 del CC, Fernández Sessarego propone el texto siguiente:

Art. 3º. Todo ser humano tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones a su ejercicio expresamente establecidas por ley.

Refutando esta doctrina, comencemos por precisar que, paradójicamente, el ser humano es, al mismo tiempo, esencialmente *individuo* (y como tal inmutable, inconfundible, insustituible e irrepetible; no existen dos seres humanos iguales en el mundo) y esencialmente *sociedad* (el ser humano no puede ser sin la sociedad; sin ella devendría en un animal irracional más). De otra parte, el ser humano es libre, no hay acto humano sin libertad, pero "la libertad no es algo congénito en el hombre, sino algo que el hombre tiene que conseguir luchando incesantemente y resistiendo los flujos exteriores y sus propias inclinaciones"³¹⁷. La historia de la humanidad es una historia de la incesante lucha del ser humano por conseguir un mayor ámbito de libertad. Por eso se ha dicho que la historia es el estudio y comprensión de la libertad del hombre, el análisis de la acción libre del hombre, de los esfuerzos por la ampliación del marco en que el hombre puede vivir en libertad. No podemos dejar de reconocer que el *derecho de libertad* encuentra su límite en *el derecho de libertad de los demás* y en los *deberes* que el Derecho impone en beneficio de la existencia de una comunidad erigida sobre la idea del Derecho. La convivencia y el orden son imposibles entre individuos radicalmente libres. El ser humano es *incomunicable* y, a la vez, *comunicable*, por

317 LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, cit., p. 61.

naturaleza, o sea tiene un ámbito de incomunicabilidad (su mundo interno) y otro comunicable (no puede existir como ser humano sino en una permanente comunicación con los demás seres humanos).

El *concepto de libertad*, como dice Paredes³¹⁸, parafraseando a Lord Acton, depende de que se conciba al hombre como *individuo*, o como *parte de un colectivo*, o como *persona*.

El *individualismo*, que triunfó e implantó el liberalismo en el s. XIX, considera al *hombre-individuo* como un ser radicalmente autónomo e independiente que se da sus propias leyes sin recurrir a instancias superiores. El hombre es la libertad y no es que tenga libertad. El *hombre-individuo* en su origen no es nada, niega la creación divina, no recibe de nadie su naturaleza sino que la realiza en una serie de actos libres, sin que se le imponga o se imponga a sí mismo ninguna responsabilidad o ligazón porque ello implicaría una disminución de su ser hombre.

Para el *colectivismo*, de mediados del s. XIX, la convivencia ordenada es imposible entre individuos radicalmente libres. El individuo es solo una parte del todo. El *hombre-colectivo*, también, en su origen no es nada, niega la creación divina, realiza su naturaleza en el conjunto de obligaciones que debe asumir, y en la satisfacción de las necesidades *naturales* (derivadas del puesto que ocupa en el proceso productivo, o vinculadas a su raza, o sentadas instintivamente por la colectividad) y de las *impuestas por la norma*, a las que debe sujetarse para llegar a ser dentro del colectivo y permitir que el colectivo sea. La persona es un objeto del interés colectivo (la clase, la nación, la raza, el partido, el Estado).

Para la concepción del *hombre como persona*, la persona es un ámbito de incomunicabilidad (es ella y no otra), y, a la vez, obligadamente comunicable (se es persona en la trascendencia, en el salir de sí). El hombre como persona entiende que la naturaleza de que dispone no se da a sí mismo sino que es recibida; colabora en la producción de la naturaleza de otro, pero no crea la naturaleza propia ni la ajena. La identidad en la naturaleza de los distintos hombres permite deducir un creador común: *Dios* y una ordenación básica para todos: *ley*, norma, pauta, etc. El hombre no es la libertad sino tiene libertad; su esencia, su naturaleza no es la libertad. La libertad que tiene la persona no es ni omnímoda ni radical, por lo que puede realizar actos con los cuales queda ligada y obligada en virtud de la responsabilidad. La persona se guía por su conciencia, es decir, su

318 PAREDES, Javier, versión en línea: <bit.ly/1Bdwwh0>, *La historia es la historia de la libertad*.

capacidad de conocer y poner en práctica lo común a todos los hombres desde su individualidad. Sus derechos fundamentales emanan de su naturaleza, sin que haya autoridad que se los conceda por cuanto ya los posee, cosa distinta es que dicha autoridad se los reconozca y proteja.

La libertad subjetiva, no fenomenalizada, no puede ser regulada por el Derecho, por cuanto ello significaría una regulación de lo imposible, valorando a los sueños, pensamientos, sentimientos y a todo elemento del mundo natural psicológico como valioso o disvalioso, justo o injusto, lícito o ilícito. El Derecho no regula conducta humana imposible sino solo conducta posible, por lo que es erróneo denominar *capacidad jurídica* a la pura aptitud natural del hombre de gozar internamente de sus derechos subjetivos auténticos o imaginarios. La libertad subjetiva solamente puede ser limitada por la persona que la vive, determinada por factores internos o externos (morales, religiosos, económicos, jurídicos). El Derecho regula la vida colectiva de los individuos estableciendo qué es lo que deben hacer (impone una determinada conducta), o qué es lo que no deben hacer (prohíbe ciertas conductas indeseables para la comunidad), o qué les está permitido hacer (tolera ciertos comportamientos y los protege en caso que sean obstaculizados); en suma, el Derecho es un esquema de conducta debida que el que no lo cumple, se expone a sufrir las consecuencias jurídicas. El individuo por convicción o por temor a sufrir las consecuencias negativas establecidas por el Derecho puede abstenerse en su fuero interno de tomar decisiones que de ser exteriorizadas serían negativas para la sociedad. Supongamos, por ej., que se da una ley que establece que "el robo no está penado", a partir de ese momento los ladrones sin ningún temor tomarían la decisión de robar y las personas honradas no tomarían la decisión de dar un paso hacia afuera de sus casas sin antes tomar las medidas necesarias para poder defenderse de los ladrones, o sea como consecuencia de esta norma los ladrones ampliarían su libertad subjetiva, mientras las personas honradas la limitarían.

En cambio la libertad objetiva, fenomenalizada, sí es regulada por el Derecho, ya que al ser exteriorizada sí puede ser limitada por la autoridad en aras de una convivencia ordenada y pacífica. Una libertad sin límites, sin ley que la regule, no puede ser, porque no hay sociedad que no esté regida por normas jurídicas por rudimentarias que estas sean (*Ubi societas ibi ius*).

La libertad y capacidad ontológicas no fenomenalizadas, pertenecientes a la naturaleza psicológica del ser humano son inmunes al Derecho. La libertad y capacidad subjetivas fenomenalizadas se denominan conducta humana social.

El Derecho no regula conducta humana individual, sino solamente conducta humana social, es decir, la conducta de un sujeto que interfiere con la conducta de otro sujeto, y no toda conducta social sino solamente aquella que es posible de producir un conflicto de intereses o de generar una incertidumbre, o sea la conducta intersubjetiva que tiene relevancia para que la convivencia se desarrolle con orden, seguridad, paz y justicia. La personalidad jurídica o subjetividad jurídica o capacidad jurídica es la aptitud reconocida o atribuida por el ordenamiento jurídico a la persona para ser titular de derechos (titularidad activa) y deberes (titularidad pasiva). La capacidad de goce objetivada es el objeto de la capacidad de ejercicio, se ejercita un derecho que se tiene no un derecho que no se tiene.

La teoría que sostiene que no es posible limitar la capacidad de goce, identifica al *ser humano* (como realidad preexistente al Derecho), con la *personalidad jurídica* o *subjetividad jurídica* o *capacidad jurídica* o de *goce* (aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas). Los individuos y los grupos sociales constituyen una realidad preexistente a la intervención del Derecho, pero la subjetividad jurídica no se identifica necesariamente con dicha realidad. La capacidad jurídica o personalidad jurídica es reconocida o atribuida al hombre por el Derecho³¹⁹. La subjetividad jurídica depende de la valoración que de la realidad haga el ordenamiento jurídico, valoración que no es la misma en todos los sistemas jurídicos. Estados con ordenamientos jurídicos de muy distinto signo y con concepciones del hombre sustancialmente diferentes determinan –dice González³²⁰– que “se llegue a soluciones radicalmente contrarias sobre temas fundamentales tan de

319 Larenz dice: “Desde el punto de vista zoológico, el hombre se puede definir como un ser viviente que presenta una serie de notas distintivas, que en parte tiene en común con los géneros de animales próximos a él, mientras se distingue de ellos por algunas otras. Así se consigue un ‘concepto abstracto’. Si, en cambio, se entiende al hombre ‘concretamente’, lo que, sin embargo, no quiere decir un determinado hombre particular sino el tipo de hombre en la plenitud de todas sus posibilidades, entonces se le ve al propio tiempo como un ser corporal, anímico y espiritual, que se realiza de modo diverso en estas tres dimensiones y que se abre a nuevas posibilidades. El concepto concreto de hombre, así entendido, es el que se tiene en cuenta cuando atribuimos al hombre como tal un valor especial, una dignidad y, con respecto a su posición en el Derecho, determinadas capacidades, como la capacidad jurídica, la capacidad de acción y de responsabilidad. Con un concepto solo zoológico de hombre no se hubiera logrado nada aquí” (LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, p. 448).

320 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, p. 20.

nuestros días como la admisibilidad de ciertas formas de procreación y manipulación genéticas, el aborto, la disponibilidad de órganos humanos, los experimentos médicos con personas y la eutanasia”.

La subjetividad jurídica es la aptitud que tiene un ente para ser sujeto de relaciones jurídicas. El presupuesto de una relación jurídica es un hecho concreto de la vida real (ej., Ticio causa un daño a Cayo; María contrae matrimonio con Juan). Tal hecho constituye el substrato de la relación jurídica, pero no es la relación jurídica misma, sino que es una simple relación social, una pura relación de hecho. La relación jurídica es *creada* por el ordenamiento jurídico sobre la base de la relación social, a la cual (previa valoración no solo del comportamiento de las personas sino también de su aptitud para atribuirles derechos o deberes) vincula determinados efectos jurídicos consistentes en derechos y los correspondientes deberes u obligaciones. En suma, la relación jurídica es el conjunto de efectos jurídicos consistentes en derechos y los correspondientes deberes u obligaciones que el ordenamiento jurídico reconoce o atribuye a hechos o situaciones de la vida real.

La *libertad subjetiva* (y su *capacidad subjetiva* inherente) por permanecer en las profundidades de la conciencia, de suyo incomunicable, es inmune al Derecho, pero esa libertad y su inherente capacidad en su aspecto externo, fenomenalizado, de suyo comunicable, es necesariamente regulado, limitado³²¹, por el Derecho para hacer posible la coexistencia de los seres humanos con orden, paz, seguridad y justicia. A diferencia del ser humano en estado de naturaleza que goza de una absoluta libertad y de su inherente capacidad de goce, en la sociedad civil no puede existir un ser humano dotado de absoluta libertad y capacidad de goce, puesto que ello significaría la supresión de la libertad y capacidad de goce de los demás sujetos. El ser humano desenvuelve su personalidad dentro de los límites trazados por el ordenamiento jurídico³²².

321 Legaz, dice: “Por necesidad ontológica, la negación de la personalidad jurídica a la persona humana no puede ser más que una excepción, que, además, tropezará con un *minimum* infranqueable de subjetividad jurídica, que demostrará que el problema de la esclavitud, y en general el de las restricciones de la personalidad, no es tal problema de personalidad, sino de libertad” (LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 55, vol. XXXV, Madrid, 1951, p. 20).

322 Larenz expresa: “El hombre como persona, en sentido ético, tiene una ‘dignidad’, es capaz de y está llamado a desenvolver su personalidad con responsabilidad ante sí y frente a otros

No existen derechos ilimitados. Todo derecho, por más fundamental e in- violable que sea, tiene sus límites establecidos de acuerdo a las valoraciones que haga cada ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia del 11 de abril de 1985, invoca la dignidad personal de la mujer para justificar el aborto cuando el embarazo es consecuencia de la violación: "La gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no solo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal... Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible: la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársela como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos"³²³. Nadie puede ser titular de una libertad sexual ilimitada porque ello significaría suprimir la dignidad y libertad sexual de los demás.

La *capacidad jurídica*, o *capacidad de derechos*, expresa Messineo³²⁴, es un atributo de la *personalidad* del sujeto y de su existencia, y consiste en la aptitud para ser sujeto de derechos subjetivos en general. La capacidad jurídica no es ella misma un derecho subjetivo, sino una *cualidad jurídica* que es el *antecedente lógico de los derechos* subjetivos singulares. Es incompatible con la civilización moderna privar al sujeto de su capacidad jurídica *general*, pero es admisible que se den *parciales* privaciones de la capacidad jurídica. En tales casos se da una incapacidad jurídica limitada y no una incapacidad de obrar. Así, los extranjeros gozan de los derechos civiles, pero no de los derechos políticos; un niño no goza del derecho de contraer matrimonio, de adoptar, de testar; la legislación fascista había introducido restricciones a la capacidad jurídica, por razones de *raza*, a cargo de los hebreos.

y a realizarla en el marco de leyes que tienen validez para todos. Le corresponden, por ello, derechos que le aseguran un margen de libre desenvolvimiento y protección contra intromisiones arbitrarias; de acuerdo con esto, le competen deberes frente a otros" (LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 444).

323 GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, cit., p. 92.

324 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, pp. 99 y ss.

En mi fuero interno puedo tener la libertad de querer someter a esclavitud a todos los peruanos indignado por su ineptitud para reaccionar frente al accionar manifestamente doloso de individuos de las más altas esferas del Gobierno, pero el ordenamiento jurídico haciendo una valoración negativa de tal deseo ha suprimido la institución de la esclavitud. En cumplimiento de su función de prevención de comportamientos antisociales, el ordenamiento jurídico no reconoce a las personas la capacidad jurídica para ser titular del derecho de esclavizar a los demás, o de matar, robar, causar daño a otro, etcétera.

No se puede confundir *capacidad de goce*, que es la aptitud para ser titular de derechos y deberes, con *capacidad de ejercicio*, que es la idoneidad de la persona para realizar actos lícitos o ilícitos por sí mismo, cuyo fundamento se encuentra en la capacidad natural de discernimiento. Tampoco hay que confundir *persona física* o natural con *personalidad* o *subjetividad jurídica*, la cual no depende solamente de la existencia de la persona física, sino de la valoración que de ella haga el ordenamiento jurídico.

Una realidad es el ser humano en su sentido puramente ontológico y otra su noción jurídica. Una cosa es el ser y otra el deber ser. No hay que confundir al hombre considerado en sí, en su pura realidad natural (material y psicológica), ideal o cultural, con su derecho a que se le reconozca y proteja su personalidad, sus derechos y deberes inherentes e inviolables. La dignidad del ser humano determina que el Derecho ineludiblemente le reconozca su personalidad jurídica, su capacidad para ser titular de derechos y deberes, su calidad de sujeto de Derecho, nunca de objeto. Como dice Legaz³²⁵, “entre persona humana y su noción jurídica existe tanto una relación de deber ser como un vínculo ontológico, quiere decirse que la persona humana debe ser también persona en sentido jurídico y que la persona en sentido jurídico es una entidad, un modo de ser de la persona humana... hay un derecho absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás: el derecho de ser reconocido siempre como persona humana”. Agrega Legaz, “el orden jurídico debe reconocer a los hombres la personalidad jurídica pero amplificando este concepto de suerte que comprenda tanto la capacidad jurídica como la capacidad (pública y privada) de obrar, pues la capacidad jurídica no es más que un *minimum* de personalidad jurídica, lo cual para ser completo debe comprender también la capacidad de

325 LEGAZ Y LACAMBRA, “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, cit., pp. 20 y ss.

obrar en eficacia jurídica... el orden jurídico debe atribuir al hombre, conforme a su naturaleza, ciertas libertades y ciertos derechos aún frente al Estado y la comunidad política; los llamados derechos humanos, que protegen la libertad humana y su desenvolvimiento en relaciones determinadas que corresponden a las propiedades naturales del hombre”.

La libertad externa es la misma libertad interna, pero ya fenomenalizada, así como la capacidad de goce exteriorizada, ejercitada, es la misma capacidad de goce subjetiva, pero ya objetivada. No porque el sujeto recoge los frutos del fundo de su propiedad, desaparece su capacidad de gozar del atributo de disfrutar del fundo que el Derecho le reconoce, para quedar solamente la capacidad de ejercicio. Solamente se ejercen los derechos subjetivos que se tienen, el sujeto que ejerce un derecho que el ordenamiento jurídico no le otorga o no le reconoce, cae dentro del campo de lo ilícito. El presupuesto de la capacidad de ejercicio es la capacidad de goce³²⁶, entendida como la aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. La capacidad de goce se objetiviza, pero no desaparece, con su ejercicio.

La capacidad de goce no es una *pura aptitud*, una *mera potencialidad*, sino que es una *aptitud potencial* o *real*, efectiva. Por ej., un concebido y un recién nacido tienen real y efectivamente derechos subjetivos que les son reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico, tienen una efectiva capacidad de goce

326 Larenz manifiesta: “La capacidad jurídica del adquirente es el presupuesto para toda adquisición de un derecho; la capacidad para negociar, el presupuesto para la validez de una declaración de voluntad; el poder de disposición sobre el derecho respectivo, el presupuesto para la validez de una disposición” (LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit.). Pongamos unos ejemplos: El Presidente de la República no tiene capacidad jurídica para adquirir los bienes nacionales, por tanto, no lo puede hacer ni directa ni indirectamente ni por persona interpuesta (art. 1366); el que carece de lucidez mental no tiene el derecho subjetivo de testar (art. 687.3), por lo que no puede otorgar testamento ni por sí ni mediante representante; si tuviera el derecho de testar, podría obrar por él su representante legal (su curador) otorgando el testamento respectivo. Las personas no tienen capacidad jurídica para disponer de sus órganos o tejidos mediante venta, dación en pago u otra forma onerosa, por cuanto, “Todo acto de disposición de órganos y/o tejidos, es gratuito. Se prohíbe cualquier tipo de publicidad referida a la necesidad o disponibilidad de un órgano o tejido, ofreciendo o buscando algún tipo de beneficio o compensación” (art. 7.1 de la Ley N° 28189). Si las personas mencionadas, respectivamente, adquirieran los bienes nacionales, testaran o pusieran de sus órganos o tejidos a título oneroso, estarían obrando sin derecho, es decir, estarían desenvolviendo su personalidad irresponsablemente fuera del marco de libertad que le confiere el ordenamiento jurídico.

sobre tales derechos, pero no es posible que todos estos derechos sean ejercitados por su titular, por carecer este de capacidad de ejercicio. Si un adolescente de 14 años de edad es propietario de una casa, tiene un poder de goce directo sobre dicho bien, es plenamente consciente que el bien le pertenece en propiedad, y todos los demás sujetos están en el deber de no perturbarlo en el *goce* pacífico de su derecho, pero no puede realizar sobre él actos de enajenación o gravamen por carecer de capacidad de ejercicio, no tiene idoneidad para desplegar directamente su propia autonomía negocial y procesal. El ordenamiento jurídico reconoce y tutela a este incapaz de obrar en su capacidad de goce real, objetivada, como titular del derecho de propiedad, pero no le reconoce la capacidad de ejercicio. Un razonamiento lógico, recto, acorde con la realidad de los hechos, no nos permite, en el ejemplo propuesto, negar que el menor es titular del derecho de propiedad y que disfruta de una capacidad de goce directa sobre el bien que le pertenece, así como no podemos negar que carece de capacidad de ejercicio; por ello, su derecho subjetivo de propiedad es ejercido por sus representantes legales.

Así como no se puede negar que la libertad interna y la libertad fenomenalizada constituyen una unidad y se nos muestran como dos momentos del devenir existencial del ser humano, tampoco se puede negar que la capacidad de goce tiene un aspecto interno y otro fenomenalizado; la capacidad de goce fenomenalizada no es la capacidad de ejercicio; no todo el que está privado de la capacidad de ejercicio de modo absoluto, está también privado de capacidad de goce. Un ser humano puede adolecer de una incapacidad absoluta de ejercicio, pero no puede adolecer de una incapacidad absoluta de goce, dado que ello significaría retroceder a épocas ya superadas de la esclavitud y la pena de muerte civil. La limitación o falta de la capacidad de ejercicio del sujeto no incide en la capacidad de goce en cuanto permanece siempre como titular de los derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica es el antecedente de la capacidad de ejercicio. El sujeto privado de determinados derechos subjetivos no puede ejercitarlos ni por sí ni mediante representante, lo cual es lógico, por cuanto no se pueden ejercitar derechos que no se tienen. La incapacidad jurídica determina la incapacidad de ejercicio, pero no al contrario. La incapacidad de ejercicio no disminuye la capacidad jurídica, es decir, no merma el derecho subjetivo del cual se es titular. Con la incapacidad de ejercicio solamente está en cuestión *quién* pueda ejercitar el derecho del titular. Los derechos del sujeto que adolece de incapacidad de ejercicio pueden ser ejercitados por su representante legal.

Desde la perspectiva de la concepción individualista del hombre (el *hombre-individuo*), el ser humano es estructuralmente libre. Por tener vida espiritual, el ser humano es libre ontológicamente. La libertad es "tener en sí mismo la conciencia que él es hoy libertad"³²⁷. Es la libertad la que permite al ser humano "llegar a ser aquello que puede y quiere ser"³²⁸. La libertad está adherida en la realidad del ser humano. Porque es estructuralmente libre, tenga o no conciencia de ello, se distingue y es superior a los demás seres de la naturaleza. El ser humano es una unidad psicofísica, espiritual y libre, capaz de conocerse a sí mismo y de sentirse distinto a los demás seres de la naturaleza. Pero, aun desde esta perspectiva del *hombre-individuo*, se tiene que admitir, por ser una verdad innegable, que el ser humano tiene una *libertad interior* (libertad de conciencia, de creencia, de pensamiento) y otra *exterior*. La primera radica en la vida psíquica de la persona que la vive y es desconocida por las demás personas que están imposibilitadas de acceder a ella mediante los sentidos o la razón, puede ser limitada únicamente por la propia persona que la vive, determinada por motivaciones internas o externas, pero no puede ser limitada por las demás, por cuanto estas no pueden limitar ni suprimir lo desconocido. La limitación de la propia libertad interior solamente se puede lograr parcialmente, v. gr., una persona, en ejercicio de su libertad, puede tomar la decisión de no pensar en el bien o en el mal, pero le está vedado alcanzar este propósito en forma absoluta porque no tiene el control absoluto de sus pensamientos. La libertad exterior que es la misma libertad interior exteriorizada, objetivada y como tal conocida, comunicable y perceptible sí puede ser limitada por los demás (ej., con el secuestro, con la aplicación de la pena privativa de la libertad, con la prohibición legal de realizar ciertos actos jurídicos o con la obligación de realizarlos). Es más la libertad fenomenalizada nunca es absoluta, dado que siempre está limitada por la acción de la propia persona o por la acción de los demás. La libertad absoluta es la negación de la libertad. Si se admitiera la libertad absoluta se terminaría con la civilización y el ser humano regresaría al estado de naturaleza, en el cual tiene derecho a todo, esto es, entra a regir la ley de la selva en su plenitud. Las concepciones individualistas a ultranza han conducido a justificar los regímenes totalitarios como el nazismo, el fascismo, el estalinismo, en los cuales el gobernante ejerce una libertad sin ley.

327 KIERKEGAARD, Soren, *El contenido de la angustia*, 2.^a ed., Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1943, p. 118.

328 JASPERS, Karl, *La fe filosófica*, Losada, Buenos Aires, 1968, p. 60.

Escriben los Olano³²⁹: Cuenta la historia que un día el filósofo Valerio Carbuero fue hasta el Palacio Augusto a visitar al emperador Julio César con el fin de ensalzarlo porque le había dado a los romanos justicia, orden, grandeza y poder, pero sobre todo libertad. Al oír esta palabra, César levanta la cabeza y pregunta al visitante: “¿a qué llamas tú libertad?”. “Poder hacer o no hacer lo que se quiere”, suena la pronta respuesta. César sacude lentamente la cabeza reflexionando: “Poder hacer o no hacer lo que se debe”, corrige.

No obstante, agregan estos autores, que en este último concepto se advierte el hábito de una idea ética trascendental, tampoco deja de tener un carácter demasiado general e impreciso. ¿Qué es lo que debe hacer o no hacer el individuo?, la respuesta depende del interés y de la situación peculiar en que se encuentre el individuo en un momento dado, así como de la ideología que influya sobre su concepción del mundo y de la vida. En Francia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1789, luego de proclamar que todos los hombres nacen libres e iguales en derechos, definió la libertad (art. 4°) como la facultad de “hacer todo aquello que no cause daño a los demás”, deduciendo de este principio general cierto número de libertades particulares: libertad física, libertad de ir y venir (art. 7°), libertad de conciencia y de opinión (art. 10), libertad de pensamiento y de prensa (art. 11), derecho de propiedad calificado de inviolable y sagrado (art. 27).

La magna Asamblea dio todo a la totalidad de los hombres de una sola vez, pero estos no han cesado de disipar tan fabulosa herencia, llegando algunos pensadores a divorciarse de ella. Así, Goethe escribió que la libertad es un bien del hombre que este debe conquistar todos los días, como el pan, como la vida misma, coincidiendo con algunos socialistas, quienes afirman que la libertad no existe en estado natural sino que se debe crear día a día, especialmente en los derechos económicos y sociales. Desde el punto de vista jurídico, la libertad está sujeta a las limitaciones del ordenamiento jurídico, la autoridad no puede imponer restricciones que vulneren los principios consagrados en la Constitución. Se garantiza a las personas la libertad frente a los ataques que superen las limitaciones jurídicas.

329 OLANO V., Carlos Alberto, y Hernán Alejandro OLANO G., *Derecho constitucional e instituciones políticas. Estado social de Derecho*, 3.ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000, pp. 618 y ss.

La lucha por la libertad no tiene fin. Hay diferentes estadios de emancipación humana. En 1789 se llamó en Francia Revolución al nacimiento de la democracia política, que en el fondo no fue otra cosa que el reconocimiento de los derechos individuales: poder hablar, escribir, votar, ir, venir. Hoy sería el derecho a hablar por televisión o editar un diario sin tener que pasar por las horcas caudinas de la propaganda publicitaria, pero no puede hacer sino quien tenga en sus manos el poder económico o político, el que no lo tiene debe callar o hablar a media voz.

Afirman los autores Olano que en su propósito de que el concepto de libertad descienda de las abstracciones a las realidades concretas, es oportuno citar a Juan Federico Sciacca, quien precisa que la libertad "es poder hacer todo lo que tienda al desarrollo y perfectibilidad del individuo", definición que alude a los fines y a los medios adecuados para su realización.

El ser humano por el solo hecho de ser tal tiene fines naturales que alcanzar. Es una exigencia de su naturaleza. No es natural que un ser humano elija como fin de su vida la ignorancia y la miseria. Burdeau³³⁰ escribe: "Se repara en que para una inmensa masa de seres humanos la libertad concebida como una cualidad inherente a su naturaleza no es más que una prerrogativa estéril, desde el momento en que no están en condiciones de disfrutarla efectivamente. ¿Qué importa que el hombre sea libre de pensar, si el expresar su opinión lo expone al ostracismo social; que sea libre de discutir sus condiciones de trabajo, si su situación económica le obliga a plegarse a la ley del patrono; que sea libre de organizar sus diversiones, si la preocupación del pan cotidiano le absorbe todo el tiempo; que sea libre de desarrollar su personalidad por la cultura y la contemplación de un universo abierto a todos, si le falta materialmente el mínimo vital...? El contraste entre la libertad que la filosofía clásica reconocía a su esencia y la servidumbre cotidiana en que le tiene su existencia, conducía así a denunciar como un engaño esta libertad que se pretendía inscrita en la naturaleza humana. La verdad es que la libertad no es un hecho preexistente que hay que proteger es una facultad que hay que conquistar. A la noción de libertad se sustituye la esperanza de una liberación".

330 Citado por OLANO V. y OLANO G., *Derecho constitucional e instituciones políticas. Estado social de Derecho*, cit., p. 622.

Las libertades faltan si faltan los medios conducentes para ejercitarlas real y efectivamente. Es difícil admitir que quien no tiene pan, tiene libertad.

El derecho a la libertad está consagrado en la Declaración de los Derechos Humanos formulada por la ONU (art. 29); en el art. 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York, el 16.12.1966, que establece: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas en la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta". Todas las constituciones modernas consagran el derecho a la libertad. El art. 13 de la Constitución italiana prescribe: "La libertad personal es inviolable. No se admite ninguna forma de detención, de inspección, o persecución personal, ni cualquier otra forma de restricción de la libertad personal, sino es por mandato motivado de la autoridad judicial". La Constitución peruana, en el art. 2, establece que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión, a la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, a la libertad de elegir y ser elegido, de residencia, de reunirse, de asociarse, de contratar con fines lícitos, etc. En el literal a. del inc. 24 del art. 2, dispone: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". En suma, en el mundo civilizado las libertades no son absolutas, sino están limitadas por normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Fernández Sessarego, citando a Larenz y a Bianca, admite que la capacidad jurídica es aquella de que está dotada la persona "para ser sujeto de relaciones jurídicas y, por ello, titular de derechos y destinatario de deberes jurídicos". Pero luego sostiene que no comparte la opinión de Bianca "cuando expresa que dicha capacidad genérica compete también a las personas jurídicas", agrega Fernández Sessarego que con mayor razón, desde la vertiente jurídica, las personas jurídicas solo poseen capacidad de ejercicio. Esta opinión es una pura ideología que no se condice con la realidad jurídica, por ello no la compartimos. Es una verdad incontrastable que el ordenamiento jurídico, de acuerdo a ciertas valoraciones, reconoce a las personas jurídicas la aptitud para ser sujetos de relaciones jurídicas y, por consiguiente, titulares de derechos y deberes. Precisamente porque la persona jurídica es titular de derechos y deberes puede desplegar su autonomía negocial y procesal mediante sus órganos de gobierno. La capacidad de goce es el presupuesto de la capacidad de ejercicio, por cuanto se ejerce un derecho

subjetivo que se tiene. La capacidad jurídica no es un elemento de la estructura de la naturaleza física o de la naturaleza psicológica del ser humano, sino es un atributo conferido por el ordenamiento jurídico al ser humano, a las personas jurídicas y a otros entes para ser titular de derechos y deberes u obligaciones. Las personas jurídicas pueden ser sujetos activos o pasivos de relaciones jurídicas (tienen capacidad de goce) y sus derechos pueden ser ejercidos o sus obligaciones cumplidas por sus órganos de gobierno (tienen capacidad de ejercicio).

Fernández Sessarego dice que es equivocado citar como un caso de limitación de la capacidad jurídica, la prohibición impuesta por el art. 71 de la Constitución al extranjero para adquirir la propiedad, ni directa ni indirectamente, dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera³³¹, por cuanto tal limitación, según él, no compromete la capacidad genérica o de goce del extranjero, sino que restringe tan solo la capacidad de ejercicio en un tiempo y lugar concretos. La capacidad de goce en cuanto a ser propietario del extranjero se mantiene y se podrá ejercer cuando se derogue el citado art. 71.

Si seguimos esta línea de razonamiento, sería válido el absurdo de sostener que un hombre tiene la potencial *capacidad de goce* a ser propietario del Perú, a esclavizar a los peruanos, a contraer matrimonio cuantas veces lo desee no obstante que es casado, a casarse entre padres e hijos, a matar a sus enemigos, pero que por ahora está *limitado a ejercer* su inherente capacidad de goce a ser propietario, esclavizar a los demás, casarse no obstante ser casado o a casarse entre padres e hijos, matar a sus enemigos, limitación que puede ser eliminada con el tiempo cuando se deroguen las disposiciones legales que lo prohíben. Y cuando se deroguen tales disposiciones, no es que el hombre recuperará su capacidad de goce, porque nunca la perdió, sino que solo se le restituye su capacidad de ejercicio, es decir, de ejercer concretamente su derecho de ser dueño del Perú, esclavizar a los demás, casarse no obstante que es casado o entre padres e hijos y matar a sus enemigos; en otras palabras, la fuga del hombre del estado de civilización al estado de naturaleza donde no hay Derecho que valga. Un razonamiento como

331 El segundo párrafo del artículo 71 de la Constitución de 1993 prescribe: "Sin embargo, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el Derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros de acuerdo a ley".

el de los que sostienen que la capacidad de goce o la libertad no se puede limitar se encuentra fuera de toda lógica racional y razonable. Analizando el ordenamiento jurídico seriamente encontramos que este se dedica a limitar la libertad de las personas con el fin de que todos tengan libertad, haciendo realidad el principio que establece: "mi libertad termina allí donde comienza la libertad de los demás" (Kant). Si no se pudiera limitar la capacidad de goce, la libertad, el Derecho como ordenamiento jurídico no sería necesario, solamente regiría la ley del más fuerte.

Los derechos subjetivos son los que el ordenamiento jurídico reconoce, atribuye, garantiza y tutela a los sujetos de Derecho³³². No es concebible que algunos derechos fundamentales básicos como el de la dignidad de la persona y todos los otros derechos inherentes a ella, solo se reconozcan a algunas personas en las que concurren determinadas condiciones. Pero esto no significa que existan derechos que como los referidos a la actuación en el ámbito del Estado, las constituciones como la peruana de 1993, los reconozcan solamente a los nacionales y no a los extranjeros. Por ejemplo, para ser congresista, presidente de la República, o magistrado de la Corte Suprema se requiere ser peruano de nacimiento (arts. 90, 110 y 147.1, respectivamente). Frente a estas disposiciones no se puede argumentar que los extranjeros no han perdido su capacidad de goce, sino que están solamente limitados temporalmente para ejercer su inherente capacidad de goce a desempeñar estos cargos, limitación que quedará eliminada cuando se deroguen tales disposiciones. Una argumentación así carece de toda relevancia para el Derecho, la verdad es que la capacidad de goce como aptitud para ser titular de derechos es limitada cuando el Derecho positivo no reconoce a la persona determinados derechos.

La actuación y la utilización de la capacidad de goce se consigue mediante su ejercicio, es decir, desarrollando los poderes, las facultades, atribuciones, autorizaciones, en una palabra, desarrollando los derechos subjetivos que el ordenamiento confiere al sujeto. No hay ejercicio de la nada, sino ejercicio de un

332 Messineo expresa: "El derecho subjetivo presupone el Derecho objetivo, u ordenamiento jurídico constituido, que *le presta el fundamento y justificación*. El derecho subjetivo puede actuarse (*agere licere*), no ya porque su titular tenga la fuerza de actuarlo (*agere posse*), sino porque es *concedido* por la norma, la cual eventualmente se vale, *ella*, de la fuerza (*posse*), para garantizar los derechos subjetivos y restaurarlos, en caso de haber sido violados" (MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 9).

derecho subjetivo. El contenido, la materia, de la capacidad de ejercicio es la capacidad jurídica, es decir, los derechos subjetivos y los correlativos deberes u obligaciones. La falta de ejercicio del derecho más allá de los plazos fijados por el ordenamiento puede dar lugar a la extinción del derecho por prescripción o caducidad.

La capacidad de goce opera dentro del ámbito que le reconoce el ordenamiento jurídico, es decir, con las limitaciones “expresamente establecidas por la ley” (art. 3), que es lo mismo a lo que el Código civil y comercial argentino, respecto de la capacidad de derecho, prescribe: “Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados (art.22). El Derecho no le reconoce al sujeto una capacidad de goce ilimitada, incondicionada, porque ello significaría simplemente un retorno al estado de naturaleza donde el hombre tiene derecho a todo, prevaleciendo la ley del más fuerte. La capacidad de goce es un atributo reconocido por el ordenamiento jurídico al ser humano, a la persona, desde que es concebido hasta que muere, se es ser humano o persona más o menos capaz, pero no se es más o menos ser humano o persona. En este sentido, Barbero³³³, quien distingue entre personalidad jurídica y capacidad jurídica, explica que la “*personalidad jurídica*” es una calificación formal por efecto de la cual un ente se considerará “*sujeto de derecho*”. La personalidad jurídica y la capacidad jurídica son distintas: la personalidad jurídica es un *quid* simple; mientras la “capacidad” es un *quantum* y, por tanto, susceptible de medición por grados. Se puede ser, como “persona”, más o menos “capaz”: no se puede ser más o menos “persona”. Persona se es o no se es: totalmente, radicalmente. De manera que a propósito de las “*personas jurídicas*”, dicho sea aquí *per incidens*, quien ha distinguido entre una personalidad plena y una personalidad limitada o atenuada, está atrapado en esa confusión, tomando la “personalidad del ente” por la “capacidad de la persona” (o por la “autonomía patrimonial”).

Pero también si se opta por la posición que identifica personalidad jurídica y capacidad jurídica se llega a la misma conclusión de Barbero, en el sentido de que se puede ser persona más o menos capaz, pero no se puede ser más o menos persona porque, como hemos indicado, la personalidad jurídica o capacidad

333 BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, p. 191.

jurídica no es un carácter de la persona o individuo en cuanto tal, sino que le es atribuida por una norma de organización, previa valorización de su idoneidad para ser destinataria de derechos y deberes; por consiguiente, una realidad es el individuo, la persona, como tal y otra su capacidad atribuida por el Derecho en mayor o menor grado. La persona solamente es total, radicalmente, o no es; en cambio, su capacidad de goce opera solamente dentro de los límites fijados por el Derecho. Una capacidad de goce o personalidad jurídica ilimitada, sin ley, no corresponde a una sociedad humana civilizada sino a una sociedad en estado de naturaleza, donde no impera el Derecho sino la ley del más fuerte.

La personalidad jurídica es reconocida por el Derecho al ser humano sobre la base de su naturaleza misma. Pero el Derecho, por razones superiores, puede privar al sujeto de determinados derechos subjetivos y, en otras, puede atribuir, en cambio, personalidad jurídica y una cierta capacidad de goce a entes distintos del ser humano que no la tengan por naturaleza. Por disposición del ordenamiento jurídico, un ente puede tener una "capacidad jurídica especial" aun cuando por su propia naturaleza o por mandato del Derecho público o privado carezca de "capacidad jurídica general". Por ejemplo, el art. 21 del Decreto Supremo N° 133-2013-EF, Texto Único Ordenado del Código Tributario, publicado el 19.08.99, dispone: "Art. 21. *Capacidad Tributaria*. Tienen capacidad tributaria las personas naturales o jurídicas, comunidades de bienes, patrimonios, sucesiones indivisas, fideicomisos, sociedades de hecho, sociedades conyugales u otros entes colectivos, aunque estén limitados o carezcan de capacidad o personalidad jurídica según el Derecho privado o público, siempre que la ley le atribuya la calidad de sujetos de derechos y obligaciones tributarias". El contrato asociativo de consorcio o *joint venture* no genera una persona jurídica distinta de los contratantes (art. 438 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887), o sea el contrato de *joint venture* genera solamente una relación contractual entre los coventures, tan igual como un contrato de compraventa genera una relación contractual entre vendedor y comprador; por tanto, por su propia naturaleza de relación contractual y por así disponerlo la Ley N° 26887, el *joint venture* carece de personalidad jurídica, no es sujeto de Derecho, no tiene capacidad jurídica, los titulares de los derechos y obligaciones que nacen del *joint venture* son las partes contratantes. Sin embargo, el D. Leg. N° 774, Ley del Impuesto a la Renta, modificado por Ley N° 27034, en su art. 14, inc. k, dispone que se considera persona jurídica al *joint venture* que lleve contabilidad independiente de las partes contratantes, y, por tanto, debe liquidar y determinar el impuesto a la

renta en cabeza del contrato, o sea por disposición de la Ley el contrato de *joint venture es sujeto de derecho*, tiene capacidad jurídica tributaria por estar afecto al impuesto de tercera categoría.

El ser humano es el sujeto por excelencia de las relaciones jurídicas, lo que presupone la personalidad jurídica o capacidad jurídica. Pero el ser humano (la persona) es mucho más que su vida social regulada por el Derecho, es también su vida social no regulada por el Derecho, además de la inmensidad de su vida individual, de su vida psíquica poco conocida y ajena al Derecho. El ser humano es sujeto de Derecho desde su concepción hasta su muerte. El concebido es titular de derechos (puede adquirir bienes por herencia, legado o donación, tiene derecho a los alimentos, si por dolo o culpa de un tercero fallecen sus padres y él logra sobrevivir, tiene derecho a una indemnización, también tiene derecho a ser indemnizado por los daños que sufra mientras se encuentra en el seno materno, puede ser reconocido como hijo extramatrimonial, puede ser beneficiario de un contrato de seguro, puede contraer obligaciones correlativas a los derechos patrimoniales adquiridos, etc.); por tanto, es sujeto de relaciones jurídicas, o sea, es un actor de la vida social, como lo es un sujeto nacido menor o mayor de edad, por lo que, en nuestra opinión, es una "persona³³⁴ humana", aunque para el Código civil no lo es sino a partir del nacimiento, lo que no es más que una ficción que se mantiene en muchas legislaciones; no obstante, que el concebido es una persona por nacer, pero no por eso puede ser considerado como menos ser humano que un ser humano nacido. Los derechos no patrimoniales del concebido son incondicionados y los patrimoniales están sujetos a la condición resolutoria, no suspensiva, de que nazca vivo. Siendo el concebido un sujeto de Derecho para todo cuanto le favorezca tiene una capacidad jurídica más limitada que la del nacido, pero no por eso es menos sujeto o menos vida humana o menos persona. El sujeto es la vida humana nacida o por nacer, la capacidad es una de sus

334 La palabra "persona" proviene de una voz latina idéntica, tomada de la máscara que usaban los actores de aquel tiempo, empleada también para resonar más la voz (del verbo *personare*), de donde pasó a significar el propio actor, luego el personaje representado y finalmente el ser humano, protagonista de la vida, actor de este gran teatro del mundo. Como tecnicismo no parece haberse aplicado el término hasta los tiempos del emperador Teodosio II y para contraponerlo al esclavo, ser carente de derechos y obligaciones, aunque no de cargas y trabajos. Personalidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones; también significa la diferencia individual que distingue a cada uno de los demás, o el carácter bien definido de cada ser humano.

cualidades o atributos conferidos por el Derecho, no puede ser sujeto sin capacidad de goce. El hombre ha creado el Derecho para hacer posible una vida de relación ordenada, pacífica y justa, y por esas razones superiores ha establecido mediante normas jurídicas ciertas incapacidades relativas, no absolutas de goce. Como dice Barbero, el sujeto no es solamente su capacidad jurídica y su capacidad de actuar, sino antes que todo esto, el sujeto es un *prius* del ordenamiento jurídico: no porque existe el ordenamiento jurídico vienen a existir esos sujetos, sino porque existen esos sujetos viene a existir y existe el ordenamiento jurídico³³⁵.

23. CLASES DE CAPACIDAD DE EJERCICIO

La capacidad de ejercicio puede ser: general o especial y natural o legal.

23.1. Capacidad de ejercicio general y especial

- a) *General*. Es la capacidad atribuida para ejercer todos los actos jurídicos permitidos por el ordenamiento jurídico.
- b) *Especial*. Es la capacidad atribuida para determinados actos singulares.

La capacidad de ejercicio general puede ser plena o atenuada.

- a.1) *Capacidad general plena*. Es la capacidad que se adquiere al cumplir dieciocho años de edad (art. 42) y es conferida al sujeto para realizar todos los actos que sean de su interés, sean extrapatrimoniales o patrimoniales, de administración o de disposición³³⁶.

335 BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, p. 189.

336 Savigny: "El Derecho romano reconocía tres grandes épocas en la vida humana, que se encuentra así dividida en cuatro períodos jurídicos: 1° Desde el nacimiento hasta terminados los siete años: *infantes, qui fari non possunt*: infantes. 2° Desde el sétimo año hasta los catorce o doce según el sexo: *qui fari possunt* (entre los autores modernos, *infantia majores*). Durante estos dos primeros períodos, *impuberes*, impúberos. 3° Desde los catorce años o desde los doce respectivamente hasta los veinticinco; *-adolescentes, adulti-* Durante estos dos primeros períodos, *-minores*, menores. Durante este período y el siguiente *-puberes*, púberos. 4° Desde los 25 años hasta la muerte *majores*, mayores". Durante el último período, el estado normal de la capacidad de obrar no estaba limitada por ningún obstáculo. Los impúberos eran incapaces para todo acto jurídico, y en atención a ello se le daba un tutor, quien podía cultivar sus terrenos, recibir sus arrendamientos y las rentas producto del capital, hacer frente a sus gastos, administrar sus negocios corrientes; pero los actos jurídicos más ventajosos y aún los más necesarios, como la mancipación, la estipulación, el contrato de venta podía realizarlo el impúbero, con el consentimiento de su tutor. Esto en vista que la pubertad se ha fijado como

a.2) *Capacidad general atenuada*. Es la capacidad que con respecto a la anterior no es plena, pero es general por cuanto el sujeto puede realizar todos los actos que sean de su interés, pero con excepción de determinados actos que no los puede llevar a cabo sino con la asistencia de otras personas. Por ejemplo, el mal gestor que ha sido declarado interdicto por esta causa no puede realizar actos de disposición o gravamen de su patrimonio sin el asentimiento especial de su curador, pero si puede realizar todos los actos de mera administración de sus bienes si al instituir la curatela no se ha establecido limitación para ello. Así, puede celebrar todos los contratos relativos a sus necesidades ordinarias, puede contraer matrimonio, reconocer al hijo extramatrimonial, etc. Su capacidad es general porque puede realizar todos los actos, pero atenuada por cuanto no puede realizar actos de disposición o gravamen sin la autorización o asistencia de su curador, y si los realiza no son nulos sino solo anulables (incapaz relativo). Es capaz para realizar unos actos e incapaz para otros.

Igualmente, la capacidad de ejercicio especial puede ser plena o atenuada³³⁷.

- b.1) *Capacidad especial de ejercicio plena*. Es la capacidad que autoriza a celebrar libremente determinados actos jurídicos, sin requerirse la autorización de nadie, v. gr., el menor capaz de discernimiento puede aceptar legados y donaciones puras sin la intervención de sus padres (art. 455); el incapaz legal que tiene discernimiento puede realizar por sí todos los contratos relativos a sus necesidades ordinarias sin requerirse la intervención de sus representantes legales (art. 1358).
- b.2) *Capacidad especial de ejercicio atenuada*. Es la capacidad que faculta a realizar determinados actos con la asistencia o autorización de otras personas. Por ej., la del menor que tiene discernimiento, quien puede ser autorizado para trabajar (art. 457); la del menor, varón o mujer, que ha cumplido dieciséis años de edad, quien está facultado para contraer matrimonio con la autorización de sus padres (art. 244).

la condición de la capacidad de obrar, pues se presumía que el hombre a la edad referida tenía el discernimiento necesario para velar por sus intereses. Justiniano estableció que la pubertad comienza para todos los individuos a los 14 años (SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. II, p. 162 y ss).

337 Ver BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, pp. 199-200.

En la mayoría de los casos, la capacidad especial de ejercicio plena o atenuada es conferida a los menores que cuentan con capacidad natural de ejercicio, de la cual nos ocupamos en seguida.

La capacidad de ejercicio puede ser natural (aptitud de apreciar o valorar las cosas) o legal (se adquiere al cumplir dieciocho años de edad).

23.2. Capacidad natural de ejercicio

La capacidad natural o discernimiento es la aptitud que tiene la persona que ha alcanzado un cierto grado de desarrollo mental que le permite querer libremente, tener la dirección de su voluntad por cuanto puede comprender el significado de sus actos, esto es, sabe distinguir el bien del mal, lo lícito de lo ilícito, lo que lo puede beneficiar de lo que lo puede perjudicar. El Código civil suizo, en su art. 16 se refiere a la capacidad de discernimiento en los siguientes términos: *Toda persona que no está desprovista de la facultad de obrar razonablemente a causa de su joven edad o que no esté privada a consecuencia de enfermedad mental, debilidad de espíritu, de ebriedad o de otras causas semejantes, es capaz de discernimiento en el sentido de la presente ley.*

No hay una edad determinada a partir de la cual se adquiere la capacidad natural; en cada caso se establecerá si el sujeto ha actuado o no con discernimiento y si hay duda o conflicto, resolverá, en último caso, el juez.

Por excepción, la ley autoriza expresamente a los menores que tienen discernimiento a realizar ciertos actos, es decir, se los faculta para que mediante el acto jurídico ejerciten personalmente sus derechos y puedan contraer obligaciones, sin esperar cumplir la edad de dieciocho años fijada por la ley arbitraria y rígidamente para alcanzar la capacidad plena de obrar.

Veamos algunos ejemplos de actos para los cuales es suficiente que el sujeto cuente con capacidad natural de ejercicio:

- El menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples, sin intervención de sus padres. También pueden ejercer derechos estrictamente personales (art. 455).
- El menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen (art. 456).

- El menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este caso, puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiriera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos (art. 457).
- El menor que ha cumplido catorce años puede recurrir al juez contra los actos de su tutor (art. 530).
- El menor que ha cumplido la edad de catorce años puede pedir al juez la remoción de su tutor (art. 557).
- El menor que ha cumplido catorce años de edad puede reconocer a sus hijos, demandar por gastos de embarazo y parte, demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos, demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos (art. 46).
- El menor que ha cumplido diez años para ser adoptado debe prestar su asentimiento (art. 378.5).
- Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria (art. 1358), por ejemplo, un menor capaz de discernimiento puede comprar alimentos, útiles escolares, tomar un ómnibus, pagar su pensión escolar. Se debe mejorar la redacción del art. 1358, en vez de decir "los incapaces no privados de discernimiento" debe decir "las personas no privadas de discernimiento" si es que se quiere comprender a todos los incapaces mencionados en los arts. 43 y 44, con excepción de las personas privadas de discernimiento; o si se quiere comprender solamente a los menores capaces de discernimiento, se los debe mencionar así expresamente. Sin embargo, como no podemos distinguir donde la ley no lo hace, hay que entender que el art. 1358 comprende tanto a los incapaces relativos (art. 44) como a los absolutos (art. 43), con excepción de los privados de discernimiento.

En la realidad práctica constatamos que los menores no privados de discernimiento se desenvuelven por sí solos con relativa frecuencia en el tráfico, celebrando diversos contratos, y nadie duda de su capacidad para entender el alcance de los actos que realiza y, por tanto, para manifestar su voluntad libre y vinculante, por lo que sus actos están amparados por el art. 1358. La gama de

los contratos y su complejidad debe juzgarse a medida que la edad del menor se aproxima a los dieciséis años. Nos preguntamos, por ejemplo, si un adolescente de 15 años de edad (uno de esos tantos que en nuestro país abandona su hogar a muy corta edad trasladándose solo a una gran ciudad en busca de un porvenir mejor) que con su trabajo se costea sus estudios superiores de computación, quiere comprar una computadora personal multimedia, ¿se podrá decir que este acto no constituye una necesidad ordinaria de la vida diaria de este menor? Sin duda, la norma del art. 1358 no deja desprotegida a esta persona que debe merecer todo nuestro respaldo y reconocimiento por el esfuerzo que hace para superarse y convertirse una persona de bien; el Derecho no puede ponerle obstáculos para que desarrolle su proyecto de vida.

Con referencia a la incapacidad y contratación masiva concluida mediante cláusulas generales de contratación, el art. 1396 dispone: *En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz.* De acuerdo con este dispositivo, en la contratación masiva de bienes y servicios, el predisponente de las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente no tiene necesidad de celebrar cada contrato particular ni siquiera tiene necesidad que el consumidor del bien o servicio manifieste expresamente su voluntad de celebrar el contrato, sino que basta que consuma el bien o utilice el servicio para que la relación obligatoria quede válidamente constituida de pleno derecho y el consumidor esté obligado a pagar la contraprestación, aun cuando sea un incapaz relativo o absoluto. La incapacidad del consumidor no determina la invalidez de esta clase de contratos.

No cabe duda de que ahora los niños por diversas razones entre las que se incluyen la televisión y la computación maduran mentalmente más rápido que antes. Ahora ya no podemos mencionar como ejemplos de los actos que puede realizar el menor solo el comprar caramelos, refrescos o cualquier golosina, o que solamente actos de esa naturaleza constituyen sus necesidades ordinarias. No, definitivamente no es así. Ahora los menores de corta edad realizan actos de mayor trascendencia económica, y sus necesidades con la vida moderna se han incrementado notablemente. Un padre (hablamos por experiencia) entrega a su hijo de seis años el dinero para que pague su pensión de enseñanza que no es

poca cosa; para que adquiriera sus útiles escolares, sus implementos deportivos; para que pague la cuota del club de toda la familia; le encomendamos que llame por teléfono al restaurante y solicite y pague el almuerzo que sirven a domicilio; que reciba o pague el alquiler de la casa, y ni siquiera nos preocupamos porque lo vayan a engañar con el "vuelto". Ese niño de seis años o de unos años más se vuelve un experto en computación y sus necesidades ordinarias aumentan, necesita incrementar la capacidad de su computadora o repararla, pide autorización a sus padres para comprar nuevos aditivos, repuestos o nuevos programas de *software*, para llamar al técnico y hacer reparar la máquina, etc. A otros niños los vemos atendiendo en tiendas abiertas al público o ejerciendo el comercio ambulatorio empujados por su necesidad de sobrevivir, etc. Todo esto obliga a interpretar el art. 1358 adecuándolo a la nueva realidad y para eso no es indispensable rebajar la mayoría de edad a menos de 18 años.

Hay que considerar la *contratación a través de medios informáticos* que se va imponiendo en el mundo actual, procedimiento en el cual los contratantes no se encuentran presentes físicamente ni hay comunicación oral entre ellos, por lo que no se puede saber si la persona con quien se está contratando es o no mayor de edad, o si es un incapaz legal relativo o absoluto. Pero indudablemente si esta persona está negociando a través de estos medios es porque tiene capacidad de discernimiento suficiente como para contratar. Por tanto, en protección de la buena fe e introduciendo, como lo hacían los pretores romanos, medios más equitativos para regular las relaciones jurídicas, se hace necesario que en este campo de la contratación se establezca como principio la capacidad de discernimiento y como excepción la incapacidad. Es como volver y reformular las leyes de las Partidas: Ley 6, Título XIX, Partida VI: "Diciendo, o otorgando el que fuesse menor, que era mayor de veynte e cinco años, si ouiesse persona, que paresciesse de tal tiempo, si lo faze engañosamente, valdría el pleyto que assí fuere fecho con el, en non deue ser desatado despues, como quier que non era de edad quando lo fizo...". Título XIX, Partida VI: "Como deue ser entregados los menores si algún daño, o menoscabo, recibieron en sus bienes por culpa de sí mismos, o de aquellos que los tuvieren en guarda". No nos alarmemos por mencionar leyes antiguas, más antiguas son todavía las que presumían que la persona ha actuado con capacidad. Después de todo la historia es buena consejera, enseña a caminar a la humanidad sobre suelo firme.

23.3. Capacidad legal de ejercicio

Artículo 42.- Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.

Según el art. 42, la plena capacidad de ejercicio se adquiere a los dieciocho años de edad³³⁸, salvo los casos de incapacidad de ejercicio absoluta contemplados en el art. 43 y los casos de incapacidad de ejercicio relativa señalados en el art. 44³³⁹. El art. 42 establece una presunción *iuris et de iure* de que las personas menores 18 años carecen de capacidad de obrar y una presunción *iuris tantum* de que las personas mayores de 18 años están provistas de capacidad de obrar.

Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en la ley o en una sentencia judicial, como son los casos previstos en el art. 43 (incapacidad absoluta) y en el art. 44 (incapacidad relativa). Como respuesta a la incapacidad de ejercicio, el Derecho ha creado la figura de la representación legal: la *patria potestad* y la *tutela* para los incapaces menores de edad, y la *curatela* para los incapaces mayores de edad. La regla es la capacidad (de goce y la de obrar), la excepción, la incapacidad.

Se tiene por admitido que la persona que cumple 18 años de edad “está dotada de suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer, por sí misma y sin necesidad

338 Convención Sobre los Derechos del Niño: Art.1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

339 *Código civil italiano, Art. 2. Mayoría de edad. Capacidad de obrar.* La mayoría de edad se alcanza al cumplir los dieciocho años. Con la mayor edad se adquiere la capacidad de realizar todos los actos respecto de los cuales no se establezca una edad diversa.

La Constitución española de 1978, art. 12, prescribe que “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. El actual art. 315.1 del C. español, redactado por Ley N° 11/1981 con el fin de adecuarlo al mandato constitucional, establece que la mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos.

BGB alemán: Art. 2. La mayoría de edad se alcanza con el cumplimiento de los dieciocho años de edad.

de asistencia, los derechos³⁴⁰ de que goza en cuanto persona, es decir, la persona cuenta con aptitud real para desenvolverse en las relaciones sociales por sí misma y para asumir la responsabilidad que se derive de sus actos.

Que un ser humano cumpla dieciocho años de edad significa que, por el mero transcurso del tiempo e inexistencia de causales de incapacidad absoluta o relativa, adquiere su plena capacidad de ejercicio, o posibilidad de ejercitar por sí mismo los derechos y contraer las obligaciones atinentes a la persona.

El legislador no se ha puesto en el caso de que por ley se puede establecer una edad capacitadora menor o mayor a los dieciocho años, así, v. gr., los mayores de dieciséis años de edad que contraen matrimonio adquieren su plena capacidad de ejercicio, capacidad que no la pierden por terminación del matrimonio (art. 46); los mayores de dieciséis años que obtienen un título oficial que los autoriza para ejercer una profesión u oficio gozan de plena capacidad de ejercicio (art. 46); para la adopción se requiere que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar (art. 378.2). A esto hay que agregar que en la realidad social se ha impuesto el concepto de la "mayor edad" como una cualidad de la persona que le confiere su plena capacidad de obrar, pero, no obstante que el mismo Código civil en diversas disposiciones hace mención a la mayor edad, el legislador en el art. 42 ha omitido referirse a este estado civil de la persona, concepto que doctrinariamente puede ser discutido, pero no socialmente, al menos no en nuestra realidad. Se debe regular de tal forma que se establezca como principio general que la capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad que queda fijada en 18 años, dejando a salvo los casos en que por ley se establece una edad diversa, mayor o menor a los 18 años, para la realización de determinados actos, además de los casos en que no obstante haber cumplido 18 años no se es capaz por estar comprendida la persona en una de la causales de incapacidad absoluta o relativa (arts. 43 y 44), todo lo cual queda comprendido en la expresión: "salvo las excepciones dispuestas por ley". Se impone modificar el art. 42, para cuyo fin proponemos el siguiente texto: "Art. 42.- *La mayoría de edad empieza en el momento de cumplir 18 años. Con la mayor edad se adquiere la capacidad de ejercicio, salvo las excepciones dispuestas por ley*".

340 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas*, 2.^a ed., Studium, Lima, 1987, p. 103.

Son razones de seguridad, certeza, rapidez y facilidad en el establecimiento de las relaciones jurídicas las que determinan que el ordenamiento contenga una regla que disponga que la plena capacidad de obrar se adquiere al cumplir dieciocho años de edad. Se trata de una capacidad legal que no necesariamente coincide con la capacidad natural o de discernimiento que se puede adquirir a una edad mucho menor, pero que necesita ser establecida en cada caso particular de acuerdo al desarrollo mental del sujeto y la complejidad del acto.

Todo el que tiene capacidad legal de ejercicio tiene también capacidad de discernimiento, pero no todo el que tiene capacidad de discernimiento tiene capacidad legal, porque la capacidad natural se adquiere generalmente antes de que el sujeto haya cumplido dieciocho años de edad.

El art. 140 exige como primer requisito para la validez del acto jurídico, que el agente sea capaz. En otros términos, la ley exige que el sujeto que se obliga tenga la plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles (que sea mayor de edad), además de la capacidad de goce, es decir, que sea completamente capaz de goce.

A diferencia de la capacidad jurídica que admite solamente una incapacidad relativa, la capacidad de obrar admite tanto una incapacidad absoluta como una incapacidad relativa. Los que tienen una capacidad de goce restringida (incapacidad relativa de goce) no pueden ejercer ni por sí ni mediante representante los derechos subjetivos de los cuales están privados; en cambio, los que no tienen capacidad de obrar ejercen sus derechos por medio de sus representantes legales.

24. INCAPACIDAD DE EJERCICIO

A diferencia de la incapacidad de goce que solamente puede ser relativa, la incapacidad de ejercicio puede ser absoluta o relativa.

24.1. Incapacidad absoluta de ejercicio

Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. *[Derogado por Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, del 24.12.2012]³⁴¹.*

³⁴¹ El texto original decía: Art. 43. Son absolutamente incapaces: (...) 3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Los incapaces absolutos no pueden realizar por sí ningún acto y si lo realizan adolece de nulidad absoluta (art. 219.2). Es la incapacidad de aquellas personas que no tienen voluntad jurídica por carecer de discernimiento (ej., un niño de corta edad; un demente; una persona que por sus condiciones físicas no puede manifestar su voluntad verbalmente, ni por escrito ni por cualquier otro medio), razón por la que la ley sale en protección de los incapaces contra las consecuencias de los actos en los cuales ha intervenido, declarándolos nulos.

A la incapacidad absoluta se suele denominar "incapacidad natural de obrar" por derivarse de una situación de hecho, de la naturaleza, en que se encuentra la persona, debido: a) a que todavía no ha alcanzado un suficiente desarrollo mental, como ocurre generalmente con los menores de 16 años (art. 43.1); b) a que por cualquier causa se encuentra privado de discernimiento (art. 43.2), por ej., por enfermedad mental o perturbación psíquica que priva al sujeto en forma permanente de su capacidad de entender, que no le permite discernir entre el bien y el mal.

Las personas que adolecen de incapacidad absoluta ejercen sus derechos por medio de sus representantes legales. Los incapaces absolutos menores de edad están bajo la patria potestad y a falta de esta, se le designará un tutor que cuide de su persona y bienes. Cuando son mayores de edad están sujetos a curatela previa declaración judicial de interdicción.

Las personas que adolecen de incapacidad absoluta de ejercicio están enumerados en el art. 43, aunque esta norma omite mencionar al concebido o persona por nacer.

1) *El concebido*

Aunque la ley no lo menciona, la incapacidad absoluta de ejercicio del concebido es indiscutible. No pudiendo evidentemente ejercer sus derechos por sí mismo, sus padres lo representarán, administrarán su patrimonio y ejecutarán por él los actos de que es incapaz. Si los padres son incapaces, el curador que se les nombre representará al concebido. Como el concebido es también una persona, la ley debe establecer que *la persona por nacer es incapaz absoluto de ejercicio*³⁴².

342 Código civil y comercial argentino: Art. 24. Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a. la persona por nacer; b. la persona que no cuenta con la edad y grado de

El art. 1 del Código establece que “*la vida humana comienza con la concepción*”, y el Código de los Niños y Adolescentes, en el art. 1, dispone que “*se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad*”, es decir, se es persona a partir de la concepción. El art. 4.1 de la Convención Americana de sobre Derechos Humanos (CADH) señala que “*toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”. De acuerdo a la Cuarta Disposición final y Transitoria de la Constitución, “*las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “*Artavia Murillo vs. Costa Rica*”, del 28.11.2012, ha interpretado el art. 4.1 de la CADH, en el sentido de que el embrión no implantado no es persona, y que la *concepción tiene lugar cuando el embrión se implanta en el útero* de la mujer. En tal razón, se debe interpretar la legislación nacional con el significado de que se es persona a partir de la implantación o anidación, y no a partir de la fecundación (unión del espermatozoide con el óvulo).

El hecho de que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (art. 1), pone de manifiesto la posibilidad de que celebre actos jurídicos, durante todo el período de la concepción, por medio de sus representantes legales (sus padres).

2) *Los menores de 16 años*

El inc. 1 del art. 43 dispone que son absolutamente incapaces los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por ley, como son, por ej., los casos señalados en los arts. 378 inc. 5, 455, 456, 457, 530, 557, 646 y 1358³⁴³.

madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c. la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

343 Código civil y comercial argentino: Art. 26. *Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad*. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Además son responsables por sus actos ilícitos conforme a los arts. 458, 1975 y 1977.

Los menores están sujetos a la patria potestad, la cual se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disentimiento resuelve el juez de familia (art. 419). Si el hijo es extramatrimonial, la patria potestad se ejerce por el padre o por la madre que lo ha reconocido. Si ambos padres lo han reconocido, el juez decide a quién corresponde la patria potestad (art. 421). Por la patria potestad, los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores (art. 418) y de representarlos en los actos de su vida civil (art. 423.6). Al menor que no esté bajo la patria potestad se le designará un tutor que cuide de su persona y bienes y que lo represente en todos los actos de la vida civil (art. 502 y ss.).

La incapacidad absoluta del menor de dieciséis años está establecida en razón de que por su corta edad no ha desarrollado lo suficiente mentalmente, por lo que carece de idoneidad para entender plenamente las consecuencias de sus actos.

El límite de los dieciséis años para la incapacidad absoluta de obrar está establecido arbitrariamente. No es posible trazar una línea divisoria entre un mayor de edad (capaz) y un menor de edad (incapaz), entre un incapaz absoluto y un incapaz relativo por razón de la edad, sino que la adquisición de la capacidad de ejercicio es gradual y paulatina hasta aproximarse a los límites de la mayor edad, es por eso que se establece que el menor de 16 años es un incapaz absoluto, pero reconociéndole, excepcionalmente, al menor de esa edad una cierta

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

BGB alemán: Art. 104. Incapacidad de obrar. Es incapaz de obrar: 1. quien no ha cumplido los siete años de edad. 2. quien se encuentra en estado de alteración patológica de la actividad intelectual que excluye la libre determinación de la voluntad, a no ser que el estado sea transitorio por su naturaleza.

capacidad limitada. Por ej., para la adopción se requiere “que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años” (art. 378.4); el menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias, siempre que sean puras (art. 455); en suma, todos los casos en que el sujeto cuenta con capacidad natural de obrar (supra 22.2).

3) *Los privados de discernimiento*

El inc. 2 del art. 43 expresa que son absolutamente incapaces “*los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento*”. Como sabemos, la capacidad de discernimiento o de entender y de querer, es la capacidad natural del sujeto que por haber alcanzado un cierto desarrollo psicofísico está en aptitud de distinguir entre el bien y el mal, entre lo lícito y lo ilícito, entre lo que lo puede beneficiar o lo puede perjudicar. La persona que cuenta con capacidad de discernimiento está en posibilidad de comprender, razonar, evaluar y tomar una decisión razonada en relación a un acto concreto

Las personas privadas permanentemente de discernimiento, cualquiera sea la causa que lo origina (enfermedad mental³⁴⁴, senilidad, un traumatismo encefalocraneano, etc.) son incapaces absolutos. Sin discernimiento no hay voluntad jurídica, por esta razón y en protección de estos sujetos contra las consecuencias de los actos que realicen, el ordenamiento jurídico sanciona a tales actos con la nulidad absoluta (art. 219.2).

344 DELGADO, Honorio (*Curso de Psiquiatría*, 5.ª ed., Ediciones Científico-Médica, Barcelona, 1969) designa a todas las anomalías psíquicas con el nombre de *desórdenes mentales*, y dentro de estos distingue entre *enfermedad mental* o *psicosis* y anomalías que no son enfermedades, sino estados deficitarios o modos de ser del sujeto: “Hoy se ve claro que es indispensable distinguir dos clases fundamentales diferentes: las enfermedades mentales o psicosis y las anomalías que en rigor no es legítimo considerar como verdaderas enfermedades. Las primeras son perturbaciones anímicas causadas por procesos patológicos somáticos, cuyas desviaciones funcionales o anatómicas radican en el cerebro. Las segundas, las anomalías que no dependen de alteraciones morbosas corporales en el sentido médico, son desviaciones del modo de ser psíquico, similares a la diversidad normal, pero que rebasan los límites de esta”. Las psicosis pueden ser endógenas o exógenas. Las primeras se dividen en sintomáticas, orgánico-cerebrales y tóxicas. Las segundas comprenden la psicosis maníaco-depresiva, la esquizofrenia y las manifestaciones psicopatológicas de la epilepsia esencial, la cual incapacita civilmente solo en los casos de alteración permanente. Las psicosis en todas sus variedades constituyen enfermedades mentales que determinan la incapacidad absoluta del sujeto. Las disposiciones psíquicas anormales (personalidades deficitarias) son causas de incapacidad relativa).

La privación del discernimiento debe ser permanente; si existen períodos normales de equilibrio mental y períodos anormales, se considerará cuál estado prevalece sobre el otro, es decir cuál se da con mayor frecuencia. Si prevalece el de desequilibrio, carece de relevancia los períodos lúcidos. Por ejemplo, el art. 241.3 prescribe que no pueden contraer matrimonio los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos, y el art. 274 sanciona con nulidad el matrimonio del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquel tenga intervalos lúcidos.

Las personas mayores de edad privadas de discernimiento están sujetas a curatela (art. 564), previa declaración judicial de interdicción (art. 566). La interdicción civil es el estado en que se encuentra una persona a quien judicialmente se le ha declarado incapaz para realizar sus actos jurídicos.

El cónyuge, los parientes o el Ministerio Público pueden pedir que judicialmente se declare la interdicción de las personas privadas de discernimiento (art. 583 del CC y art. 581 del CPC). El juez, con la ayuda de peritos, determinará si la persona se encuentra privada de discernimiento, en cuyo caso, previa la declaración de interdicción, le designará un curador para que proteja al incapaz, provea en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado, y lo represente o asista, según el grado de incapacidad, en sus negocios (art. 576). No es posible nombrar curador para los incapaces, sin que preceda la declaración judicial de interdicción (art. 566). Para que la persona que carece de discernimiento sea declarada judicialmente interdicta se requiere que no pueda dirigir sus negocios, que no pueda prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenace la seguridad ajena (art. 571). Es obligación del juez cuando declare la interdicción de un incapaz, fijar la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad del interdicto (art. 581).

Para que el acto jurídico realizado por una persona privada de discernimiento, cuya interdicción no ha sido judicialmente declarada, sea nulo debe probarse que en el momento de otorgarse, el otorgante adolecía notoriamente de falta de discernimiento.

- 4) *El caso de los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.*

El inc. 3 del art. 43 disponía que son absolutamente incapaces “los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable”. Esta norma fue derogada por la Disposición Comple-

mentaria Derogatoria de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, publicada el 24.12.12. El art. 9.1 de esta Ley establece: “La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones”. Al haberse derogado el art. 43.3, los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos ya no son incapaces.

La Ley N° 29973 tiene por finalidad establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica (art. 1). La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás (art. 2). La norma parte del principio del respeto a la dignidad, la autonomía y libertad como valores inherentes de la persona, así como el derecho a la igualdad y no discriminación, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condición humana (art. 4).

Esta Ley 29973 prescribe:

- La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás (art. 2).
- La persona con discapacidad tiene derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por motivos de discapacidad. 8.2 Es nulo todo acto discriminatorio por motivos de discapacidad que afecte los derechos de las personas. Se considera como tal toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de uno o varios derechos, incluida la denegación de ajustes razonables. No se consideran discriminatorias las medidas positivas encaminadas a alcanzar la igualdad de hecho de la persona con discapacidad (art. 8).

- La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones (art. 9.1).
- El Estado garantiza el derecho de la persona con discapacidad a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades (art. 9.2).
- El Estado garantiza a la persona con discapacidad el acceso y la libertad de elección respecto a los distintos formatos y medios utilizables para su comunicación. Estos incluyen la lengua de señas, el sistema braille, la comunicación táctil, los macrotipos, la visualización de textos, los dispositivos multimedia, el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos y medios aumentativos o alternativos de la comunicación (art. 21.1).
- La persona con discapacidad tiene derecho a utilizar la lengua de señas, el sistema braille y otros formatos o medios aumentativos o alternativos de comunicación en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos que siga ante la Administración Pública y los proveedores de servicios públicos. Para tal fin, dichas entidades proveen a la persona con discapacidad, de manera gratuita y en forma progresiva, el servicio de intérprete cuando esta lo requiera (art. 21.2).
- Las entidades públicas, los prestadores de servicios públicos, las administradoras de fondos de pensiones y las entidades bancarias y financieras y de seguros remiten información, recibos y estados de cuenta en medios y formatos accesibles al usuario con discapacidad que lo solicite (art. 21.3).
- El Ministerio de Transportes y Comunicaciones promueve y regula las condiciones de accesibilidad para la persona con discapacidad, que deben garantizar los medios de comunicación, públicos y privados, así como los prestadores de servicios de telecomunicación (art. 22.1).
- Los programas informativos, educativos y culturales transmitidos mediante radiodifusión por televisión cuentan con intérpretes de lengua de señas o subtítulos (art. 22.2).
- El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en coordinación con el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad

(Conadis), promueve el acceso de la persona con discapacidad a las tecnologías de la información y la comunicación, incluido el Internet (art. 23.1).

Las entidades públicas y privadas, las instituciones de educación superior y las personas naturales o jurídicas que prestan servicios de información al consumidor y otros servicios a través de páginas web o portales de Internet cuentan con sistemas de acceso que facilitan el uso de los servicios especializados para los distintos tipos de discapacidad (art. 23.2).

La accesibilidad en la contratación de bienes, servicios u obras. Las bases de los procesos de selección para la contratación de bienes, servicios u obras por parte de las entidades públicas deben sujetarse a la normativa vigente en materia de accesibilidad para personas con discapacidad, según corresponda (art. 24).

Los adelantos científicos y tecnológicos permiten que los sordomudos, ciegomudos o ciegosordos hacen posible que estas personas sean plenamente capaces como cualquier persona que no adolece de estas anormalidades; un ciego puede ser, entre otras cosas, un brillante abogado, un músico o un cantante triunfante; un sordomudo, un excelente arquitecto, dibujante, escultor; un ciegomudo, un músico virtuoso; un ciego se puede comunicar por el sistema braille, etcétera.

La Ley N° 29973 se enmarca en el ámbito del segundo párrafo del art. 7 de la Constitución prescribe: *La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y aun régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.* Como toda persona, las que sufren de deficiencias físicas o mentales, gozan de todos los derechos subjetivos orientados a su eminente dignificación. El incapacitado no puede ser afectado en su dignidad, no se le puede marginar de la vida de relación social; tiene derecho a un régimen legal de protección legal, a su atención, tratamiento y seguridad, especialmente por parte del Estado, con el fin de superar las limitaciones que lo incapacitan. Si esas deficiencias físicas y mentales no le permiten expresar su voluntad de manera indubitable, se le protege con las reglas de la incapacidad absoluta de ejercicio para celebrar actos jurídicos, debiéndosele nombrar un curador que se encargue de cuidar de su persona y bienes. Si las deficiencias físicas no afectan su capacidad mental, gozan de capacidad plena para que realicen los actos jurídicos que deseen en ejercicio de su autonomía privada.

Sin embargo, como no puede haber acto jurídico sin manifestación de voluntad, cuando estas personas, como consecuencia de los mencionados defectos físicos, no pueden expresar su voluntad verbalmente, por escrito ni por ningún otro medio, los actos que realicen adolecen de nulidad absoluta por falta de manifestación de voluntad. Con un mínimo de sentido común, no se puede afirmar que es válido un acto jurídico supuestamente celebrado por un sordomudo, ciegosordo o ciegomudo que no puede manifestar su voluntad de ninguna manera, so pretexto que se ha derogado el artículo 43.3.

La Ley N° 29973 derogó, además, del inciso 3 del artículo 43, el numeral 4 del artículo 241, el artículo 693, el artículo 694 y el numeral 2 del artículo 705 del Código Civil. Estos artículos disponían:

Art. 241. No pueden contraer matrimonio: (...) 4. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable”.

Art. 693. Los ciegos pueden testar sólo por escritura pública, con las formalidades adicionales a que se refiere el artículo 697.

Art. 694. Los mudos, los sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa, pueden otorgar sólo testamento cerrado u ológrafo.

Art. 705. Están impedidos de ser testigos testamentarios: (...) Los sordos, los ciegos y los mudos.

La Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973, modificó los artículos 696, 697, 699, 707, 709 y 710 del Código Civil con los siguientes textos:

“Artículo 696°.- *Formalidades del testamento por escritura pública.* Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son: (...) 6.- Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete. (...)

Artículo 697°.- *Testigo testamentario a ruego.* Si el testador es analfabeto, deberá leersele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia visual, el testamento podrá ser leído por él mismo utili-

zando alguna ayuda técnica o podrá leérselo el notario o el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento será leído por él mismo en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.

Artículo 699º.- *Testamento cerrado*. Las formalidades esenciales del testamento cerrado son: 1.- Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta. Tratándose de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre en las condiciones que detalla el primer párrafo. (...)

Artículo 707º.- *Testamento ológrafo*. Formalidades Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del numeral I del artículo 699. (...)

Artículo 709º.- *Apertura judicial de testamento ológrafo*. Presentado el testamento ológrafo con la copia certificada de la partida de defunción del testador o declaración judicial de muerte presunta, el juez, con citación a los presuntos herederos, procederá a la apertura si estuviera cerrado, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de sus páginas y dispondrá lo necesario para la comprobación de la autenticidad de la letra y firma del testador mediante el cotejo, de conformidad con las disposiciones del Código Procesal Civil que fueran aplicables. Solo en caso de faltar elementos para el cotejo, el juez puede disponer que la comprobación sea hecha por tres testigos que conozcan la letra y firma del testador. En caso de un testamento otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación, la comprobación se hará sobre la firma y huella digital del testador.

Artículo 710º.- *Traducción oficial de testamento*. Si el testamento estuviera escrito en idioma distinto del castellano, el juez nombrará un traductor oficial.

Además, si el testador fuera extranjero, la traducción será hecha con citación del cónsul del país de su nacionalidad, si lo hubiera. Igualmente, el juez podrá nombrar un traductor si el testamento hubiera sido otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación. La versión será agregada al texto original, suscrita por el traductor con su firma legalizada por el secretario del juzgado. El juez autenticará también este documento con su firma entera y con el sello del juzgado. (...).”

Concluimos que, como el acto jurídico es manifestación de voluntad, cuando falta la manifestación de voluntad el acto es inexistente, es decir, nulo, los actos jurídicos son válidos si el sordo, ciegosordo o sordomudo puede expresar voluntad indubitable de algún modo, en caso contrario es nulo por falta de manifestación de voluntad. La cuestión radica en establecer en cada caso concreto si está presente o ausente la manifestación de voluntad, con el fin de proteger realmente, a las personas que adolecen de los mencionados defectos físicos, en el cabal ejercicio de sus derechos.

24.2. Incapacidad relativa de ejercicio

Artículo 44.- Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena de inhabilitación [Texto modificado por el art. 31 del CP, en aplicación del art. I del TP del CC]³⁴⁵.

345 El texto original establecía: Art. 44.- *Son relativamente incapaces: (...)* 8.- *Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.* Ahora no existe la pena de interdicción civil. Lo que existen son las penas limitativas de derechos, entre las que figura la de inhabilitación, reguladas en la Sección III, del Título III, del Libro I del CP, promulgado por D. Leg. N° 635, del 3.4.91. En tal virtud, por aplicación del art. I del CC, la pena de interdicción civil, a que hace mención el inc. 8 del art. 44, es sustituida por la de inhabilitación. El art. 31 del CP dispone: *Las penas limitativas de derechos son: (...)* 3° *Inhabilitación.*

Los actos realizados por los incapaces relativos no son *nulos* sino solo *anulables* (art. 221), o sea producen normalmente los efectos que le son propios, pero no los producirán *ab initio* si son declarados nulos mediante sentencia judicial a instancia de la persona afectada con la causal de anulabilidad. A la incapacidad relativa se le denomina también incapacidad civil o legal³⁴⁶.

Son incapaces relativos:

1) *Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad*

Es obvio que los mayores de dieciséis años tienen una madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad superior a los menores de dieciséis años. Su capacidad mental está cada vez más próxima a la plena capacidad de ejercicio que se adquiere a los dieciocho años. Su aptitud real para desenvolverse en las relaciones sociales por sí mismos y para la asunción de su particular esfera de responsabilidad está próxima a los límites de la mayor edad, por lo que también se ve incrementada la gama y la complejidad de los actos jurídicos que puede realizar. Estas son las razones por las que el ordenamiento considera a estos menores como incapaces relativos (art. 44.1) y dispone que los actos que realizan no son sancionados con la nulidad sino solo con la anulabilidad (o nulidad relativa), lo que significa que producen normalmente todos los efectos que le son propios, solamente devienen ineficaces si son declarados nulos

346 CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, vol. V [De las obligaciones], Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 39: "La incapacidad civil no es absoluta como la incapacidad natural". Agrega Claro Solar que Capitant enseña "que las incapacidades de ejercicio son naturales y legales: *las naturales* son las que afectan a las personas privadas de discernimiento a consecuencia de su corta edad o de un estado de enfermedad, como los niños que no han llegado aún a la edad de la razón, o los enajenados, que no pueden figurar personalmente en un acto jurídico, porque no comprenden lo que hacen, y el acto que ejecutan es inexistente por no tener la facultad de querer; de modo que no hay que hablar en estas hipótesis de incapacidad, sino de falta de voluntad; *las legales* son generales y especiales; están afectados de incapacidad general los menores, los interdictos judiciales, los interdictos legales (...), y no están afectados de incapacidad general los pródigos y los débiles de espíritu, sino que la ley enumera ciertos actos para cuya validez deben ser asistidos de su consejero judicial; los actos ejecutados por estos incapaces no son inexistentes, tienen el vicio que resulta de la incapacidad general de su autor y pueden ser anulados; no son inexistentes, porque no carecen de ningún elemento esencial. La falta de capacidad no suprime en efecto la falta de querer; el incapaz tiene una voluntad, comprende lo que hace y cuando obra, la manifestación de su voluntad es seria (...) Así, lógicamente, es exacto considerar los actos de los incapaces como simplemente anulables, y su nulidad solo puede ser invocada por aquellos en cuyo favor ha sido establecida; solo el incapaz puede atacar el acto que ha ejecutado".

mediante sentencia judicial pronunciada únicamente a petición del propio menor cuando llegue a su mayoría de edad o por su representante legal (art. 222).

Si los menores de dieciséis años que tienen capacidad natural de discernimiento, tienen capacidad para ejercer por sí mismos aquellos actos determinados por ley, como lo vimos en su momento, con mayor razón, los mayores de dieciséis que cuentan con discernimiento pueden realizar todos los actos jurídicos permitidos a los menores de dieciséis.

El Código para algunos actos jurídicos específicos exige que expresamente que los menores cuente con 16 años edad, por ejemplo:

- (1) pueden contraer obligaciones o renunciar derechos con la autorización expresa o tácita, o con la ratificación de sus padres (art. 456);
- (2) los padres consultarán a la persona que tenga más de dieciséis años los actos importantes de la administración de su patrimonio (art. 459);
- (3) puede contraer matrimonio con autorización de sus padres (art. 244);
- (4) La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por tener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio (46).

Para otros actos exige que el menor cuente con 14 años de edad, por ejemplo:

- (1) el menor que ha cumplido catorce años puede recurrir al juez contra los actos de su tutor (art. 530) o pedir la remoción de este (art. 557);
- (2) puede asistir al consejo de familia con voz pero sin voto (art. 646);
- (3) puede reconocer al hijo extramatrimonial (art. 393);

Para otros actos no exige que el menor cuente con una edad determinada, sino que basta que tenga capacidad de discernimiento, por ejemplo:

- (1) pueden celebrar los contratos relativos a la satisfacción de sus necesidades ordinarias (art. 1358);
- (2) puede aceptar legados, donaciones y herencias voluntarias puras (art. 455);
- (3) pueden ser autorizados por sus padres para realizar un trabajo, ocupación, industria u oficio, caso en el que pueden practicar todos los actos, inclusive los de disposición y gravamen, que requiera el ejercicio de tal actividad (art. 457);

Los menores capaces de discernimiento también son responsables por sus actos ilícitos conforme a los arts. 458, 1975 y 1977.

Y, para otros actos, el Código no se refiere ni a una edad determinada ni al discernimiento, sino solamente se menciona al sujeto menor edad, por ejemplo:

- (1) la madre menor de edad, en representación de su hijo, puede demandar al padre de este para que le pase alimentos (art. 407).

Este trato diferenciado que da la ley a las personas menores de 18 años de edad no se puede considerar como una arbitraria discriminación. No toda discriminación afecta a la justicia. Solamente son discriminatorias las situaciones que carecen de una justificación razonable. Las personas según su edad y capacidad de discernimiento presentan desigualdades de hecho, que exigen un tratamiento jurídico desigual, sin que con ello se contravenga a la justicia, más aun cuando esas distinciones son el instrumento de protección de quienes deben ser amparados por el ordenamiento jurídico, considerando la mayor o menor desventaja en que se encuentran frente a los demás; como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido prescrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño"³⁴⁷.

Como todo menor, están sujetos a la patria potestad. Cuando el menor no está bajo la patria potestad se le nombrará un tutor.

Si el mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, de acuerdo con la ley, puede realizar por sí mismo determinados actos³⁴⁸, se impone la modificación

³⁴⁷ Corte Interamericana de los Derechos Humanos: caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 28.12.2012.

³⁴⁸ El art. 162 del CC español dispone: "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el art. 158".

del inc. 1 del art. 44, de tal forma que se deje a salvo los actos que por ley pueden realizar estos menores.

2) *Los retardados mentales*

Se entiende por retardado mental³⁴⁹ a aquella persona de desarrollo mental anormal o que ha sufrido un estancamiento en su desarrollo mental, por cuya razón tiene un coeficiente intelectual deficiente que afecta la libre determinación de la voluntad³⁵⁰, lo que le impide dirigir normalmente su persona y administrar su patrimonio. Por ej., un niño desarrolló mentalmente en forma normal hasta la edad de once años en que se paraliza su capacidad intelectual, continuando con su desarrollo físico en forma normal, y ahora tiene dieciocho años de edad, pero una capacidad intelectual de un niño de once.

La alteración en el desarrollo mental del ser humano puede presentarse en la vida fetal, como sucede generalmente con el síndrome de Down³⁵¹, o una vez que ha nacido, y deberse a causas genéticas, metabólicas o ambientales (accidentes, enfermedades, malnutrición, efectos de drogas, etc.).

La Organización Mundial de la Salud clasifica al retardo mental en leve, moderado, grave y profundo. Es leve cuando el coeficiente intelectual oscila entre 50 y 70, necesitando el niño una educación especial para que pueda desa-

349 El *retardo mental* (también conocido como *retraso mental* o *deficiencia mental*) es una afección que se diagnostica antes de los 18 años de edad y supone que el individuo que lo padece presenta un funcionamiento intelectual que se ubica por debajo del promedio del coeficiente intelectual (70-75).

350 La enfermedad mental y la debilidad mental, si bien se distinguen, “ambas situaciones psíquicas implican una perturbación patológica de la actividad intelectual del sujeto cuando a causa de una enfermedad psíquica, de disposición anímica anormal o de lesión en las células cerebrales, se halla perturbada de tal forma su capacidad de juicio o la formación de su voluntad que no puede esperarse de él apreciaciones y enjuiciamiento normales. Carecen de la libre determinación de la voluntad, en el sentido de no comprender el significado de sus manifestaciones ni de obrar en consecuencia” (Santos Briz, Jaime, *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. I, Introducción y doctrina general, Perrot, Buenos Aires, 1986. Cit. de Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas*, Rodhas, Lima, 2014, p. 753).

351 El síndrome de Down, denominado también “mongolismo”, “retardo mongoloide”, “idiotismo mongoloide” es un trastorno psicosomático, un estado patológico que disminuye la capacidad funcional y orgánica, produciendo alteraciones físicas y mentales en quien lo padece. Esta enfermedad se caracteriza por el aspecto mongoloide del rostro (de tipo mongólico y por un desarrollo mental anormal, deficiente).

rollar una vida normal; el moderado oscila entre los 35 y 50, la persona puede llevar a cabo actividades que no requieren una habilidad especial, requieren de supervisión y guía; el retardo mental grave presenta un coeficiente intelectual entre 20 y 35, la persona presenta anormalidades anatómicas o fisiológicas; el retardo mental profundo presenta un coeficiente de 20, la persona tiene la mentalidad de un niño de tres años, para el Derecho está privada de discernimiento, por tanto, es un incapaz absoluto.

Los retardados mentales mayores de edad están sujetos a curatela (art. 564), previa declaración judicial de interdicción (art. 566), después de que el juez ha comprobado que el incapaz no se encuentra en aptitud de dirigir sus negocios, que no pueda prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena (art. 571). El juez fijará la extensión y los límites de la curatela según el grado de incapacidad del interdicto (art. 581).

Los actos realizados por el retardado mental declarado judicialmente interdicto son anulables, sin requerirse que se pruebe que su autor adolecía de retardo mental en el momento de celebrarlos. En cambio, los actos jurídicos realizados con anterioridad a la declaración de interdicción pueden ser anulados si se prueba que el retardo mental ya existía y era notorio en la época en que fueron celebrados (art. 582).

3) *Los que adolecen de deterioro mental*

El deterioro mental comprende todo tipo de anomalía psíquica que limita, no suprime, la aptitud de la persona para expresar libremente su voluntad. La persona que adolece de deterioro mental puede vivir por sus propios medios en condiciones favorables, pero carece de facultades mentales suficientes para situarse y mantenerse a la altura de los demás individuos, circunstancia que hace que posean una personalidad deficitaria, carente de la plena capacidad de discernimiento requerida para que una persona goce la plena capacidad de ejercicio de sus derechos. Las causas que lo originan pueden ser muy diversas: una enfermedad mental (v. gr., Alzheimer, Parkinson), un accidente que produce daños en el cerebro, la senilidad, enfermedades mentales de larga duración, involución biológica propia de la vejez, etc. Por ej., una persona, quien se desempeñaba como un brillante catedrático universitario, en un accidente de tránsito sufre un traumatismo encefalocraneano con pérdida de la conciencia, la cual va recuperando poco a poco hasta que logra reconocerse a sí mismo, a sus familiares y amigos, puede trasladarse de un lugar a otro sin ninguna ayuda, puede realizar contratos

para satisfacer sus necesidades ordinarias, pero su recuperación no es total, su capacidad mental queda deteriorada permanentemente por lo que le es imposible volver a la cátedra universitaria o dirigir negocios de cierta magnitud.

La senilidad se produce, generalmente en las personas mayores de edad, por el endurecimiento de los vasos sanguíneos que irrigan el cerebro, por lo que la persona va perdiendo paulatinamente su capacidad de entender y de querer. Esto es, la senilidad es un proceso a través del cual se va deteriorando progresiva e irreversiblemente la capacidad mental de la persona hasta que puede perderla totalmente. Será el juez el que, con la ayuda de peritos, determine el grado de incapacidad de la persona que sufre de senilidad, estableciendo si es un incapaz relativo (si la persona adolece solamente de deterioro mental) o absoluto (si la persona está ya privada de discernimiento).

Las personas mayores que adolecen de deterioro mental o de retardo mental³⁵² o privadas de discernimiento, están sujetas a curatela, previa declaración judicial de interdicción. Pero, la declaración de interdicción no modifica la incapacidad del privado de discernimiento, del retardado mental o del que sufre de deterioro mental. La interdicción de estas personas significa únicamente la existencia de una de estas causales y hace innecesaria la prueba de que el acto del interdicto ha sido ejecutado estando incurso en ellas. Por eso, todos los actos

352 Se debe tender a que toda persona disminuida por retardo mental, deterioro mental o por cualquier otra causa sea debidamente integrada a la familia, la escuela, el trabajo, la sociedad; por encontrarse, sin su culpa ni la de sus padres, en una situación de desventaja frente a las personas normales, toda la colectividad debe proporcionarles lo necesario para su subsistencia. La Constitución portuguesa de 1976, art. 71, expresa: "1. Los ciudadanos física o mentalmente deficientes gozan plenamente de derechos y están sometidos a los deberes consagrados en la Constitución, con reserva del ejercicio o del cumplimiento de aquellos para los cuales se encuentren incapaces. 2. El Estado se obliga a realizar una política nacional de prevención y de tratamiento, rehabilitación e integración de los deficientes, a desarrollar una pedagogía que sensibilice a la sociedad en relación a los deberes de respeto y de solidaridad con estos y asumir el compromiso de la efectiva realización de sus derechos, sin daño de los derechos y deberes de los padres o de los tutores. 3. El Estado apoya las asociaciones de deficientes". Nuestra Constitución de 1993 dispone que "la persona incapacitada a velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad" (art. 7); agrega que "es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas" (art. 16). "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan" (art. 23).

que realicen después de haber sido declarados interdictos son nulos si el sujeto está privado de discernimiento o anulables si adolece de deterioro o de retardo mental, sin que sea necesario probar la existencia de estas causales, pero si no han sido declarados interdictos, el acto será invalidado solamente si se prueba que estas causales existieron notoriamente en la época en que el acto fue concluido (art. 582). De esta forma se cautela debidamente tanto el interés del incapaz como el de los terceros.

Por consiguiente, para invalidar los actos realizados por estas personas, sin que se haya declarado judicialmente su interdicción, se requiere: a) que la falta de discernimiento, o el retardo mental, o el deterioro mental, existan en la época en que se celebró el acto; b) que la existencia de estas causales fuera notoria. Solamente si concurren estos dos elementos, el acto puede ser invalidado por incapacidad; así lo exige la seguridad en el tráfico jurídico.

4) *Los pródigos*

Pródigo³⁵³ es la persona que disipa o dilapida su patrimonio sin medida,

353 Parábola del hijo pródigo: Lucas 15, 1-3, 11-32: En aquel tiempo, se acercaban a Jesús los publicanos y los pecadores para oírle. Los fariseos y los escribas murmuraban, diciendo: Este acoge a los pecadores y come con ellos. Entonces les dijo esta parábola: Un hombre tenía dos hijos; y el menor de ellos dijo al padre: "Padre, dame la parte de la hacienda que me corresponde". Y él les repartió la hacienda. Pocos días después el hijo menor lo reunió todo y se marchó a un país lejano donde malgastó su hacienda viviendo como un libertino. Cuando hubo gastado todo, sobrevino un hambre extrema en aquel país, y comenzó a pasar necesidad. Entonces, fue y se ajustó con uno de los ciudadanos de aquel país, que le envió a sus fincas a apacentar puercos. Y deseaba llenar su vientre con las algarrobas que comían los puercos, pero nadie se las daba. Y entrando en sí mismo, dijo: ¡Cuántos jornaleros de mi padre tienen pan en abundancia, mientras que yo aquí me muero de hambre! Me levantaré, iré a mi padre y le diré: Padre, pequé contra el cielo y ante ti. Ya no merezco ser llamado hijo tuyo, trátame como a uno de tus jornaleros. Y, levantándose, partió hacia su padre. Estando él todavía lejos, le vio su padre y, conmovido, corrió, se echó a su cuello y le besó efusivamente. El hijo le dijo: Padre, pequé contra el cielo y ante ti; ya no merezco ser llamado hijo tuyo. Pero el padre dijo a sus siervos: Traed aprisa el mejor vestido y vestidle, ponédle un anillo en su mano y unas sandalias en los pies. Traed el novillo cebado, matadlo, y comamos y celebremos una fiesta, porque este hijo mío estaba muerto y ha vuelto a la vida; estaba perdido y ha sido hallado. Y comenzaron la fiesta. Su hijo mayor estaba en el campo y, al volver, cuando se acercó a la casa, oyó la música y las danzas; y llamando a uno de los criados, le preguntó qué era aquello. Él le dijo: Ha vuelto tu hermano y tu padre ha matado el novillo cebado, porque le ha recobrado sano. Él se irritó y no quería entrar. Salió su padre, y le suplicaba. Pero él replicó a su padre: Hace tantos años que te sirvo, y jamás dejé de cumplir una orden

orden ni razón, en cosas inútiles y caprichosas, en juegos habituales (ludopatía), donaciones cuantiosas sin causa adecuada, gastos ruinosos que no guardan proporción con los medios de que dispone para atender a las necesidades familiares. Tira el dinero por la ventana sin pensar en el porvenir de su familia. El prodigo actuando con ligereza malgasta su patrimonio en perjuicio de su familia.

La prodigalidad es causa de incapacidad; puede ser declarado judicialmente interdicto por pródigo el que teniendo cónyuge y herederos forzosos dilapida bienes que exceden su porción disponible (art. 584). La interdicción conlleva la designación de un curador para que ejerza los derechos civiles del pródigo.

En el Derecho romano, según la ley de las Doce Tablas, *pródigo* era la persona que dilapidaba la fortuna heredada de su padre, "poniendo a su familia en peligro de indigencia, podía ser privado de la administración de su patrimonio". Más tarde se extendió la dilapidación a todo tipo de bienes. Quien era declarado interdicto conservaba todavía una capacidad bastante amplia; "en general, podía realizar libremente los actos que hacían mejor su condición y solamente se requería la intervención del curador para aquellos que por naturaleza la empeoraban"³⁵⁴.

El Código califica como pródigo al que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida sus bienes excediendo los límites de su porción disponible (art. 584).

Los institutos "porción indisponible" o legítima y la "porción disponible" están tratados en el Código civil en la sección de la sucesión testamentaria (Título III, Sección Segunda, del Libro IV). La legítima es la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos (art. 723). Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes (nietos, bisnietos, etc.), los padres y los demás ascendientes (abuelos, bisabuelos, etc.), y el cónyuge (art. 724).

tuya, pero nunca me has dado un cabrito para tener una fiesta con mis amigos; y ¡ahora que ha venido ese hijo tuyo, que ha devorado tu hacienda con prostitutas, has matado para él el novillo cebado! Pero él le dijo: Hijo, tú siempre estás conmigo, y todo lo mío es tuyo; pero convenía celebrar una fiesta y alegrarse, porque este hermano tuyo estaba muerto, y ha vuelto a la vida; estaba perdido, y ha sido hallado.

354 JOSSEERAND, Louis, *Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, T. I, vol. I [Teorías generales del Derecho y de los derechos. Las personas], Bosch, Buenos Aires, 1950, p. 431.

El que tiene hijos u otros descendientes o cónyuge puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes (art. 725), o sea, tratándose de los descendientes o cónyuge, la legítima que les corresponde está constituida por las dos terceras partes de los bienes del testador, constituyendo una tercera parte la porción disponible. De acuerdo con el art. 584, si una persona ha dilapidado más de un tercio de sus bienes teniendo descendientes o cónyuge, sus parientes pueden solicitar que judicialmente se le declare interdicto y se le designe un curador.

El que tiene solo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta la mitad de sus bienes (art. 726). Igualmente conforme al art. 584 si una persona ha disipado más de la mitad de sus bienes teniendo solo ascendientes, estos pueden solicitar que se le declare interdicto y que se le nombre un curador.

El que no tiene cónyuge ni descendientes ni ascendientes, tiene la libre disponibilidad de su patrimonio.

Como se aprecia, solamente puede ser declarado interdicto por prodigalidad el que teniendo descendientes, ascendientes o cónyuge ha despilfarrado parte considerable de su patrimonio existiendo el peligro de que exponga a su familia a la miseria, o sea, se tiende fundamentalmente a proteger a los miembros de la familia del pródigo, o sea a sus descendientes, ascendientes y cónyuge. Una persona puede hacer lo que quiere con su patrimonio, puede gastarlo, donarlo, prestarlo, abandonarlo, etc., sin que sus hijos y demás familiares puedan impedirlo, salvo que haya dilapidado sus bienes en una cantidad superior a la porción de libre disponibilidad que tiene para otorgar testamento, caso en el que, solamente su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados, pueden solicitar que se le declare interdicto por pródigo y que se le nombre un curador (art. 587). En otras legislaciones, con la incapacitación por prodigalidad se protege no solamente a la familia, sino también al propio dilapidador, a fin de que ni la una ni el otro caigan en la indigencia; en este sentido, el BGB alemán de 1900 dispone que puede ser incapacitado quien a causa de prodigalidad corra para sí o su familia el peligro de caer en estado de necesidad.

La curatela del pródigo corresponde a la persona que designe el juez, oyendo al consejo de familia (art. 589). El pródigo declarado interdicto por dicha causal no puede litigar ni practicar actos que no sean los de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial de su curador; el juez, al instituir la

curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración (art. 591). El curador del pródigo es el representante legal de los hijos menores del incapaz y administra sus bienes, a menos que estén bajo la patria potestad del otro padre o tengan un tutor (art. 592).

Los actos de disipación anteriores a la declaración de interdicción por prodigalidad son válidos, no pueden ser impugnados de anulabilidad por incapacidad, mientras que los actos posteriores a la interdicción son anulables (art. 593).

La declaración de interdicción del pródigo no modifica su capacidad natural, sino que la limita en cuanto a los actos que pueden afectar su patrimonio, cuya administración es entregada al curador que una vez declarada la interdicción, deberá nombrársele. El art. 44 de la Ley N° 26497 Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil dispone: "Art. 44. "Se inscriben en el Registro del Estado Civil: (...)d) Las resoluciones que declaran la incapacidad y las que limitan la capacidad de las personas".

5) *Los que incurren en mala gestión*

El mal gestor no es un dilapidador de su patrimonio, sino una persona que demuestra ineptitud o inhabilidad para la gestión de sus negocios, exponiendo a su familia al peligro de la miseria.

Puede ser declarado interdicto por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos. Queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión (art. 585).

Tanto el pródigo como el mal gestor mientras no hayan sido declarados interdictos conservan su plena capacidad civil. De ahí que los actos realizados antes de la declaración de interdicción son válidos (no pueden ser impugnados por incapacidad) y los llevados a cabo después son anulables.

6) *Los ebrios habituales*

Ebrio habitual es la persona adicta a las bebidas alcohólicas. El consumidor habitual de bebidas alcohólicas se transforma en un alcohólico crónico que no puede vivir sin consumir licor. La ebriedad consuetudinaria conduce a la degradación y autodestrucción de la persona con grave deterioro y hasta pérdida de la capacidad de discernimiento.

Un ebrio consuetudinario constituye una amenaza permanente para la estabilidad patrimonial y personal de él mismo y de su familia, así como para la tranquilidad y seguridad pública.

La ebriedad no habitual sino ocasional, esto es, "la simple ebriedad, que consiste en un estado de intoxicación por el alcohol, en un proceso agudo pero de poca duración, por lo mismo que es breve y aislado, carece de relevancia e incidencia para modificar la capacidad civil de una persona"³⁵⁵.

Por disposición del art. 586, será provisto de un curador quien por causa de ebriedad habitual se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena. Con la interdicción por ebriedad habitual se persigue evitar que el ebrio y su familia caigan en la miseria, así como proteger a los miembros de la comunidad contra el ebrio que amenace la tranquilidad y la seguridad ajena. Para que se declare la interdicción por ebriedad habitual se requiere probar: 1) la habitualidad; 2) la posibilidad de que él o su familia puedan caer en la miseria; y, 3) la necesidad de asistencia permanente o de amenaza para la seguridad ajena.

Los actos del interdicto por ebriedad habitual son anulables sin requerirse la prueba de la ebriedad. Los actos anteriores a la declaración de interdicción solo son anulables si se prueba que el otorgante en el momento que otorgó el acto ya adolecía notoriamente de ebriedad habitual (art. 582).

7) *Los toxicómanos*

Se denomina toxicómano o drogadicto a la persona que debido al consumo de sustancias estupefacientes ha desarrollado fármacodependencia severa que no le permite vivir sin consumir drogas. La drogadicción conduce a la autodestrucción de la persona, generando graves alteraciones fisiológicas y psicológicas que lo lleva a cometer los delitos más graves con el fin de obtener dinero para adquirir la droga. Constituye un peligro para sí mismo, para su familia y para la sociedad en general, pues, es una amenaza para la tranquilidad y la seguridad ajena. La toxicomanía menoscaba progresivamente la actividad mental de la persona, reduciendo su capacidad de discernimiento

355 VÁSQUEZ RÍOS, Alberto, *Derecho de las personas*, T. I, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 197.

Como expresa Lanatta³⁵⁶, “las sustancias empleadas al efecto comprenden desde las aparentemente inofensivas, como son los barbitúricos, los tranquilizantes y otros somníferos, en cuyo caso es la dosis excesiva o su frecuencia lo que les confiere tal calificación hasta los alucinógenos como la marihuana (cannabis índica), el ácido lisérgico (LSD), la anfetamina, la heroína, la mescalina y el ayahuasca; así como otras drogas como el opio, la morfina y la cocaína: Los efectos dependen no solo de las drogas y de las dosis, sino también del estado orgánico y de la personalidad de quien las usa”.

Conforme al art. 586, será provisto de curador quien por el uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena.

Solamente están facultados para pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de un pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados o cuando el toxicómano constituya un peligro para la seguridad ajena (art. 588).

El curador del ebrio habitual y del toxicómano tiene la obligación de proveer a la protección de la persona del incapaz, a su tratamiento y eventual rehabilitación (art. 590) si es necesario colocándolo en un establecimiento adecuado. Para internar al incapaz en un establecimiento especial, el curador necesita de autorización judicial, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos, y si no los hubiere con audiencia del consejo de familia (art. 578). Para atender todas estas necesidades del incapaz, el curador utilizará los frutos de los bienes del incapaz y si es necesario los capitales de este, previa autorización judicial (art. 577).

Con la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano se tiende a proteger a la persona del propio incapaz, a su familia, entendiéndose por tal a todos los que dependen económicamente del incapaz, y a la sociedad en general en cuanto el ebrio o el toxicómano puedan devenir en elementos peligrosos.

El curador es el representante y asiste al ebrio y al toxicómano, según el grado de su incapacidad, en sus negocios (art. 576).

356 LANATTA, Rómulo E., *Capacidad del testador*, 2.^a ed., Imprenta del Seminario Santo Toribio, Lima, 1977, p. 57.

Como lo prescribe el art. 591, el pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin el asentimiento especial de su curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración. Por consiguiente, estas personas no pueden realizar actos de gravamen o disposición de su patrimonio ni tampoco los actos de mera administración que se les haya prohibido al instituir la curatela. Estos actos serán realizados por su curador.

Los actos realizados por el interdicto por toxicomanía son anulables por efecto de tal medida. Los actos anteriores a la declaración de interdicción pueden ser anulados si la toxicomanía existía notoriamente en la época en que se otorgaron (art. 582).

Las resoluciones que declaran la incapacidad o que limitan la capacidad de las personas se inscriben en el Registro de Estado Civil (art. 44.d de la Ley N° 26497 Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil).

8) *Los que sufren pena de inhabilitación*

El inc. 8 del art. 44 prescribe que son relativamente incapaces “los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil”. El art. 595 dispone: “*Ejecutoriada la sentencia penal que conlleve la interdicción civil, el fiscal pedirá, dentro de las veinticuatro horas, el nombramiento de curador para el penado. Si no lo hiciera, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan. También puede pedir el nombramiento el cónyuge y los parientes del interdicto*”.

El derogado Código penal de 1924 establecía la pena de interdicción civil. El Código penal vigente de 1991 (D. Leg. N° 635) establece la pena de inhabilitación que es una pena limitativa de los derechos políticos y civiles del sentenciado (art. 36), la cual puede ser impuesta como principal o accesoria (art. 37), pudiendo ser absoluta si se priva al condenado de todos los derechos contenidos en el art. 36 del Código Penal o relativa, si la privación es solamente de determinados derechos de los señalados en el art. 36; puede aplicarse como pena única o conjuntamente con otras. Desaparece la pena de interdicción civil por cuanto ya no lo considera el Código Penal vigente (*nulla poena sine lege*); algunos de sus efectos están comprendidos en la pena de inhabilitación. En tal virtud, la incapacidad señalada en el inc. 8 se refiere a los que sufren pena de inhabilitación; en la sentencia condenatoria se establecerá la incapacidad para el ejercicio de determinados derechos civiles.

Desde 1991, en que entró en vigencia el nuevo Código penal, la pena de interdicción civil no existe en el Perú, por tanto, los artículos 44.8 y 595 del Código civil están derogados en aplicación del art. I del Título Preliminar del Código civil, según el cual, la ley se deroga tácitamente “por incompatibilidad entre la nueva ley (la del Código penal) y la anterior (la del Código civil)”.

En la sentencia por la que se impone la pena de inhabilitación se especificará los actos que no puede realizar el sentenciado. El principio debe ser que la capacidad de ejercicio de la persona se presume aun cuando se encuentre internada en un establecimiento penal, las limitaciones tienen carácter excepcional. La sentencia penal condenatoria indicará expresamente la extensión de la limitación de la capacidad de obrar.

25. EJERCICIO DE LOS DERECHOS CIVILES DE LOS INCAPACES

Artículo 45.- Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de estos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.

Las personas incapaces ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Los padres, tutores y curadores son los representantes legales de los incapaces que están bajo su cuidado y los representan en el ejercicio de sus derechos civiles, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela. Para realizar actos de mera administración no necesitan de autorización alguna, pero para realizar actos de disposición o gravamen del incapaz necesitan contar con autorización judicial previa (art. 167).

Los menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales³⁵⁷, que son sus padres o a falta de estos sus tutores. La ley excepcional-

357 Código civil y comercial argentino: Art. 26. *Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.* La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años de tiene aptitud para decidir por

mente, cuando el menor ha cumplido cierta edad o cuenta con discernimiento, faculta al menor para realizar por sí ciertos actos jurídicos (ejemplos: arts. 456, 457).

Los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y los bienes de sus hijos menores y de representarlos en los actos de la vida civil (arts. 418, 419 y 423.6). No pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de la administración ordinaria, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. En su caso, el juez, si lo estima conveniente, puede disponer que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requiera los intereses del hijo (art. 447).

Además, por disposición del art. 448, los padres necesitan de autorización judicial para practicar en nombre del menor, los siguientes actos:

1. Arrendar sus bienes por más de tres años.
2. Hacer partición extrajudicial.
3. Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje.
4. Renunciar herencias, legados o donaciones.
5. Celebrar contratos de sociedad o continuar en la establecida.
6. Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio.
7. Dar o tomar dinero en préstamo.
8. Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración.
9. Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas.
10. Convenir en la demanda.

sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

El tutor tiene el deber de alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de este y proteger y defender su persona y de representarlo en todos los actos civiles, excepto en aquellos que, por disposición de la ley, el menor puede ejecutarlos por sí solo (arts. 526 y 527). El tutor no puede enajenar ni gravar los bienes del menor sino con autorización judicial, concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del consejo de familia. Están exceptuados de esta disposición los frutos que si pueden ser enajenados o gravados por el tutor en la medida que sean necesarios para la alimentación y educación del menor (art. 531).

El art. 532 prescribe que el tutor necesita de autorización judicial concedida previa audiencia del consejo de familia para:

1. Practicar los actos indicados en el art. 448.
2. Hacer gastos extraordinarios en los predios.
3. Pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía.
4. Permitir al menor capaz de discernimiento, dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, dentro de los alcances señalados en el art. 457.
5. Celebrar contrato de locación de servicios.
6. Celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso.
7. Todo acto en que tenga interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios.

Conforme al art. 538, los tutores están prohibidos de:

1. Comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor.
2. Adquirir cualquier derecho o acción contra el menor.
3. Disponer de los bienes del menor a título gratuito
4. Arrendar por más de tres años los bienes del menor.

Estas disposiciones constituyen una restricción de la capacidad de goce del tutor.

La curatela se instituye para los incapaces mayores de edad, para la administración de bienes, o para asuntos determinados (art. 565). El curador tiene la obligación de proteger al incapaz, proveer en lo posible a su restablecimiento y, en su caso, a su colocación en un establecimiento adecuado, además, lo repre-

senza o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios (art. 576); si el incapaz tiene hijos menores, el curador será tutor de estos (art. 580). Rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela (art. 568); por consiguiente, no puede enajenar ni gravar los bienes del incapaz sino con autorización judicial concedida por necesidad o utilidad (art. 532), con excepción de los frutos de los bienes del incapaz que el curador puede disponerlos o gravarlos para atender a su sostenimiento y restablecimiento (art. 577).

Por aplicación del art. 568, el curador necesita autorización judicial previa para realizar los actos señalados en el 532 y está prohibido de realizar los actos contemplados en el art. 538.

26. CESE DE LA INCAPACIDAD DEL MENOR POR MATRIMONIO Y POR ADQUIRIR UN TÍTULO PROFESIONAL

Artículo 46.- La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.

Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos³⁵⁸.

El matrimonio de la persona, así como la adquisición de título profesional por los mayores de dieciséis años que los autorice a ejercer una profesión u oficio³⁵⁹, son signos suficientes de que tales personas han alcanzado un grado de

³⁵⁸ Texto modificado por el artículo único de la Ley N° 29274, del 28.10.2008.

³⁵⁹ Código civil y comercial argentino: Art. 30. *Persona menor de edad con título profesional habilitante.* La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene

madurez psicobiológica como para poder determinarse libre y autónomamente en su vida de relación social por contar con suficiente capacidad de entender y de querer que les permite comprender la responsabilidad que les concierne por las consecuencias de sus actos, por cuya razón la ley les confiere capacidad general plena de ejercicio. Capacidad, que tratándose de dichos menores que han contraído matrimonio no se pierde por la terminación de este. Los actos jurídicos realizados por estos menores son plenamente válidos, por lo que no pueden ser impugnados por falta de capacidad.

El menor de dieciséis años no puede ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona, sino mediante sus representantes legales, salvo que la ley expresamente lo permita, v. gr., el menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, caso en el que puede practicar los actos que requiere el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos (art. 457).

Los mayores de catorce años son capaces, a partir del nacimiento del hijo, para realizar ellos personalmente, sin la concurrencia de sus padres o tutores, solamente los siguientes actos: reconocer a sus hijos, demandar los gastos de embarazo y parto, demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos para sus hijos y demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos.

la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.

CAPÍTULO V

EL OBJETO DEL ACTO JURÍDICO

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

[...]

2. Objeto física y jurídicamente posible.

[...]

26. INTRODUCCIÓN

La palabra *objeto*, del latín escolástico *objectum*, significa lo que está colocado delante; del antiguo verbo *obicere* que quiere decir “poner delante”. Objeto es todo cuanto puede ser aprehendido o conocido por el sujeto. Todo lo que no es sujeto, es objeto.

No todo lo que puede ser objeto es también objeto de *derecho*.

El Derecho positivo es regulador de conducta humana social, o sea, de *relaciones sociales*. Luego, el objeto del Derecho es la conducta humana en interacción intersubjetiva. Como alguien ha dicho, el Derecho objetivo es la regulación de la conducta humana social, y el derecho subjetivo es la conducta humana social regulada.

La *relación* social es el vínculo establecido entre dos o más personas (o sujetos o partes). La relación social digna de tutela es captada por el Derecho objetivo atribuyéndole a una de las partes uno o más derechos subjetivos (po-

deres, facultades, atribuciones, autorizaciones) y a la otra uno o más deberes jurídicos. Esta relación social captada por el Derecho objetivo se llama *relación jurídica*. En toda relación jurídica existen dos partes, a una de las cuales la norma jurídica atribuye un derecho y a la otra impone un deber u obligación. Se puede decir que la relación jurídica es el conjunto de efectos jurídicos (derechos y los correspondientes deberes u obligaciones) que el Derecho atribuye a los hechos y situaciones de la vida real. Las especies más importantes de relaciones jurídicas patrimoniales son: la *relación real* (el titular del derecho tiene un poder de goce directo sobre el bien y el sujeto del deber es indeterminado) y la *relación de obligación* o de crédito (el derecho es ejercido frente a otra persona determinada). A la relación obligacional (relación entre un acreedor –sujeto activo– y un deudor –sujeto pasivo–) se le denomina simplemente *obligación*.

Mediante el acto jurídico se crean relaciones jurídicas, o se modifican, regulan o extinguen, lo que se traduce en la creación, modificación, regulación o extinción de derechos subjetivos y deberes, o de situaciones jurídicas, o de declaración de certeza de unos y otros.

No hay acto jurídico que no esté destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Luego el objeto del acto jurídico es la *relación jurídica*. A su vez, toda relación jurídica tiene un objeto o contenido consistente en una *prestación*, que no es otra cosa que la conducta que debe desarrollar el sujeto del deber para satisfacer el interés del sujeto del derecho de la relación. La conducta desarrollada por el sujeto del deber puede consistir en dar un bien o un derecho, o en realizar un servicio, o en abstenerse de hacer algo. Luego, son objeto de la prestación: los *bienes*, los *derechos*, los *servicios* y las *abstenciones*. Por consiguiente, es posible distinguir por lo menos tres nociones de objeto: *objeto del acto jurídico*, *objeto de la relación jurídica*, y *objeto de la prestación*. Así el término objeto resulta siendo polivalente; se usa con varios significados: como relación jurídica, como prestación, como bien, etc.

27. EL OBJETO DEL ACTO JURÍDICO

El objeto del acto jurídico es la *relación jurídica* (arts. 140, 1351, 1402), a su vez, la relación jurídica tiene por objeto a la *prestación*, y el objeto de esta son los *bienes*, los *derechos*, los *servicios* y las *abstenciones*.

Las partes (sujetos) del acto jurídico, mediante su manifestación de voluntad, crean entre ellas relaciones jurídicas, o sea derechos y deberes u obligaciones, o las modifican, regulan o extinguen.

A las preguntas ¿para qué se celebra un acto jurídico?, ¿con qué objeto se otorga un acto jurídico cualquiera?, se contesta: para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica. Si se contrae matrimonio se establece una relación jurídica entre marido y mujer, si se reconoce un hijo extramatrimonial se establece una relación jurídica entre padre e hijo, si se celebra una compraventa se crea una relación jurídica entre vendedor y comprador, si de mutuo acuerdo se resuelve un contrato se extingue una relación jurídica contractual, si arrendador y arrendatario acuerdan que la renta de mil soles mensuales que venía pagando el arrendatario queda reducida a ochocientos soles, se está modificando una relación jurídica preexistente, etc.

Las *relaciones jurídicas* creadas o reguladas, modificadas o extinguidas, mediante el acto jurídico pueden ser patrimoniales (la relación entre arrendador y arrendatario, etc.) o extrapatrimoniales (la relación entre marido y mujer, etc.). A la relación jurídica patrimonial que vincula a un acreedor con un deudor se le denomina *relación obligacional* o simplemente *obligación*.

La *obligación* es la relación jurídica entre deudor y acreedor, en virtud de la cual el deudor debe cumplir una prestación con valor patrimonial en favor del acreedor, cuyo interés, patrimonial o no, pero digno de protección, consiste en obtener de aquella prestación, el bien, derecho, servicio o abstención que le es debido.

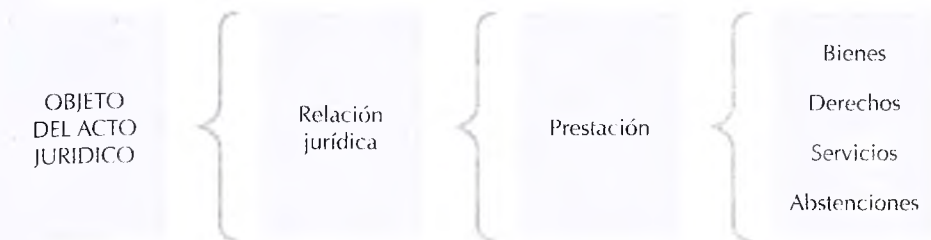
En uno de los extremos de la relación jurídica se encuentra el sujeto titular de un derecho, y en el otro está el sujeto titular del deber correlativo. Cuando la relación jurídica es patrimonial (obligacional), al sujeto del derecho se le denomina *acreedor* y al sujeto del deber se le llama *deudor*. La *obligación* es un vínculo entre un acreedor y un deudor. *Acreedor* es el sujeto a quien se le debe la entrega de algo (una cantidad de dinero, un juego de muebles, unas cabezas de ganado, un predio, unos títulos valores, una cuota parte de la cual se es propietario en un bien común, etc.); o se le debe la prestación de un servicio (el pintado de una casa, la defensa en un proceso judicial, etc.); o se le debe una abstención (la obligación del inquilino de no subarrendar el bien arrendado; la del futbolista de no jugar para otro equipo; la del depositario de no usar el bien en provecho propio o de un tercero, etc.). En fin, *acreedor* es el sujeto a quien se le debe un bien, un derecho, un servicio o una abstención. *Deudor* es el sujeto que debe algo. No hay relación jurídica con solamente el sujeto del derecho (acreedor) o con solo el sujeto del deber (deudor), eso es imposible.

La *relación jurídica* también tiene un objeto. El objeto de la relación jurídica es la *prestación*. La *prestación* no es otra cosa que el comportamiento que tiene que observar el sujeto del deber (lo que tiene que hacer o no hacer) para satisfacer el interés del sujeto del derecho. Celebrado un matrimonio se establece una relación jurídica entre marido y mujer, ¿qué tiene que hacer el marido para satisfacer el interés de su mujer?, debe convivir con ella, ¿qué tiene que hacer la mujer para satisfacer el interés del marido?, debe convivir con él; celebrado un contrato de compraventa se crea la relación entre vendedor y comprador, ya existe el vínculo obligacional, ahora ¿qué debe hacer el vendedor para satisfacer el interés del comprador?, debe entregarle el bien vendido, ¿qué debe hacer el comprador para satisfacer el interés del vendedor?, debe pagarle el precio. Antes de celebrarse el acto jurídico no hay marido ni mujer, vendedor ni comprador, una vez celebrado el acto jurídico los otorgantes deben ejecutar su prestación para que el sujeto del derecho obtenga el resultado práctico (social, económico o de otra índole) para el cual se concluyó el acto o negocio jurídico.

Hemos dicho que la prestación es la conducta que tiene que desarrollar el sujeto del deber para satisfacer el interés del sujeto del derecho. Toda conducta humana se reduce a un *hacer* consistente en dar algo (un bien o un derecho) o prestar un servicio material o intelectual, o a un *no hacer* (abstenerse de hacer algo). El dar algo es también un hacer; sin embargo, por razones didácticas o por necesidades del ordenamiento, se clasifica a las relaciones jurídicas en relaciones con *prestaciones de dar*, con *prestaciones de hacer* y con *prestaciones de no hacer*. El Código civil clasifica a las obligaciones en obligaciones de dar, hacer y no hacer (art. 1132 y ss.). Luego la *prestación* también tiene un objeto. Son objeto de la *prestación* los *bienes* (casas, terrenos, animales, naves, artefactos eléctricos, etc.), los *derechos* (el copropietario que vende el derecho que tiene en el bien común, no entrega el bien, sino el derecho que tiene en ese bien; el concesionario minero que cede su derecho a un tercero no transfiere a este la propiedad del predio y de los minerales que en él existen, sino su derecho de concesión que le ha conferido el Estado para explotar la mina; piénsese en los derechos de autor, en los de inventor), los *servicios* materiales o intelectuales (piénsese en el contrato de trabajo, de locación de servicios, de obra, de mandato, de depósito, de gerencia, etc.) y las *abstenciones* (v. gr., en un contrato de suministro con cláusula de exclusividad a favor del suministrado, el suministrante debe abstenerse de ejecutar prestaciones de la misma naturaleza de las que son objeto del contrato a otras personas distintas del suministrado -art. 1617-).

Por consiguiente, el objeto del acto jurídico está integrado por estos tres elementos: 1º) la relación jurídica, 2º) la prestación y 3º) los bienes, los derechos, los servicios y las abstenciones. Así es como encontramos al objeto en el tráfico jurídico; la referencia a uno de estos elementos automáticamente implica la de los otros. Así, por ej., el comprador solo puede exigir al vendedor, y a nadie más, que le entregue el *bien* vendido; la sola mención del *bien* como objeto del contrato de compraventa, implica la referencia a la relación jurídica y a la prestación.

Lo expuesto es muy discutido en la doctrina, donde hay diversas corrientes de opinión acerca del objeto del acto jurídico. De ello nos ocupamos en los puntos siguientes.



28. TEORÍAS SOBRE EL OBJETO DEL ACTO JURÍDICO

No hay acuerdo doctrinario sobre qué es el objeto del acto jurídico. Veamos algunas de las teorías al respecto.

1) *Las cosas y los hechos*

Para los juristas romanos son objeto del Derecho las cosas corpóreas o incorpóreas y los hechos (*Institutas*).

El art. 1108 del Código civil francés de 1804 dispone que cuatro son las condiciones esenciales para la validez de una convención y enumera entre ellas: “*Un objeto cierto que forma la materia del compromiso*”; luego en el art. 1126 establece que “*Todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar, o que una parte se obliga a hacer o no hacer*”, y el art. 1127 prescribe que “*el simple uso o la simple posesión de una cosa puede ser, como la cosa misma, el objeto del contrato*”. Los redactores del Código francés han seguido en esta parte a Pothier³⁶⁰

360 POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, cit., nº 53.

que en su *Tratado de las obligaciones* dice: “Los contratos tienen por objeto, o cosas que una de las partes contratantes estipula que se le darán, y que la otra parte promete darle; o alguna cosa que una de las partes contratantes estipula que se le hará o que no se hará, y que la otra parte promete hacer o no hacer”. Luego agrega que “sólo puede ser objeto de un contrato lo que una de las partes estipula por sí misma e igualmente lo que la otra parte promete por sí misma”.

Como expresa Larroumet³⁶¹, el Código civil francés no distingue entre objeto del contrato y objeto de la obligación creada por el contrato. En efecto, el art. 1108 trata de “un objeto que forme la materia del compromiso”, el art. 1126 y siguientes examinan el objeto de la obligación creada por el contrato. Por consiguiente, el objeto del contrato está constituido en realidad por el objeto de las obligaciones creadas por el contrato, salvo que eventualmente el contrato pueda tener por objeto la creación de un derecho real, la transferencia de un derecho real o personal como de una obligación. Para este autor, a fin de cuentas, hablar del objeto del contrato constituye una complicación inútil. Sin embargo, la mayoría de autores franceses, como él mismo reconoce, distinguen entre objeto del contrato y objeto de la obligación. El objeto de la obligación es la prestación que debe ser cumplida por el deudor (ej., entregar una cosa, cumplir el servicio prometido, pagar el precio estipulado); el objeto del contrato estará constituido por la operación jurídica considerada en su *ensamble*, es decir, en todas sus partes componentes y no solo a través de la obligación principal o accesoria.

Al igual que el francés, el Código civil chileno de 1855 (Código de Andrés Bello), en su art. 1445, inc. 3º, dispone que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que recaiga sobre un objeto lícito; y el art. 1460, que resume los artículos 1126 y 1127 del francés, establece: “*Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración*”. La diferencia radica en que el Código de Andrés Bello es más general que el francés, puesto que este se refiere al objeto del contrato, y aquel al objeto de todo acto o declaración de voluntad.

El Código civil colombiano, de 1887 (Código de Andrés Bello), art. 1517, dispone que “*Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas,*

361 LARROUMET, Christian, *Droit Civil. Les obligations. Le contrat*, T. III, 2.ª ed., Economica, París, 1990, p. 337.

que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración". Asimismo el art. 1518 expresa: "No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público". Tres son las condiciones de entregar cosas materiales: 1º Existencia de la cosa material o que sea posible de que llegue a existir; 2º La cosa debe ser determinada o determinable con la ayuda o reglas o datos que contenga la declaración de voluntad; 3º Comercialidad de la cosa material. Son intransferibles el aire, las drogas, los caminos, el derecho de suceder por causa de muerte a persona viva. Las condiciones del objeto en las obligaciones de ejecutar o abstenerse de ejecutar un hecho son su posibilidad física (el hecho no es contrario a las leyes naturales) y su posibilidad moral (es imposible por inmoral el hecho prohibido por la ley, o el hecho contrario a las buenas costumbres o al orden público).

El Código civil para el Distrito Federal de México, publicado el 26.03.1928, vigente a partir del 01.10.1932, en su art. 1824 dispone: "Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar; II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer". El contrato es una de las manifestaciones más importante del acto jurídico patrimonial.

Cuando estos códigos se refieren a dar, hacer o no hacer, indudablemente se están refiriendo, advertida o inadvertidamente, a la prestación como objeto del contrato o del acto jurídico en general. Confunden de este modo el objeto del contrato o del acto jurídico con el objeto de la obligación. En sentido estricto, la prestación es objeto (algunos denominan contenido) de la obligación, no del contrato. Los contratos tienen por objeto a las relaciones jurídicas obligacionales; dicho de otro modo, el objeto del contrato es la obligación.

Si se entiende por cosas solamente a los bienes corporales, no tendrían objeto las obligaciones con prestaciones de *no hacer* y las obligaciones con prestaciones de *dar* derechos; tampoco lo tendrían las obligaciones con prestaciones de hacer que se limitan a la observancia de una determinada conducta. De otro lado, no todas las cosas pueden constituir objeto del acto jurídico, pues hay cosas que están excluidas del tráfico jurídico (carreteras, parques públicos).

En parte, estas dificultades están superadas en la doctrina francesa para la cual, la palabra cosa (*chose*) es usada en su más amplia significación, de tal modo que comprenda tanto a las cosas materiales como inmateriales (derechos), a los servicios y hasta a las abstenciones.

Josserand³⁶² argumenta que desde hace mucho tiempo se observa que el Código civil, en la sección tercera, titulada “*del objeto y de la materia de los contratos*”, confunde el objeto del contrato con el objeto de la obligación procedente de ese contrato. El objeto del contrato es el nacimiento de una o de varias obligaciones. Pero no es de ese objeto de lo que se trata en el art. 1126 y siguientes, que se refieren a los *objetos de las obligaciones*. En descargo de los redactores del Código hay que reconocer que el objeto de la obligación influye gravemente sobre la validez del contrato; el acto no puede ser válido si no da nacimiento a obligaciones sobre objetos determinados, posibles y lícitos.

Si se admite que el objeto del acto o negocio jurídico son las cosas, la ilicitud está descartada; el objeto es neutro, pues las cosas, los automóviles, las corbatas, los animales, etc., no pueden ser calificados ni de lícitos ni de ilícitos.

El art. 953 del derogado Código civil argentino de 1869 prescribe: “*El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conforme a esta disposición son nulos como si no tuviesen objeto*”. Este Código no es claro en cuanto se refiere al objeto de la obligación, debido a que en el art. 496 menciona a la “cosa que es objeto de la obligación” y el art. 725 identifica los conceptos de prestación y objeto en cuanto expresa: “la prestación que hace el objeto de la obligación”. Borda³⁶³ dice que “el objeto de los actos jurídicos es la cosa o hecho sobre el cual recae la obligación contraída. En otras palabras, es la prestación adeudada. Siguiendo a Hernández Gil, agrega que el objeto del acto jurídico es la prestación, a cuya caracterización cooperan dos factores. Uno de ellos constante, es el comportamiento del deudor; otra variable, que puede o no concurrir:

362 JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos, Bosch, Buenos Aires, 1950, T. II, vol. I [Teoría general de las obligaciones], p. 82.

363 BORDA, *Manual de Derecho civil, Parte General*, cit., p. 427.

las cosas. Cuando la obligación consiste en dar o entregar una cosa, esta, aunque no integre por sí sola el objeto, forma parte de él. La prestación que siempre es conducta, puede o no estar referida a las cosas. Si va referida a ellas, como en las prestaciones de dar, aquellas se incorporan al objeto. Si no va referida a las cosas, como en las prestaciones de hacer, es solo conducta lo que integra el contenido de la obligación.

No se puede identificar en un solo concepto dos realidades distintas como son una conducta (hechos) que es un fenómeno temporal y las cosas que son espaciales. Toda relación jurídica tiene por lo menos dos sujetos, uno activo y otro pasivo, determinado (como en la obligación) o indeterminado (como en las relaciones reales). El sujeto es siempre el ser humano considerado individualmente o como integrante de un ente colectivo (persona jurídica). Por consiguiente, el objeto de la relación jurídica es la prestación debida, esto es, conducta humana, hechos positivos (acciones) o negativos (abstenciones): el comportamiento del sujeto pasivo destinado a satisfacer el interés del titular activo respecto del objeto. Cuando la prestación consiste en dar alguna cosa, esta es el objeto de la actividad prometida por el deudor. En este caso, el objeto del acto jurídico queda integrado por la relación jurídica, la prestación y las cosas.

Las cosas, los servicios y las abstenciones constituyen el objeto de la prestación, entendida como un acto que el sujeto pasivo debe realizar en beneficio del sujeto del derecho. Por ello es inexacto decir que el objeto del acto jurídico sean las cosas y los hechos. El hacer y el no hacer son conducta humana. Cuando esta está referida a la actividad que debe realizar o no realizar el sujeto pasivo, se le denomina *prestación*. Sin ejecución de la prestación debida, no es posible que el sujeto activo pueda obtener los bienes, los servicios o las abstenciones que desea como resultado final del acto o negocio jurídico. La prestación es *objeto de la relación jurídica* y no del acto jurídico.

2) *Los bienes*

Algunos autores entienden que el objeto del acto jurídico es un bien entendido como una realidad útil para la satisfacción de las necesidades del sujeto. Son bienes tanto las cosas materiales como las inmateriales (bienes culturales, los derechos).

Si el objeto se reduce a los bienes, quedan sin objeto los actos jurídicos que crean relaciones obligacionales con prestaciones de hacer y no hacer.

3) *Las cosas y los servicios*

Para el Código civil español pueden ser objeto del contrato las cosas y los servicios. Como uno de los requisitos esenciales del negocio jurídico se señala, por el art. 1261.2, “*un objeto cierto que pueda ser materia de contrato*”, aclarando el art. 1271 que establece: “*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun futuras*”, y agrega que “*Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*”. En cambio, estipula en el art. 1272 que: “*No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles*”, exigiendo en el art. 1273 que la cosa “*esté determinada en cuanto a su especie*”.

Pero es de advertir que no solamente las cosas y los servicios pueden ser objeto del contrato, sino también los deberes de abstención en las obligaciones con prestaciones de no hacer; la cesión de deudas y de créditos tienen por objeto no a cosas ni servicios, sino a los derechos y obligaciones que son transmitidos; en los contratos preparatorios nos encontramos ante obligaciones con prestaciones de hacer que tampoco consisten en cosas o servicios; los contratos normativos tienen por objeto reglas generales de conducta a las que deben someterse los contratos individuales futuros; el objeto de la constitución de una sociedad mercantil es satisfacer el interés de aunar capitales y esfuerzos para lucrar.

Las cosas son objeto de la *prestación de dar* y los servicios constituyen el objeto de la *prestación de hacer*. Lo que es objeto de la prestación no puede ser a su vez objeto del acto jurídico. Se puede afirmar que las cosas y los servicios son parte integrante del objeto del acto porque cuando la prestación es de hacer el objeto del acto jurídico está integrado por la relación jurídica, la prestación y las cosas o los servicios.

4) *La entidad material o inmaterial*

Según Barbero³⁶⁴, el objeto es toda entidad –material o inmaterial– sobre la cual recae el interés implicado en la relación y constituye el punto de incidencia de la tutela jurídica.

Para Barbero, la relación jurídica es la expresión de una posición normativa del orden jurídico respecto de un sujeto. El sujeto está tutelado en orden a la actuación de un interés suyo; este interés es suscitado y atraído por una entidad

364 BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, pp. 280-281.

distinta del sujeto, a la cual aspira el sujeto: será una cosa (un fundo, un brillante, un traje, un lápiz), será el resultado de una idea (un procedimiento técnico, una composición artística), será una persona (el cónyuge, el hijo), será la utilidad proveniente de un servicio (ej., tener una cosa en un lugar más bien que en otro: utilidad proveniente del servicio de transporte); en una palabra es un *quid* del cual la relación extrae su *razón de ser* para el sujeto. Esa entidad, ese *quid*, cualquiera que sea, es el objeto de la relación jurídica.

En cuanto al objeto del acto o negocio jurídico, Barbero, como la mayoría de autores italianos, distingue entre *objeto* y *contenido*. El primero es el bien y el contenido es la prestación, que es un acto del sujeto.

Siguiendo a Barbero, Alterini³⁶⁵ afirma que en la obligación el contenido es denominado técnicamente como prestación. La prestación constituye un plan, programa o proyecto de la conducta futura del deudor, esto es, un plan prestacional. Ese plan responde al interés del acreedor, al objeto esperado por este. En las obligaciones de dar el objeto es la cosa, en las de hacer se considera objeto a la ventaja o utilidad que deriva del hecho debido (ej., en el transporte, el ser trasladado a un determinado lugar); y en las de no hacer, la ventaja o utilidad que deriva de la abstención debida (v. gr., en la cláusula de no establecer un comercio competitivo en determinado lugar, a la ventaja o utilidad que surge de tal abstención). El contrato tiene un objeto inmediato: la obligación generada y un objeto mediato: el objeto de la obligación, vale decir, la cosa o el hecho, positivo o negativo, que constituye el interés del acreedor.

5) *El contenido*

Esta teoría identifica el contenido del acto con su objeto. El objeto es el contenido de cada categoría de actos (Carbonier, Messineo). Por ej., es objeto-contenido del testamento: transferir *mortis causa*.

Sacco³⁶⁶ dice que la definición del objeto del contrato como "lo que las partes han querido" se acerca intensamente a la idea de contenido del negocio hasta confundirse con él. El contenido es entendido como el reglamento adoptado por las partes, lo que justifica la correlación entre reglamento, prestación y cosa.

³⁶⁵ ALTERINI, Atilio A., Oscar J. AMEAL y Roberto M. LÓPEZ, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 4.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 51 y ss.

³⁶⁶ SACCO, Rodolfo, *Trattato di Diritto privato*, 3.ª ed., UTET, Turín, 2002, T. X, p. 246.

Betti³⁶⁷ distingue entre objeto y contenido, definiendo a este último como los fines prácticos que se proponen alcanzar las partes mediante el contrato, así como los medios y procedimientos que se han de seguir para alcanzarlos.

Etcheverry³⁶⁸ expresa que hay que diferenciar entre objeto y contenido. El contenido es la expresión intelectual volcada al instrumento. El contenido es libre; el ordenamiento jurídico es el que pone los límites de validez y eficacia al contenido y le otorga, total o parcialmente, o no le otorga, efectos jurídicos. El contenido incluye al objeto. Expresa la voluntad de las partes y el alcance de su voluntad. Incluye las previsiones directamente vinculadas al objeto, como las meramente instrumentales, las menciones accidentales y las modalidades especiales del negocio de que se trate.

No hay que confundir el objeto con el contenido, este es el todo; en cambio, el objeto es solamente una parte del contenido. El contenido es mucho más que el objeto, comprende también la causa fin, a no ser que se identifique causa y objeto, la forma y todo cuanto es materia de la regulación contractual. El sujeto que realiza un acto jurídico, quiere no solamente el acto sino también sus efectos. Estos no son solamente los queridos por el sujeto sino también los que no habiendo sido previstos por él, son atribuidos directamente por la ley, por los usos y costumbres, por la equidad. Luego en el contenido del acto jurídico está no solamente la manifestación de voluntad sino también la ley, los usos y costumbres, la equidad.

6) *Los bienes, las utilidades y las relaciones*

Se entiende por objeto a los bienes, utilidades, intereses o relaciones sobre el cual recae la voluntad negocial, o, si se quiere, que se regulan por el negocio (Albaladejo).

También Cariota Ferrara³⁶⁹ sostiene que el objeto es "la materia, o los bienes, o las utilidades, o las relaciones que caen bajo la voluntad de las partes" contratantes.

367 BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*. cit., p. 52.

368 ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *Derecho comercial y económico* [Obligaciones y contratos comerciales. Parte general], Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 203.

369 CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. de Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, p. 580.

Con relación al objeto del contrato, Sacco³⁷⁰ sostiene que se dice que el Derecho regula las cosas y los bienes en cuanto son materias necesarias para la satisfacción de intereses, de lo que se deduce que el verdadero objeto del negocio es el interés, la utilidad o las relaciones que caen bajo el querer de las partes. Como la vieja concepción del objeto como creación de la obligación se ha extendido hasta comprender la extinción de la misma, la transferencia de la propiedad y el reglamento contractual queridos por las partes, el objeto del contrato será lo que las partes han querido.

7) *La operación jurídica considerada*

El objeto del contrato es la operación jurídica considerada o querida –el negocio jurídico que las partes quieren realizar– (ejemplos: la transferencia de la propiedad de un bien, la prestación de un servicio, poner fin a un litigio mediante una transacción), el contenido concreto e integral del acuerdo de las partes, variable hasta el infinito gracias al principio consensualista (Mazeaud³⁷¹).

Esta teoría identifica el objeto del acto jurídico con el acto jurídico mismo. De adoptarse esta corriente de opinión desaparecería la noción de objeto ilícito, pues, tratándose de actos jurídicos típicos (testamento, compraventa, mutuo), el objeto en su valoración jurídica es neutro, no hay objeto ilícito porque todo lo que es conforme al ordenamiento jurídico es lícito.

Al identificar el objeto con el acto jurídico mismo, no se puede hablar del objeto como elemento o requisito de validez del acto o negocio. En otras palabras, si el objeto es el todo (la operación jurídica considerada), no se puede hablar del objeto como requisito o elemento del todo, porque es como decir que el todo es un elemento del todo, lo cual carece de sentido.

³⁷⁰ SACCO, *Trattato di Diritto privato*, cit., pp. 245-246.

³⁷¹ MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, cit., Parte II, Vol. I, p. 267. En el Perú, DE LA PUENTE Y VALLE, Manuel, *El contrato en general*, Biblioteca para leer el Código civil, Vol. XI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, Primera parte, T. III, p. 275: El objeto del contrato es la operación jurídica que se quiere realizar. "Supóngase que una persona tiene un fin práctico de adquirir la propiedad de un rebaño de ovejas perteneciente a su causante hereditario, pero sabe que para lograrlo debe utilizar un medio jurídico, como es la donación, la compraventa, la permuta o el suministro, ya que el ordenamiento jurídico no le permite hacerlo de otra manera, como, por ejemplo, robando el rebaño o asesinando a su causante". El objeto del contrato debe ser poner en manos del interesado el instrumento jurídico apto para generar los efectos que él desea obtener.

8) *La prestación*

El objeto del contrato es la prestación entendida como el comportamiento o conducta que debe observar el sujeto deudor, consistente en entregar un bien (prestación de dar), o en el cumplimiento de un hecho positivo (prestación de hacer) o negativo (prestación de no hacer). Algunos autores sostienen que la prestación se caracteriza por dos factores: uno constante: el comportamiento, y otro variable: la cosa, que puede o no concurrir (Hernández Gil, Borda³⁷²). El objeto de la prestación varía según la voluntad de las partes que fijan el contenido del acto o negocio jurídico, según se trate de una prestación de dar, hacer o no hacer algo.

Esta teoría identifica el objeto del contrato con el objeto de la obligación. El contrato y la obligación por él creada no pueden tener el mismo objeto. La prestación, *stricto sensu*, es el objeto de la obligación y no del contrato. Solamente en un sentido amplio del objeto podemos hablar de la prestación como objeto del contrato y del acto jurídico en general, dado que la prestación, así como la obligación y los bienes o servicios o abstenciones son elementos integrantes del objeto.

El objeto del contrato es la obligación y toda obligación tiene por objeto una prestación positiva si consiste en una acción, o negativa si se trata de una omisión.

9) *La norma creada por el acto jurídico*

La teoría normativa (Betti³⁷³) considera que el objeto del acto jurídico es establecer una norma para regular intereses privados (precepto de autonomía privada). El acto o negocio jurídico es regulador de conductas. La obligación nace de la norma creada. Objeto o materia del negocio son los intereses que, según la organización social, consientan ser regulados directamente por obra de los mismos interesados en sus relaciones recíprocas.

No participamos de esta corriente de opinión porque la norma particular creada por el acto jurídico comprende no solamente el objeto (según Betti los intereses privados regulados y no la finalidad perseguida por el agente), sino también el fin (causa fin) que se propone alcanzar el agente, así como los métodos y procedimientos a utilizarse para alcanzarlo.

372 BORDA, *Manual de Derecho civil. Parte General*, cit., p. 427.

373 BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*. cit., p. 68.

El contrato es un acto de autorregulación de su contenido en un complejo de disposiciones y cláusulas que las partes acuerdan. Disposiciones que regulan la identificación de las partes, la forma en que manifestarán su voluntad, la causa fin que les ha determinado a contratar, el objeto y los modos o mecanismos para alcanzarlo, los beneficiarios, que pueden ser para una o ambas partes o para un tercero, etc. De esto se deduce que el objeto es solo un elemento esencial o requisito de validez del acto, objeto que, a su vez, debe reunir los requisitos fijados por la ley. Como dice Scognamiglio³⁷⁴ el contrato puede ser imposible en cuanto todo su contenido no es realizable, caso en el cual estamos ante una hipótesis de inexistencia; puede en cambio la imposibilidad referirse solamente al objeto de la relación, esto es, a la prestación de la obligación, que por reflejo puede afectar a todo el contrato; y puede darse que aun siendo imposible el objeto y no pudiéndose por eso producirse inmediatamente los efectos contractuales, el contenido, en su conjunto, se configure como posible (el contrato se considera válido). Como el caso de la validez del contrato sujeto a condición suspensiva o a término, si la prestación inicialmente imposible deviene posible al momento en que el contrato debe producir sus efectos; y el caso por el cual las cosas futuras, salvo disposición diversa de la ley, pueden ser objeto del contrato. En estas hipótesis, el contenido es posible –no obstante la imposibilidad de la prestación contemplada– porque las partes han acordado diferir la eficacia del reglamento contractual a un momento sucesivo.

Está claro que el objeto es una parte de la regulación contractual. La regulación normativa está referida a todo el contenido contractual y no solamente al objeto.

10) *Materia del acto jurídico*

Hay autores que prefieren no hablar de objeto sino de materia del acto jurídico. La materia puede recaer sobre bienes, utilidades o relaciones (Cariota Ferrara³⁷⁵ y De Castro y Bravo³⁷⁶).

Cariota Ferrara dice que el negocio jurídico es nulo por ilicitud del objeto si, por ej., una joven vende sus trenzas no cortadas, o su sangre, o un ojo. A esto

374 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 134.

375 CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, cit., p. 580.

376 DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.

se observa que ni las trenzas, ni la sangre ni el ojo pueden ser calificados de lícitos o ilícitos, sino la conducta encaminada a disponer de ellos.

El objeto del contrato es “la materia social afectada, la realidad social acotada como base” (De Castro).

No solamente los bienes materiales pueden ser objeto del acto o negocio jurídico, sino también los inmateriales como, v. gr., la cesión de derechos, acto por el cual el cedente transmite al cesionario, no un bien material, sino el derecho a exigir la prestación a cargo del deudor. En otros casos el objeto está dado únicamente por la conducta humana, como sucede con las prestaciones de no hacer

11) *El contrato no tiene objeto sino efectos*

Algunos autores consideran que el contrato no tiene objeto sino efectos (Planiol³⁷⁷, Ripert³⁷⁸, Boulanger, Colin y Capitant³⁷⁹). Son los efectos los que tienen un objeto. Los efectos de un contrato consisten en la producción de obligaciones; son esas obligaciones las que tienen un objeto³⁸⁰. Solo de un modo elíptico se puede hablar de objeto del contrato.

377 PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, 10.^a ed., LGDJ, París, 1926, T. II, p. 360.

378 RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1964, T. IV, p. 162.

379 Colin y Capitant afirman que “el contrato es un acto jurídico que produce el efecto de crear obligaciones, ya a cargo de las dos partes, ya a cargo de una de ellas. Son estas obligaciones las que tienen un objeto, que puede consistir, ya en una cosa material, ya en un hecho, ya en una abstención. Por lo tanto, solo de un modo elíptico se puede hablar de objeto del contrato (COLIN y CAPITANT, *Curso de Derecho Civil*, T. III, p. 659).

380 Para Enneccerus, tampoco la relación jurídica obligacional tiene objeto. Este autor dice: “El crédito, como relación de persona a persona, no tiene objeto, sino que más bien el derecho del acreedor se dirige solamente contra la persona del deudor. Y para una consideración profunda tampoco la prestación debida puede calificarse de objeto, sino solo de contenido del crédito. Sin embargo, de los actos debidos, especialmente cuando consisten en servicios, se dice que son objeto del crédito y también es uso casi general, cuando la prestación se refiere a una cosa determinada o a un derecho, calificar de *objeto de la obligación* a esta cosa o a este derecho. Así, por ejemplo, decimos que la cosa vendida es el objeto del crédito del comprador y hablamos de cosas y cantidades debidas, cuando realmente lo debido es la *prestación* de esas cosas o cantidades. Pero este modo abreviado de expresarse, si se tiene presente lo que acabamos de decir, es inofensivo y difícilmente puede prescindirse de él si se desean expresiones sencillas” (ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martín WOLFF, *Derecho de Obligaciones*, revisado por Henrich Lehmann, trad. de la 35.^a ed. alemana por Blas Pérez Gonzales y José Alguer, vol. I, *Doctrina General*, 2.^a ed., al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1954, p. 6).

En opinión de Ghestin³⁸¹, lo esencial para la doctrina dominante es el objeto de la obligación, no del contrato. El contrato no tiene objeto, hablando con propiedad; tiene solamente efectos, los cuales consisten en la creación de una o más obligaciones.

Esta corriente de opinión carece de validez, puesto que para la existencia y validez del acto jurídico, y por consiguiente del contrato, se requiere que tenga un objeto. El objeto es uno de los elementos esenciales o requisitos de validez del acto o negocio jurídico. Este no puede existir sin un objeto. La carencia de objeto determina la invalidez del acto.

Cosa distinta es que eventualmente el objeto del contrato coincida con los efectos. Como dice Larroumet³⁸², el encuentro de las voluntades en un contrato tiene por efecto el de ligarlas jurídicamente, es decir, el de crear obligaciones. El contrato tiene por objeto, en efecto, sea la de obligar a una de las partes frente la otra, si es unilateral, sea a las dos partes, recíprocamente, si es sinalagmático (de prestaciones recíprocas). Se trata de la obligación de cumplir una prestación determinada. Sin embargo, hay que tener en cuenta que a veces el contrato puede tener por objeto el de constituir un derecho real o el de transferir un derecho o una obligación. En realidad, el objeto del contrato se confunde a veces con el efecto.

En realidad, efecto y objeto tienen una acepción común, pues sirven para indicar que la manifestación de voluntad, que es la sustancia de todo acto jurídico, "debe encaminarse directa o reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, vale decir, a crear, modificar o extinguir relaciones de esta índole. En esto consiste el *objeto jurídico* del acto"³⁸³. Esta opinión es convincente porque en Derecho las diferenciaciones deben responder a alguna utilidad práctica y no a una pura teorización caprichosa. La diferencia entre efectos del acto jurídico y objeto del mismo no tiene ninguna utilidad práctica.

381 GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil -Les obligations. Le contrat: formation*, 2da. ed., Paris, 1988, p. 567.

382 LARROUMET, *Droit Civil. Les obligations. Le contract*, cit., T. III, p. 336.

383 OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *Teoría General de los actos o negocios jurídicos*, cit., p. 32.

12) *Solo tienen objeto los negocios patrimoniales*

Autores, como Stolfi³⁸⁴, sostienen que solamente tienen objeto los negocios jurídicos patrimoniales. Esto porque Stolfi confunde *objeto* con *cosas* (en su acepción de bien material); así se pregunta cuál es la cosa que constituye el objeto del matrimonio; y dice que no sabe responder porque las nupcias dan lugar a deberes que no conciernen a los bienes de los cónyuges, sino solamente a sus personas.

A esto, Barbero³⁸⁵ contesta que el objeto no se agota en las cosas, sino que la misma persona física puede constituir objeto de relaciones jurídicas, llamadas precisamente *personales*, como, por ej., la patria potestad, la tutela, el *coniugium*. No hay que pensar –dice Barbero– que el asumir una persona como objeto de una relación sea de suyo disminuirla u ofender en cualquier modo su condición de sujeto, desconocer su personalidad humana. Todo depende de la naturaleza de la relación: es correctamente inadmisibles considerar a la persona como objeto de relaciones jurídicas patrimoniales, como ocurriría con los esclavos; pero si la relación tiene finalidad en consonancia con la naturaleza humana, como ocurre con la patria potestad, la tutela, etc., no hay razón para ofenderse o experimentar repugnancia alguna por ello. También los bienes personales pueden ser objeto de tutela jurídica. La vida, la integridad física, el honor no existen separada y distintamente de la persona viva, íntegra y honrada; no viene a existencia persona alguna sin vida, sin libertad, sin honor; pero a los fines prácticos del Derecho, pueden considerarse como objetos de tutela en lo que respecta a su vida, a su integridad física y a su honor. Nacen con la persona y son inconcebibles sin ella, por lo que no pueden ser objeto sino de relaciones acordes con la personalidad. Algunos de estos bienes se identifican con la misma personalidad, al punto de que sin ellos no puede haber persona, v. gr., la vida. Admitamos que se pueda quitar la vida, llegando al extremo de legitimar la pena de muerte; pero al quitar la vida se suprime la persona misma. Otros bienes personales como la libertad, la integridad, el honor no son tan esenciales que se pueda decir que sin ellos la persona no puede existir: la libertad, si no puede ser suprimida en todos sus aspectos, por ej., a nadie, ni aun siquiera en el ergástulo, podrá quitársele la libertad de conciencia, de religión, de pensamiento, etc.; en otros casos, puede ser limitada por penas restrictivas de la libertad; el honor puede perderse por hechos

384 STOLFI, *Negozio giuridico*, cit., p. 15.

385 BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, pp. 284 y ss.

infamantes; la integridad puede ser más o menos completa. Pero ninguna lesión, privación o restricción de tales bienes hace que desaparezca el deber de respetar la parte que queda, sea esta grande o pequeña.

29. NUESTRA OPINIÓN

Como acabamos de ver, tanto en la doctrina como en la legislación comparada hay una profunda discrepancia acerca de qué es el objeto del acto jurídico en general y del contrato en particular; algunos incluso niegan que el contrato tenga objeto y otros admiten que solamente tienen objeto los actos jurídicos patrimoniales.

Como ya hemos expresado, el objeto del acto jurídico es la *relación jurídica* por él creada, regulada, modificada o extinguida³⁸⁶. A su vez, toda relación jurídica tiene, además de un sujeto del derecho y un sujeto del deber, un objeto, esto es, *una prestación*³⁸⁷; el sujeto del deber de la relación jurídica es deudor de una prestación patrimonial (ej., en las relaciones contractuales) o extrapatrimonial (como en algunas relaciones familiares). La prestación, por ser conducta humana, consiste siempre en un hacer positivo (acciones) o negativo (abstenciones). El hacer positivo puede ser de dar bienes o derechos o de prestar servicios, y el hacer negativo consiste en abstenerse de hacer algo. Luego, a su turno, el objeto de la prestación son los bienes, derechos, servicios y abstenciones.

386 H. Capitant, dice: "Se llaman actos jurídicos las declaraciones de voluntad que tienen especialmente por objeto crear, modificar o extinguir los derechos" (CAPITANT, *Introducción al estudio del Derecho civil*, cit., p. 225).

387 Fritz Schreier dice: La relación jurídica pertenece al tipo normativo, o sea está constituida por un *deber ser* (puramente formal, a diferencia por ejemplo del moral, que lo es también en cuanto a su contenido) requiere un sujeto y un objeto, esto es, una persona y una prestación. Supuesta cierta *situación de hecho*, una *persona* debe determinada prestación. Y lo específico del Derecho consiste en que dicha relación normativa, que, partiendo de un supuesto, media entre la persona (o sujeto) y la prestación, se da bajo una *sanción* para su incumplimiento. Los elementos relacionados en la norma jurídica son cuatro: *situación de hecho, persona, prestación, sanción*. Recalca, Schreier, que la relación jurídica es esencialmente una relación de carácter lógico, creada por la estructura de la proposición. Recasens Siches agrega que se puede establecer la ley fundamental: "ninguna consecuencia jurídica, sin una situación de hecho; ninguna variación de una consecuencia jurídica, sin que se dé variación de la situación de hecho que le sirve de supuesto". Esta ley es, en lo jurídico, la análoga a la de causalidad en la naturaleza. Nace como juicio analítico de la esencia de la relación (Citado por Luis RECASÉNS SICHES. en, DEL VECCHIO, Giorgio y Luis RECASÉNS SICHES, *Filosofía del Derecho y estudios de filosofía del derecho*, 3.ª ed., UTEHA, México D. F., 1946, p. 391).

Lo expuesto nos permite afirmar que el objeto del acto jurídico está integrado por tres elementos: 1) la relación jurídica, 2) la prestación, y 3) los bienes, los derechos, los servicios y las abstenciones.

Al hablar del objeto del acto jurídico podemos referirnos, advertida o inadvertidamente, a solo uno de tales elementos o a dos de ellos o a los tres conjuntamente, pero la mención o consideración de uno de ellos implica a los otros dos. En materia de actos o negocios jurídicos, no hay ejecución de una prestación que no sea para el cumplimiento del deber en una relación jurídica válidamente constituida; y no hay obtención de bienes, derechos, servicios o abstenciones si no es por medio de la ejecución de la prestación.

No hay inconveniente para afirmar que el *objeto inmediato* del acto jurídico es la relación jurídica y que el *objeto mediato* es la prestación y el objeto de esta son los bienes, los derechos, los servicios y las abstenciones. De allí que impropriamente hablando podemos decir que cuando nos referimos a la prestación como objeto de la relación jurídica estamos refiriéndonos al objeto del acto jurídico, o cuando hablamos de los bienes, de los servicios o de las abstenciones como objetos de la prestación estamos haciendo referencia al objeto del acto jurídico en general o, por ej., del contrato en particular. Solamente así es comprensible que el Código civil, en su art. 140, exija como uno de los requisitos de validez del acto jurídico la presencia de un "*objeto física y jurídicamente posible*". Pues solamente la prestación que es conducta humana (acciones u omisiones) puede ser calificada de lícita o ilícita, además de posible o imposible. Los bienes se pueden calificar de existentes (presentes) o posibles de existir (futuros); la mayoría de los códigos denomina "físicamente posibles" a los bienes existentes y "físicamente imposibles" a los bienes inexistentes.

Como hemos dicho, la prestación no es sino la conducta humana que tiene que realizar el sujeto pasivo de la relación jurídica para cumplir con su deber u obligación, conducta que puede ser exigida por el sujeto activo, o titular del derecho de la relación. Tan cierto es esto, como que el Derecho es regulador de conducta humana intersubjetiva. Esta constituye el objeto del Derecho.

La relación jurídica, los deberes, los derechos, las obligaciones son conceptos abstractos que no pueden ser calificados de lícitos o ilícitos, sino de existentes o inexistentes, de válidos o inválidos según reúnan o no los requisitos de validez (elementos esenciales) exigidos por el ordenamiento jurídico. El derecho, el deber o la obligación son tales porque son jurídicos, esto es, porque

son conformes con el ordenamiento positivo. Fuera del Derecho no hay deber u obligación jurídicos. No es correcto sostener que hay deberes u obligaciones jurídicos contrarios al Derecho. Todo lo que es conforme con el Derecho es lícito.

Las personas y las cosas tampoco pueden ser calificadas de lícitas o ilícitas. La mesa, el caballo, el perro, el ratón, la energía eléctrica, la plaza pública, la iglesia, el cuartel, el hombre, la mujer, las patentes, etc., no pueden ser calificados de lícitos o ilícitos. No se puede decir que los bienes que están dentro del comercio son lícitos y los que están fuera del comercio son ilícitos, así como no se puede afirmar que las personas nacidas dentro del matrimonio son lícitas y las nacidas fuera del matrimonio son ilícitas. Los objetos *naturales* son neutros al valor; en la esencia de los objetos *culturales* está el valor, pero no pueden ser valorados de ilícitos o ilícitos. Por ej., podemos decir que la Gioconda de Leonardo da Vinci es una pintura muy bella, pero no podemos calificarla de lícita o ilícita.

Solamente la conducta o actividad humana positiva (acciones) o negativa (abstenciones) puede calificarse de lícita o ilícita según sea conforme o contraria con el ordenamiento jurídico. La conducta humana, como todo objeto cultural, es valiosa positiva o negativamente.

El acto jurídico es manifestación de voluntad; luego la manifestación de voluntad concreta por ser conducta humana (pero no su objeto: la relación jurídica) es lícita o ilícita. A su vez, la prestación, objeto de la relación jurídica, por ser, también, conducta humana, puede ser lícita o ilícita, según sea conforme o contraria con el ordenamiento jurídico.

La prestación, por ser actividad humana consistente en entregar un bien o un derecho, hacer un servicio material o espiritual, o abstenerse de hacer algo, puede ser lícita o ilícita según sea conforme o contraria con el ordenamiento jurídico, o, también, puede ser posible o imposible. Nos referimos a la posibilidad física o material, pues la *imposibilidad jurídica es la ilicitud*. Todo lo que no está permitido por el ordenamiento jurídico, o sea que atente contra normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, deviene ilícito. A su vez, los bienes objeto de la prestación son posibles porque existen o tienen la posibilidad de existir en el futuro; contrariamente, son imposibles porque jamás han existido, o han dejado de existir, o no pueden llegar a existir.

En la relación *jurídica-obligacional*, es lo mismo afirmar que el objeto del acto jurídico es la relación jurídica o simplemente que el objeto es la *obligación*. A la relación jurídica patrimonial se le denomina obligación. En la obligación, al

sujeto del derecho se le denomina acreedor y al sujeto del deber se le llama deudor; y en cada obligación en particular, el deudor y el acreedor toman otras denominaciones: vendedor y comprador, arrendador y arrendatario, etc. El objeto de la obligación es la prestación que puede ser de dar, hacer o no hacer algo; a su vez, la prestación tiene por objeto a los bienes y derechos (cuando la prestación es de dar), a los servicios (cuando la prestación es de hacer) y a las abstenciones (cuando la prestación es de no hacer).

30. EL OBJETO DEL ACTO JURÍDICO EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código civil legisla sobre el objeto en dos oportunidades: una, en forma general, al tratar del objeto del acto jurídico (art. 140, inc. 3° y art. 219 inc. 3°); y otra, en particular, sobre el *objeto del contrato*, en el Capítulo III de la Sección Primera del Libro VII.

30.1. El objeto del acto jurídico

El art. 140 dice que “el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”, por lo que hay que concluir que el objeto del acto jurídico es la relación jurídica.

Sin embargo, el inc. 2° del art. 140 exige que para la validez del acto se requiere un “objeto física y jurídicamente posible” y el inc. 3° del art. 219 dispone que “el acto jurídico es *nulo*: (...). Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible (...)”. Pero la relación jurídica es un concepto que no tiene naturaleza física, por lo que no se puede decir que el objeto del acto jurídico debe ser “física o jurídicamente posible”. La posibilidad física o jurídica no puede estar referida sino a la prestación que es el objeto de la relación jurídica o a los bienes, servicios o deberes de abstención que constituyen el objeto de la prestación.

De otro lado, objeto de la prestación no son solamente las cosas materiales o corporales, por lo que es erróneo estipular que para la validez del acto jurídico se requiere: “*Objeto física y jurídicamente posible*” (art. 140, inc. 2°). Un concepto vulgar identifica *objeto* con *cosa* y sujeto como sinónimo de hombre o de mujer, como se hacía en las *Institutas* de Gayo, al separar y oponer personas y cosas. El acto jurídico es fuente de relaciones jurídicas; la relación jurídica tiene por objeto prestaciones de dar, hacer o no hacer; y la prestación tiene por objeto bienes, derechos, servicios o abstenciones. Ahora bien, si el objeto del acto jurídico comprende obligaciones, derechos, prestaciones, cosas, servicios y deberes

de abstención, sus requisitos –del objeto– son la licitud, la posibilidad física y la determinabilidad. El Código italiano prescribe: Art. 1346. *Requisitos*. El objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable³⁸⁸.

30.2. El objeto del contrato

Para establecer el objeto del contrato confrontemos los siguientes artículos del Código civil:

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

[...]

2. Objeto física y jurídicamente posible³⁸⁹.

[...]

Art. 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Art. 1402.- El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.

Del análisis sistemático de estas tres disposiciones legales se deduce que el objeto del acto jurídico es la relación jurídica. Esta puede ser patrimonial (una relación jurídica contractual, etc.) o extrapatrimonial (una relación familiar, etc.), puesto que el art. 140 no hace distinciones.

A su vez, el Código civil, el objeto del contrato, especie de acto jurídico, es la relación jurídica, pero no toda relación jurídica sino solamente la relación jurídica patrimonial (obligación). No es objeto del contrato la relación jurídica extrapatrimonial. Pero tampoco toda relación jurídica patrimonial sino solo la relación jurídica obligacional. No es objeto del contrato la relación jurídica real.

388 El nuevo Código civil y comercial argentino dispone: Art. 279. *Objeto*. “El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”. El Código italiano supera a esta norma precisión y claridad.

389 El último párrafo del art. 1518 del CC colombiano señala: “Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

A la pregunta ¿qué quieren las partes con la celebración de un contrato? se contesta que lo que desean es crear (o regular, modificar o extinguir) obligaciones³⁹⁰. Luego la obligación es el objeto del contrato³⁹¹; la obligación tiene por objeto a la prestación; y la prestación tiene por objeto a los bienes (arts. 1402 y 1403). Dispone el art. 1402: “*El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones*”. El segundo párrafo del art. 1403 comienza expresando: “*La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella (...)*”. El Código omite referirse a los derechos, a los servicios y a los deberes de abstención como objeto de la prestación. Los servicios y los deberes de abstención jurídicamente son entidades distintas de los bienes.

Los *derechos* quedan comprendidos en la palabra *bienes*, los cuales pueden ser corporales o incorporales. Esto que en la teoría parece tan sencillo, en la práctica jurídica ya no lo es, pues hay la necesidad de distinguir entre unos y otros. Por ej., cuando un propietario vende su casa, el objeto de la prestación del vendedor consiste en entregar el bien: la casa. Pero cuando el copropietario vende la parte alícuota que tiene en la casa común, el objeto de la prestación del vendedor no consiste en entregar el bien: la casa o parte de ella, sino el derecho que tiene sobre ella.

Los bienes, junto con los derechos, los servicios y los deberes de abstención, constituyen el objeto de la prestación.

La prestación puede consistir en dar un bien o un derecho, o en prestar un servicio, o en un deber de abstención.

390 Como dice Luis Claro Solar: “Los contratos tienen por objeto crear obligaciones, son fuentes de obligaciones, y por lo mismo y consecuentemente crear derechos, que pueden consistir en *derechos reales* sobre las cosas, dominio, usufructo, uso, servidumbre, o en *derechos personales*, créditos, referentes a una cosa o algún hecho. Esto es el *objeto inmediato* del contrato, el objeto que las partes persiguen al formar entre ellas la convención; y refiriéndose en general a toda declaración de voluntad, es el fin perseguido por el que hace tal declaración y mediante la cual crea una obligación y da origen a un derecho” (CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, cit., vol. V, pp. 250 y 255).

391 En el contrato de sociedad hay que distinguir entre el objeto del contrato de sociedad y el *objeto social*. El objeto del contrato de sociedad es la obligación que engendra para los socios, y el objeto de la obligación es la prestación consistente en aportar dinero u otros bienes, derechos, trabajo, con el fin de que la sociedad pueda realizar la actividad económica para la cual se constituye, en tanto que el objeto social es la actividad o conjunto de actividades para cuya realización la sociedad se constituye.

La prestación de *dar* tiene por objeto a los bienes y a los derechos, la prestación de *hacer* tiene por objeto a los servicios, y la prestación de *no hacer* tiene por objeto a las abstenciones.

Hay incongruencia en el Código cuando por un lado, en los arts. 1402 y 1403, distingue entre lo que es objeto del contrato, objeto de la obligación y objeto de la prestación; y por otro, en el Libro VI, Sección Primera, Títulos I, II y III, se refiere a las obligaciones de dar, hacer y no hacer, confundiendo de este modo el objeto de la obligación con el objeto de la prestación. Obligación y prestación no pueden tener el mismo objeto. En vez de obligaciones de dar, hacer y no hacer se debe decir "obligaciones con prestaciones de dar, hacer o no hacer", como advierte Arias Schreiber³⁹².

La *prestación* es la actividad que tiene que realizar el deudor en beneficio del acreedor, consistente en entregar un bien o un derecho, realizar un servicio o abstenerse de hacer algo para poder cumplir con la obligación asumida. El deber del deudor se dirige siempre a una acción o a una omisión. En otras palabras, la prestación es la *conducta* que debe desarrollar el deudor para satisfacer el interés del acreedor (el derecho del acreedor se dirige al comportamiento y no a la persona de su deudor). Ese comportamiento del deudor puede consistir en dar o entregar un bien o un derecho, la acción de construir un bien mueble o inmueble, la de escribir un libro, la acción de exhibición complaciente de una modelo, la puesta a disposición del empleador de la fuerza de trabajo, abstención de actos de competencia, etc. El acreedor espera un comportamiento de dar, hacer o no hacer de su deudor o de un tercero que lo haga por él o, en última instancia, que el juez lo haga por él (piénsese en la escritura pública otorgada por el juez en rebeldía del obligado), salvo que la obligación se haya contraído *intuitu personae*, en cuyo caso la prestación puede ser ejecutada únicamente por el deudor.

En la realidad, la prestación se reduce a un *hacer*, dado que el dar constituye también un hacer, y un *no hacer* (un hacer en sentido negativo), tan igual como una abstención u omisión constituye un acto jurídico negativo. Toda conducta o comportamiento humano se reduce a un hacer o aun no hacer. Sin embargo, en Derecho no siempre es conveniente apresurar el nacimiento de nuevas concepciones debido a que ello puede traer complicaciones prácticas; dejemos que esto

392 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código civil peruano de 1984*, Studium, Lima, 1986, T. I, p. 157.

de que la prestación se reduce a un hacer o aun no hacer madure bien doctrinariamente, y de momento continuemos con la división tripartita de la prestación.

En la *prestación de dar*, la conducta del deudor es el *medio* por el cual el acreedor obtiene un *resultado* consistente en un bien o un derecho. El bien o el derecho que obtiene el acreedor es el resultado de la conducta realizada por su deudor. Por ej., si la prestación es de dar un bien, el bien no es la entrega (prestación) sino el bien entregado.

En materia de obligaciones, *bien* es toda entidad material o inmaterial³⁹³, fungible (se puede cambiar por otro de igual naturaleza, v. gr., el dinero, un libro) o no fungible; consumible (se extingue con el primer uso, v. gr., los alimentos) o no consumible (son de utilización duradera, v. gr. un automóvil); divisible (pueden ser fraccionados sin ser destruidos, como los granos, el dinero) o indivisibles (no pueden ser fraccionados sin alterar su substancia, como sucede con un animal, una casa); existente actualmente (en el momento en que se perfecciona el acto) o posible de existir en el futuro (v. gr., una cosecha futura, un juego de muebles que se confeccionará próximamente); determinado (identificado, individualizado) o determinable (que su individualización se hará ulteriormente). El bien tiene un valor económico para el deudor y es apto para satisfacer el interés del acreedor. ?

En una acepción amplia, para salvar imprecisiones del ordenamiento jurídico, dentro de la palabra *bienes* se comprende tanto a las cosas materiales como inmateriales (los derechos), a los servicios y a las abstenciones. Así, en las obligaciones con prestaciones de dar, el bien puede ser un terreno, una casa, un animal, el gas, la energía eléctrica, un derecho de concesión minera, etc. En las obligaciones con prestaciones de hacer, el bien es la obra construida (contrato de obra), el libro (contrato de edición), la fuerza de trabajo (contrato de trabajo), la utilidad o beneficio o placer (contrato de modelaje), etc. En las obligaciones con prestaciones de no hacer, el bien está dado por la utilidad o provecho que se obtiene de la conducta omisiva.

393 Según Ascarelli, los bienes inmateriales son el producto de la creación intelectual, carecen de existencia corporales y son tutelados por el Derecho. Estos bienes son las obras del ingenio como son las obras científicas, literarias, musicales, las obras pertenecientes a las artes figurativas, protegidas por las normas relativas a los derechos de autor o propiedad intelectual; las invenciones industriales, los modelos de utilidad y los dibujos industriales, amparados por la legislación sobre propiedad industrial; las creaciones intelectuales que establecen una nomenclatura de la realidad como son los emblemas, nombres comerciales, razones sociales, marcas de fábrica, protegidos también por el Derecho de propiedad industrial.

Sin embargo, esta acepción amplia de bien tampoco ayuda mucho puesto que el ordenamiento jurídico civil por un lado (en la teoría general del contrato) omite distinguir y por otro (en la parte especial de los contratos) distingue entre bienes, servicios y abstenciones. Así, el objeto de la prestación del vendedor es un bien mueble o inmueble, pero no puede ser un servicio ni una abstención; en cambio, el objeto de la prestación del locador en el contrato de locación de servicios son los servicios materiales e intelectuales (art. 1765). En el sentido del Código civil, en el contrato de suministro, el suministrante se obliga a ejecutar prestaciones de bienes, quedando fuera del contrato de suministro privado, para entrar en el contrato de obra o en el de locación de servicios, aquellos contratos en los cuales el objeto de las prestaciones continuadas o periódicas son servicios y no bienes. Es más, el Código civil regula separadamente de los contratos con prestaciones de bienes a los contratos con prestación de servicios como son la locación de servicios, el contrato de obra, el mandato, el depósito y el secuestro, además de los contratos innominados de "doy para que hagas y hago para que des" (Título IX de la Sección Segunda del Libro VII).

Por consiguiente, en el lenguaje común no hay dificultad para comprender en el concepto de bienes tanto a las cosas como a los derechos, a los servicios y a las abstenciones que tengan un valor económico y que sean aptas para satisfacer el interés del acreedor. Pero en el lenguaje técnico-jurídico son las exigencias de la realidad social las que determinan que el ordenamiento jurídico distinga entre bienes, derechos, servicios y abstenciones. La distinción es acertada por su utilidad práctica.

En suma, el servicio obtenido por el acreedor se deriva de un hecho realizado por el deudor.

Se deduce de lo expuesto que en la estructura del objeto del contrato hay tres elementos ligados íntimamente en forma sucesiva: 1º) la obligación, 2º) la prestación y 3º) el bien, el servicio y la abstención.

31. NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA CONTRACTUAL

De la definición de contrato contenida en el art. 1351 se deduce que la naturaleza de la "relación contractual es exclusivamente patrimonial"³⁹⁴. Desde el Derecho romano predominó el criterio de que la obligación debe tener carácter

394 ARIAS-SCHREIBER, *Exégesis del Código civil peruano de 1984*, cit., T. I, p. 98.

patrimonial³⁹⁵. Pero desde Ihering se admite que no solo los intereses económicos sino también los puramente morales pueden ser objeto del contrato³⁹⁶, en

395 El principio de que la obligación debe tener carácter pecuniario se atribuye a Gayo, que dice: *Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia sui proestarique possunt* (Digesto, Lib. XL, TIT VII, ley IX, párrafo II). Como dice ARIAS, lo que antecede es solo un fragmento, porque toda ella –la ley IX, párrafo II– dispone que: “Se discutió si le alcanzaba la liberación al que hubiere dado a un esclavo *statu liber* en abandono noxal. Y Octaviano opinaba que se liberaba; y lo mismo decía también si en virtud de lo estipulado debiese a Stico, y entregase a este (esclavo) *statu liber*; pues aunque hubiese llegado a la libertad antes del pago, se extinguiría toda obligación; “*porque en la obligación se comprenden las cosas que con dinero se pueden pagar y entregar*”, más la libertad no se puede pagar con dinero ni se puede rescatar; opinión que me parece verdadera” (ARIAS, José, *Contratos civiles*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1969, T. I, p. 194). Recuérdese que el *statu liber* es el esclavo manumitido por acto de última voluntad pero que depende de la expiración de un término o del cumplimiento de una condición. “*Statu liber* es aquel que tiene la libertad estatuida y destinada a tiempo o bajo condición”, dice Paulo (Digesto, Lib. XL, TIT. VII, ley I).

396 Ihering, en su monografía *Del interés en los contratos y de la pretendida necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias*, restó mérito al carácter patrimonial de la obligación. Consideró que no solo los bienes materiales tienen contenido jurídico, sino que también merecen protección del Derecho los puramente morales. Señala los siguientes ejemplos: El mozo de un hotel estipula con su patrón que le dará libertad de salir los domingos, después del mediodía. Según los juristas de la Escuela Histórica, esta convención no tendría ningún valor, por no ser la libertad de los domingos valuable en dinero. Una señora enferma, para evitar ruidos en su casa, ha dejado de alquilar las habitaciones que le sobran en ella, pero después de muchas solicitudes decide darlas a un inquilino que le ha prometido grandes consideraciones, especialmente no hacer música; pero resultó ser un profesor de piano que da, durante todo el día, lecciones en su pieza y emplea las horas de la noche en ejercitarse él mismo. ¿Debe él respetar el contrato? ¡No!, según la escuela histórica. La salud y el reposo no tienen valor pecuniario. El juez no reconoce sino el interés de la bolsa. Más allá de la bolsa para él no existe el derecho. Ihering dice: “Es una doctrina errónea que nuestra ciencia debe al descubrimiento de Gaius y especialmente a la información suministrada por él (IV, 48) de que el juez romano debía hacer recaer la condenación que pronunciaba en una suma de dinero. Los juristas de la escuela llamada histórica han tenido el gran mérito de utilizar de manera más fecunda, para la historia del Derecho, este descubrimiento hecho en su época. Pero con toda imparcialidad no se podrá impedir reprocharles que, en su celo por la historia del Derecho, y en sus esfuerzos para utilizar lo mejor posible los descubrimientos hechos en esta materia, hayan tratado a menudo las fuentes como si no fuesen objeto de una aplicación práctica, sino solamente de sabias investigaciones arqueológicas y que hayan puesto simplemente a un lado, como errores científicos, reglas de Derecho aplicadas durante siglos”. Luego Ihering cita una serie de textos romanos que demuestran que no es efectivo que el patrimonio sea el solo bien que el derecho tenga que proteger como objeto del contrato. En la vida humana, la noción del valor no consiste en dinero solamente; además del dinero hay otros bienes a los cuales el hombre civilizado atribuye un valor que quiere ver protegido

cuyo caso, la sanción para el caso de incumplimiento del deudor, consiste en el pago de una suma de dinero³⁹⁷, tan igual como se indemniza a la víctima de un daño a la persona (o daño subjetivo) o de un daño moral. Planiol y Ripert enseñan que el objeto de la obligación debe representar un interés, aunque no sea pecuniario para el acreedor porque los intereses morales tienen un valor social tan grande como los apreciables en dinero: la asignación de una suma de dinero para la reparación de un perjuicio moral está consagrada en materia no contractual, y no se ve razón para actuar de otro modo en materia contractual. Colin y Capitant³⁹⁸ sostienen que cualquiera que sea el interés que determina a una persona a contratar, la voluntad de las partes debe ser respetada desde el momento que no viola ni el orden público ni las buenas costumbres. Demogue³⁹⁹ sostiene que la protección de los contratos que no tienen un objeto económico debe imponerse bajo pena de no dar al Derecho sino un fin material inaceptable en una civilización avanzada; la protección de una acción o de una abstención de valor económico o moral resulta conveniente a los intereses sociales.

El art. 1351, al disponer que la relación jurídica contractual es de carácter patrimonial, se aparta del principio general contenido en el art. VI del Título Preliminar cuando establece que: “*Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral*”, con lo que se garantiza el principio de la libre determinación del objeto de los contratos. El interés moral, personal, es tan digno de protección como el interés patrimonial. Por ej., si celebro un contrato por el cual dono un riñón con fines de trasplante, o si contrato los servicios de un médico para que me cure de una enfermedad, o si concuro a

por el derecho. La doctrina y jurisprudencia francesa se inclinan por este criterio. El BGB alemán, art. 241 y siguientes, no exige valor patrimonial al objeto de la obligación. El art. 399 del CC japonés dice: “El derecho de crédito puede tener por objeto ventajas no susceptibles de valuación en dinero”.

397 Como dice De Gásperi “todos los intereses, aun los morales, por estar jurídicamente protegidos, si no tienen un valor en sí, tienen un valor que la ley les atribuye, porque el dinero, como signo portador de valor, como múltiplo de unidades de valor, es el único instrumento jurídico al alcance del legislador mediante el cual le es posible hacer efectiva una obligación, concebida como múltiplo de una unidad ideal de justicia” (DE GÁSPERI, Luis y Augusto M. MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, T. II [Obligaciones en general], Tea, Buenos Aires, 1964, p. 80).

398 COLIN, Ambrosio y Henri CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil francés*, 2.^a ed., Revs, Madrid, 1941, T. II, p. 308.

399 DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, cit., T. I, n° 5 y n° 7.

un estadio para ver un partido de fútbol, en ninguno de estos contratos persigo satisfacer un interés económico, sino con el primero puedo perseguir ayudar altruistamente a un amigo o a un pariente, con el segundo busco restablecer mi salud deteriorada, y con el tercero simplemente puedo pretender alentar al equipo del cual soy hincha.

Es más, el propio Código admite contratar sobre bienes de naturaleza extrapatrimonial, como es, por ej., la donación de partes del cuerpo humano o de órganos o de tejidos con fines de trasplante (art. 7 del CC; Ley N° 26842, art. 8; Ley N° 28189 y DS N° 014-2005-SA), las convenciones con fines publicitarios relativas al nombre de la persona natural (art. 27). Pretender sostener que la donación de órganos con fines de trasplante es una convención y no un contrato es hacer una distinción que la ley no hace y si se modificara la ley en este sentido no se lograría ningún resultado práctico puesto que nuestra realidad social y jurídica no distingue entre convención y contrato, que son usados como términos sinónimos. La donación de órganos con fines de trasplante requiere de la manifestación de voluntad tanto del oferente donante como del aceptante donatario, y esto es un contrato, ya sea que se le llame de este modo o que se le denomine convención o pacto.

El BGB alemán de 1900 se limita a decir que *“en virtud de la relación de obligación, el acreedor tiene el derecho de exigir del deudor una prestación, la que puede consistir también en una abstención”*. Como vemos, no hace mención al valor pecuniario de la relación de obligación. Saleilles⁴⁰⁰, comentando este artículo, dice que no hace alusión al valor pecuniario de la prestación y que ha sido expresamente entendido, por esto que bastaría para que la obligación fuese válida que su objeto presentara para el acreedor un interés legítimo y digno de ser protegido en justicia, aunque se tratara de un interés puramente moral o de un puro interés de afección, con la sola reserva de que la justicia no tendría que sancionar simples caprichos o meras fantasías erigidas en derechos de crédito. En este mismo sentido, Ennecerus⁴⁰¹ expresa que *“el interés privado del acreedor tiene casi siempre un valor pecuniario. Pero ya el Derecho romano no negaba la protección de cualquier otro interés digno de ella. El Código civil no exige interés pecuniario del acreedor, ni en el sentido de que el acreedor se haga*

400 Citado por CLARO SOLAR, *Explicaciones del Derecho civil chileno y comparado*, cit., vol. V, p. 10.

401 ENNECERUS, *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 5.

más rico por la prestación, ni en el sentido de que tenga que tratarse al menos de una prestación que, por regla general, pueda adquirirse por dinero; antes bien, toda mención de un interés pecuniario ha sido evitada adrede en el art. 241. No obstante, también, con arreglo al Código civil se ha de considerar indispensable un interés digno de protección”.

Explica Puig Brutau⁴⁰², que en las obligaciones con contenido no directamente patrimonial, es necesario formular las siguientes distinciones: 1º puede ser objeto de una obligación propiamente jurídica toda prestación del obligado que pueda ser ejecutada en forma específica, coactivamente, si es menester, con independencia de que su contenido sea patrimonial o económico; 2º si no cabe esta posibilidad de ejecutar coactivamente la misma prestación debida (cumplimiento en forma específica), podrá ser susceptible de ejecución forzosa a base de convertir el interés que tiene el acreedor en la misma prestación debida en una cantidad de dinero que represente el valor de aquella para el patrimonio del acreedor; 3º finalmente, cabe que la prestación, aunque no pueda ser ejecutada coactivamente en forma específica y tampoco pueda traducirse en un equivalente económico, haya causado perjuicios al acreedor al ser incumplida, por lo que procederá a reclamar la indemnización correspondiente, posibilidad esta que puede concurrir con las otras dos. Si no existe ninguna de estas dos alternativas, es bastante difícil que pueda hablarse de una obligación jurídica.

Una doctrina intermedia ideada por Scialoja⁴⁰³, Ruggiero⁴⁰⁴, Castán⁴⁰⁵, Messineo, Puig Peña⁴⁰⁶, Espin Canovas⁴⁰⁷, distingue entre el interés del acreedor y la prestación en sí misma. El interés del acreedor puede ser no económico: “los humanitarios, los científicos o los estéticos pueden ser exponentes del interés del acreedor en el seno de una relación jurídica obligacional. Basta con que sean dignos de tutela”. En cambio la prestación en sí, debe ser susceptible siempre, de

402 PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil, De las obligaciones*, T. I, vol. II, Barcelona, Bosch, 1959, p. 56.

403 SCIALOJA, Vittorio, *Negozi giuridici. Corso di Diritto romano*, Foro Italiano, Roma, 1938.

404 DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, cit., T. II, vol. 1.

405 CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, cit., T. I, vol. II.

406 PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho civil español*, T. IV, vols. I y II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

407 ESPIN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, T. III, p. 49.

una valoración económica o pecuniaria, porque de lo contrario, no sería posible la ejecución forzosa a expensas del patrimonio del deudor. Scialoja dice: "De esta suerte se concilia la protección de cualquier interés del acreedor, con tal que sea digno, y la necesidad de poder valorar económicamente la prestación, para que, en caso de incumplimiento, pueda sancionarse mediante la compensación o equivalencia económica en favor del acreedor, que de otro modo tendría un derecho ilusorio, esto es, no jurídico". Este criterio es seguido por el Código civil italiano de 1942, que en su art. 1174 establece: "*La prestación que forme objeto de la obligación debe ser susceptible, de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial del acreedor*".

Hace bien en afirmar Betti⁴⁰⁸ que el Derecho no solo se dedica a satisfacer intereses patrimoniales, o a asegurar solamente la satisfacción de intereses económicos, sino que para ser mercedores de tutela basta que los intereses sean socialmente apreciables, que tengan relevancia en la convivencia civil; "mientras la prestación, objetivamente considerada, debe ser siempre susceptible de una valoración económica, el interés del acreedor a la prestación puede ser, también, puramente moral". Expresa este autor italiano que cualquier ejemplo puede aclarar mejor estos principios: "supongamos que se quiere honrar la memoria de un antepasado querido, o la memoria de los muertos por la patria. El interés en honrar la memoria de un antepasado no es ciertamente un interés económico, sino un interés exclusivamente moral. ¿Puede este interés justificar la conclusión de un contrato, por ejemplo de un contrato de obra, para la construcción de un monumento? Efectivamente. La especial actividad que el contratista viene obligado a desplegar para la construcción del 'opus', o el 'opus' mismo, constituyen una prestación susceptible de valoración económica, porque en la vida económica social prestaciones de este género vienen compensadas con otras prestaciones equivalentes y pueden ser obtenidas mediante una retribución pecuniaria, pero el interés al que sirve la construcción del 'opus' no es ciertamente un interés económico, ni pecuniario".

Constituye, pues, opinión general la de que el interés pecuniario no es requisito de la obligación, pero que la prestación objeto de esta, cuando no es económica, debe tener una traducción patrimonial.

408 BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, trad. de José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, T. I, pp. 54 y ss.

32. ¿EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y SUPERVIVENCIA DE LA OBLIGACIÓN? CRÍTICA

Se afirma que el contrato deja de existir (se extingue, desaparece) una vez que crea la relación jurídica, porque a partir de ese momento ya no tiene ninguna otra función que cumplir. Por tanto no hay ejecución del contrato, que ya no existe, sino ejecución de la obligación⁴⁰⁹.

No participamos de esta opinión por cuanto la relación jurídica contractual es un concepto, una significación, que, como todo producto cultural, tiene necesariamente un substrato o soporte material que es el contrato, ya sea este verbal o escrito o esté contenido en soportes informáticos, etc.

Con fines de esclarecimiento, analicemos esto desde el punto de vista del contrato como norma particular. Por el contrato las partes regulan sus relaciones jurídicas con carácter vinculante, o sea, se dan normas a sí mismas. El contrato, como el acto jurídico en general, contiene una norma jurídica particular diferente de la norma general contenida en la ley o en la costumbre y distinta, también, de la norma individualizada contenida en la sentencia o resolución administrativa o laudo arbitral. El legislador frente a sus propias limitaciones delega en los particulares para que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, establezcan sus propias normas particulares de conducta, siempre que no transgredan las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. Esto es, el acto jurídico cumple una función reguladora de conducta humana social, o sea, de relaciones sociales con trascendencia jurídica. Por eso, las normas creadas por los particulares en sus negocios, especialmente en sus contratos, constituyen parte integrante del ordenamiento jurídico de un país, conjuntamente con las normas generales y con las individualizadas, y el cumplimiento de todas ellas está garantizado por la fuerza coercitiva que monopoliza el Estado. Tan cierto es esto que los magistrados, para resolver un conflicto derivado de un contrato, lo primero que tienen que hacer es aplicar el contrato, solamente si hay vacíos en el contrato aplica las normas supletorias contenidas en el Código u otros cuerpos legales.

⁴⁰⁹ Arias Schreiber Pezet al hacer la exégesis del art. 1402 dice: "que el nuevo Código ha optado por la tesis según la cual el contrato, una vez cumplida su función de crear la obligación, deja de existir y lo que se mantiene en pie es la obligación ya generada" (ARIAS SCHREIBER, *Código civil peruano de 1984. Exégesis*, cit., T. I, p. 158). La Puente y Lavallo dice: que el contrato deja de existir al crear la relación jurídica porque no tiene otra función que desempeñar... "El contrato no obliga; lo que obliga (valga la redundancia) es la obligación" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, cit., T. III, p. 291).

Las normas generales están contenidas en la ley, la costumbre, los principios generales; las normas particulares están contenidas en los actos o negocios jurídicos, especialmente en los contratos; las normas individualizadas y concretizadas están contenidas en las sentencias, en las resoluciones administrativas, en los laudos arbitrales. La norma es el mandato jurídico con eficacia reguladora de conducta humana social; en cambio, la ley, la costumbre, los precedentes judiciales, los principios generales, los actos o negocios jurídicos, las sentencias, las resoluciones administrativas, los laudos arbitrales son los signos, formas o modos sensibles mediante los cuales se manifiestan las normas. La norma es el contenido; en tanto que la ley, la costumbre, los actos jurídicos, las sentencias, etc., son el continente. La ley, la costumbre, el contrato, la sentencia, etc., contienen normas jurídicas.

No puede existir norma jurídica si no hay una forma mediante la cual se haga ostensible. Toda norma, como reguladora de conducta humana social, establece derechos y deberes. La norma y la forma de su manifestación están indisolublemente unidas hasta su extinción. Nacen y mueren juntas. De allí que no es razonable decir que una vez que se dio la ley, esta se extingue y queda únicamente la norma, o que una vez celebrado un matrimonio este se extingue y queda únicamente la relación jurídica matrimonial, o que una vez que se perfeccionó un contrato este se extingue y queda únicamente la obligación, que lo que obliga es la obligación y no el contrato. No es así porque la fenomenología del contrato nos dice que cada vez que haya duda sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, hay que analizar el contrato para determinar el contenido, extensión y sentido de tales derechos y obligaciones. En las normas particulares contractuales, el substrato (el contrato) y el sentido (los derechos y obligaciones) son sus elementos estructurales, por tanto, inseparables el uno del otro.

Cada vez que hay que interpretar el contrato, sobre todo cuando es escrito, para determinar el sentido y alcance de las obligaciones que de él se derivan hay que comenzar por averiguar el sentido literal del contrato, a causa de la interpretación gramatical o filológica es el punto de partida de toda interpretación jurídica y determina el marco dentro del cual deben operar los otros criterios hermenéuticos. Como sostiene Savigny⁴¹⁰, la base de toda interpretación es un texto que interpretar. La expresión es el signo más inmediato y más natural del pensamiento. El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes.

410 SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. I, p. 150

Lo dicho por Savigny para las normas generales vale también para las particulares y para las individuales. Si fuera cierto que, perfeccionado el contrato, este se extingue y queda únicamente la obligación, cada vez que se presente la necesidad, no habría cómo establecer el contenido y extensión de la obligación por falta de contrato que nos permita hacer la correspondiente interpretación, lo que demuestra que la función del contrato no termina con la creación de la obligación sino con la extinción total de esta. Si por ejemplo, en un proceso judicial sobre resolución de un contrato escrito, el juez ordena su exhibición, a nadie se le ha ocurrido contestar que no lo exhibe por cuanto se extinguió una vez perfeccionado y que lo único que queda es la obligación. Todo indica que la afirmación en el sentido de que el contrato una vez perfeccionado se extingue quedando únicamente la obligación es una disquisición puramente intelectual que no tiene nada de Derecho.

De lo expuesto resulta que es correcto cuando la mayoría de códigos civiles, entre ellos el nuestro, hablan de nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución y, en general, de validez o invalidez, de eficacia o ineficacia del acto jurídico en general o del contrato en particular y no de la obligación. En tal virtud, debe modificarse o suprimirse la expresión “obligación anulada” contenida en el art. 228, por impropia, pues no se anulan simplemente las obligaciones sino los actos que las contienen⁴¹¹, y no se crea que estamos confundiendo documento con acto jurídico, que son dos cosas distintas cuando el acto es no formal o formal con forma probatoria, no así cuando el acto es formal solemne, caso en el que la solemnidad en que consiste el documento es constitutivo del acto mismo.

33. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL OBJETO

El objeto del acto jurídico debe ser posible, lícito, determinado o determinable.

El acto jurídico es nulo cuando su objeto es imposible, ilícito o indeterminado.

El Código civil habla de “objeto física y jurídicamente posible” (art. 140, inc. 2); el acto jurídico es nulo “cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable” (art. 219, inc. 3). “La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita. La prestación en que consiste la obligación y el bien que

⁴¹¹ Además, al hablar de obligación anulada se genera una confusión, porque la palabra anulación puede entenderse que se refiere únicamente a los actos anulables y no a los nulos, cuando la imposibilidad de repetición de lo pagado tiene que estar referida a todo incapaz ya sea absoluto o relativo.

es objeto de ella deben ser posibles” (art. 1403). Es nulo el acto jurídico contrario al “orden público y a las buenas costumbres” (art. V del TP). De esto se deduce que los requisitos o las características del acto jurídico son la posibilidad, la licitud y la determinabilidad⁴¹². Solo si reúne los requisitos de licitud, posibilidad y determinación, el acto es válido y eficaz.

Refiriéndose al objeto del contrato Viforeanu, citado por León Barandiarán⁴¹³, expresa: El objeto debe tener los siguientes caracteres: “1) existir, o tener la posibilidad de existir, porque las cosas futuras pueden formar el objeto de una obligación; 2) ser determinado o determinable; 3) ser posible (se refiere a la imposibilidad absoluta, pues la imposibilidad relativa se resuelve en daños y perjuicios); 4) 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”.

33.1. Posibilidad física del objeto

La prestación que es objeto de la relación jurídica y los bienes, servicios y deberes de abstención que son objeto de ella deben ser posibles físicamente, de acuerdo con las leyes de la naturaleza.

La prestación, sea de hacer o de no hacer, debe estar dentro de las posibilidades físicas e intelectuales del ser humano (nadie puede obligarse a construir un trasatlántico en dos días, o a descubrir la cuadratura del círculo, o a vivir durante seis meses sin ingerir alimento alguno). En la prestación de dar bienes, estos deben existir al momento en que se celebra el acto jurídico o deben ser posibles de existir (como una cosecha futura, un bien que se va a fabricar), ya que si en ese momento los bienes ya se han extinguido o perdido, la prestación es imposible de ejecutar (si hoy se celebra un contrato de compraventa de un bien

412 Código civil italiano: Art. 1346. *Requisitos*. El objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable.

Código civil y comercial argentino: Art. 279. *Objeto*. El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.

413 LEÓN BARANDIARÁN, *Acto jurídico*, cit., p. 55.

que ni el vendedor ni el comprador saben que el día de ayer ha sido consumido por un incendio, no hay compraventa por falta de objeto. Es imposible que el vendedor pueda entregar a su comprador un bien que al momento de concertar el contrato ya no existe).

Nadie está obligado a lo imposible, a lo que es contrario a las leyes de la naturaleza, a lo que está fuera del poder físico e intelectual de la persona humana. Un acto jurídico por el que se convenga la realización de una acción necesaria (la que el ser humano cumple por necesidad natural, con independencia de su voluntad) o se prohíba una acción imposible (aquellas acciones que el ser humano no está en posibilidad de cumplir) es *inútil*; por otra parte, si prohíbe una acción necesaria u ordena una acción imposible es *inejecutable*. Al igual que con la ley, mediante el acto jurídico solamente se pueden ordenar acciones posibles, entendiéndose por tales aquellas que no son ni necesarias ni imposibles. Como dice Betti⁴¹⁴, un *poder* es presupuesto indispensable para un *deber*, el cual, como deber jurídico, no es concebible sino sobre la base del primero. No hay razón para establecer un deber sino cuando existe la posibilidad de hecho de observarlo o de no observarlo. El nexo entre *poder* y *deber* explica el decaimiento del deber cuando sobrevenga, por causa no imputable al deudor, una imposibilidad objetiva de cumplimiento de la prestación.

En esencia, la posibilidad de una acción humana no es tanto un requisito de validez del acto jurídico sino una condición de su existencia. Si no hay posibilidad natural de que el acto se realice, la inexistencia está establecida por la propia naturaleza de las cosas. Como sostiene Llambías⁴¹⁵, "Para comprobar que la posibilidad o imposibilidad natural es independiente de la sanción legal, basta considerar que aun cuando por un absurdo quisiera la ley dar eficacia a un acto naturalmente imposible, no por esto resultarían alteradas las leyes naturales, ni obligado alguien a tocar el cielo con la mano, o a aumentar en un ápice su propia estatura. *Ad impossibilia nemo tenetur*". Es de advertir que el Código civil no distingue entre inexistencia y nulidad del acto jurídico. El art. 219 asimila la inexistencia a la nulidad. La inexistencia justifica la nulidad del acto jurídico por falta de objeto.

La prestación es posible si es compatible con las leyes de la naturaleza y si además está dentro de las posibilidades naturales e intelectuales de la persona humana.

414 BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit., T. I, p. 48.

415 LLAMBIÁS, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, cit., T. II, p. 343.

Con frecuencia se afirma que los bienes son posibles si en la realidad ya existen o son posibles de existir. El primer extremo de esta afirmación es errado porque no se puede hablar de posibilidad de los bienes que ya existen, puesto que lo que ya existe, ya es, no es que pueda ser. En cambio, de los bienes que se espera que lleguen a tener existencia sí se puede sostener que son posibles de existir porque todavía no son, se espera que puedan ser en el futuro.

Sin embargo, la fuerza de los usos ha impuesto que cuando hablamos de *bienes posibles* nos estamos refiriendo tanto a los presentes como a los futuros, por lo que resulta hasta conveniente que la regulación legal del objeto de la prestación siga manteniendo esta concepción.

La inexistencia del objeto de la prestación debida se asimila a la imposibilidad del objeto, en la medida en que un objeto imposible es el equivalente de un objeto inexistente.

A los bienes que se espera que lleguen a existir se les denominan *bienes futuros*, como por ej., los bienes que se van a construir, las obras literarias que se van a escribir, los frutos de los bienes existentes, las crías de los animales, los peces que se ha de pescar, las aves que se ha de cazar, la próxima cosecha de los bienes que todavía no se han sembrado o que recién se están sembrando⁴¹⁶. Se puede contratar sobre bienes futuros, bajo la condición de que lleguen a existir en momento oportuno (*emptio rei sperantae*), caso en el cual el contrato no es puro sino que está sujeto a una condición suspensiva, o sobre esperanzas inciertas (*emptio spei*) cuando el adquirente asume el riesgo de la existencia misma de los bienes, en donde la suerte es el objeto del contrato. Estas dos modalidades de contratación sobre bienes futuros están consagradas en el art. 1409 que dice: “La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: 1. Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta

416 La Ley 20. tit. 11 de la Partida quinta, después de establecer la regla general que puede ser prometida cualquier cosa que esté en poder de los hombres y que acostumbren de enajenarse entre ellos, agregaba: “E esso mismo seria de las cosas que aun non son nacidas; así como de los frutos de alguna viña, o huerta, o de campo, o el parto de alguna sierua o el fruto de algunos ganados o de otra cosa semejante destas. Ca maguer non sea nascida aun qualquier destas cosas sobredichas quando fazen la promission sobre ella; porque puede ser que nascera vale la pro,mission e es tenuto de la cumplir el que la faze luego que fuere aquel fruto o el parto (...) en el estado que se pueda dar (...)”.

de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley (...)"⁴¹⁷. Al respecto es aleccionador el art. 1813 del Código chileno de Andrés Bello que establece: "La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte". Aunque referida al contrato de compraventa, esta disposición constituye una regla general de aplicación a otros contratos. Sobre lo que jamás ha existido, o ha dejado de existir, o que no pueda existir, no caben derechos ni deberes. Si, por ej., se vende un bien que no ha existido nunca, ni que puede existir o que ha dejado de existir al tiempo de perfeccionarse el contrato, sin que las partes lo sepan, la venta no existe, no ha tenido lugar, por objeto inexistente o falta de objeto de la prestación; físicamente es imposible que el vendedor pueda cumplir con su prestación de entregar el bien. La prestación objeto de la obligación del vendedor carece de objeto, es imposible que se pueda entregar un bien inexistente, y la obligación de pagar el precio carece de causa⁴¹⁸. Esto nos indica que el acto jurídico necesariamente debe tener un objeto; la falta de objeto impide que el acto o negocio jurídico se perfeccione. La falta de objeto hace inexistente al acto jurídico. Sin embargo, es de advertir que no se puede considerar como bien imposible al inexistente. La

417 CC: Art. 1409, inc. 1: *La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: 1. Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por ley (...).*

La regla de que los bienes futuros pueden ser objeto de los contratos se extiende también a los derechos futuros, no nacidos o eventuales. Así, un autor puede vender a su editor la obra que espera escribir. Hay que distinguir entre la *emptio spei*, compra de una esperanza incierta, esto es, de un bien que se espera que llegará a existir, como, por ejemplo, un pescador vende una redada antes de echarla, caso en el cual el contrato es aleatorio, se compra la esperanza; y la *emptio rei sperantae*, compra de la cosa esperada, como la compra de la próxima cosecha, caso en el cual la venta es condicional. Si la cosecha se pierde no hay obligación. POTHIER (*Tratado de las obligaciones*, cit., n° 132) decía: "Las cosas que todavía no existen, pero cuya existencia se espera, pueden ser el objeto de una obligación, de manera, con todo, que la obligación dependa de la condición de su futura existencia". Esta doctrina ha sido consagrada en el inc. 1° del art. 1130 del *Code Napoléon* que establece: *Las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación.*

418 "[DANS] les contrats synallagmatiques, l'absence d'objet de l'une des obligations est plus souvent analysée comme une *absence de cause* de l'obligation corrélatrice, dont elle constitue la contrepartie. Si par exemple la chose vendue n'existe pas, on dispensera l'acheteur d'exécuter son engagement de payer le prix en observant que celui-ci se trouve dépourvu de cause. Il arrive d'ailleurs que l'annulation soit alors fondée sur l'absence à la fois d'objet et de cause" (GHESTIN, *Traité de Droit civil, Les obligations. Le contrat: formation*, cit., p. 615).

inexistencia no siempre equivale a imposibilidad, por eso se admite contratar sobre bienes futuros, no existentes actualmente; si el bien no existe o no es posible de existir, habrá falta de objeto de la prestación, pero no objeto imposible. No hay bien ni posible ni imposible, sino simplemente bien existente en el presente o que se espera que exista en el futuro, o inexistente; si el bien es inexistente (porque jamás ha existido o porque se ha destruido antes del perfeccionamiento del acto jurídico), hay ausencia de objeto. Si un deudor se obliga a entregar un bien inexistente, no se puede decir que el bien es imposible, sino que imposible es la actividad encaminada a disponer de algo que no existe.

El comportamiento debido, esto es, el hecho de la persona y su resultado no deben ser imposibles, o sea, imaginarios, irrealizables. El art. 306 del CC alemán dispone: "*Un contrato dirigido a una prestación imposible es nulo*", y el art. 307 establece: "*Quien en el momento de la conclusión de un contrato que está dirigido a una prestación imposible conoce o debe conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a la indemnización del daño que la otra parte sufra por la circunstancia de que confía en la validez del contrato, no sobrepasando, sin embargo, la suma del interés que la otra parte tiene en la validez del contrato. No se produce la obligación de indemnización si la otra parte conoce o debe conocer la imposibilidad. Estas disposiciones se aplican oportunamente si la prestación solo es imposible en parte y el contrato es válido en relación a la parte posible, o si es imposible una de entre varias prestaciones prometidas para elegir*".

Si la prestación, esto es, el hacer positivo o negativo de la persona es *imposible* (v. gr., obligarse a construir un edificio de cinco pisos en dos días, obligarse a no respirar), o si los bienes objeto de la prestación son inexistentes (ej., la compraventa de dinosaurios), el acto jurídico es nulo.

La posibilidad del objeto debe ser *originaria*, es decir, debe existir en el momento en que se celebra el acto jurídico. Basta que el objeto sea posible en el momento en que se perfecciona el acto jurídico para que surja la relación jurídica. Si la prestación a cargo del sujeto deudor deviene imposible porque el bien se destruye o se pierde totalmente por caso fortuito, fuerza mayor o culpa del deudor o del acreedor, el acto jurídico se extingue. Por ej., si el bien vendido se destruye antes de ser entregado al comprador, el contrato se resuelve de pleno derecho (art. 1432).

La imposibilidad física originaria puede ser *perpetua*, caso en el cual no hay acto jurídico por falta de objeto, o *temporal*, en cuyo caso habrá acto jurídico

si se ha convenido que la obligación deba cumplirse cuando la prestación llegue a ser posible. Así, en los contratos sujetos a condición o a plazo, la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella, se apreciará al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo (art. 1404).

Esta situación también está contemplada en el art. 308 del BGB alemán, el cual establece: “*La imposibilidad de la prestación no impide la validez del contrato, si dicha imposibilidad puede ser suprimida y el contrato se ha concluido para el caso de que la prestación se haga posible. Si es prometida una prestación imposible bajo condición suspensiva o bajo señalamiento de un término inicial, es válido el contrato si la imposibilidad desaparece antes del cumplimiento de la condición o del término*”.

En el fondo no hay diferencia entre el art. 1404 del Código peruano y el 308 del alemán, pues este cuando en su primer párrafo hace referencia al “*contrato concluido para el caso de que la prestación se haga posible*”, está regulando un contrato sujeto a condición suspensiva.

La solución que presenta el ordenamiento civil es justa y realista, puesto que la imposibilidad física es relativa en el tiempo, debido a que los vertiginosos avances científicos hacen pronto posible lo imposible. La imposibilidad no afecta el contrato celebrado para el caso de que la prestación llegue a ser posible o cuando hubiera sido prometida bajo otra condición suspensiva o sujeta a plazo suspensivo, siempre que la imposibilidad desaparezca antes de cumplirse la condición o de vencerse el plazo.

La imposibilidad no ha de ser *relativa*, sino *absoluta*, es decir, que no pueda ser llevada a cabo por nadie (*erga omnes*)⁴¹⁹, es decir, la ejecución de la prestación debe ser imposible para todos y no solamente para el deudor que sea personalmente incapaz de satisfacerla. No hay imposibilidad si solamente el deudor tiene dificultades insalvables para ejecutar su prestación, pero esa prestación puede ser realizada por otra persona, salvo que la prestación tenga el carácter de personalísima o que por convenio se le haya dado tal carácter. Jossérand⁴²⁰ dice: “La imposibilidad de que se trata es imposibilidad absoluta y no relativa; no se

419 La ley 21, tít. 11 de la Partida quinta disponía: si un ome prometies se a otro de dar o de fazer tal cosa que non pudiesse ser segund natura, ni segund fecho de ome, como si dixesse: Darte he el sol, o la luna, o fazerte un monte de oro, tal promission, nin otra semeiante della, non valdría.

420 JOSSERAND, *Derecho civil*, cit., T. II, vol. I, p. 87.

aprecia con relación al deudor, sino objetivamente, *in rem*. Un individuo puede perfectamente obligarse a hacer los planos de una casa, aunque no sea arquitecto; a ejecutar un cuadro, aunque no sea pintor. Si no cumple su compromiso, quedará obligado a pagar daños y perjuicios; en defecto de ejecución en especie, suministrará la ejecución por equivalente”.

Lo posible físicamente es una cuestión de hecho que se determinará en cada caso de acuerdo a las circunstancias. Arias⁴²¹ nos recuerda el célebre caso de Rosa Bonheur, que, habiéndose comprometido a ejecutar un cuadro, sostuvo después que se encontraba imposibilitada para cumplirlo por carecer de inspiración, y que, por lo tanto, necesitaba un plazo en espera de ella. Sin embargo, la resolución de la Corte de París le fue contraria, es decir, que se inclinó a considerar que no existía tal imposibilidad.

Considera Betti⁴²² que es equivocada la distinción entre imposibilidad absoluta y relativa de la prestación, “porque siempre que se habla en el plano jurídico de imposibilidad de la prestación, esta va siempre entendida en el sentido de imposibilidad relativa a aquel particular tipo de relación obligatoria, de la que la prestación, de que se trate, forma su específico objeto”. Este autor prefiere distinguir entre “imposibilidad *objetiva*, esto es, intrínseca a la naturaleza misma de la prestación, y por la que se puede constituir un impedimento para la generalidad de los miembros de la comunidad, y una imposibilidad *subjetiva*, que depende de las condiciones particulares del obligado, por un impedimento inserto en su persona o en la esfera interna de su economía individual”. Cuando el incumplimiento de la prestación se deba a imposibilidad subjetiva, queda en pie la imputabilidad del incumplimiento⁴²³.

421 ARIAS, *Contratos civiles*, cit., T. I, p. 186.

422 BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit., T. I, p. 49.

423 El art. 1218 del CC italiano prescribe: El deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él. El art. 1432 del CC peruano establece: Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y este no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios. Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación.

33.2. Licitud del objeto

El objeto del acto jurídico es *lícito* cuando consiste en un hecho que es conforme con el ordenamiento jurídico, es decir, cuando no transgrede normas imperativas, el orden público, la moral, las buenas costumbres, no lesiona los derechos ajenos o la dignidad. En tanto es *ilícito* cuando consiste en un hecho que es contrario a normas imperativas⁴²⁴, al orden público, la moral, las buenas costumbres, o lesiona los derechos ajenos o la dignidad (los actos que coactan la libertad de religión, que obligan casarse o no casarse, etc.).

Como hemos dicho, la relación jurídica que es objeto del acto jurídico puede ser calificada de válida o inválida según que reúna o no los requisitos de validez exigidos por la ley. La relación jurídica, por tratarse de una noción abstracta, no puede ser calificada de lícita o ilícita. Tampoco se puede calificar de lícito o ilícito a los bienes objeto de la prestación, dado que las relaciones jurídicas, los bienes, los derechos, los deberes no tienen comportamiento conforme o contrario con el Derecho. Nadie ha visto a las relaciones jurídicas, a las obligaciones, a los derechos, a las vacas, a los ratones, a las computadoras, a las casas, a las letras de cambio, a las patentes, a los patos, negociando en los mercados, celebrando contratos leoninos, usurarios, conduciendo sus automóviles respetando o pasando la luz roja, robando, usurpando, ganando competencias deportivas, abriendo cuentas en los bancos, estableciendo relaciones incestuosas, asumiendo deberes, ganando o perdiendo en la bolsa, etc. Por consiguiente, estos conceptos, casas, computadoras, títulos, animales, no son lícitos ni ilícitos, justos ni injustos; son neutros a este tipo de valoraciones. Tampoco se puede calificar de lícito o ilícito al ser humano, no se puede decir que María es lícita porque nació dentro del matrimonio y que Juan, hijo extramatrimonial, es ilícito y que camina por las calles de Lima como un ilícito que es.

A lo único que se puede calificar de ilícito o ilícito es a la conducta humana según que se desarrolle respetando o transgrediendo el Derecho, esto es,

⁴²⁴ Algunos autores distinguen entre ilicitud e ilegalidad. Así, Betti dice que ilegalidad, ilicitud e intrascendencia "tienen realmente un rasgo en común, resultan de una concurrencia e interferencia entre una exigencia que el orden jurídico establece, y el supuesto objetivo de un acto de autonomía privada", pero se diferencian "en que la naturaleza de la apreciación es distinta, la cual, en el caso de la ilicitud es negativa (de reprobación), en el de ilegalidad es limitativa (de no conformidad) y de abstención de una estimación en el caso de trascendencia" (BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit., T. I, p. 94).

a lo único que se puede calificar de lícito o ilícito es a la prestación (objeto de la relación jurídica) por consistir en conducta humana que se traduce en un hacer o en un no hacer conforme (lícito) o contrario (ilícito) a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. Empero, el Código equivocadamente establece que “la obligación que es objeto del contrato debe ser lícita” (art. 1403). En todo caso, para darle sentido a la norma habrá que afirmar que la licitud o la ilicitud, penetran en la obligación a través de la prestación y de la causa fin. La licitud está en la esencia misma del Derecho, por ello toda obligación debe tener como objeto: a una prestación lícita.

La prestación objeto de la relación jurídica, por consistir en conducta humana, es la que debe guardar conformidad con el ordenamiento jurídico. La prestación lícita se conforma con la norma jurídica, es reconocida por ella, protegida y amparada. En cambio, la prestación ilícita viola las normas jurídicas imperativas o es contraria a las buenas costumbres o al orden público⁴²⁵; por ello, carece de protección jurídica y por eso el acto es sancionado con la nulidad, salvo que la misma norma señale otra sanción diferente para el caso de contravención.

El Derecho protege la iniciativa individual, a partir del principio general de que todo lo que no está prohibido es permitido⁴²⁶, clave del éxito y prosperidad individual y social, pero para que haya un orden con paz, equidad y justicia, para hacer posible la vida en sociedad, para garantizar el bienestar general, para hacer realidad el funcionamiento de los intereses legítimos, para velar por la protección de la parte débil de la relación, así como para asegurar el orden social, moral y público, establece limitaciones y prohibiciones a la libertad individual. Sin limitación de la libertad no hay libertad, sino caos social, por lo que acertadamente se ha dicho que la libertad absoluta es la opresora y la ley la liberadora; la libertad absoluta por la cual el individuo tiene derecho a todo sin ningún límite es la ley de la selva. Por eso, la persona humana no puede hacer aquello que quiere, cuando quiere y como quiere, aun cuando con su conducta viole el orden establecido por el Derecho, haciendo peligrar la estabilidad social y los derechos de los demás in-

425 *CC colombiano*: Art. 1519. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho público (...); Art. 1521. Hay un objeto ilícito en la enajenación: 1º De las cosas que no están en el comercio; 2º De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; 3º De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; Art. 1523. Hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

426 El art. 2, inc. 24, literal a. de la Constitución Política dispone que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

dividuos. De allí la necesidad de que las personas observen los requisitos de validez del acto jurídico señalados por el ordenamiento, dentro de los cuales figura la licitud del objeto, para no incurrir en nulidad. Se debe hacer lo que la ley ordena y de la manera como lo ordena. No se puede hacer lo que la ley prohíbe. No son lícitos los actos jurídicos, celebrados y ejecutados prescindiendo de las normas imperativas o contraviniendo el orden público y las buenas costumbres.

Los bienes objeto de las prestaciones de dar tampoco pueden ser calificadas de lícitas o ilícitas. Estos bienes tienen existencia independiente del precepto normativo. La casa, el perro, la mesa, la electricidad, etc., no pueden ser calificados de conformes o contrarios con el ordenamiento jurídico. Cuando por su naturaleza los bienes pertenecen a todos los hombres y, por consiguiente, no pueden ser apropiados por nadie, están fuera del comercio en forma absoluta, como el aire, la alta mar, o cuando por mandato de la norma jurídica un bien, por razones de orden público o de otra índole, está fuera del tráfico patrimonial, esto es, está fuera del comercio⁴²⁷ (bienes nacionales de uso público, tráfico de armas, drogas, etc.), la prohibición está dirigida a evitar que las personas realicen negocios jurídicos sobre estos bienes que no pueden ser materia de propiedad privada, uso o posesión y, por tanto, no pueden ser reivindicadas; sin embargo, la prohibición de comerciar sobre ellos no es absoluta sino relativa, pues la autoridad puede autorizar, por ej., el uso de plazas, vías públicas, playas del mar, para ciertos fines temporales o realización de algunas obras, ya sea gratuitamente o mediante el pago de una contraprestación. La sanción legal de ilicitud no recae sobre el bien público, o sobre las armas o las drogas, o sobre el mar, etc., sino sobre el tráfico patrimonial, esto es, sobre la conducta de prestación de los que son parte en dicho tráfico⁴²⁸. Un bien está en el comercio cuando puede ser objeto de la prestación que, a su vez, es objeto o contenido de la obligación. Es preciso anotar que es más acertado decir que cuando el acto jurídico recae sobre bienes intransferibles, falta el objeto de la prestación y no que el objeto es ilícito. Así, por ej., si alguien vende un bien nacional que es de uso público, no hay venta porque carece de objeto, por cuanto los bienes nacionales de uso público no son susceptibles de dominio por

427 *Código civil francés*: Art. 1128. solo las cosas que están en el comercio son las que pueden ser objeto de las convenciones.

428 Como dice Claro Solar: "Las cosas no son en sí mismas ilícitas o inmorales; solo el uso, el empleo que de ellas se haga puede ser ilícito o inmoral; pues son los actos y los fines perseguidos los que pueden ser ilícitos e inmorales" (CLARO SOLAR, *Explicaciones del Derecho civil chileno y comparado*, cit., vol. V, p. 257).

los particulares; sin objeto no puede haber acto jurídico. De otro lado, con objeto ilícito no puede haber acto jurídico válido; el acto es nulo (art. 219). Hace bien el Código en no hacer mención a bienes que no están en el comercio, puesto que la prohibición no puede ser absoluta, pues si se prohíbe transferir el dominio del bien (por venta, permuta, donación, etc.), pueden admitirse otros actos que no conlleven la transmisión del dominio (como el arrendamiento, comodato, etc.), basta con que la ley específicamente prohíba realizar determinados actos sobre ciertos bienes. Por ej., art. 1532 establece que pueden venderse los bienes “cuya enajenación no esté prohibida por la ley”.

No es ilícita la prestación objeto de la obligación contractual que verse sobre la transferencia de “*bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa*” (art. 1409, inc. 2º), siempre y cuando no se oculte su condición al adquirente. En tal caso, los bienes pasarán al acreedor en las mismas condiciones en que se hallaban al momento en que se celebró el contrato. Si mediara dicha ocultación, es de aplicación el art. 197 del Código penal que dispone: “*La defraudación será reprimida con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando: (...) 4º. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende grava o arrienda como propios los bienes ajenos*” (delito de estelionato). Alternativamente a la vía penal, el adquirente puede optar por accionar en la vía civil el saneamiento por vicios ocultos (art. 1509). Con relación a la venta de bien ajeno, el art. 1539 dispone: “*La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando este adquiriera el bien, antes de la citación con la demanda*”.

Se puede hablar que el bien que es objeto de la prestación puede ser determinado o determinable, presente o futuro, pero no se puede hablar de bien *lícito* o *ilícito*. La calificación de *lícito* solo se puede referir al “*acto*” del sujeto, esto es, a la conducta humana (al hacer o al no hacer), no al ser de los bienes: no se puede concebir como ilícito *lo que es*, sino solamente *lo que se hace o no se hace*. Si, por ej., una persona vende sus órganos, no se puede decir que los órganos son ilícitos, sino que ilícita es, por ser contraria a la ley, la *actividad encaminada a disponer de ellos a título oneroso (la disposición de órganos solo puede ser a título gratuito, art. 7 del CC)*; aquí hay una ilicitud en la negociación contractual primero y de la prestación después⁴²⁹.

429 Ver BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, p. 490.

Está claro que la prestación objeto de la relación jurídica es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*.

El adjetivo calificativo “buenas” que se antepone a la palabra “costumbres” es el signo más patético de la penetración de la moral en el Derecho y específicamente en el Derecho consuetudinario. Es que existen normas y orden jurídico y moral que no están en los códigos y que se puede generalizar en la fórmula de Ripert⁴³⁰: “No dispondrás de la vida, del cuerpo, de la libertad de tu prójimo para fines inútiles; tú mismo, respetarás tu vida y tu cuerpo; no sacarás provecho del vicio propio o ajeno; no te enriquecerás injustamente por el juego o el azar, por la fuerza o la astucia o por engaños aunque no sean punibles; no harás por interés lo que deberías hacer por deber; no pretenderás remuneración por actos que no deben ser pagados; no adquirirás a precio de dinero una impunidad culpable”.

El objeto contrario a las buenas costumbres convierte al acto jurídico en inmoral. Por ej., la constitución de una sociedad para dedicarse a operaciones de contrabando; un contrato de mutuo con intereses usurarios; los contratos relativos a casas de tolerancia; el tráfico de influencias⁴³¹. Como dice Larenz⁴³² se trata de una mera violación “objetiva” de las “buenas costumbres”, dado que con relación a estas, no se trata de la ética en sentido estricto que incluye las convicciones

430 Citado por ARIAS, *Contratos civiles*, cit., T. I, p. 194.

431 Larenz dice que la jurisprudencia alemana considera que un negocio obligatorio es inmoral cuando la prestación de una de las partes sirve para hacer posible la explotación de una casa de lenocinio y la contraprestación estuviere determinada según esto. Es nulo un contrato por el cual uno se obliga a construir una casa de lenocinio “con todo el mobiliario adecuado”. Es nulo un contrato de arrendamiento de una casa de lenocinio. Es nula por inmoral la obligación dirigida a realizar un acto que, como la celebración del matrimonio o el cambio de confesión religiosa debe efectuarse solo por libre decisión. Son nulos por inmorales los contratos que tienen por consecuencia una *excesiva limitación* de la libertad personal o económica, de la libertad en el ejercicio de la profesión o en la actividad artística de una de las partes, de tal modo que en la práctica queda sometida en mayor o menor grado sometida a la otra (*contratos leoninos*). Von Tuhr declara: “Toda obligación trae consigo una limitación de la libertad, pero la limitación no debe extenderse en tal medida que conduzca a una servidumbre del deudor y a la supresión de su libre actuación en la vida o le someta al absoluto arbitrio del acreedor. Este principio no está expresado en la ley, pero en él se basa gran número de preceptos jurídicos” (ver LARENZ, Karl, *Tratado de Derecho civil alemán*, trad. de Miguel Izquierdo y Macías Picavea, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pp. 601-603).

432 LARENZ, *Tratado de Derecho civil alemán*, cit., p. 613.

personales, sino solamente de la “moral predominante” y de los principios éticos inmanentes en el ordenamiento jurídico.

La apreciación de la ilicitud de la prestación en los contratos sujetos a condición o a plazo suspensivo se hará al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo (art. 1404), pues si antes de cumplida la condición o de vencido el plazo ha desaparecido la ilicitud por haberse suprimido la prohibición legal o por haber devenido moral lo que era inmoral, no hay razón para que se afecte la validez y eficacia del contrato.

La ilicitud del objeto acarrea la nulidad del acto jurídico (art. V del TP). El acto nulo no tiene ningún valor, carece de toda protección jurídica.

33.3. Posibilidad jurídica del objeto

La imposibilidad jurídica es la ilicitud que en su acepción amplia no es otra cosa que el comportamiento (la prestación) contrario a normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres. No hay, por una parte, una imposibilidad jurídica y, por otra, una ilicitud. Creo que a nadie se le ha ocurrido afirmar que lo ilícito es posible jurídicamente, por ej., carece de toda lógica decir que robar, matar, usurpar, defraudar es posible jurídicamente. Lo ilícito es imposible jurídicamente, aunque en la realidad no jurídica, antijurídica, sea posible.

La imposibilidad jurídica del objeto se identifica con la ilicitud del objeto; antes que de imposibilidad jurídica es preferible hablar de ilicitud⁴³³. Así, si se promete una prestación no permitida por el Derecho, como cuando se pretende hipotecar un bien mueble (sobre los bienes muebles se constituye garantía mobiliaria –prenda–, no se hipotecan) o preñar un inmueble (los inmuebles no se preñan, se hipotecan) o vender un bien que está fuera del comercio por mandato de la ley (v. gr., los bienes que pertenecen al dominio público del Estado), o enajenar un bien cuyo dominio no pertenece a nadie (el aire, el mar, los ríos navegables), lo que se quiere es introducir en el tráfico una prestación no autorizada por el ordenamiento jurídico, por lo que el acto deviene en nulo por objeto ilícito, o constituir un fideicomiso sobre bienes no susceptibles de ena-

433 BARBERO dice que cuando Cariota-Ferrara denomina *imposibilidad jurídica*, como el vender en el extranjero mercancía cuya exportación esté prohibida, es más propiamente *ilicitud* de negociación primero y de prestación después (BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, p. 490).

jenación⁴³⁴. Sostener lo contrario es como afirma, con referencia a los ejemplos aquí mencionados, que el acto jurídico contrario a normas imperativas es lícito, pero imposible jurídicamente.

El Código civil alemán, antes de su modificación en el 2002, hablaba solamente de prestación imposible, no menciona a la prestación ilícita, al disponer en su art. 309 que si un contrato va contra una prohibición legal, se aplican oportunamente las disposiciones de los arts. 307 y 308. El BGB en su versión modificada no contiene disposición igual. ▪

El Código italiano no habla de imposibilidad jurídica del objeto. El art. 1346 de este Código prescribe: “*El objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable*”.

El Código patrio distingue entre imposibilidad *jurídica* e imposibilidad *física* o material, entre *imposibilidad jurídica e ilicitud* al disponer que el objeto del acto jurídico debe ser física y jurídicamente posible (art. 140, inc. 2º) y que “la obligación que es objeto del contrato debe ser lícita” (art. 1403)⁴³⁵. Para justificar esta doctrina se ha afirmado que la licitud está orientada hacia una valoración axiológica del objeto; en tanto que la posibilidad jurídica radica en la naturaleza de las instituciones jurídicas, en la calificación jurídica objetiva de ciertos bienes o conductas, en las restricciones legales de ciertos derechos, o en otras consideraciones⁴³⁶. Una afirmación como esta despoja al Derecho de uno de sus elementos

434 Con referencia al contrato de fideicomiso, la Ley N° 26702, *Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros*, dispone: Art. 243.- VALIDEZ DEL ACTO CONSTITUTIVO. Para la validez del acto constitutivo del fideicomiso es exigible al fideicomitente la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico.

435 *Código civil chileno de Andrés Bello, art. 1462*: Hay un objeto ilícito en todo lo que contra viene al Derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas es nula por el vicio del objeto. Art. 1461, 3er. párrafo: Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Código civil mexicano, art. 1828: Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. *El art. 1830 prescribe*: Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

436 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *El negocio jurídico*, Grijley, Lima, 1994, p. 82.

esenciales que es el valor. Toda calificación de conductas (el Derecho solo regula conducta humana social) desprovista de valor simplemente no es Derecho, será física, química, anatomía, etc., pero Derecho no es. No existe Derecho sin valoración. Precisamente sobre la base de valoraciones, el legislador ha dispuesto que los bienes muebles pueden ser afectados en garantía mobiliaria, pero no pueden hipotecarse (art. 3 de la Ley N° 28677)⁴³⁷, los inmuebles no pueden ser objeto de garantía mobiliaria sino de hipoteca (art. 1097), la herencia futura no puede ser objeto de un contrato (art. 1405), no se puede disponer de la totalidad o de una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro (art. 1406), los bienes consumibles no pueden ser materia de un contrato de comodato sino de mutuo (art. 1648); el arrendamiento, el comodato se efectúan sobre bienes no consumibles y no sobre bienes consumibles.

Vélez Sarsfield en nota puesta al art. 953 del derogado Código civil argentino dice que “hay imposibilidad jurídica, cuando la obligación tiene por fin procurar la propiedad de cosas que no pueden ser objeto de una propiedad, o que son ya de propiedad del acreedor. Sería lo mismo la obligación que tuviera por objeto un matrimonio entre personas que no pueden casarse. Se puede asignar un carácter análogo a todo acto que es contrario a la ley o a la moral”. Por su parte, Cazeaux⁴³⁸ sostiene que “hecho jurídicamente imposible es el que no puede realizarse o llegar a tener existencia válida y eficaz en un determinado ordenamiento jurídico, por cuanto este no lo ha previsto y regulado, al menos como tal; en cambio ilícito es un hecho material que la ley reprueba y sanciona, pero que físicamente es posible”. El autor dice que, por ej., es imposible jurídicamente crear por contrato o por disposición de última voluntad un derecho real que no exista en el ordenamiento jurídico, pues estos “solo pueden ser creados por ley”, o constituir hipoteca sobre una cosa mueble, ya que el art. 3108 del Código argentino requiere que se trate de inmueble, o enajenar una cosa que esté fuera del comercio, por cuanto ello no está permitido por los artículos 1336 y siguientes del mismo Código. Luego, Cazeaux dice que para Alterini, Ameal y

437 Ley N° 28677, Ley de Garantía Mobiliaria: Art. 3. Garantía mobiliaria. 3.1 La garantía mobiliaria es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación. La garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien mueble. En caso de desposesión, puede pactarse la entrega del bien mueble afectado en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario (...).

438 CAZEAUX Pedro Néstor y Félix alberto TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, T. I, 3.ª ed., Librería Editorial Platense, La Plata, 1987, p. 109.

López Cabana, en la imposibilidad jurídica, el hecho está impedido; en la ilicitud el hecho, está sancionado.

Por supuesto que no estamos de acuerdo con los autores precitados por cuanto el Derecho es regulador solamente de conducta humana social; por tanto, un sujeto no puede ser a la vez titular de un derecho y del deber correlativo de ese derecho, sino que en un extremo de la relación jurídica está el sujeto del derecho y en el otro, el sujeto del deber. Por ej., si una persona realiza un acto por el cual adquiere en propiedad, uso, usufructo, habitación, hipoteca, prenda, arrendamiento un bien que es de su propiedad no está creando o modificando o regulando o extinguiendo ninguna relación jurídica, no está adquiriendo un derecho ni contrayendo una obligación. Tal acto es no jurídico, no tiene efectos de Derecho⁴³⁹. De otro lado, el Derecho solamente regula conducta humana posible que pueda originar conflictos de intereses o dar lugar a incertidumbres, no regula conducta imposible o necesaria, y lo regula mediante las únicas modalidades deónticas: *de lo permitido* (puedes o no participar en política), *de lo obligatorio* (debes pagar tus impuestos) y *de lo prohibido* (no debes robar). No hay una modalidad deóntica *de lo sancionado* para regular la conducta social, sino que lo prohibido conlleva una sanción (cárcel, multa, inhabilitación, amonestación, nulidad, anulabilidad del acto, etc.). La prohibición sin sanción no puede ser. Por lo demás, los ejemplos citados por los autores citados violan normas imperativas, por lo que devienen en ilícitos.

Con referencia a los requisitos del de la prestación objeto de la obligación, el art. 725 del vigente Código civil y comercial argentino prescribe: "Art. 725. Requisitos. La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor". Aquí se combinan los requisitos del objeto previsto en el Código peruano con el del italiano. La imposibilidad material es la imposibi-

439 La Corte Suprema ha resuelto: Cas. N° 287-97-Ica: "La demandante al ser propietaria del predio materia de litis no podía suscribir el contrato de arrendamiento, sustituyéndose como arrendataria del mismo predio, siendo este un acto jurídico imposible, que se prevé en el inc. 3 del art. 219 del Código civil" (*Normas Legales*, T. 284, enero 2000, p. A-13). El que la demandante suscriba un contrato de arrendamiento como arrendataria del predio que es de su propiedad no constituye un acto jurídico imposible, sino un acto no jurídico sin consecuencias para el Derecho. Con este acto llamado indebidamente contrato no se está regulando conducta social posible que pueda generar conflictos de intereses.

lidad física de la que habla nuestro Código. La imposibilidad jurídica, a la que también se refiere nuestro Código, significa que no debe haber un impedimento fijado por la ley para la prestación, y todo lo que está prohibido por la ley es ilícito. La prohibición tiene que estar determinada por una norma imperativa (como las que prohíben enajenar un bien de dominio público, hipotecar un bien mueble, etc.), puesto que las dispositivas, que son las que priman en los actos patrimoniales, solamente rigen si las partes han guardado silencio al celebrar sus actos jurídicos. Pongan los ejemplos que deseen sobre prestaciones jurídicamente imposibles y serán tales solamente si son contrarias al ordenamiento jurídico, es decir, si son ilícitas por dicha razón.

La imposibilidad jurídica debida a que el hecho está prohibido por las leyes o porque es contrario al orden público o a las buenas costumbres equivale a la ilicitud del acto. De allí que la distinción entre objeto ilícito y objeto jurídicamente imposible es falsa, no tiene ninguna utilidad práctica. Todo lo que está sancionado por el Derecho o que no está amparado por el ordenamiento jurídico es jurídicamente imposible por ilícito. En conclusión, el objeto del acto jurídico se caracteriza por ser posible, lícito, determinado o determinable.

33.4. Determinación o determinabilidad del objeto

El objeto de un acto jurídico es *determinado* cuando está individualizado, identificado de tal modo que no pueda confundirse con otro objeto. Por ej., cuando en un caso concreto decimos que el lote de terreno que se vende tiene una extensión superficial de 200 m² y se encuentra ubicado en la Urbanización X, del distrito..., provincia... y departamento..., con frente a la Avenida Perú con 10 metros de extensión, entrando por la derecha colinda con la propiedad de fulano con 20 metros de extensión, entrando por la izquierda colinda con la propiedad de mengano con 20 metros de extensión, y por el fondo colinda con la propiedad de perengano con 10 metros de extensión. O cuando indicamos que el televisor objeto del contrato es a colores, de 23', serie N°... En estos casos decimos que el objeto está perfectamente determinado, de modo que no se puede confundir con otros de la misma especie, calidad y cantidad.

El objeto es determinable cuando en el acto jurídico, de momento no se hace la individualización, sino que se establecen los criterios suficientes para su individualización futura. Por ej., cuando la determinación del objeto es deferida a un tercero o cuando se conviene que el precio será el que tenga el bien en la bolsa de determinado lugar y día, o cuando se trata de obligaciones alternativas (art. 1161 y ss.) o facultativas (art. 1168).

La relación jurídica y la prestación que es objeto de ella, así como los bienes, derechos, servicios y abstenciones que son objeto de la prestación, deben ser determinados o determinables. La determinabilidad inicial debe cesar en el momento del cumplimiento de la obligación. Es nulo el acto jurídico cuando el objeto es absolutamente indeterminado, por ej., la obligación de entregar un animal, porque una falta de precisión tan extrema, daría lugar a que el deudor se libere entregando un animal que no tiene ningún valor o que tiene un valor irrisorio.

El objeto de la prestación debe ser un bien, derecho, servicio o deber de abstención determinado o determinable. Así se deduce del inc. 3 del art. 219 del Código civil, que sanciona con la nulidad al acto jurídico cuando el objeto sea indeterminable. Es didáctico el segundo párrafo del art. 1129 del Código francés cuando establece: "La cantidad de la cosa puede ser incierta, con tal que pueda ser determinada". El deudor debe saber claramente qué debe y el acreedor qué puede exigir del deudor. Un objeto incierto, indeterminable, haría imposible un eventual cumplimiento forzoso. Así en un contrato, no es necesaria una absoluta determinación de la prestación o de los bienes, servicios y abstenciones, sino que es suficiente que se establezcan los criterios de determinabilidad en virtud de los cuales se pueda hacer su individualización futura, caso en el cual se habla no de objeto determinado sino determinable.

Mediante la determinación del objeto de la prestación se individualiza, delimita, a la prestación misma y a la obligación de la cual es objeto.

La necesidad estructural de un objeto determinado para la formación del acto jurídico se deduce de la utilidad social del acto; la protección de una de las partes contra la arbitrariedad de la otra en la determinación o modificación del objeto del acto jurídico es una cuestión de justicia negocial⁴⁴⁰.

No hay que confundir la indeterminación del contenido del contrato con la indeterminación del objeto del mismo. La primera está referida a todas las hipótesis en las cuales las partes han dejado incompleto cualquier punto de la regulación contractual; caso en el cual habrá que establecer si el contrato ha llegado a tener existencia y, de ser así, cuáles son los medios para la integración de su contenido, mientras que la indeterminación del objeto está referida a la obligación, a la prestación y específicamente a los bienes, servicios y abstenciones

440 Ver GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil, le contrat: formation*, cit., pp. 571 y ss.

que son objeto de la prestación, los cuales no pueden ser indeterminables sin comprometer la validez del acto o negocio jurídico.

Un acto jurídico por el cual el deudor contrae la obligación de dar un bien absolutamente indeterminado es nulo (art. 219, inc. 3º). Uno no se puede obligar a dar o hacer algo o lo que quiera; no puede comprometerse a entregar lo que quiera, “o tampoco un mueble o un animal cualquiera; porque en tal caso podría uno cumplir su compromiso por medio de una prestación irrisoria”⁴⁴¹. Un bien, servicio o abstención absolutamente indeterminados no pueden ser objeto de una prestación. En realidad, cuando estamos frente a un objeto indeterminado, falta el objeto; puede haber solo una apariencia de objeto.

Como hemos dicho, el bien es determinado cuando está perfectamente individualizado, especificado, de tal modo que no se pueda confundir con otros bienes de igual naturaleza (por ej., un lote de terreno con indicación de su ubicación, límites y medidas perimétricas). La determinación de bienes inscritos se hace indicando el lugar de su ubicación y la partida del registro respectivo en el cual se encuentra inscrito su dominio, sin entrar en mayores detalles sobre sus linderos y medidas perimétricas para evitar posibles errores que pueden dar lugar a que el registrador observe la inscripción del acto jurídico respectivo. Por ejemplo, se puede decir que la casa que se vende se encuentra ubicada en la Av... del distrito de..., provincia de... y departamento de..., cuyos linderos, medidas perimétricas y demás características constan de la Partida N° ... del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, donde se encuentra inscrito su dominio.

Para que el acto jurídico sea válido no es necesario que el objeto esté determinado con toda precisión (se admite *una cierta indeterminación*), basta que sea determinable *a posteriori* de acuerdo con ciertos criterios como: la determinación deferida a un tercero o al juez, o la que es hecha sobre la base de muestras, peso, número o medida; el precio que los bienes tienen en el mercado puede servir de base para la determinación de la cuantía, etc. Una deuda determinable es tan válida como una deuda determinada (*objeto cierto*).

La determinación del objeto del contrato deferida a un tercero (tercero arbitrador) está regulada expresamente en los arts. 1407 y 1408, que distinguen, como suele suceder en la práctica, dos casos: que las partes se hayan remitido a la apreciación equitativa del tercero, o bien a su mero arbitrio. En el primer

441 JOSSEMAND, *Derecho civil*, cit., T. II, vol. I, p. 85.

caso estamos frente a un criterio bastante objetivo de determinación, tal que si esta es inicua o errónea las partes pueden impugnarla y en último caso será el juez el que haga la determinación. En la segunda hipótesis no está permitida la impugnación de la determinación hecha por el tercero, o sea no se permite que la decisión del tercero sea sustituida por la del juez salvo que se pruebe que el tercero ha actuado de mala fe. Si el tercero no hace la determinación y las partes no se ponen de acuerdo para sustituirlo, el contrato, por expresa disposición del art. 1408, es nulo.

Los bienes pueden estar designados por su género⁴⁴², especie y cantidad (v. gr., un caballo árabe, 500 quintales de algodón tangüis). La designación no puede ser hecha solamente por el género porque el compromiso carecería de seriedad. No se puede decir, por ej., que se vende la casa, el caballo o el automóvil sin hacer mayores especificaciones para poder identificar estos bienes. Los bienes no pueden estar señalados por un género ilimitado como cuando el deudor se obliga a entregar un animal, sin especificación de la clase o género subalterno, "porque el deudor podría cumplir la convención, entregando al acreedor una mosca o cualquier animal de ningún valor y aun un animal dañino"⁴⁴³. Los bienes pueden ser determinados en su especie y determinables en su cantidad, cuando, v. gr., el suministrante se obliga a proveer al suministrado trigo o vino según las necesidades de su establecimiento industrial o comercial. Pero no puede obligarse a entregar trigo o vino sin indicar los criterios para fijar la medida o cantidad. La designación puede ser hecha según la especie, cantidad o calidad, o solamente sobre la base de

442 Pothier dice: "No solamente un cuerpo cierto y determinado, como tal caballo, puede ser objeto de una obligación; sino que cualquiera cosa indeterminada puede también ser el objeto, como cuando uno se compromete a darme un caballo, sin determinar qué caballo. Es preciso, con todo, que la cosa indeterminada, que es objeto de la obligación, tenga en su indeterminación una cierta consideración moral, *aportet ut genus quod debetur habeat certam finitionem*, como cuando se ha prometido un caballo, una vaca, un sombrero, en general; pero si la indeterminación de la cosa es tal que ella la reduzca a casi nada, no habrá obligación por falta de cosa que sea el objeto y materia de ella, puesto que en el orden moral casi nada es mirado como nada: Por ejemplo, dinero, trigo, vino, sin que la cantidad sea determinada ni determinable, no pueden ser objeto de una obligación, porque se podrían reducir a casi nada, como a cinco centavos, a un grano de trigo, a una gota de vino" (POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, cit., n° 131).

Código francés, art. 112. "La obligación debe tener por objeto una cosa determinada, a lo menos en cuanto a su especie" (género).

443 CLARO SOLAR, *Explicaciones del Derecho civil chileno y comparado*, cit., vol. V, p. 260.

la especie y cantidad, en cuyo caso el deudor no está obligado a dar de la mejor calidad ni el acreedor a recibir de la peor, se debe escoger bienes de calidad media (art. 1143); si se ha contraído la obligación de dar bienes inciertos, estos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad (art. 1142).

34. CONTRATO SUCESORIO

Art. 1405.- Es nulo el contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora⁴⁴⁴.

No puede ser objeto de un contrato una herencia futura. La ley (el art. 1405) prohíbe todo *contrato sobre herencia futura* (denominados también, *contratos sobre sucesión futura* o *contratos sucesorios*), o sea, sobre el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva por acto entre vivos; ya se refiera a una universalidad o a una cuota de la sucesión o a bienes particulares considerados como parte de ella; ya uno de los contratantes sea la misma persona de cuya sucesión futura se trata (*causante*), o ambos contratantes sean extraños al causante; ya el beneficiario de la herencia sea una de las partes contratantes o un tercero extraño al contrato; y ya se trate de un contrato de institución de heredero, o de renuncia a la herencia, o de disposición de la herencia de un tercero.

444 El art. 1130 del *Código francés*, después de disponer que las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación, establece: "No se puede, sin embargo, renunciar a una sucesión no abierta, ni hacer estipulación alguna sobre semejante sucesión, aun con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trata.

Código civil peruano de 1852: Art. 1252. Es prohibido todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, o cuyo fallecimiento se ignora.

Art. 1345. No puede venderse la herencia de una persona que vive, aunque esta preste su consentimiento, ni las ventas anteriormente, ni las públicas, ni las demás que no están en el comercio de los hombres.

Tampoco puede venderse las cosas prohibidas por leyes especiales.

Código civil peruano de 1936: Art. 1338. Se prohíbe todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido o cuyo fallecimiento se ignora.

Código civil argentino: Art. 1175. No pueden ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares.

Código civil chileno de Andrés Bello: Art. 1463. El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona.

Los *contratos sobre sucesiones no abiertas* están afectados de nulidad absoluta (*viventis nulla est hereditas*) por disposición del art. 1405; por tanto, a tenor de lo dispuesto en el art. 220, la nulidad puede ser invocada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público, y si es manifiesta puede ser declarada de oficio por el juez y no puede subsanarse por confirmación. Se mencionan como ejemplos el contrato por el que una de las partes se obliga a instituir heredero a la otra; el contrato por el que una de las partes se obliga a renunciar, en su día y caso, a favor de otro el derecho de heredar a una persona; el celebrado entre padres e hijos con el objeto de repartirse irrevocablemente la herencia de aquellos y de renunciar entre estos a una mejora en la misma herencia; el préstamo contraído con la obligación de devolver lo prestado cuando el deudor reciba su legítima; el contrato de asilo por el que el causante se entrega al cuidado de un establecimiento de asistencia, a cambio de dejar a este su herencia; el contrato entre cónyuges por el que uno de ellos dispone de sus bienes, solo para el caso de muerte, a favor del otro.

Los contratos sucesorios pueden ser *De institución de heredero*, por los cuales una persona conviene con otra en dejarle, en todo o en parte, su herencia; estos contratos fueron prohibidos por el Derecho romano por cuanto conllevaran un *votum corvinum*. *De renuncia a la herencia*, también fueron prohibidos por el Derecho romano por cuanto las herencias debían caminar por vía de los testamentos y las sucesiones legítimas, pero no por la de los contratos. Y de *disposición de la herencia* de un tercero vivo, que el Código francés (art. 1130) lo prohíbe aun cuando se haga con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trata.

El Derecho romano consideró que los pactos de *succedendo*, de *non succedendo* y de *hereditate terti* son odiosos. Las convenciones sobre una sucesión no abierta se realizan en espera de la muerte de un hombre. Semejante convención es un *votum alicujus mortis* (voto de homicidio); es el *pactum corvinum* un pacto de ave de rapiña. En el *Corpus Iuris* se hace mención a una resolución del emperador Dioclesiano que se refiere al convenio de dos hermanos, que servían como soldados, y habían acordado antes de entrar en batalla que el que regresara sano y salvo debía heredar al otro (C. 2.3.19).

En la Edad Media, además de las donaciones *mortis causa* de fincas aisladas, se conocieron los acuerdos que fijan la herencia en la posesión de una familia noble determinada, los acuerdos en los contratos matrimoniales sobre la conducta a observar con los bienes de ambas partes cuando mueran los cónyuges, y

contratos de renuncia de la herencia, sobre todo con el ajuar dado a hijas casadas. Como afirma Kipp⁴⁴⁵, estos negocios jurídicos “burgueses” son los precursores del contrato sucesorio regulado en el Código civil alemán y de la actual renuncia a la herencia; parece que el *contrato de institución de heredero* no fue formulado con precisión hasta llegar a la dogmática del siglo XIX.

El Derecho canónico estableció que debe respetarse las renunciaciones hechas a las sucesiones no abiertas para evitar que los bienes pasen a familias extrañas por medio de las mujeres al casarse, o a las iglesias y monasterios mediante los religiosos de uno y otro sexo. La profesión solemne de los tres votos de pobreza, castidad y obediencia implicaba el abandono de las cosas mundanas, tuvo por consecuencia la renuncia a todo derecho de sucesión en el acto de vestir el hábito religioso. Era de estilo al dotar a las mujeres, hacerlas renunciar a la sucesión que por causa de muerte pudiésem tener respecto a quien dotaba, dándose por conformes con la dote. Estas renunciaciones, que pasaron a las costumbres francesas fueron suprimidas por el *Code Napoleon*, que no admite las repudiaciones testamentarias sino después de abiertas⁴⁴⁶.

El art. 1130 del Código francés dispone que no se puede “*renunciar a una sucesión no abierta, ni hacer estipulación alguna sobre semejante sucesión, aun con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trata*”. El *Code Civil* adoptó la prohibición romana, pero con mayor rigidez al no admitir la aprobación del causante permitida por el Derecho romano. Del *Code Civil* pasó a las legislaciones que en él se inspiraron, entre las que figura el CC peruano de 1852; la prohibición se mantuvo en el CC de 1936, del que pasó al Código vigente de 1984.

Criticando esta posición del Código francés, Josserand⁴⁴⁷ expresa que “este rigor es injustificado, pues si existen pactos sucesorios reprobables, hay otros inofensivos, hasta dignos de aprobación; por ejemplo, la convención por la cual los hijos se comprometen a respetar las últimas voluntades de sus padres y a no prevalerse de las nulidades de que sus disposiciones pudieran adolecer. En realidad, en esta materia, todo es cuestión de móviles y de finalidad. El pacto sucesorio debería tener el valor que tuviere la finalidad perseguida”.

445 ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martín WOLFF, *Tratado de Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, a cargo de Theodor KIIP, trad. de Helmut Coing, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1976, vol. I, p. 368.

446 Ver CLARO SOLAR, *Explicaciones del Derecho civil chileno y comparado*, cit., vol. V, p. 282.

447 JOSSERAND, *Derecho civil*, cit., T. II, vol. I, p. 89.

El Código francés admite únicamente la institución de heredero hecha por “contrato de matrimonio” (*capitulación matrimonial*) en favor de uno de los cónyuges o de los hijos por nacer de su matrimonio. El art. 1082 dispone: “*Los padres y las madres, los demás ascendientes, los parientes colaterales de los esposos, e incluso los extraños, podrán, por capitulaciones matrimoniales, disponer de la totalidad o parte de los bienes que dejaren en el día de su muerte, tanto a favor de los esposos como a favor de los hijos que nazcan de su matrimonio, para el caso de que el donante sobreviviere al esposo donatario. Igual donación, aunque hecha solamente a favor de los esposos o de uno de ellos, se presumirá hecha siempre, en el expresado caso de supervivencia del donante, a favor de los hijos y descendientes que nazcan del matrimonio*”.

En cambio, el BGB alemán (arts. 312 y 2274 a 2302) admite el contrato de herencia solamente para designar herederos, fijar legados y obligaciones modales y siempre y cuando emane del disponente en persona, esto es, el contrato versa sobre sucesión propia y no sobre la herencia de un tercero. Al igual que el testamento, el contrato sucesorio solo puede ser otorgado *personalmente* por el que dispone por causa de muerte, y debe celebrarse ante un juez o notario en presencia simultánea de ambas partes, para garantizar la moralidad y la libertad de la combinación. Con la conclusión del contrato, el causante queda limitado en su libertad de testar; una disposición de última voluntad o contractual *mortis causa* otorgada después del contrato sucesorio es ineficaz. Pero el contrato sucesorio no limita el derecho del otorgante a disponer de su patrimonio por acto entre vivos; el heredero contractual no tiene ninguna pretensión contra el causante susceptible de ser asegurada, por ejemplo, con una anotación preventiva en el registro inmobiliario. Las disposiciones del contrato están substraídas a todo cambio unilateral, salvo que se haya concedido al causante el derecho de resolver el contrato unilateralmente o de modificar en puntos singulares la disposición contractual. Al favorecido se le concede una causa de reclamación en calidad de heredero o legatario, como la creada en otros casos por el testamento o la ley; en esto se diferencia el *contrato sucesorio* de los *testamentos mancomunados*⁴⁴⁸, susceptibles de ser revocados por cualquiera de los cónyuges. El causante

448 El testamento mancomunado se da cuando varias personas testan en común. Su origen se remonta a una costumbre del Derecho de la última Edad Media. El Código civil alemán lo regula en los arts. 2265 al 2273, pero limitándolo a los cónyuges. El Código civil peruano rechaza el testamento mancomunado (art. 814).

puede cerrar el contrato tanto con el propio favorecido (o favorecidos) como con terceras personas; no es, pues, necesario que el otro contrayente sea idéntico al favorecido, aunque este sea el caso más frecuente. Por convenio se puede renunciar a la herencia o legado, a la institución de heredero o legatario. El contrato sucesorio puede combinarse con otro contrato en el mismo instrumento, especialmente con un contrato matrimonial. Es posible que en un contrato sucesorio ambas partes otorguen disposiciones vinculatorias *mortis causa*, caso en el cual se habla de contrato sucesorio bilateral o mancomunado, como cuando dos cónyuges declaran que se instituyen mutuamente herederos⁴⁴⁹.

El contrato sobre la herencia de un tercero es repudiado en el Derecho alemán. El art. 312 dice: "*Un contrato sobre el caudal relicto⁴⁵⁰ de un tercero que aún viva es nulo. Lo mismo vale de un contrato sobre la legítima o sobre un legado a costa del caudal relicto de un tercero que aún viva. Estas disposiciones no se aplican a un contrato que se concluya entre futuros herederos legítimos acerca de la porción hereditaria legítima o de la legítima de alguno de ellos. Semejante contrato requiere la documentación judicial o notarial*".

El Código alemán admite el contrato sucesorio no limitándolo solo a los cónyuges sino prescindiendo de toda limitación de personas, pero en cuanto a la materia admitiendo solamente la institución de heredero, legados y disposiciones modales, pudiendo ser estas en favor de terceros que no han intervenido en el contrato. El codificador alemán partió de la tesis de que estos contratos eran usuales y necesarios entre los cónyuges, en la vida campesina, en la nobleza terrateniente con el objeto de regular la sucesión en las fincas agrícolas, y en los llamados contratos de asilo, en los que el causante se entregaba al cuidado de un establecimiento de asistencia, a cambio de dejar a este su herencia⁴⁵¹.

El Código civil suizo, arts. 512 y siguientes, admite la convención cuyo objeto sea una sucesión no abierta, únicamente si contiene el consentimiento de la persona de cuya herencia se trata.

En España, el Derecho Civil de Cataluña dedica el título IV del Libro I a los heredamientos, y en el art. 63, ap. 1º los define como una institución

449 Ver ENNECCERUS / KIPP / WOLF, *Tratado de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, cit., vol. I, pp. 370 y ss.

450 *Caudal relicto* o herencia.

451 JOSSELAND, *Derecho civil*, cit., T. II, vol. I, p. 369.

contractual de heredero hecha en capitulaciones matrimoniales, y cuyo carácter sucesorio precisa en el art. 97, ap. 1º, al establecer que “*la herencia se difiere por testamento, por contrato o por Ley*”; se puede pactar la mutua sucesión o heredamiento mutua entre ambos cónyuges; la institución de heredero a favor de uno solo de los cónyuges contratantes; o que uno solo o ambos cónyuges contratantes confieren derechos hereditarios a un tercero o terceros: los hijos de los contratantes; se admite la renuncia a la herencia dentro de límites estrechos; en cuanto a los *pactum hereditate tertii* se establece que “*son nulos los pactos o contratos sobre sucesión no abierta, salvo aquellos que estén expresamente admitidos por esta compilación*”. La Compilación aragonesa, art. 89, dispone que “*la sucesión se difiere por testamento, por pacto o por disposición de la ley*”; según el art. 99, ap. 1º, “*son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan, con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales. También lo serán los que se pacten, en escritura pública, por mayores de veintiún años que sean parientes consanguíneos o afines en cualquier grado, o adoptivos, o que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias*”, lo que permite la validez de los pactos de mutua sucesión, pactos sucesorios sin reciprocidad entre los otorgantes, así como aquellos en que los otorgantes atribuyen derechos hereditarios a favor de terceros. La Compilación de Vizcaya, art. 11, establece que la sucesión de *sucesor de bienes* debe hacerse “*por testamento, capitulaciones matrimoniales, escritura de dote o donación*”. La Compilación de Navarra, art. 149, dispone que “*las disposiciones a título lucrativo pueden ordenarse por donación inter vivos o mortis causa, pacto sucesorio, testamento y demás actos de disposición reconocidos en esta compilación solo en defecto de estas disposiciones se aplicará la sucesión legal*”.

Colmet de Santerre⁴⁵² explica que no son los fundamentos del Derecho romano los que han hecho que el Derecho moderno prohíba los pactos de sucesión futura, porque ahora se admiten pactos tan peligrosos como el contrato de renta vitalicia. La razón de la prohibición de estos pactos por el Derecho moderno se debe a que recaen sobre un derecho incierto, sobre un emolumento más incierto aún y de que se teme a menudo no poder aprovecharse, sino en un lejano porvenir. Las personas movidas por la necesidad o por la avidez, enajenarían por un precio insignificante sus derechos eventuales en sucesiones futuras.

452 Citado por CLARO SOLAR, *Explicaciones del Derecho civil chileno y comparado*, cit., vol. V, p. 279.

Otra razón de la prohibición es que con estos contratos se desconocen las legítimas o alteren la igualdad de los legitimarios. Si este fuera el único fundamento, la prohibición no puede alcanzar a todo contrato sucesorio sino únicamente a aquellos que afecten el derecho de los herederos forzosos, permitiéndose los que respeten tal derecho.

No vemos razón para prohibir los contratos sucesorios con respecto a la porción de libre disposición de la herencia (art. 723) celebrados personalmente por el futuro causante, que es intangible e inviolable. El *votum corvino*, como dice Barandiarán⁴⁵³, “no pasa de ser una mera presunción *a priori* respecto a los pactos sobre sucesiones futuras; y si por su causa estos no deben ser admitidos, no se justifica cómo se acepte otros contratos, como el seguro de vida, la renta vitalicia, que se basan en *mortis causa capiones*. Hay, pues, tratándose de los pactos sucesorios un mero prejuicio, una simple suspicacia”.

35. CONCLUSIONES

- I. El objeto del acto jurídico es la *relación jurídica*. A su vez, el objeto de la relación jurídica es la *prestación* y el objeto de la prestación son los *bienes, derechos, servicios y abstenciones*.

Por consiguiente, el objeto del acto jurídico está integrado en forma sucesiva por los siguientes elementos: 1) *la relación jurídica*, 2) *la prestación* y 3) *los bienes, los derechos, los servicios, las abstenciones*.

Con referencia al objeto del contrato y de todos los actos de naturaleza patrimonial, la expresión “relación jurídica” es sustituida por la de “relación obligacional”, o simplemente por la palabra “obligación”.

La mención a uno de los elementos del objeto supone la de los otros. Empero, es común que en las obligaciones con prestaciones de dar se identifique cosa o bien con objeto. Es más, esta identificación entre bien y objeto está impuesta por la fuerza de la tradición y de los usos. Pero esto en nada afecta a la esencia del objeto, puesto que, como hemos dicho, la mención a uno de sus elementos implica la de los otros. Por tanto, es correcto afirmar que el objeto del acto jurídico debe ser posible, lícito y determinado o determinable. La *validez* está referida a la relación jurídica; la *licitud* a la prestación; la *posibilidad* a la prestación y a los bienes, derechos, servicios

453 LEÓN BARANDIARÁN, José, *Tratado de Derecho Civil*, WG, Lima, 1992, T. IV, p. 109.

y abstenciones que son objeto de ella; y la *determinación* concierne a la relación jurídica, a la prestación y a los bienes, derechos, servicios y abstenciones objeto de ella.

- II. La relación jurídica (en el contrato: *relación obligacional* o *simplemente obligacion*) será válida si su objeto (la prestación) es lícito, posible, determinado o determinable.

La prestación objeto de la relación jurídica debe ser posible, lícita y determinada o determinable.

Los bienes, derechos, servicios y abstenciones, objeto de la prestación, deben ser posibles, determinados o determinables.

La posibilidad es la física o material. La posibilidad jurídica es la licitud.

Solamente la prestación, que es conducta humana, puede ser calificada de lícita o ilícita, según sea conforme o contraria con las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Ni los bienes ni los derechos objeto de la prestación pueden ser calificados de lícitos o ilícitos. Tampoco pueden tener esta calificación los sujetos que celebran el acto.

La relación jurídica es un concepto abstracto. Los conceptos son inocuos y estáticos, no hacen ni bien ni mal, no tienen comportamiento, ni contrario ni conforme con el ordenamiento jurídico. No pueden ser calificados de lícitos o ilícitos. Son neutros al valor.

La obligación y la prestación también deben ser determinadas o determinables. Generalmente su determinación queda establecida con la de los bienes, derechos, servicios o abstenciones que son objeto de la prestación.

- III. No se puede hablar de posibilidad de los bienes que ya existen, porque lo que ya existe, ya es, no es que pueda ser. Solamente se puede hablar de posibilidad de los bienes que se espera lleguen a existir, esto es, que pueden ser en el futuro.

Sin embargo, la fuerza de los usos impone que cuando hablamos de bienes posibles nos refiramos tanto a los presentes como a los futuros, por lo que resulta hasta conveniente mantener esta concepción.

- IV. La fenomenología del contrato nos indica que este no se extingue con la creación de la obligación sino con la extinción total de esta. El contrato es la manifestación ostensible de la relación obligacional. Cada vez que se presente la necesidad de establecer el contenido, sentido y extensión de

las obligaciones y correspondientes derechos, hay que recurrir necesariamente a la interpretación del contrato. El contrato (continente) y la obligación que de él surge (contenido) nacen y mueren juntos por constituir un todo inescindible. La manifestación de voluntad es el acto jurídico; el consentimiento es el contrato, el matrimonio, etc. No hay relación jurídica sin manifestación de voluntad, sin consentimiento no hay obligación contractual, relación matrimonial, etc. Lo que es lo mismo, sin contrato de compraventa no hay relación jurídica entre vendedor y comprador, sin casamiento no existe la relación jurídica conyugal, en todo caso habrá concubinato, etcétera.

Por eso es correcto que el Código hable de *nulidad*, de *ineficacia*, de *revocación*, de *confirmación*, *ratificación del acto jurídico* y no de la *relación jurídica*; de *nulidad*, *resolución*, *rescisión*, etc., del contrato y no de la *obligación*.

Debe modificarse o suprimirse la expresión "*Obligación anulada*" contenida en el art. 228., por impropia. La nulidad es del acto jurídico y no solamente de las obligaciones en él contenidas. Un acto jurídico sin sentido (la relación jurídica) o un sentido sin substrato (el acto jurídico) no puede ser.

- V. Proponemos las siguientes modificaciones a las normas relativas al objeto del acto jurídico:
- a) Artículo. 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: (...)
 2. *Objeto posible, lícito, determinado o determinable (...).*
 - b) Artículo. 171.- La condición suspensiva ilícita o *imposible* invalida el acto.
La condición resolutoria ilícita o *imposible* se considera no puesta.
 - c) Artículo. 219.- El acto jurídico es nulo: (...)
 3. *Cuando su objeto es imposible o ilícito o indeterminable (...).*
 - d) Se puede modificar el Libro VI, Sección Primera, Títulos I, II y III, para que en vez de hacer referencia a obligaciones de dar, hacer y no hacer, se refiera a *obligaciones con prestaciones de dar, hacer y no hacer*.

- e) La prestación objeto de la obligación contractual debe ser susceptible de valoración económica, pero el interés del acreedor puede tener o no un valor pecuniario, basta con que sea digno de protección. En tal virtud, como en la definición de contrato contenida en el art. 1351 se incluye el requisito de la patrimonialidad, se debe tener en cuenta que *la prestación que constituye objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aun cuando no sea patrimonial, del acreedor* (art. 1174 del Código civil italiano). Así se supera las dudas sobre si son o no contratos las convenciones en las cuales a una prestación en dinero corresponde una contraprestación no económica como cuando se contrata a un médico para que nos cure una enfermedad, o de los casos en que se duda de la naturaleza contractual de los actos de disposición del propio cuerpo (art. 6).
- f) Debe modificarse el art. 1403 del Código civil de tal modo que se corrija el error de calificar de *lícita* a la obligación y no a la prestación, como debe ser, y que, además, se haga referencia no solamente a los bienes como objeto de la prestación sino también a *los servicios y a las abstenciones*.

Por consiguiente, el art. 1403 puede decir:

Artículo. 1403.- *La obligación que es objeto del contrato debe ser válida. La prestación que es objeto de la obligación debe ser lícita y posible. Los bienes, los servicios y las abstenciones que son objeto de la prestación deben ser posibles, determinados o determinables.*

- g) El contrato sometido a condición o a plazo suspensivo será válido si el objeto inicialmente ilícito o imposible se hiciera lícito o posible *antes del cumplimiento* de la condición o del vencimiento del plazo.

En tal virtud, el art. 1404 debe decir:

Artículo. 1404.- *La licitud o la posibilidad de la prestación o la posibilidad del bien, derecho, servicio o abstención que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciará al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.*

- h) Artículo. 1409.- La prestación *objeto* de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: (...)
- 2) Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa, *salvo que se hubiere ocultado su condición, caso en el cual el contrato es rescindible a solicitud del adquirente de buena fe.*
- i) El art. 1405 sanciona con la nulidad absoluta todo contrato sobre el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva (*contrato sucesorio*), pues está inspirado en el criterio prohibitivo del Derecho romano, al que responde la regla *viventis nulla est hereditatis*. Únicamente se admite la sucesión testada y la intestada y se excluye la sucesión contractual.

Las razones de moralidad y peligrosidad por las que las leyes romanas prohibieron los contratos sucesorios, ya no rigen más, pues, la vida de las personas sirve como unidad de medida de la duración de los contratos de seguros y renta vitalicia, por ejemplo.

No hay fundamento convincente para impedir que el causante personalmente celebre con un tercero un contrato sucesorio mediante escritura pública, siempre que se respete el sistema de legítimas. En tal virtud, estimamos que el art. 1405 puede modificarse en este sentido. Por ej., se puede decir: Art. 1405.- *Nadie puede disponer mediante contrato, más de lo que puede disponer por testamento.*

CAPÍTULO VI

LA CAUSA FIN

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

[...]

3. Fin lícito.

36. INTRODUCCIÓN

La causa fin es, conjuntamente con la manifestación de voluntad, la capacidad, el objeto y la forma solemne, uno de los elementos esenciales o requisitos de validez del acto jurídico (art. 140). Es la razón que justifica el acto jurídico; es su *ratio*, es decir, el elemento que lo explica racionalmente, que le da un sentido racional.

Una vez superado el formalismo del antiguo Derecho romano que hacía posible recurrir a pocos tipos solemnes de actos o negocios jurídicos, surgieron nuevos tipos de contratos que se consolidaron con la práctica de los negocios y recibieron un nombre y una disciplina específica por parte del ordenamiento jurídico. Para explicar el fundamento, licitud o moralidad de estos actos, se recurre con frecuencia al concepto de causa considerada por la doctrina, ahora dominante, como elemento esencial autónomo del acto o negocio jurídico.

Pero este elemento de la causa, desde Domat –quien fue el iniciador de la sistematización de la teoría– hasta nuestros días, ha dado lugar a profundas controversias sobre su denominación y significación, así como sobre su admisión

o no como requisito de validez –independiente de la capacidad, el objeto y la forma solemne– del acto jurídico.

La palabra *causa* es usada en Derecho con varias acepciones. Aquí nos referimos a la *causa fuente* y a la *causa fin*. Pero dentro de poco nos referiremos solamente a esta última. Se habla de *causa fuente* o *eficiente* para significar el origen o fundamento de las relaciones jurídicas; de *causa final* (teoría objetiva) para referirse a la finalidad abstracta, concreta y típica que induce al agente a actuar; de *causa móvil* (teoría subjetiva) para indicar el motivo personal, individual, no típico, psicológico, de algún modo exteriorizado, que impulsa a la realización del acto jurídico; existe también la *causa sincrética* (teoría unitaria) que combina los elementos de la causa final y de la causa fin. Dentro de la teoría objetiva de la causa se habla también de *causa función* para significar la función económico-social que cumple el contrato y que como tal está reconocida por el Derecho, y de la *causa-resultado* para indicar el resultado que el sujeto puede obtener valiéndose de determinado acto.

En cuanto al campo de aplicación de la causa unos lo reducen al de las obligaciones, otros al de los contratos y otros lo extienden de tal manera que comprenda todos los actos jurídicos.

Por lo que se refiere a su admisión o no como elemento esencial del acto jurídico, la disputa se produce entre anticausalistas y causalistas. Para los primeros el concepto de causa es falso e inútil, pues se confunde con otros elementos, especialmente, con el consentimiento y con el objeto. Dentro de la teoría que admite a la causa como requisito de validez de los contratos y de los actos jurídicos en general existen dos corrientes: el causalismo clásico que coincide con la teoría objetiva de la causa final, la cual se caracteriza por el rechazo a considerar los motivos psicológicos como causa, y el neocausalismo sustentado, especialmente, en la teoría subjetiva. Dentro del neocausalismo hay los que, rechazando siempre a los motivos personales como causa, consideran que el fin perseguido por una de las partes no es la obligación de la otra, sino el cumplimiento de esa obligación (*Capitant*) y otros que recurren a los motivos personales, individuales, que han tenido las partes que celebran el acto jurídico para justificar la causa.

El Derecho positivo peruano ha oscilado entre estos dos extremos: el causalismo y el anticausalismo. El Código de 1852, que se inspiró en el *Code Napoleon* de 1804, fue causalista, el Código de 1936 fue anticausalista y el Código vigente de 1984 es causalista.

Aquí queremos dar nuestra opinión como una contribución al esclarecimiento de esta materia de la causa, de significación no precisa –lo que ha dado lugar a que se la considere erróneamente como una de las materias más oscuras y controvertidas del Derecho privado– para una mejor interpretación y aplicación del nuevo Código civil.

37. SIGNIFICADOS DE LA PALABRA CAUSA

En su acepción amplia se entiende por causa a la realidad de la que depende el ser o el obrar de otra; el principio real o antecedente necesario que influye positivamente en el ser de otra cosa, llamada efecto. En fin, el principio del cual procede, como efecto, todo ser o acontecer. De esto se deduce que la causa tiene prioridad sobre el efecto; que causa y efecto son distintos, pero no totalmente independientes por estar vinculados por una relación de causalidad que nos dice que no hay efecto sin causa.

La causa es, pues, el antecedente, el principio u origen, del cual se deriva o proviene el efecto y en el cual encuentra su fundamento y justificación. El efecto presupone la causa (*cesante causa, cessat effectum*).

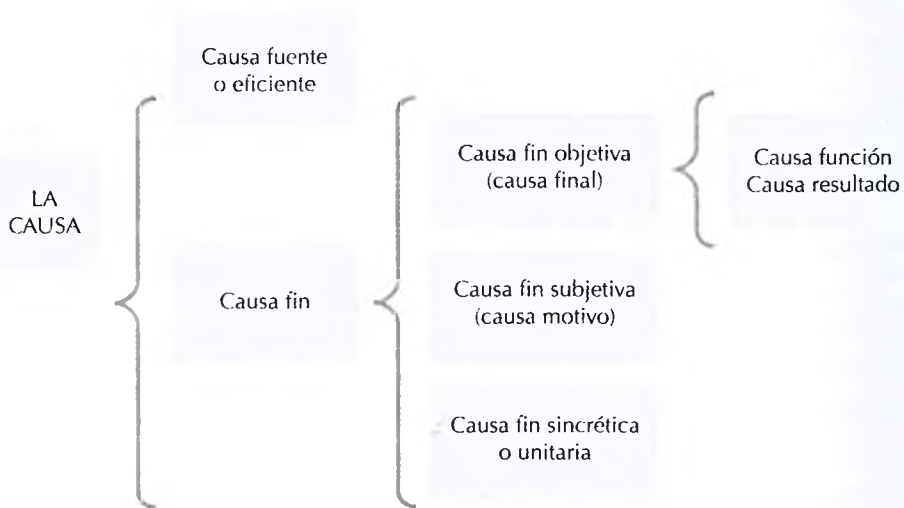
Aristóteles, basándose en la relación de dependencia entre causa y efecto, clasificó a la causa en cuatro categorías: la *causa formal* (que determina la materia para ser algo; es el ideal o paradigma), la *causa material* (el sustrato, la condición necesaria para que ese algo fuese lo que es), la *causa eficiente* (como agente que da lugar al acto) y la *causa final* (el porqué de ese acto). La causa formal se estructura como: ¿qué hace que sea lo que es?; la causa material responde a la interrogante: ¿de qué está hecho algo?; la causa eficiente: ¿quién hace la cosa causada?, es el principio primero del movimiento o del cambio; la causa final responde a la pregunta: ¿para qué se hace?

Ihering expresa que la teoría de la razón suficiente nos enseña que nada, en el universo, procede de sí mismo (*causa sui*). Todo acontecimiento, es decir, toda modificación en el mundo físico, es la resultante de una modificación anterior y necesaria para su existencia. Este postulado de la razón, por la experiencia confirmado, es el fundamento de lo que se llama la ley de causalidad. Esta ley rige también la voluntad. Sin razón suficiente, una manifestación de voluntad es tan inconcebible como un movimiento de materia. La voluntad no puede manifestarse espontáneamente sin un motivo que la determine. Para que la voluntad obre es necesario una razón suficiente, una causa. Es la ley universal. En la na-

turalidad inanimada esta causa es de esencia *mecánica* (*causa efficiens*); *psicológica* cuando se refiere a la voluntad: esta obra en vista de un fin, de un objeto (*causa finalis*).

Jurídicamente la palabra causa no tiene un solo significado, sino una pluri-significación. Casi siempre la palabra causa es usada acompañada de un adjetivo. Así, se habla de *causa fuente* para indicar el hecho generador de la obligación y de *causa fin* o final que, a su vez, tiene una doble dimensión: *causa fin objetiva* para indicar la finalidad abstracta, común a todos los actos de la misma categoría y *causa fin subjetiva* entendida como los móviles o motivos personales que impulsan a celebrar el acto.

La doctrina dominante, a la cual se adhiere el Código civil peruano (art. 140.3), considera a la causa como un elemento esencial de todo acto jurídico. Pero, desde Domat y Pothier, este elemento de la causa da lugar, cuando se trata de definirlo, a las más grandes controversias y dificultades. A continuación nuestra modesta contribución al esclarecimiento de este tema.



38. CAUSA FUENTE Y CAUSA FIN

38.1. La causa fuente

La causa fuente, llamada también causa eficiente, es el hecho generador de un efecto. El ordenamiento jurídico reconoce a ciertos hechos virtualidad suficiente para producir efectos jurídicos. El nacimiento, la muerte de una per-

sona, el matrimonio, el testamento, el contrato, un acto ilícito, etc., son fuentes de donde emergen relaciones jurídicas obligatorias. No se concibe un efecto jurídico sin su causa. El hecho produce el efecto y la norma lo juridiza, v. gr., si el acreedor está facultado para exigir al deudor la ejecución de una prestación, incluso coactivamente, debe tener una causa lícita que justifique el desplazamiento patrimonial que implica el pago que el acreedor pretende y al que el deudor está obligado.

La manifestación de voluntad es la causa eficiente que da nacimiento al acto o negocio jurídico. A su vez la voluntad no es determinada por sí misma sino por fines o móviles o razones que impulsan al sujeto a hacer una declaración de voluntad. La causa eficiente del acto jurídico, que es la *voluntad*, es determinada por la causa fin o resultado final del acto, que la inteligencia le presenta al sujeto anticipadamente como la razón de ser o motivo determinante de la voluntad y que le sirve de fundamento y justificación⁴⁵⁴.

38.2. La causa fin

La causa fin, llamada también causa final, es la finalidad perseguida por el sujeto que celebra un acto jurídico⁴⁵⁵. Hay una relación de causalidad entre el fin perseguido y el acto jurídico que lo persigue⁴⁵⁶. El fin direcciona a la voluntad hacia la obtención de los efectos perseguidos, a cuyo efecto se celebra el acto jurídico. Es el fin inmediato que las partes se proponen lograr al tiempo de celebrar un acto jurídico o el fin inmediato característico en los actos jurídicos de la misma clase.

Desde una orientación *subjetivista* se habla de causa para referirse al fin o finalidad perseguido por las partes con la manifestación de voluntad orientada directamente a la producción de efectos jurídicos amparados por el ordenamiento jurídico⁴⁵⁷; y desde una perspectiva *objetivista* la causa también está

454 Como decía Santo Tomás: La causa final, última en el orden de la ejecución es la primera en el orden de la intención.

455 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *La causa del negocio jurídico*, Grijley, Lima, 1996, p. 667; "...los autores hablan indistintamente de fin o finalidad. La causa es la consideración del fin que se propone alcanzar el sujeto con la celebración del contrato".

456 Es el mismo principio universal de causalidad que aplicado al mundo de los actos humanos voluntarios, no es mecánica u orgánica como en los demás seres, sino racional y libre.

457 Cas. N° 939-2004 Lima, *El Peruano*, 30.1.2006: *La finalidad o fin lícito consiste, en la orien-*

referida al fin, pero no de las partes, sino del mismo acto jurídico, o sea la causa es el fin o función del acto jurídico mismo.

Como dice De Cossio⁴⁵⁸: “primeramente consideramos el resultado que queremos alcanzar, el fin jurídico que nos proponemos conseguir y, después de esto, escogemos los medios para su realización. Así, descartado el principio de causalidad del mundo físico, y reemplazándole por el principio de causalidad jurídica, es decir, por la relación jurídica entre el fin y el medio, llegamos a cualificar el Derecho como causa, lo que se llama en otras esferas la consecuencia. En el dominio de aplicación del principio de causalidad de orden físico, el pensamiento tiene como punto de partida la causa y después el efecto, es decir, es progresivo, mientras que en el llamado dominio del principio de finalidad, al contrario, el punto de partida es el fin jurídico y la acción retorna hacia los medios, es regresiva”.

Nadie realiza un acto jurídico así porque sí, sin un fin o razón de ser o móvil directo e inmediato, o mediato o personal contenido expresa o implícitamente⁴⁵⁹ en la declaración de voluntad a la cual sirve de fundamento. Como expresa Wayar: “Así como el acto no puede carecer de objeto, tampoco puede carecer de fin”. Luego agrega este autor –con palabras de Ihering, a quien no cita– lo siguiente: “Así como la piedra no cae por caer –ya que si cae *es porque* le han quitado el sostén–, tampoco el hombre obra por obrar, salvo que no tenga voluntad o sea demente. El obrar humano *siempre* tiende a un fin. Un acto de voluntad sin causa final es un imposible tan absoluto como el movimiento de la piedra sin causa eficiente. Tal es la *ley de finalidad* que gobierna los actos voluntarios”⁴⁶⁰.

tación que se da a la manifestación de voluntad, esto es, que esta se dirija, directa y reflexivamente, a la producción de efectos jurídicos, vale decir, a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas; las cuales deben ser lícitas y, por tanto, amparadas por el ordenamiento jurídico.

458 DE COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, cit., p. 268.

459 ENNECCERUS, afirma que para que exista la causa es indispensable que exista lo que se llama un convenio de *fin*, que se denomina causa. Estos autores distinguen la causa *donandi*, por la que el negocio jurídico produce un enriquecimiento gratuito; la causa *credendi*, que crea en una persona una obligación *pasiva*; la causa *solvendi*, que se da cuando el negocio trata de extinguir una deuda; la causa *novandi*, la causa *dotis constituendae* y la *conditionis implendae* (ENNECCERUS, Ludwig, *Tratado de Derecho civil. Parte general*, revisado por Hans Karl Nipperdey, Bosch, Barcelona, 1934, T. I, Parte General, Vol. 2, pp. 78 y ss.).

460 WAYAR, Ernesto C., *Derecho Civil (Obligaciones)*, Depalma, Buenos Aires, 1990, T. I, p. 166.

Ihering⁴⁶¹ enfatiza que no hay querer sin un fin. La satisfacción esperada por el que quiere es el *fin* de su querer. Jamás la acción es en sí misma un fin, solo es el medio de conseguirlo. En cada acción queremos, no la acción misma, sino solamente su consecuencia para nosotros. *Obrar y obrar con un fin son términos equivalentes*. Un acto sin fin alguno no puede existir, lo mismo que no puede existir un efecto sin causa. La razón de obrar es el fin. Interesarse por un fin es la condición indispensable en toda acción humana. El fin es el elemento determinante de la voluntad. En el terreno del Derecho todo existe para el fin y en vista del fin.

La voluntad siempre quiere algo que la razón le presenta de antemano (penetrando así en la intención) como un bien, fin o utilidad práctica que procura obtener en el futuro, que la impulsa y determina a obrar para alcanzarlo.

El fin perseguido por el sujeto al celebrar un acto jurídico debe ser justo y lícito, no puede ser contrario a la moral o buenas costumbres o al orden público. Precisamente, la causa fin es el instrumento que nos permite establecer si la obligación contraída es o no justa y moral, no pudiéndose exigir su cumplimiento independientemente de su origen, contenido, justificación y moralidad.

Bianca⁴⁶² escribe: “La causa se diferencia del objeto del contrato, pues mientras este indica el programa, es decir, el contenido del acuerdo de las partes, la causa indica el interés que ese programa pretende satisfacer. Se entiende entonces, la consideración autónoma que la ley reserva a la causa, consideración que impone que se entienda el acto de autonomía privada en su realidad, como instrumentos de realidades prácticas, y que se valore jurídicamente teniendo en cuenta tal realidad”.

Sobre la causa fin existen hasta tres teorías: la teoría objetiva, la subjetiva y la sincrética o unitaria.

38.2.1. Teoría objetiva

La causa fin objetiva⁴⁶³ es la finalidad típica y constante que se da uniformemente en todos los actos jurídicos del mismo tipo (fin abstracto o inmedia-

461 IHERING, *El fin en el Derecho*, cit., pp. 8 y ss.

462 BIANCA, C. Massimo, ob. cit., p. 469.

463 En la doctrina y legislación comparada encontramos que a la causa fin objetiva se le denomina simplemente causa fin o causa final y a la causa fin subjetiva se le denomina causa motivo o causa impulsiva.

to)⁴⁶⁴. En otros términos, es el fin inmediato propio y característico de los actos jurídicos de la misma especie. Esta causa se identifica con el interés social que cumple cada clase de actos jurídicos. Por ejemplo, en la compraventa la causa de la entrega del bien es el pago del precio y la causa de éste es la entrega del bien; esto se da uniforme e invariablemente en todo contrato de compraventa.

Doctrinariamente a esta noción de causa se le conoce con la denominación de *causa final*.

La finalidad abstracta, fija e inmutable en todos los actos jurídicos de la misma categoría, por estar tipificada en la norma jurídica que regula esos actos, no es susceptible de faltar, de ser falsa o ilícita. Esta aseveración no puede replicarse ni aun con la argumentación de que la noción de causa ilícita se justifica en el campo de los contratos innominados (cuya causa no está explícitamente aprobada por la norma), puesto que tales contratos son reconocidos por el Derecho solo cuando responden a intereses merecedores de tutela.

Dentro de esta corriente objetiva se habla de causa-función y de causa-resultado⁴⁶⁵:

- a) La *causa-función* (llamada también finalidad teleológica) identifica a la causa fin con la *función económica y social* que cumple cada tipo de acto jurídico (ejemplo, el contrato de compraventa tiene la función de servir de instrumento para el intercambio de un bien contra un precio en dinero;

464 BARCIA LÓPEZ nos habla de la "doctrina de la causa meramente intrínseca, próxima, inmediata, objetiva, presumida por la ley o revelada por la propia naturaleza del acto, al cual contribuye a caracterizar; elemento específico e invariable, siempre idéntico en los contratos de la misma categoría; fin inmediato o motivo jurídico abstracto. A él se contraponen el fin mediato o motivo psicológico concreto, ocasional, subjetivo, personal, indirecto, extrínseco, variable al infinito en cada caso particular, en principio irrelevante, admitido solo por excepción y tardíamente, sobre todo en los actos gratuitos, donde ya según Domat, "hacia las veces de causa" (BARCIA LÓPEZ, Arturo, *La causa ilícita en las obligaciones y en los actos jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 13).

Un sector importante de la doctrina (Messineo, Scognamiglio, Díez-Picazo, entre muchos otros) denomina subjetiva a esta teoría que nosotros llamamos objetiva. Así, Scognamiglio dice que la teoría subjetiva de la causa se identifica con el motivo último determinante y típico que induce a las partes a actuar. Ejemplo, obtener la cosa para el comprador, cobrar el precio para el vendedor. Sin embargo, esta noción de causa nada tiene de subjetiva, puesto que se trata de un motivo típico y constante que debe existir siempre en todos los actos o negocios jurídicos del mismo tipo.

465 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, pp. 369 y ss.

la causa de la adopción es hacer entrar a alguien en una familia extraña a él por vínculo de sangre; la causa del contrato de sociedad es el ejercicio en común de una o varias actividades económicas para obtener un lucro repartible entre los socios). Como dice Betti (1890-1968)⁴⁶⁶, la causa del negocio es la función económico-social que caracteriza el tipo de negocio como acto de autonomía privada, determina su contenido mínimo y se presenta de modo uniforme en todos los negocios concretos que pertenecen a un mismo tipo. "La causa se manifiesta a través de la estructura misma de todo el negocio causal y rige la dirección y medida de los efectos jurídicos". La función económico-social típica puede ser *legal*, si está regulada en la ley, o *social*, cuando, en ausencia de previsión legal, es tipificada en la práctica de los negocios. En opinión de Bianca, la causa como típica función económica social del negocio, no es simplemente la razón práctica por la cual las partes celebran el contrato sino además la razón por la cual el ordenamiento reconoce relevancia jurídica al contrato.

Este concepto de causa no agrega nada al concepto de cada tipo de acto jurídico dispuesto por el ordenamiento jurídico, por lo que puede ser suprimida sin consecuencia alguna. La causa-función se presenta como un requisito externo del acto jurídico; si la causa es la función del acto que coincide con el mérito que tiene el interés para ser tutelado jurídicamente, entonces la causa es un juicio del ordenamiento. Pero un juicio no puede ser un elemento del acto, sino algo que está fuera de él. Es algo inmaterial que proviene del juez o de la ley, por lo que no es interno al acto.

La causa-función sirve para individualizar cada tipo de acto jurídico, pero no constituye un elemento de la estructura del negocio.

- b) La *causa-resultado* es entendida como el resultado jurídico objetivo que el sujeto puede conseguir valiéndose de determinado acto o negocio jurídico. El resultado es diverso según se considere a uno u otro de los participantes. Así, en la adopción, el adoptante consigue el resultado de obtener un hijo (adoptivo) y el adoptado obtiene el resultado de entrar en una familia con efectos análogos a los derivados de una relación de descendencia.

La causa-función se identifica con todo el acto en sí (da una definición del contenido del acto); mientras que la causa-resultado hace una descripción

466 BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pp. 143 y ss.

parcial del contenido del acto. En ambos casos la causa no dice nada que no esté implícito en el concepto de cada acto jurídico en concreto: no es un elemento o requisito sino todo el acto o parte de él: no sirve para aclarar el porqué de la declaración de voluntad. De acuerdo con estos dos significados de causa no se puede hablar de causa ilícita porque, en cuanto establecida por ley, es siempre lícita⁴⁶⁷.

Concebir a la causa de manera abstracta y tipificada legalmente, como señala Roppo⁴⁶⁸, significa que los actos jurídicos típicos tienen siempre, por definición, causa lícita; la posible ilicitud de la causa se refiere siempre a los actos innominados o atípicos. También significa dejar fuera del acto jurídico todo lo que exceda del tipo, los que pueden servir para individualizar la operación perseguida; significa empobrecer e inflexibilizar la consideración del acto, esterilizar los elementos que merecen relevancia, y, de ese modo, impedir el adecuado tratamiento de los supuestos de hecho. De allí que una evolucionada teoría objetiva no concibe a la causa como abstracta, sino como causa concreta: "No como razón que abstractamente justifica todo contrato perteneciente al tipo del contrato examinado (intercambio entre cosa y precio, si se trata de venta); sino como razón que concretamente justifica el particular contrato examinado, a la luz de las especificidades relevantes que lo caracterizan (el intercambio entre la cosa y el precio, en el particular contexto de circunstancias, finalidades e intereses en los cuales tales partes lo han programado)". Concreto no se identifica con subjetivo, con la impropia valoración de las motivaciones estrictamente individuales de una de las partes del acto, de sus personales representaciones típicas.

467 BARBERO, quien identifica la "causa" fin objetiva con la "intención" dice que es un equívoco el concluir que la causa ilícita se da solamente en los negocios atípicos, ya que la causa es obra de la ley y debe serlo para todos los negocios, o no lo es para ninguno. La relevancia de la "intención" restituye la posibilidad de la causa ilícita en todo el ámbito negocial, por ejemplo, no solo el acostumbrado contrato (atípico) de prestaciones carnales, sino también una compraventa, negocio típico -cuya función típica como intercambio de un determinado bien contra un determinado precio, no es nunca ilícita en abstracto- puede ser afectada de nulidad por "causa ilícita" por contraria a la ley, cuando la intención sea la de intercambiar una cosa con un precio superior al imperativamente establecido en régimen de bloqueo de los precios (fenómenos de la "bolsa negra"), o bien el de intercambiar con un precio cualquiera una cosa cuyo comercio esté prohibido (prohibición de comercio de los metales preciosos) (BARBERO, *Sistema del Derecho Privado*, cit., T. I, p. 539).

468 ROPPO, *El contrato*, cit., p. 343.

La teoría objetiva de la causa repudia a los motivos como causa del acto jurídico por pertenecer al mundo interno del agente, ser variables hasta el infinito e intrascendentes para el Derecho; pueden ser serios o frívolos, lícitos o ilícitos, pero no pueden tener ninguna influencia en la formación ni en la validez del acto jurídico. Como expresa Paul Oertmann⁴⁶⁹, además de los motivos, que por ser subjetivos carecen de influencia, existe el fin o causa del negocio, el cual es concepto difícil y vivamente debatido. El fin no es subjetivo; no es lo que cada parte persigue con el contrato. Así, Juan compra las mercaderías para ganar con la reventa, o para obsequiarlas o compra el cuadro al artista que está muriéndose de hambre. Estos son meros motivos. Ellos no pueden constituir el fin; la causa del contrato. La causa es el fin objetivo. Así, el vendedor asume la obligación de entregar la cosa porque con la entrega se opera el cambio de la cosa por el dinero que debe el comprador.

38.2.2. Teoría subjetiva

La causa fin subjetiva es el elemento psicológico que determina la voluntad del sujeto de celebrar el acto jurídico. Es un fin particular, variable y concreto que las partes se proponen lograr al tiempo de celebrar un determinado acto jurídico. Se puede decir que el fin es el conjunto de razones móviles, o motivos psicológicos particulares de cada sujeto que interviene como parte en el acto jurídico, determinantes de la voluntad, que aparecen expresa o implícitamente en la declaración, por cuya razón son conocidos o han debido ser conocidos por la otra parte. La causa fin sería el propósito, el fin, el motivo que impulsa al agente a manifestar su voluntad para celebrar el acto jurídico.

A la causa fin subjetiva se le denomina también causa motivo, causa impulsiva, causa ocasional o simplemente *causa fin* para diferenciarla de la denominada *causa final* (causa fin objetiva). Nosotros utilizamos la denominación de *causa fin* para referirnos tanto a la vertiente objetiva como subjetiva de la causa que es requisito de validez del acto jurídico, esto, en conformidad con la terminología de nuestro Código civil que utiliza la expresión *fin* y no *final* ni *finalidad*.

469 OERTMANN, *Introducción al Derecho civil*, cit., pp. 288 y ss; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, "La doctrina de la causa", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 45, Lima, 1981-1985.

Para que el motivo adquiriera la categoría de causa fin deber reunir los siguientes requisitos mínimos: a) que sea manifestado (el acto jurídico es manifestación de voluntad); b) que sea manifestado como la razón determinante de la celebración del acto jurídico; y, c) que sea aceptado por la otra parte.

Estas razones, móviles o motivos particulares del sujeto que realiza el acto no se dan uniforme e invariablemente en todos los actos o negocios del mismo tipo sino que varían de un acto a otro (fin concreto, mediato, personal). Es ilustrativo el ejemplo de Albaladejo⁴⁷⁰: para que en adelante viva su madre junto a ella, y así poder atenderla mejor, la hija compra un departamento contiguo al suyo, conociendo el vendedor esas circunstancias por las cuales se ha pagado un precio mayor que el real. Sin embargo, las partes ignoraban que la madre había muerto antes de celebrar el acto. Este acto carece entonces de causa, aunque cumple el fin objetivo del cambio del bien por el precio, pero en esta compra-venta la causa no es solamente el cambio, sino el cambio para que la madre viva junto con la hija y pueda comunicarse interiormente con ella.

38.2.3. Teoría sincrética o unitaria

Esta corriente combina las teorías objetiva y subjetiva por considerar que aisladamente son parciales, pues tratan un solo aspecto de la cuestión, por lo que hay que aunárselas, ya que no son contradictorias ni incompatibles entre sí. La teoría sincrética, llamada también ecléctica, contempla a la causa como fin objetivo, abstracto, directo e inmediato, necesariamente invariable en todos los actos jurídicos de la misma categoría, y como fin subjetivo, concreto, esto es, a las razones o motivos subjetivos particulares que impulsan al sujeto a celebrar el acto jurídico con el propósito de alcanzar alguna finalidad, siempre que se incorpore en el acto (por aceptación expresa o tácita) como razón determinante de la manifestación de voluntad, de tal modo que si no se puede alcanzar, el acto no tiene razón de existir por faltarle uno de sus requisitos de validez: la causa fin.

Para la teoría unitaria, la misma que compartimos, la causa fin se integra por la finalidad objetiva y subjetiva, pues, los motivos determinantes comunes, o, al menos, conocidos o que han debido ser conocidos por los agentes del acto jurídico, estarán sujetos a control judicial para resguardar la licitud o moralidad del acto.

470 Citado por de CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 189.

38.3. La causa fin y los simples motivos

No todos los motivos mediatos o personales pueden ser elevados a la categoría de *causa motivo* (causa fin subjetiva), sino únicamente aquellos motivos determinantes de la voluntad del sujeto que han sido manifestados expresa o implícitamente, esto es, aquellos móviles que están inmersos en las circunstancias del acto jurídico y que por tanto son conocidos o han debido conocerse por las partes. Los motivos que permanecen ocultos para la otra parte no tienen ninguna incidencia sobre el acto jurídico, carecen de importancia para el Derecho. La seguridad jurídica no admite que la finalidad o motivo que permanece en el fuero interno del sujeto pueda incidir en la validez del acto o negocio jurídico.

Por ej., un contrato es el terreno de enfrentamiento de los egoísmos privados de las partes, y del sucesivo encuentro de esos egoísmos. Así en las negociaciones para la venta, el vendedor persigue obtener el precio más alto, que este se le pague al contado, busca comprometerse lo menos posible en cuanto a garantías y calidades del bien, a que los gastos que se tengan que hacer para la entrega corran por cuenta del comprador; por el contrario, el comprador persigue pagar el precio más bajo y al más largo plazo que sea posible, a la máxima garantía por el buen funcionamiento del bien y por el más amplio tiempo, a que el bien le sea entregado en su domicilio a costa del vendedor. Estos intereses, por su importancia para cada una de las partes, son materia de negociación en las tratativas para celebrar el contrato. En cambio, hay otros intereses que no son de importancia para la otra parte; por tanto, no son materia de negociación, la parte interesada no comunica a la otra esos motivos: al vendedor le interesa poco si el comprador adquiere la casa para vivir, revenderla, arrendarla, establecer un negocio, para donarla como regalo de bodas a un hijo; en tanto que al comprador no le interesa si el vendedor vende la casa para invertir en la bolsa, costear los estudios de un hijo, para pagar una deuda, para pasearse por el mundo o simplemente porque esa casa ya no le gusta.

El contrato se perfecciona con el acuerdo a que lleguen las partes sobre cada uno de estos intereses sobre los cuales han negociado y han llegado a un consenso. Cada parte acepta tener en cuenta los intereses de la otra a cambio de que esta tenga en cuenta los suyos. Los intereses que no han sido materia de negociación porque les son indiferentes; por ende, no han sido manifestados ni expresa ni implícitamente, no inciden para nada en la validez del contrato; no son causa fin.

Alcanzan la calidad de causa motivo del acto jurídico los intereses, por más caprichosos que puedan ser, que expresa o tácitamente se han tenido en cuenta para la celebración del acto o negocio, y que aparecen incorporados en él. Así queda dentro del contrato y constituye causa fin que individualiza el contrato, el hecho de que el vendedor haga insertar en el contrato una estipulación por la que se establezca que enajena el bien para con el precio costearse un viaje a Europa, por lo que el contrato se resolverá si el viaje no se realiza por una causa que no le es imputable; o el hecho de que el comprador haga incluir en el contrato una cláusula en el sentido de que compra casa con el único propósito de hacerle un regalo de bodas a su hijo, y que en caso de que no se realice el matrimonio el contrato se resolverá. El fin psicológico manifestado y aceptado por la otra parte se hace fin común, deja de ser un fin que permanece en la esfera individual del sujeto para convertirse en causa motivo (fin) del acto jurídico.

La causa fin comprende todos los intereses de las partes que forman parte del acto jurídico y que este debe asegurar a aquellas porque son la razón justificativa del acto mismo. Los intereses individuales que no se han manifestado quedan fuera del acto jurídico ya que no forman parte de su razón justificativa. El deseo de utilizar el bien comprado como regalo de bodas de un hijo o de un amigo, o el deseo de usar el precio del bien vendido para viajar de turismo a Europa son simples motivos que permanecen en la esfera individual de las partes, no entran a formar parte del contrato como elemento causal, salvo que estén contemplados en el contrato. La frustración de los intereses que son simples motivos no afectan la validez del acto jurídico. Razones de estabilidad de los actos jurídicos, de defensa de la confianza puesta por una de las partes en la otra y de seguridad jurídica, impiden que los simples motivos psicológicos no cristalizados en el acto jurídico puedan afectar su validez.

39. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE CAUSA FIN

39.1. Derecho romano

El primitivo Derecho romano fue eminentemente formalista, no se preocupó por indagar el fin que llevó a las partes a contratar; no se atendió a la voluntad o intención del sujeto. El *nexum* o *stipulatio* existían si las partes han observado las formas rituales, sacramentales, prescritas por la ley, independientemente de las razones que determinaban a las partes a celebrarlo. La causa final no fue un elemento o requisito de validez del contrato. El *mero pacto* no genera-

ba obligaciones. Pero *mero* significaba solamente no revestido de las formalidades o no correspondiente a los esquemas típicos a los cuales debía conformarse el contrato para merecer la protección del Derecho.

La *stipulatio* consistía en una pregunta de *stipulator* y una respuesta del *promissor*. La respuesta debía repetir el verbo empleado en la pregunta. Si la pregunta era *sextercium decem milia dares spondes*, la respuesta debía ser *spondeo*. En la última fase del Derecho romano, con el replegarse del contrato verbal ante las tradiciones griegas sobre la contratación escrita, viene a ser la cláusula estipulatoria escrita (*cautio*) la prueba de la celebración de la *stipulatio*.

El contrato formal solemne, ritual, existió por sí mismo independientemente de que existiera la causa o que fuera ilícita.

Más tarde la causa final comienza a penetrar en el Derecho romano, pero solo como un correctivo para evitar el conflicto entre la rigidez de las formas y la equidad, evitando de este modo que el acto produzca efectos ilícitos o contrarios a la voluntad.

El concepto de causa final se admitió definitivamente, aunque sin llegar a elaborar una teoría general de la misma, con el paso de los contratos formales solemnes a los contratos consensuales con los cuales se atribuye efectos jurídicos a la mera voluntad del sujeto independientemente de la forma de la declaración; se atiende a la razón justificativa de la celebración del acto; la interdependencia de las prestaciones se basa en los fines perseguidos por las partes. La razón justificativa de la celebración del contrato suele encontrarse en la contraprestación realizada o a realizarse o en la intención liberal. Se distinguen tres especies de causa: *causa credendi, solvendi y donandi*.

El Derecho justiniano (D. 22,3,25,4) estableció que si el documento estipulatorio no indica con precisión la causa jurídica a que la *stipulatio* responde, el demandante debía de probar que realmente existe un fundamento jurídico obligatorio y decir cuál.

39.2. Edad Media

El repudio por el formalismo iniciado en Roma se acentuó en la Edad Media con el Derecho canónico, imbuido de un sentido religioso e inspirado en los principios de la moral cristiana, que consideró como un deber de conciencia a la obligación nacida del simple acuerdo de voluntades. Toda promesa basada en razones suficientes como para obligar al deudor en conciencia debía cumplirse;

lo contrario constituía pecado mortal. Los canonistas proclamaron la regla *ex nudo pacto ius*.

Esta etapa se caracterizó por el respeto a la voluntad, la apreciación moral de la conducta, la averiguación de los móviles que impulsaron el acuerdo de voluntades. En los contratos bilaterales (con prestaciones recíprocas), el contratante se obliga porque cuenta con la ejecución de la prestación que le fue prometida en cambio; ante el incumplimiento de una de las partes, la otra no quedaba obligada por haber empeñado su palabra. Como consecuencia de esto, surgen las figuras jurídicas de la *excepción del contrato no cumplido* y de la *resolución del contrato por incumplimiento*.

Canonistas y glosadores, ante la máxima *ex nudo pacto ius*, llegan a la conclusión de que toda *stipulatio* debe indicar una causa. Baldo afirma la validez del *pactum nudo a solemnitate sed non nudum a causae*. En el siglo XIII, Beaumont⁴⁷¹ observa y recomienda al juzgador que no admita, sin prueba, compromiso semejante: “La carta que dice que yo debo determinada cantidad y no hace mención de por qué debo, es sospechosa de malicia, y si tal carta *vient en cort*, debe saber el juez de dónde procede tal deuda antes de exigir que se pague”.

Gregorio IX (siglo XIII) resolvió en una decretal que el acuerdo en juicio debía indicar la causa de la obligación. Así se comenzó exigir que en la escritura se indique la causa de la obligación.

Según Ripert y Boilanger, fueron los postglosadores los que, inspirados en la noción de causa deducida por los canonistas del análisis de la voluntad, establecieron que “la causa era la finalidad que en el espíritu de quien se obliga, el contrato debía permitir alcanzar: la causa es llamada por esta razón *causa final*”⁴⁷².

39.3. Causalismo clásico

Jean Domat (1635-1696), jurista de Luis XIV, considerado como el padre de la teoría de la causa, basado en las enseñanzas de Grocio y del racionalismo jurídico, en su obra *Las leyes civiles en su orden natural* (*Les lois civiles dans leur*

471 Citado por MARÍN PÉREZ, Pascual, *Derecho civil*, v. II [Derecho de obligaciones y contratos], Tecnos, Madrid, 1983, p. 183.

472 Citado por GARIBOTTO, Juan Carlos, *La causa final del acto jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 11.

ordre naturel), inició la elaboración de la teoría general de la causa. Comienza afirmando que no existe obligación sin causa y advierte que la convención (contrato, tratado o pacto) es el consentimiento de dos o más personas para formar entre ellas una obligación, extinguirla a cambiarla. Señala que las convenciones pueden ser: a) de dar una cosa por otra; b) de hacer algo en beneficio recíproco; c) el uno hace y el otro da (ejemplo, la locación de servicios); d) uno da o hace sin que el otro dé o haga nada. Luego afirma que ningún convenio obliga sin causa.

Domat estudia la causa final en tres tipos diferentes de contratos:

- a) En los *contratos sinalagmáticos*, el compromiso de una de las partes es el fundamento del asumido por la otra, es decir, la obligación de una parte es causa de la obligación de la otra y, al contrario, esa es la finalidad que ha llevado a cada cual a contratar. Por ejemplo, en la venta, permuta y arrendamiento de servicios, dice Domat, el vendedor, permutante o arrendador se han obligado a entregar una cosa o pagar un servicio porque, a su vez, el comprador, permutante o arrendatario han contraído las obligaciones de pagar un precio, dar otra cosa o prestar un servicio.
- b) En los contratos en que una sola de las partes aparece obligada, como el préstamo, la obligación del que toma prestado ha sido precedida de la entrega hecha por el prestamista para que surja la convención (en la terminología moderna a estos contratos se conoce como *contratos reales*). Así, la obligación que se forma en este tipo de convenciones en provecho de uno de los contratantes tiene siempre su causa en lo hecho por el otro. La entrega del préstamo que hizo el acreedor es la causa de la obligación del deudor;
- c) En los *contratos gratuitos*, el compromiso de quien da tiene su fundamento en algún motivo razonable y justo que puede ser un servicio prestado u otro mérito del donatario, o el solo placer de hacer el bien. Además, el motivo tiene lugar de causa de aquel que recibe y nada da.

A diferencia de los canonistas y postglosadores que buscaron la causa de la obligación en la voluntad del que se obliga, Domat extrae la noción de causa de los datos objetivos del contrato, apoyándose en la noción del Derecho romano sobre la interdependencia de las obligaciones. Da tres explicaciones de la causa según el tipo de contrato de que se trate. Su formación racionalista e individualista lo conduce a buscar verdades abstractas y universales aplicables a toda realidad cualesquiera sean las circunstancias concretas. Para esta teoría, los

móviles determinantes de la voluntad carecen de influencia sobre la eficacia del acto. Como dice Llambías⁴⁷³, según esta doctrina, “la causa es el fin abstracto, inmediato, idéntico en todos los actos jurídicos pertenecientes a la misma categoría, que persiguen el autor o los autores de un acto jurídico determinado”.

Robert Joseph Pothier (1699-1772), en su obra *Tratado de las obligaciones*, perfecciona la teoría de Domat. Afirma que todo compromiso ha de tener una causa honesta. En los contratos onerosos, “la causa de la obligación que una parte contrae está en lo que la otra da, o se compromete a darle, o en el riesgo que asume por su parte”, y en los contratos gratuitos la causa es la liberalidad que una parte quiere mostrar hacia la otra. La simple voluntad de comprometerse no basta para crear el compromiso. Este debe tener un fundamento que para los contratos de intercambio es la retribución dada o prometida a quien se compromete y para la donación es *quelque motif raisonnable et juste*. Así surge el principio causalista por el cual la atribución de un derecho y la asunción de un deber no son admisibles si no son justificados por una causa.

Esta teoría de la causa elaborada por Domat y Pothier inspiró al Código de Napoleón de 1804 que establece: a) la causa lícita de la obligación es requisito de validez de las convenciones (art. 1.108, inc. 4); b) la obligación sin causa o con causa falsa o ilícita no surte efectos (art. 1131); c) la causa es ilícita cuando lo prohíbe la ley o es contraria a las buenas costumbres o al orden público (art. 1133).

Del mismo modo, el Código civil español, que se inspiró en el Código Napoleón, dispone que: a) “la causa de la obligación que se establezca es requisito para que exista contrato (art. 1.261, inc. 3)”;

b) “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor” (art. 1.274);

c) “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral” (art. 1.275)⁴⁷⁴;

d) “La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la

473 LLAMBIÁS, *Tratado de Derecho civil. Parte general*, cit., T. II, p. 344.

474 Conforme al Código civil español, la causa ilícita, al igual que la falsa causa, da lugar a la nulidad del contrato. En este caso, los efectos de la nulidad son los siguientes: a) “Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito

nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita” (art. 1.276); e) “Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario” (art. 277).

La teoría clásica de la causa distingue radicalmente entre *causa final* – llamada también causa fin o causa jurídica– y causa impulsiva o *causa móvil* o motivo, el cual no tiene ninguna relevancia para el Derecho, salvo cuando es incorporado en el contrato bajo la forma de condición⁴⁷⁵. Para esta teoría, la causa final tiende a las ventajas económicas que el sujeto trata de procurarse con las variadas transmisiones patrimoniales, según la tricotomía: o para obtener una contraprestación (*causa credendi*) o para conseguir la liberación de una obligación (*causa solvendi*) o para beneficiar gratuitamente a otro (*causa donandi*). Esta causa final que es la misma en todos los contratos del mismo tipo y que no permite investigar los motivos por los cuales el sujeto se obliga (razón por la cual se le denomina, también, “causa abstracta”), no sirve para explicar la causa ilícita (la causa tipificada en la norma y que, por lo tanto, se da uniformemente en todos los contratos de la misma categoría no puede ser calificada de ilícita porque todo lo que es conforme a ley es lícito).

Como dice Demolombe⁴⁷⁶, el fin no está fuera del contrato, en la sola mente del deudor, como sucede con los móviles o motivos que lo determinan a obrar, sino que es una parte integrante del contrato: “Es el fin directo e inmediato que persigue el deudor al obligarse, fin que resulta impuesto por la naturaleza del contrato y que, por consiguiente, siempre tiene que ser idéntico en todos los

o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí...” (art. 1.305); b) “Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituye delito ni falta, se observará las reglas siguientes: 1º. Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2º. Cuando esté de parte de un solo contratante no podrá este repetir lo que hubiese dado en virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido (art. 1.306).

⁴⁷⁵ Esta concepción de la causa móvil o motivo estaba contenida en el CC de 1936, art. 1084, que dispone: *La falsa causa solo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como razón determinante, o bajo forma de condición*. El vigente Código de 1984 lo regula como error en el motivo; el art. 205 establece: *El error en el motivo solo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte*.

⁴⁷⁶ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. XI, París, 1896 (citado por OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, cit., p. 268).

contratos del mismo tipo". Por el contrario, los móviles o motivos individuales y concretos que las partes tienen al contratar no forman parte integrante del contrato, se encuentran fuera de él, viven en la mente de las partes y varían en cada caso según las personas y las circunstancias por lo que no tienen importancia para el Derecho. "El campo de los motivos, serios o frívolos, que pueden inducir a una persona a contratar ya no tiene límites. Ahora bien, es necesario agregar que la causa impulsiva, tal como acaba de quedar expuesta, es decir, el motivo del contrato, no tiene influencia alguna sobre la formación o la validez de este. No importa que dicho motivo sea efectivamente serio o frívolo, como tampoco importa que sea lícito o ilícito".

39.4. El anticausalismo

Esta corriente doctrinaria niega que la causa final sea un elemento necesario para la existencia y validez del acto jurídico e identifica a la causa con el objeto o con el consentimiento⁴⁷⁷.

477 Al respecto es ilustrativa una jurisprudencia argentina que establece: "La causa final en los convenios no es un concepto autónomo, ni un elemento independiente y distinto del consentimiento o del objeto, sino que está involucrada en ellos conforme al sistema de Freitas" (J.A., 1961-III, p. 377). Llambías, citado por Barcia López, aprueba estas conclusiones en los siguientes términos: "Entre nosotros, por la técnica usada por el codificador, la causa final no juega una función autónoma. Aquí Vélez Sarsfield, siguiendo la orientación de Freitas (*Esboço*, arts. 552, 558, 559), ha estimado que la causa final no constituye un elemento independiente, sino que queda englobada dentro del objeto del acto (...) como causa impulsiva o motivo determinante, que permite calificar y descalificar la intención de las partes (...) el objeto no es solo la materia del acto, considerada en sí misma, sino que apreciada en función del interés o fin, al cual ella sirve, es también ese mismo interés o fin (...). La elaboración de una teoría del acto jurídico, como una especie del acto voluntario, que se sustenta en el discernimiento, la intención y la libertad del agente, hace innecesario recurrir a la teoría de la causa final, cuyos capítulos principales -falta de causa, falsa causa y causa ilícita- son contemplados por aquella otra concepción". "En el sistema del Código la causa final (...) el móvil o fin determinante de la actividad queda comprendida en la noción más amplia de la intención. Así, en los supuestos de falta de causa, el acto carece de intención y por lo tanto es involuntario (art. 897, C. Civ.), carácter que excluye su validez (art. 900). En los casos de falsa causa (...) el acto se ha producido por error esencial, que también excluye su validez. Finalmente, si el acto responde a una causa ilícita, esto es, si se ejecuta en procura de fines ilícitos o inmorales, tal finalidad tinte al objeto del acto de su misma ilicitud o inmoralidad (...). En la aplicación del Código, aparece clara la compenetración del objeto y de la causa final del acto, como resulta del art. 953 (BARCIA LÓPEZ, *La causa ilícita en las obligaciones y en los actos jurídicos*, cit., pp. 148 y ss).

El iniciador de la teoría anticausalista es el profesor belga, de la Universidad de Lieja, Antonio Ernest, que en su célebre artículo publicado en 1826, sostiene que la causa no es elemento esencial del contrato, pues “si la causa en los contratos, a títulos onerosos, es lo que cada una de las partes debe respectivamente a la otra se confunde con el objeto de la convención y, por tanto, de nada sirve hacer de una sola y misma cosa dos elementos separados. En los contratos a título gratuito, si la causa reside en la liberalidad del bienhechor, no es tampoco verdad que forme por sí misma una condición exterior de la existencia de estos contratos. No se puede separar el sentimiento que anima al donante, de la voluntad que él expresa, para hacer un elemento del contrato”. Sostuvo Ernest que por ser la causa un concepto superfluo debe ser eliminada del Código civil francés, insertando “en la sección que se refiere al objeto de los contratos una disposición concebida poco más o menos en los siguientes términos: solo pueden ser materia de los contratos los hechos posibles y no contrarios a las leyes, a las costumbres o al orden público”⁴⁷⁸. La opinión de Ernest pasó inadvertida en su época, pero en la segunda mitad del siglo pasado recibió la adhesión de Laurent, Huc, Baudrey Lacantinerie y Barde, Giorgi, Planiol, Dabin.

Fue Marcel Planiol, quien en su *Tratado elemental de Derecho civil (Traité élémentaire de droit civil)* impugnó con mayor severidad a la tesis causalista, afirmando que es falsa e inútil. Dice que es falsa porque:

- a) En los *contratos sinalagmáticos* es lógicamente imposible sostener que la obligación de una parte es la causa de la obligación de la otra parte, desde que ambas obligaciones nacen de un mismo contrato y a un mismo tiempo y una causa y su efecto no pueden nacer simultáneamente;
- b) En los *contratos reales* lo que se llama causa no es sino la fuente generadora de la obligación;
- c) En las *liberalidades* es imposible separar la causa del motivo, la intención de donar no puede ser separada de la voluntad misma del donante. El *animus donandi* desprovisto de motivos es una noción vacía.

Sostiene que es inútil porque en todos los casos que se emplea la noción de causa se puede llegar a los mismos resultados utilizando otros mecanismos,

478 Citado por LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho civil. Parte general*, cit., T. II, p. 345.

especialmente la noción de objeto. Si se anula la obligación por causa ilícita, puede anularse también porque el objeto lo es.

La causa se confunde con otros elementos:

- 1º) Los contratos sinalagmáticos suponen la reciprocidad de las obligaciones. La causa se confunde con el objeto;
- 2º) En los contratos reales la ausencia de causa se confunde con la ausencia de contrato (si no hay entrega, no hay contrato);
- 3º) Las liberalidades no pueden estar desprovistas de razón. La causa se identifica con el ánimo liberal.

Jean Dabin⁴⁷⁹ en su obra *La teoría de la causa*, aparecida cuatro años antes de la obra de Capitant, entiende que el desdoblamiento del acto volitivo en dos elementos: el consentimiento, como el puro hecho de obligarse y la consideración del fin que se pretende alcanzar con esa promesa, no se justifica en modo alguno. No es posible atenerse exclusivamente a la promesa sin tener en cuenta el fin que la explica. El fin no puede ser considerado como un complemento o modalidad del consentimiento. En el fondo el consentimiento es, por definición, necesariamente causado en todos los casos, salvo en el del loco, donde el consentimiento no existe.

Siguiendo esta corriente anticausalista, los juristas colombianos Ospina Fernández y Ospina Acosta⁴⁸⁰ consideran que la teoría de la causa es una invención artificiosa de Domat que ha adulterado el Derecho antiguo y moderno. Estos autores comienzan recordándonos que en el Derecho romano el solo pacto, acuerdo o convención de las partes no crean obligaciones (*nuda pactio obligationes non parit*). Era la forma la que daba vida jurídica a las convenciones y a las obligaciones resultantes de ellas (*forma dat esse rei*). Más tarde las solemnidades son sustituidas por otros requisitos: en los contratos *re* (mutuo, comodato, depósito y prenda) la forma solemne es sustituida por la *entrega de la cosa* y en los contratos innominados (*do ut des, do ut facias, facio ut facias* y *facio ut des*) la *ejecución de la prestación* por una de las partes sustituye a la solemnidad. De este modo los contratos innominados romanos son esencialmente unilaterales. Lo

479 Citado por DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 63.

480 OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*, cit., pp. 275 y ss.

dado o hecho por una de las partes era el fundamento para que exigiera se le *diera* o *hiciera*. La sanción jurídica de estos contratos innominados se realizó mediante el establecimiento de la *condictio causa data causa non secuta* y más tarde, de la *actio praescriptis verbis*. Siendo el contrato innominado unilateral puesto que para que surja el contrato y las obligaciones respectivas para una de las partes se requería la *previa ejecución* de la prestación o prestaciones prometidas por la otra parte, resulta falsa la teoría de la reciprocidad de las obligaciones que Domat creía haber descubierto debido a la superficialidad de sus análisis de los textos romanos; y en cuanto a los contratos sinalagmáticos modernos, la teoría de Domat es igualmente falsa, porque para que estos contratos se reputen perfectos basta la sola manifestación de los agentes; por consiguiente, es suficiente el análisis del consentimiento para encontrar el fundamento de la interdependencia de las obligaciones recíprocas que producen sin necesidad de recurrir a un elemento distinto como la causa. “Si se trata, por ejemplo, de la compraventa de una casa, el vendedor, mediante un acto único e indivisible de su voluntad, consiente en contraer la obligación de transferir la propiedad de esa casa a cambio del precio estipulado, y es arbitrario suponer en él dos actos intelectuales distintos e independientes, a saber: uno encaminado a la enajenación de la casa (consentimiento) y otro encaminado a la consecución del precio (causa)”.

La falsedad de la causa en los contratos reales se debe a que la entrega de la cosa por el mutuante es causa fuente –no causa fin– de las obligaciones. Domat incurrió en el despropósito de suponer que los contratos reales producen obligaciones recíprocas, cuando por definición producen obligaciones para una sola de las partes. Por ejemplo, en el mutuo, sin la tradición de la cosa, la obligación no podía formarse. El presunto mutuuario podía invocar a su favor la *querella non numeratae pecuniae* como también una *conditio sine causa* para enervar las acciones del pretendido mutuante o para obtener la repetición de lo que hubiera pagado a este por tal concepto. Pero a los jurisconsultos romanos no se les ocurrió explicar el ejercicio de estas acciones “diciendo que el presunto mutuuario podía usar de ellas, por cuanto no había recibido la cosa mutuada, *con la cual había dejado de alcanzar el fin directo e inmediato perseguido al obligarse*”.

En cuanto a los contratos gratuitos, Domat no consideró, como lo han entendido sus intérpretes, que la causa de las obligaciones del donante estuviera constituida por el *ánimo de liberalidad abstractamente considerado*, sino por los motivos concretos de dicho ánimo. Dice Domat: “En las donaciones y en aquellos contratos en que solo una de las partes hace o da algo, el mero hecho de acep-

tar da vida a lo convenido haciendo que la obligación del donante encuentre fundamento adecuado en cualquier motivo justo y razonable, como lo sería la prestación de algún servicio, un mérito cualquiera del donatario o sencillamente el deseo de realizar el bien. Tal motivo sirve de causa para el que recibe y no da... Es necesario distinguir bien en las donaciones los *motivos* que los donantes exponen como causa de su liberalidad y las *condiciones* que son impuestas, porque si bien el incumplimiento de la condición anula la donación condicional, la donación queda subsistente aunque se logre demostrar que los motivos en ella expresados no eran verdaderos. Así, por ejemplo, si se establece que la donación se realiza en remuneración de los servicios prestados o para facilitar únicamente al donatario una adquisición que deseaba hacer, la donación no se anulará por la inexistencia de aquellos servicios o por imposibilidad de realizar la adquisición, pues siempre imperará la voluntad absoluta del que dona, quien puede tener otros motivos de los por él expresados". Amparados en estos párrafos Ospina Fernández y Ospina Acosta se preguntan: ¿Para qué hablar, entonces, de una causa en las donaciones, constituida por los motivos de estas, si tales motivos no han de producir efecto alguno? ¿Las propias palabras de Domat no son la negación misma de esa teoría que él pretende haber descubierto, según la cual la causa es elemento indispensable en toda clase de contratos? Los seguidores de la teoría de Domat han introducido una reforma al rechazar los motivos concretos que presiden la celebración de los contratos gratuitos para erigir el *animus donandi abstractamente considerado* en causa de las obligaciones provenientes de dichos contratos, causa que resulta ser falsa por cuanto en el consentimiento de cualquier contrato gratuito, como la donación, el mandato y el depósito no remunerado, está implícito necesariamente dicho ánimo de liberalidad.

39.5. El neocausalismo

Esta corriente defiende a la causa como un elemento esencial o requisito de validez del acto jurídico, distinto del objeto y del consentimiento. En esto coinciden todos los causalistas, pero esgrimen argumentos muy diversos y personales, dándose en llamar objetivistas unos y subjetivistas otros.

Para el causalismo clásico, el concepto de causa final se integra únicamente por la finalidad objetiva y abstracta; los móviles y fines individuales carecen de importancia para el Derecho. En cambio, para el neocausalismo, la causa fin está integrado por ambos elementos: el objetivo y el subjetivo.

El tránsito al neocausalismo se inicia con Henri Capitant que publicó su obra: *De la causa de las obligaciones* (*De la cause des obligations*) en 1923. Sostie-

ne este autor que la obligación es un medio para llegar a un fin y este es la causa de la obligación por cuanto el sujeto lo tiene en consideración desde el comienzo⁴⁸¹; por eso, la finalidad que se obtendrá en el futuro como resultado del acto, es siempre un antecedente que se encuentra, en el pasado, al principio del acto. Capitant distingue entre la causa de una obligación convencional que es la razón inmediata, directa, siempre la misma en cada contrato determinado y el motivo determinante que es el móvil personal, variable hasta el infinito, que impulsa al sujeto a contratar, el cual integra la noción de causa únicamente cuando se incorpora por el agente como un elemento esencial de la estructura del contrato. Al respecto, Capitant pone el siguiente ejemplo: Una persona compra un inmueble para instalar en él una casa de juego, pero oculta su intención al vendedor. Sin duda la venta es válida y el comprador, si la policía cierra el negocio, no podrá anular el contrato. En cambio, si las dos partes se han puesto de acuerdo en que la venta se hiciera para aquella explotación, el contrato estará viciado de nulidad.

Además, Capitant anota que la causa de las obligaciones de cada una de las partes en los contratos sinalagmáticos no está constituida por las obligaciones a cargo de la otra parte (como lo entendió Domat), sino por *el cumplimiento mismo de estas*, es decir, aquella causa es la representación intelectual, psicológica, de la ejecución de estas últimas obligaciones. Lo que interesa realmente a cada contratante no es que el otro se obligue a su favor, sino el cumplimiento efectivo de tal obligación. El vendedor, por ejemplo, no se obliga a hacer la tradición de la cosa vendida para que el comprador se obligue a pagarle el precio, sino para que efectivamente se lo pague. De este modo la causa no opera solo en el naci-

481 Dice Capitant que “no es lógico designar con el nombre de *causa al fin* perseguido, ya que este sucede al acto y está en el futuro y aquella debe precederlo y está en el pasado. Menos cabe llamarlo *causa final*, juntando así dos cosas opuestas: el pasado y el porvenir. Pero se explica su uso porque la consideración del fin es lo que determina al deudor a obligarse y es por lo tanto la causa de su consentimiento”.

Capitant se apoya en la tesis doctoral, del autor alemán Schlosmann que dice: “El fin no es por su naturaleza algo distinto de la voluntad expresada en un acto jurídico sino su elemento constitutivo, y desde el punto de vista de quien quiere, el elemento esencial de su voluntad. Yo doy, o me obligo para alcanzar el fin que me propongo; no daría ni me obligaría si no esperara llegar a conseguir mi fin. La tradición, la obligación que yo asumo, carecen por sí mismas de interés para mí; no me interesan sino por el resultado apetecido: no constituyen un fin para mí, sino un medio para alcanzar un fin. El medio está subordinado al fin. Fin y medio son deseados por mí, pero el último solamente porque conduce a la realización del primero; cuando no conduce no lo quiero”.

miento de la obligación, sino durante toda la vida del contrato⁴⁸², justificando instituciones como la resolución por incumplimiento o la teoría del riesgo. Si una de las partes no ha cumplido, la otra puede rehusar el cumplimiento de la obligación por desaparición de la causa. Capitant explica que en los contratos sinalagmáticos hay una interdependencia causal entre el cumplimiento de las obligaciones recíprocas que se producen. Esta interdependencia existe no solamente en el momento de la celebración del contrato, sino también en toda la etapa subsiguiente de su ejecución y cumplimiento. Si una de las partes no cumple con su obligación, la que incumbe a la otra carece de causa, lo que le autoriza a esta para, a su vez, negarse a cumplir, ejercitando la *exceptio non adimpleti contractus*, y para exigir, si ya ha cumplido, la resolución del contrato, y la restitución de lo que haya dado o pagado en razón del mismo.

Dikolf⁴⁸³, precisando la teoría de Capitant, dice: “El análisis del contenido de la causa es posible por un desmembramiento del procedimiento de la obligación y de la enajenación. Desde el punto de vista exclusivamente jurídico, el orden de los elementos de que se compone ese total empírico es el siguiente: motivo, declaración de voluntad y resultado jurídico. Frente a este, el sujeto jurídico es un simple espectador: lo desea, tiende hacia él, pero su realización no depende de la voluntad, sino que es el orden jurídico el que la provoca. Mas en los negocios abstractos, el ordenamiento jurídico sigue un orden particular, un camino diferente: primeramente consideramos el resultado que queremos realizar, el fin jurídico que queremos alcanzar, y después de esto escogemos los medios para su realización. Así, descartando el principio de causalidad, propio del mundo físico, y reemplazándolo por el principio de causalidad jurídica, es decir, por la relación jurídica entre el fin y el medio, llegamos a cualificar en Derecho como causa lo que se llama en otras esferas la consecuencia. En los dominios de aplicación del principio de causalidad de orden físico, el pensamiento tiene por punto de partida la causa y después el efecto, es decir, es progresivo; mientras que en los

482 Capitant dice: “El consentimiento y la causa pertenecen al mismo orden psicológico; pero la causa establece relación entre la voluntad y un hecho exterior, extraño a ella, que el deudor tiene en perspectiva, y por eso no es puramente subjetiva; participa de un carácter objetivo. Además, la vida de la obligación, una vez nacida, queda subordinada a la realización del fin perseguido, porque si este fin no llega a realizarse, tampoco es admisible que la obligación mantenga su fuerza obligatoria”.

483 Citado por MARÍN PÉREZ, *Derecho civil*, cit., vol. II, p. 178.

dominios del llamado principio de finalidad, al contrario, el punto de partida es el fin jurídico y la acción retorna hacia los medios, es decir, es regresiva”.

Josserand, en su obra *Los móviles en los actos jurídicos de Derecho privado*, se revela como el más caracterizado expositor de la teoría neocausalista, critica a la teoría clásica de la causa por considerarla “estrecha” por cuanto de los móviles toma únicamente aquellos que corresponden al fin inmediato y directo de la obligación, dejando fuera de su seno a los móviles concretos e individuales, a los cuales ordinariamente se califica de motivos, que pueden variar hasta el infinito con la personalidad de las partes y según las circunstancias en que se consideró, preparó y concluyó la operación. La licitud o inmoralidad de estos móviles se comunica a la operación misma viciándola y afectándola de nulidad, por lo que el acto jurídico está íntimamente unido al pensamiento del que se ha derivado y a cuya luz será examinado y juzgado. Este autor vincula los conceptos de *voluntad*, de *móvil* y de *fin* que constituyen, según él, el *substractum* del Derecho y ofrecen un carácter de indivisible; la voluntad asegura el enlace entre los otros dos: “el móvil tiende hacia el fin mediante la acción de la voluntad que se emplea para este efecto; no hay móviles sin fin; no hay fin que no sea postulado por un móvil y cuya realización no implique un esfuerzo de voluntad”. Este autor agrupa a los móviles en tres categorías:

- a) *Móviles intrínsecos u orgánicos* que son los mismos en todos los actos de un mismo tipo, desempeñan el papel de causa directa e inmediata de la obligación, forman parte integrante del acto, nada evocan del pasado ni prevén el futuro, responden al concepto clásico de causa;
- b) *Simple motivo o móvil determinante* que es el que se refiere al pasado, representa los antecedentes del acto, desempeña un papel determinante; y
- c) *Móvil fin o teleológico*, que penetra en el futuro, revela el fin de la operación jurídica y la condiciona, es la llamada *causa finalis* por los glosadores.

Para Josserand, la causa del acto jurídico está configurada por la fusión de los móviles intrínsecos y los móviles teleológicos. Los primeros que son impersonales y se reiteran en todos los actos de la misma categoría, y los segundos que son externos a la esencia del acto mismo, individuales y cambiantes, que nos permiten adentrarnos en el pensamiento de los otorgantes del acto jurídico.

Son los móviles futuros los que determinan los actos. En los contratos sinalagmáticos, el fin de obtener la contraprestación es lo que ha decidido a cada contratante.

Las críticas de Josserand a la teoría anticausalista de Planiol consisten en lo siguiente:

- a) Los contratos sinalagmáticos suponen la interdependencia de las obligaciones respectivas. La obligación de una de las partes es causa suficiente y exclusiva de la obligación de la otra. Desaparecida una de las obligaciones, no puede subsistir la otra. El surgimiento simultáneo de dos obligaciones nacidas de una misma operación jurídica se fundamenta en su intercausalidad. Su recíproca sucesibilidad no es de orden cronológico, sino de orden racional: existe, sino en el tiempo, sí por lo menos en la voluntad de las partes.
- b) No hay inconveniente alguno para que en los contratos reales la entrega del bien desempeñe doble papel: de causa eficiente y de causa final, puesto que ambas funciones no son contradictorias e incompatibles entre sí.
- c) Con relación a la supuesta inutilidad de la causa sostenida por Planiol, Josserand advierte que por lo menos no es exacto sostener que la misma prestación desempeñe en los contratos sinalagmáticos, los oficios de objeto y de causa. El papel que desempeña el objeto no es el que corresponde a la causa: en tanto que el del objeto es puramente objetivo, el de la causa es de orden psicológico y pertenece a la familia de los móviles.

La causa es la explicación de la obligación generada por el contrato, es su razón de ser, su ¿por qué?, es la respuesta a la cuestión: *cur debetur*, mejor dicho, la intención. En cambio, el objeto de la obligación corresponde a la cuestión: *quid debetur?*

Coviello⁴⁸⁴ dice que no puede confundirse a la causa con el objeto en los contratos onerosos ni con la misma voluntad en los gratuitos. Basta considerar que en los contratos onerosos bilaterales dos son los objetos de las obligaciones, para ver que la causa no es ninguno de los dos objetos aisladamente considera-

484 COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, cit., p. 450.

dos, sino la relación entre ambos, en cuanto la causa es el cambio de una prestación por otra. En los contratos que producen una obligación unilateral, por ejemplo, una declaración unilateral de deuda, el objeto es la suma de dinero u otra prestación prometida, pero la causa será el cumplimiento de una obligación anterior, una constitución crédito, etc. Puede existir el objeto y consistir en una prestación lícita, pero puede faltar la causa del contrato, o ser un hecho ilícito. De otro lado, una cosa es la voluntad dirigida a producir un efecto y otra el fin por el cual tal efecto se quiere.

No se puede confundir a la causa fin con el objeto, salvo que se identifique objeto con el contenido del acto jurídico.

La causa es el fin determinante de la voluntad hacia la obtención de la satisfacción de un interés, mientras que el objeto, en los actos jurídicos de atribución patrimonial, consiste en la obligación que tiene por contenido prestaciones de dar, hacer o no hacer algo. La causa es de orden psicológico; es la representación mental anticipada de la finalidad perseguida por el agente que lo impulsa a celebrar el acto jurídico.

Tampoco se puede identificar a la causa con la voluntad, porque un acto voluntario no se hace así porque sí, sino persiguiendo un determinado fin. Entre ese fin, perseguido, y el acto voluntario, que lo persigue, hay una relación de causalidad, por cuanto se presentan los supuestos necesarios de la misma: un fenómeno en cuya virtud se explica la existencia de otro fenómeno⁴⁸⁵. El fin querido por el sujeto, representado mental y anticipadamente, es la razón, la causa de la autodeterminación de la voluntad.

40. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CAUSA FIN

Desde Domat, pasando por el Código de Napoleón y los que en él se inspiraron, hasta Capitant, se hablaba de causa de la obligación y no de causa del contrato o del acto jurídico. La *causa lícita de la obligación* es un requisito esencial para la validez de la convención de la cual surge. La causa es considerada como el fundamento racional de la obligación, el *por qué se debe*, distinto de *lo que se debe* (objeto), según la fórmula de Oudot. Se dice que esta doctrina peca por exceso por cuanto no se puede hablar de causa de todo tipo de obligaciones sino únicamente de las obligaciones provenientes de los actos o negocios jurídicos. Nosotros creemos que esta teoría peca de imprecisa, ya que si se trata de la

485 Ver GARIBOTTO, *La causa final del acto jurídico*, cit., p. 60.

causa fin o final no podemos hablar de causa de la obligación sino de causa del acto o negocio jurídico del cual proviene la obligación; luego, de la única causa que se puede hablar con relación a la obligación es de la causa fuente. La causa fin no radica en la obligación, sino en el acto voluntario que la crea.

Los anticausalistas dicen que no se trata del *por qué se debe*, sino del *por qué se debe y a fin de qué se consistió en deber* al celebrar un acto jurídico; por consiguiente la causa es, como expresa Duguit, el fin o el motivo determinante, no de la obligación, sino de la declaración de voluntad, del consentimiento, es una parte esencial del consentimiento; necesariamente lo integra.

Para el Código civil italiano, la doctrina italiana y algunos doctrinarios de otros países, el ámbito de aplicación de la noción de causa fin en el campo jurídico es el contrato. Consideramos que esta teoría peca por defecto por cuanto el contrato es solo una especie del acto o negocio jurídico que es la expresión de la autonomía de la voluntad privada y no hay razón alguna para restringir el campo de acción de la causa fin a esta especial categoría de actos, desdeñando su aplicación a otros.

Nuestro Código civil, entre otros como el Código civil colombiano, la jurisprudencia francesa y muchos otros juristas extienden la aplicación de la causa fin respecto de todos los actos jurídicos⁴⁸⁶, criterio que compartimos, puesto que no puede existir acto voluntario, esto es, manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sin un fin que lo impulse y determine. No hay acción humana voluntaria que no esté necesariamente ordenada hacia un fin (el ser humano es estructuralmente finalista), por lo que este deviene en un elemento esencial de todo acto jurídico. Por ello, consideramos acertado que el art. 140, inc. 3, del Código civil disponga que para la validez del acto jurídico se requiere de un *fin lícito*, de lo cual se deduce que el ámbito propio de la aplicación de la causa fin es el acto o negocio jurídico.

486 Cifuentes, citando a Cazeaux, Trigo Represas y Busso, dice que por relevante que sea el negocio contractual, no es por ello excluyente de otros negocios, de ahí que sea incomprensible el desliz limitativo del problema de la causa a las obligaciones o a los contratos. La causa es el elemento permanente de todo acto jurídico, no solo del que crea obligaciones, sino también del que las modifica y extingue, del que transfiere un derecho real, la causa *solvendi, novandi y acquirendi*, la causa de un acto unilateral (testamento, renuncia), la causa de los actos familiares: matrimonio, convenciones matrimoniales, constitución del bien de familia, reconocimiento de hijos, legitimación, adopción, convenio de alimentos, tenencia y régimen de visitas, etc. (CIFUENTES, *Negocio jurídico*, cit., p. 183).

41. LA CAUSA FIN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

41.1. El Código civil francés de 1804

El art. 1108 del Código Napoleón exige entre los requisitos esenciales para la validez de una convención una causa lícita en la obligación: *Art. 1108.- Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención: El consentimiento de la parte que se obliga. Su capacidad para contratar. Un objeto cierto que forme la materia del acuerdo. Una causa lícita de la obligación*⁴⁸⁷.

En los arts. 1131 a 1133, se establece que la causa debe ser cierta y lícita, sancionando con la nulidad a la obligación sin causa o con causa falsa o ilícita, y de acuerdo con las últimas interpretaciones se adopta la noción de causa fin subjetiva por considerar que ciertos fines o móviles concretos, susceptibles de variar en actos jurídicos pertenecientes a la misma categoría sirven para apreciar el verdadero sentido del acto.

Art. 1131.- La obligación sin causa o con falsa causa o con causa ilícita, no puede producir efecto alguno.

Art. 1132.- La convención no deja de ser válida cuando su causa no haya sido expresada.

Art. 1133.- La causa es ilícita cuando está prohibida por la ley o es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

La jurisprudencia francesa tiene establecido que las disposiciones a título gratuito son nulas, como las disposiciones a título oneroso, cuando ellas reposan

487 Según la doctrina clásica del Derecho civil francés adoptada por el Código de Napoleón, la causa-fin era entendida en su acepción abstracta e impersonal de la finalidad perseguida por los contratantes. Hasta 1832, la Corte de Casación había sostenido que el tribunal no podía entrar a averiguar los móviles que habían determinado a las partes a contratar. En este año la Cámara civil de la Corte de Casación, bajo la presidencia de Portalis, anuló una disposición testamentaria a favor de un hijo adulterino por ser contraria al art. 335 que prohíbe el reconocimiento de los hijos adulterinos y establece su incapacidad hereditaria y además de ser el motivo-causa del acto testamentario a favor de tal hijo, *ilícito*. Esta teoría jurisprudencial de la causa originada en este fallo fue posteriormente de aplicación constante, pasándose, así, de la causa-fin abstracta a la consideración de los *móviles o motivos determinantes* del acto. La aplicación de los artículos 1131 y 1133 del Código civil francés se vio ampliada con esta nueva teoría que Josserand denominó *causa impulsiva y determinante* de la jurisprudencia (Ver SILVA, Armando V., Causa ilícita, en Enciclopedia Jurídica Omeba, T. II, Driskill, Buenos Aires, 1979).

en una causa ilícita. Para establecer si un contrato tiene causa ilícita, los tribunales deben, en principio, recurrir a todos los enunciados exteriores del contrato, haciendo uso para ello de todos los medios de prueba autorizados por ley, a cuyo efecto no se tendrá en consideración la distinción entre actos a título gratuito y actos a título oneroso⁴⁸⁸.

La Corte de Casación, con fecha 4 de enero de 1832, resolvió el caso Pendariés. De la relación entre François Pendariés y su cuñada Jeanne-Marie Dugour, nació François Ilpid, siendo reconocido por su padre; no obstante, que el art. 335 del *Code Napoleon* prohibía el reconocimiento de los hijos adulterinos e incestuosos, los que solamente podían tener derecho a alimentos (art. 762). Jeanne-Marie en su testamento lega a su hijo toda la parte disponible de su herencia y estipula que en el caso que este no pueda recibir toda su herencia, dona y lega la totalidad de sus propiedades y usufructos a François Pendariés, la madre fallece en 1821. La Corte de Tolosa consideró que no era necesario investigar la paternidad y que la liberalidad realizada en el testamento es contraria a las buenas costumbres, por lo que deviene en nula, reconociéndose a favor del hijo, solo el derecho a los alimentos, en armonía con los artículos 335 y 762 del *Code Napoleon*. En casación, la Corte señala que esa liberalidad es indiscutiblemente contraria a las buenas costumbres; siendo la causa ilícita por contrariar las buenas costumbres en armonía con el art. 1133 y toda obligación con causa ilícita no puede tener ningún efecto (art. 1131)⁴⁸⁹. El art. 340 que prohibía la investigación de la filiación adulterina, fue modificado por Ley del 3 de enero de 1972. A partir de entonces ya no se prohíbe la investigación de la filiación adulterina y se reconoce al hijo adulterino una capacidad limitada para recibir a título gratuito, conforme al art. 908. Pero si se concede al hijo adulterino una donación o legado que excede los límites del art. 908, se aplica el Derecho anterior⁴⁹⁰.

488 "Les disposition á titre gratuit sont nulles, comme las dispositions á titre onéreux, quand elles reposent sur une cause illicite et pour rechercher si un contrat a une cause illicite, les tribunaux peuvent, en principe, recourir, en dehors des énonciations du contrat lui-meme, á tous les modes de preuve autorisés par la loi; á cet égard, il n'y a pas lieu de distinguer entre les actes á titre gratuit et les actes á titre onéreux" (*Code civil*, ed. Dalloz, París, 1991, p. 731).

489 FARROMEQUE VÍLCHEZ, Mario Edmundo, *Teorías sobre la causa y su expresión en el Derecho civil peruano*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho, UNMSM, Lima, 2000, p. 103.

490 LARROUMET, *Teoría general del contrato*, cit., vol. I, p. 394.

La Corte de Casación francesa ha utilizado la noción de causa impulsiva y determinante para sancionar con nulidad los contratos a título oneroso inspirados en un motivo ilícito o inmoral. Ha declarado que es nula la venta realizada para permitir al vendedor y al comprador tener la mayoría en las decisiones de la asamblea general, haciendo fracasar las disposiciones de las leyes protectoras de los intereses de los otros copropietarios (causa que tiene por objeto hacer un fraude a la ley). Es nulo el contrato de venta o el contrato de arrendamiento que se haga con el fin de instalar en el inmueble vendido o alquilado una casa de lenocinio. La compra de un material para el ejercicio de una profesión ilícita es nula por causa ilícita⁴⁹¹.

41.2. El derogado Código civil argentino de 1869

El art. 499, tomado del art. 870 del *Esboço* de Freitas, regula la causa fuente de las obligaciones. Como dice Vélez Sársfield, las fuentes que originan las obligaciones deben encontrarse no solo en los contratos sino también en los actos lícitos, en los actos ilícitos, en las relaciones de familia, etc.

*Art. 499.- No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles*⁴⁹².

Igualmente, en el art. 3129 la palabra causa es utilizada en su sentido de fuente.

Art. 3129.- Puede también constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el art. 1211. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. Pasado este término la hipoteca no perjudica a tercero. La hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la República.

Los artículos 500 a 502, tomados de los artículos 1131 a 1133 del Código civil francés, se refieren a la causa final. El art. 500 establece la presunción de la

491 LARROUMET, *Teoría general del contrato*, cit., vol. I, p. 396.

492 Ver nota de Vélez Sársfield al art. 499 del Código civil argentino.

existencia de la causa mientras el deudor no pruebe lo contrario (presunción *iuris tantum*); por mandato del art. 501, la obligación será válida siempre que se funde en la sinceridad de la causa; y el art. 502 sanciona con la carencia de efectos a la obligación fundada en causa ilícita.

Art. 500.- Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario.

Art. 501.- La obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera.

Art. 502.- La obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto. La causa, es ilícita, cuando es contraria a las leyes o al orden público.

El Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 reelabora el Libro Segundo del Código argentino:

Art. 579.- Todo acto jurídico debe procurar fines lícitos en atención a las circunstancias existentes al tiempo de su celebración y ejecución. Es ilícito el fin que contraría prohibiciones de la ley, la defrauda, se opone al orden público, la moral o las buenas costumbres o afecta derechos de terceros, aun cuando los (...) disimulen bajo la apariencia de un acto con causa lícita.

Art. 580.- La alteración de las circunstancias que existían al tiempo de la celebración, privará de causa al acto que haya sido otorgado en miras a la satisfacción de un interés que presupone ostensiblemente la subsistencia de esas circunstancias al tiempo del cumplimiento o ejecución.

Art. 581.- Los móviles o motivos personales de los otorgantes del acto jurídico serán relevantes cuando integren expresa o implícitamente la declaración de voluntad común.

Art. 884.- El contrato sin causa es anulable. Aunque la causa no esté expresada, se presume que existe mientras que la parte que lo niegue no pruebe lo contrario.

Art. 885.- El contrato será válido aunque la causa expresada en él sea falsa, si se funda en otra verdadera lícita.

Art. 886.- El contrato es anulable por causa ilícita cuando las partes lo hubieran concluido por un motivo ilícito común a ambos. Cuando una sola de las partes hubiese obrado por un motivo ilícito, no podrá invocar el contrato frente a la otra, pero esta podrá requerir su cumplimiento, salvo que el desconocimiento del motivo ilícito se hubiese originado en su culpa o negligencia.

Art. 941.- Los contratos se resuelven por (...) frustración del fin.

Art. 943.- La frustración del fin del contrato facultará a la parte perjudicada a resolverlo. Ello acaecerá cuando por un acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes, no provocado por alguna de ellas y no derivado del riesgo que la parte que la invoca haya tomado a su cargo, impidiere la satisfacción de la finalidad del contrato que hubiese integrado la declaración de voluntad. Las prestaciones realizadas por cada una de las partes que hubiesen sido cumplidas y fuesen equivalentes, quedarán firmes. No habrá indemnización de daños.

En la doctrina argentina también se presenta la oposición entre causalistas y anticausalistas. Entre los primeros, hay los que se adhieren a la concepción subjetiva de causa (Gustavino, Machado, Gorostiaga, Arauz Castex, Borda, Videla Escalada, Busso, Colmo, Garibotto) entendida como la finalidad, la razón determinante y también los motivos psicológicos incorporados expresa o tácitamente al acto. Los seguidores de la teoría objetiva (Yaradola) identifican a la causa con el fin económico o práctico que procuran obtener los que se obligan. Los anticausalistas (Galli, Barcia López, Risolía, Llambías, Spota) no admiten que la causa fin constituya un elemento independiente y autónomo del consentimiento o del objeto. La falta de causa no es otra cosa que la falta de intención, la ilicitud del fin se integra con la ilicitud del objeto entendido como comprensivo del contenido de todo el negocio, solamente el objeto-fin social, mas no el objeto-fin individual, merece el amparo de la ley. Como dice Garibotto la disputa entre causalistas y anticausalistas se debe a que el legislador ha utilizado diversidad de fuentes para regular la causa: el art. 870 del Esboço de Freitas regula a la causa fuente y los artículos 500 a 502 inspirados en el Código de Napoleón norman sobre la causa fin.

El Código civil y comercial argentino, vigente desde el 1.8.2015:

Art. 281. Causa. La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.

Art.282.- Presunción de causa. Aunque la causa no esté expresada en el acto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera.

Art. 283.- Acto abstracto. La inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice.

Como se aprecia, el Código civil y comercial argentino regula a la causa como el fin determinante de la voluntad, sin la cual el acto no se habría celebrado. Eleva a categoría de causa a los motivos o móviles subjetivos cuando han sido incorporados expresa o tácitamente en el acto.

La causa viene a ser el fin que las partes se proponen lograr al tiempo de celebrar el acto jurídico: causa objetiva que se da en todos los actos de la misma especie. La causa móvil o impulsiva se refiere a los fines concretos e inmediatos que las partes tuvieron en cuenta al momento de realizar el acto; es el fin que las partes quieren obtener concretamente.

Todos los actos jurídicos se presumen realizados con una causa o razón determinante.

La causa es un requisito esencial de los actos jurídicos, su falta conlleva la nulidad de estos. Si se contrae una obligación en razón de una causa cualquiera y luego se constata que no existe, el acto es nulo por falta de causa. Igual ocurre cuando hay error esencial sobre la causa.

La ilicitud de la causa da lugar a la nulidad del acto.

Los actos jurídicos abstractos producen efectos con independencia de la finalidad que hubieran tenido las partes al celebrarlos.

En cuanto a la causa de los contratos, el Código civil y comercial argentino dispone: Art. 1013. Necesidad. *La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato.* De acuerdo con esta norma, la causa es un elemento esencial imprescindible para la existencia del contrato; debe existir en el momento de la negociación, durante la celebración y debe subsistir durante la ejecución. La falta de causa en el momento de la celebración da lugar a la nulidad del contrato. La frustración de la causa en el transcurso de la ejecución autoriza a la parte perjudicada al resolver el contrato. Al respecto el art. 1090. Señala: "Art. 1090. Frustración de la finalidad. *La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.*"

El art. 1014 prescribe: Art. 1014. Causa ilícita. *El contrato es nulo cuando:*

- a. *su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres;*
- b. *ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ofrecido.*

41.3. El Código civil chileno de 1885

El Código civil chileno, de Andrés Bello, aprobado en 1855, dispone que para que una persona se obligue mediante un acto jurídico es necesario que este tenga una causa lícita.

Art. 1445.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita.

El art. 1467 establece que no es necesario expresar la causa y el deudor que alega que su obligación carece de ella debe probarlo. Se establece así la presunción de que toda obligación tiene causa. La falta de expresión de la causa no significa que exista acto jurídico sin causa. De este modo se invierte la carga de la prueba haciendo recaer sobre el demandado el *onus probandi*.

“Art. 1467.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

Como dice Somarriva⁴⁹³, la jurisprudencia chilena no escapa a las vacilaciones de la doctrina respecto de la noción de causa. Unas veces se acepta la doc-

⁴⁹³ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, 2.ª ed. actualizada por Ramón Domínguez Benavente, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, pp. 171-173.

trina clásica que repudia a considerar los motivos psicológicos como causa. Así se desprende de la doctrina sentada por los siguientes fallos: “En los contratos bilaterales la causa, o sea, la razón inmediata de la convención para uno de los contratantes, tiene que ser la prestación a que la otra parte se obliga. Las razones o motivos más o menos lejanos no pueden confundirse con la causa, pues se llegaría así en los contratos a una sola causa general y última, la conveniencia o el lucro de las partes” (Corte de Valparaíso, 11 de enero de 1923); “La causa de un contrato es el interés jurídico que induce a las partes a contratar, interés que es distinto e independiente del móvil utilitario o subjetivo que hayan podido tener en cuenta al momento de celebrar el contrato. Así, en los contratos bilaterales la causa para una de las partes la constituye la obligación contraída por la otra” (Tribunal Supremo, 10 de septiembre de 1924); “(...) siendo la compraventa un contrato bilateral, la causa para cada parte está constituida por la obligación contraída por la otra parte, siendo este el interés que las induce a contratar” (Corte de Valdivia, 30 de diciembre de 1947). En otros fallos, repudiando siempre considerar los motivos, se acepta la doctrina de Capitant, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema del 11 de septiembre de 1922, al referirse a la causa de la obligación del vendedor dice: “(...) puesto que el motivo que induce a este a entregar la cosa vendida no es otro que el de llegar a obtener el precio que ha de pagarle por ella el comprador”; el fallo de la Corte de Talca del 26 de agosto de 1931 expresa: “En los contratos bilaterales cada parte se obliga teniendo como fin jurídico, como causa, el obtener la prestación consentida por la otra parte”. Capitant sostiene que “el fin que persigue una parte no es la obligación de la otra que interviene simultáneamente con la suya, sino el cumplimiento de esta obligación, es decir, de la prestación que se le ha prometido”; “en un contrato sinalagmático, por ejemplo, la causa que determina a obligarse a las dos partes es la voluntad de obtener la realización de la prestación que le ha sido prometida en cambio”. Otras decisiones de la Corte Suprema recurren a los motivos psicológicos que han tenido las partes al contratar, por ejemplo, la del 1 de octubre de 1918 que anula por causa ilícita el contrato celebrado entre el deudor ejecutado y un tercero para alterar el verdadero precio de la subasta del bien embargado por medio de maniobras extrañas y perjudiciales para el ejecutante convenidas y llevadas a cabo subrepticamente. Somarriva dice que es la tendencia jurisprudencial a dar consideración de causa a los motivos cuando estos son ilícitos o inmorales, a lo que se acostumbra a denominar “causalización de los motivos o motivos causalizados”.

El art. 1468 establece que el deudor que ha pagado a sabiendas de que la causa es ilícita no tiene derecho a la repetición. Lo que es correcto, porque nadie puede alegar en su favor su propia ignominia.

Art. 1468.- No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

41.4. El Código civil colombiano de 1873

El Código civil colombiano, también, de Andrés Bello, sancionado el 26 de mayo de 1873, consagró, en su art. 1524, la causa fin (impulsiva) determinante, identificada con los móviles que inducen a las personas a la celebración de los actos jurídicos. Se rechaza así, la distinción entre una *causa final* entendida como el fin directo e inmediato perseguido por el deudor, inherente al contrato e impuesto por la naturaleza del mismo y la *causa impulsiva* identificada con los motivos subjetivos y concretos de la voluntad de los agentes, cuya investigación cabe respecto de cualquier acto jurídico, ya que en el art. 1502 se establece que se requiere de una causa lícita para cualquier acto o declaración de voluntad.

Art. 1502.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita.

Art. 1524.- No puede haber obligación sin causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

La causa ilícita está sancionada con la nulidad absoluta por el art. 1741.

Art. 1741.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

El Código colombiano dispone, en su art. 1525, que cuando la nulidad absoluta proviene de la ilicitud del objetivo o de la causa del acto, las prestaciones ya cumplidas por las partes o por una de ellas, a sabiendas de dicha ilicitud, no pueden ser repetidas. Se consagra así el principio *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* que es el corolario de la regla *nemo auditur propriam turptudinem allegans*, es decir, no se acepta que una persona pueda prevalerse de su propia inmoralidad.

“Art. 1525.- No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

41.5. El Código civil español de 1889

El art. 1.261 exige entre los requisitos esenciales para la validez del contrato a la causa de la obligación.

Art. 1.261.- No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1º *Consentimiento de los contratantes.*
- 2º *Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3º *Causa de la obligación que se establezca.*

El art. 1.274, siguiendo la fórmula de Pothier, aceptada por el Código de Napoleón, define a la causa en su sentido objetivo. En efecto, por ejemplo, el comprador se obliga a pagar el precio, determinado por el deseo o finalidad de adquirir un bien en propiedad, pero esta que es propiamente una causa jurídica se da uniformemente en todo contrato de compraventa; por tanto, tiene escasa utilidad práctica y no puede ser calificada de ilícita por tratarse de una causa tipificada en la norma.

Art. 1.274.- En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

Sin embargo, el art. 1.275 sanciona con la nulidad a los contratos con causa ilícita, por lo que es correcto afirmar que el Derecho español adopta también el concepto de finalidad subjetiva del contrato perseguida por ambas partes, que aceptan recíprocamente sus respectivas motivaciones que las han llevado a tomar una decisión en cada caso concreto, que, por lo mismo, no se repiten en todos los contratos de la misma categoría y que al ser incorporadas al contrato adquieren trascendencia jurídica.

Art. 1.275.- Los contratos sin causa, o con una causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.

El art. 1.277 establece la presunción *iuris tantum* de la causa y de su licitud; en consecuencia, en todo contrato existe una causa lícita mientras no se pruebe lo contrario. En el art. 1.276, la existencia de una causa aparente (simulación relativa) es suplida por la de una causa real, pero cuando la causa no existe en el plano de la realidad, así sucede cuando se trata de una simulación absoluta o cuando una de las partes o ambas están en error, el contrato es sancionado con la nulidad.

Art. 1.276.- La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.

Art. 1.277.- Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.

Los artículos 1.305 y 1.306 señalan las consecuencias de la nulidad del contrato por causa u objeto ilícitos.

Art. 1.305.- Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que solo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes, pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.

Art. 1.306.- Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

- 1º Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.*
- 2º Cuando esté de parte de un solo contratante no podrá este repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.*

41.6. El Código civil italiano de 1865 y de 1942

• *El Código civil de 1865*

El Código civil de 1865 incluía (art. 1104) la “causa lícita para obligarse” entre los “requisitos esenciales para la validez de un contrato”, junto con la capacidad, el consentimiento y el objeto, y subrayaba que “la obligación sin causa o fundada en una causa falsa o ilícita no puede tener “ningún efecto” (art. 1119). Añadía, no obstante, que “el contrato es válido, aunque la causa no se exprese en él” (art. 1120), y que la causa “se presume mientras no se pruebe lo contrario” (art. 1121). Finalmente daba una noción de causa ilícita como aquella que es “contraria a la ley, a las buenas costumbres, o al orden público” (art. 1122). El legislador italiano seguía claramente el sistema del Código francés, que contiene las mismas disposiciones, salvo la dedicada por el art. 1121 a la “presunción” de la existencia de la causa, con la cual se quiso resolver una duda que había surgido entre los intérpretes del Código napoleónico⁴⁹⁴.

Este Código habla de causa del contrato (art. 1131) y de causa de la obligación (art. 1119). Sobre esta base se elaboró la teoría analítica de la causa: causa del compromiso del vendedor de atribuir el bien es el precio a él debido por el comprador; causa del deber del comprador al pago del precio es la atribución del bien del vendedor. De este modo el contrato es fragmentado en las prestaciones que componen el objeto, y de cada una se busca la causa, en lugar de buscar la causa del contrato⁴⁹⁵.

• *Código civil vigente de 1942*

Art. 1325.- Requisitos del contrato. Los requisitos del contrato son: (...) 2) la causa.

La Corte de Casación italiana ha establecido que una vez verificada la voluntad común de las partes, resulta irrelevante para el Derecho el propósito perseguido por cada uno de los contratantes, que represente un motivo o impulso interno de carácter subjetivo y extraño al mecanismo negocial. Requisito esencial del contrato es la causa, la cual se identifica con la función económico-social

494 GIORGIANNI, Michele, “La causa del negocio jurídico. Estudio de Derecho italiano y comparado”, en *Revista de Derecho Notarial*, año XXIV, Núms. XCIII-XCIV, julio-diciembre, Madrid, 1976, p. 71.

495 ROPPO, *El contrato*, cit., pp. 345-436.

que objetivamente se persigue con dicho negocio y que el Derecho reconoce relevante para sus fines⁴⁹⁶.

Art. 1343.- Causa ilícita. La causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

Art. 1344.- Contrato en fraude a la ley. Se reputa también ilícita la causa cuando el contrato constituye el medio de eludir la aplicación de una norma imperativa.

Los artículos 1343 y 1344 se refieren a la causa ilícita que, como dice Scognamiglio⁴⁹⁷, “debe más concretamente reconducirse a la noción general del contrato ilícito, por la contrariedad de su contenido a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres”. Por ej., la Corte de Casación italiana ha establecido que “en el caso que un trabajador se obligue a ceder su puesto de trabajo a otro más grato al patrono, dicho negocio (atípico) está viciado de nulidad por ilicitud de la causa. En el ordenamiento jurídico italiano no es comerciable el puesto de trabajo”⁴⁹⁸.

En otra jurisprudencia, la Corte de Casación italiana señala que el contrato de locación de un inmueble y la contemporánea cesión de una casa de juego de azar, abierta al público, para continuar la gestión, concluido por Tito con Adalgisa es nulo, por ser contrario a las buenas costumbres y a normas imperativas, si la ilicitud de la causa es advertida por ambos contratantes. Las sumas pagadas anticipadamente para dicho fin por Adalgisa a Tito son irrepetibles por la primera, de conformidad con el art. 2035⁴⁹⁹. Las casas de juego y el mismo juego de azar están sancionadas penalmente. Causa ilícita es la prestación de ceder la casa de juego.

No habla este Código de causa de la obligación, sino solamente de causa del contrato (teoría unitaria de la causa). La obligación y la correlativa pretensión acreedora no tiene una causa, sino un título; si la obligación es contractual el título es el contrato, el cual tiene su causa; si en el contrato (ej., de venta)

496 *Codice civil italiano*, actualizado a mayo de 1988, Tramontana, Milán, p. 306.

497 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 129.

498 *Codice civil italiano*, cit., p. 311.

499 *CC italiano*: Art. 2035.- *Prestación contraria a las buenas costumbres*. Quien ha realizado una prestación para una finalidad que, también por parte suya, constituya ofensa a las buenas costumbres, no puede repetir lo que ha pagado.

la obligación (de pagar el precio) se enlaza con una contraprestación (atribuir el bien vendido), la unitaria causa del contrato es el nexo entre las dos prestaciones (el intercambio de bien/precio). Esta visión unitaria de la causa revela una imagen más realista de la operación de la autonomía privada, cuyo sentido general emerge de la percepción de ella en su globalidad, y no de la consideración atomística de las partes que la componen. Prestación y contraprestación se justifican recíprocamente; el intercambio entre estas justifica el contrato; el intercambio es la causa. En los contratos asociativos (asociaciones, sociedades, consorcios), en los que no hay intercambio, sino cada parte soporta un sacrificio para tener la ventaja de la estructura común; ventajas y sacrificios de las partes no están relacionadas directamente, como en los contratos de intercambio; esta correlación de sacrificios y ventajas es una idónea razón justificativa del contrato.

Sin embargo, algunos datos exigen redimensionar la tesis unitaria, cuyo valor máximo está en los contratos de intercambio, en los que el sentido de la causa es captar el nexo entre las diversas prestaciones contractuales; mientras que ese valor se reduce en los contratos en los que una sola parte asume compromisos o soporta sacrificios (contratos gratuitos), en los que no es tan imperdable sobreponer causa del contrato y causa de la única prestación contractual. Además, la ley habla de causa no a propósito del contrato, sino al enriquecimiento "sin causa" (art. 2041). Otra zona en la cual entra en juego la causa de la prestación es la de los actos de cumplimiento⁵⁰⁰. La teoría unitaria de la causa no impide reconocer la causa de las prestaciones.

En opinión de Roppo⁵⁰¹, es bueno diferenciar entre causa del contrato, causa del enriquecimiento, causa de la prestación, pero es bueno también captar

500 "Otra zona en la cual entra en juego la causa de la prestación, contigua pero distinta respecto a la causa del contrato, es la zona de los *actos de cumplimiento* (*actos solutorios*). El acto de cumplimiento puede ser un contrato, necesario o idóneo para cumplir una precedente obligación (contrato definitivo en ejecución del preliminar; dación en pago): su causa —*causa solvendi*— es la preexistente obligación. Pero más a menudo el acto solutorio no es un contrato, sino una mera prestación (dación de dinero, entrega de cosa, servicio realizado): respecto a la cual, incluso, no parece impropio preguntarse si esté sustentada en una adecuada *causa solvendi*. Es cuanto, en resumidas cuentas, se pregunta, incluso sin usar el término "causa", la disciplina de la repetición de lo indebido: y la respuesta, contenida en las reglas de los arts. 2033 y ss., es fundamentalmente en el sentido de indicar la existencia de la obligación (civil, y en ciertas condiciones también natural) como el elemento que hace irrepetible la prestación realizada porque la dota de razón justificativa, en una palabra de causa" (ROPPO, *El contrato*, cit., p. 347).

501 ROPPO, *El contrato*, cit., pp. 346 y ss.

los nexos sistemáticos de las figuras y fenómenos mencionados, reconducidos todos a un único principio inmanente al sistema: el principio de racionalidad de los desplazamientos de riqueza, por el cual ningún desplazamiento patrimonial puede producirse y mantenerse firme, sino está sustentado por una adecuada razón justificativa. En los contratos gratuitos no existe un intercambio jurídico, pero puede existir un intercambio "empírico": quien soporta el sacrificio jurídico no obtiene a cambio una ventaja jurídica, pero puede obtener una ventaja empírica, factual, apreciable en el plano económico. Así un socio que da garantía por la deuda de su sociedad frente al banco, tiene la ventaja de que su sociedad pueda obtener un crédito bancario: esta ventaja es razón justificativa del compromiso asumido sin retribución. Si la fianza es un acto de pura cortesía o altruismo, tiene una causa diferente tanto del intercambio jurídico como del empírico, es el reforzamiento del crédito mediante una garantía personal: una razón idónea de por sí para justificar el compromiso contractual del fiador.

Además de las causas objetivas que justifican contratos de intercambios jurídicos y empíricos o para garantizar o satisfacer créditos, existe la causa subjetiva, o sea es elemento subjetivo: el *animus donandi*, un *animus* de generoso altruismo frente a la contraparte que es la causa, por ej., de la donación, del mutuo, depósito, comodato gratuitos y desinteresados.

La causa fin del contrato es ilícita tanto cuando contraría normas imperativas, el orden público o transgrede las buenas costumbres, como cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa (art. 1344). Este es el contrato en fraude de la ley, subespecie del contrato ilícito por ilicitud de la causa, y como tal nulo. Por ej., la ley establece que es nulo el pacto comisorio por el cual se conviene que, en defecto del pago del crédito, la propiedad de la cosa hipotecada o prendada pase al acreedor (art. 2744). Pero supongamos que, contraída la deuda, el deudor venda al acreedor el bien con cláusula de rescate (en el Derecho peruano se denomina venta con pacto de retroventa), haciendo coincidir el término de ejercicio del rescate con el vencimiento de la deuda (hay identidad de fechas entre el vencimiento de la deuda y el plazo para el ejercicio del rescate); el precio, fijado en cantidad igual a la deuda (hay identidad entre deuda y precio), no es pagado por compensación con la deuda; si al vencimiento el deudor-vendedor está en grado de restituir el precio (en realidad de pagar la deuda), la propiedad se consolida a favor del acreedor-comprador. De la venta con pacto de rescate deriva una consecuencia equivalente a aquella

que la ley impide con la nulidad del pacto comisorio. Es ilícita la causa de la venta con pacto de rescate celebrada en fraude de la ley imperativa que prohíbe el pacto comisorio, por tanto, es nula.

El fraude a la ley no se confunde con la simulación, dado que el acto en fraude de la ley no es simulado, sino realmente querido por las partes, quienes desean sus efectos como un medio para eludir la prohibición contenida en una norma imperativa.

Art. 1345. Motivo ilícito. El contrato es ilícito cuando las partes se han determinado a concluirlo exclusivamente por un motivo ilícito común a ambas.

La identificación de la causa con la función económico-social del contrato impone diferenciarla con los motivos que por lo general están destinados a permanecer irrelevantes para el Derecho, salvo cuando excepcionalmente se les atribuye relevancia, esto es, cuando el motivo es determinante y es conocido por ambas partes contratantes. El art. 1345 dispone la nulidad del contrato con motivo (determinante) ilícito común a las partes. Ejemplo, el arrendamiento de una casa para usos inmorales.

Un sector de la doctrina italiana diferencia entre ilicitud, irrelevancia e inexistencia de la causa. "Se puede presentar una ausencia de causa, tanto en la hipótesis de que el acto de autonomía esté caracterizado 'en concreto' por una función de hecho no realizable (por ej., compraventa de cosa propia), como en la hipótesis en que la clase de efecto prevista en el acto de autonomía exija un fundamento justificativo, del que carece el propio acto (por ej., negocio de transmisión de un derecho de propiedad que no esté respaldado por una contraprestación o un espíritu de liberalidad o que, de algún modo, no resulte vinculado a un fundamento justificativo externo). Así también, la causa podría ser considerada jurídicamente irrelevante en virtud de un juicio de mérito del resultado práctico perseguido por las partes, no estando reconocidos aquellos acuerdos interpersonales que habrían de versar sobre intereses fútiles o caprichosos (...). En el caso de ilicitud de la causa, esta existe o es relevante jurídicamente pero es contraria al orden público o a las buenas costumbres"⁵⁰².

502 BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *Derecho Civil*, cit., T. I, vol. II, p. 899.

41.7. El Código civil boliviano de 1976

El Código civil boliviano promulgado el 6 de agosto del 1975 y vigente desde el 2 de abril de 1976, inspirándose en el Código civil italiano de 1942, establece que la causa es uno de los requisitos para la formación del contrato.

Art. 452.- (Enunciación de requisitos). Son requisitos para la formación del contrato: (...) 3) La causa”.

Art. 489.- (Causa ilícita). La causa es ilícita cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres o cuando el contrato es un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa.

Art. 490.- (Motivo ilícito). El contrato es ilícito cuando el motivo que determina la voluntad de ambos contratantes es contrario al orden público o a las buenas costumbres.

41.8. El Código civil paraguayo de 1987

El Código civil paraguayo sancionado por el Congreso el 18 de diciembre de 1985, promulgado por el Poder Ejecutivo el 23 de Diciembre de 1986, por Ley N° 1.183, vigente desde el primero de enero de 1987, se refiere a la causa al regular el error, pues, dispone en su art. 286 que “No será válida la declaración de voluntad cuando el error recayera sobre algunos de los puntos siguientes: (...) c) la causa principal del acto, o la cualidad que verosímelmente se tuvo en mira como esencial, según la práctica de los negocios”. Este código no menciona a la causa como requisito esencial del acto jurídico o del contrato. Es, por tanto, anticausalista.

41.9. El Código civil de Puerto Rico de 1930

Art. 1213.- No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: (...) 3. Causa de la obligación que se establece.

Art. 1226.- En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio que se remunera y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

Art. 1227.- Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.

Art. 1228. La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probara que estaban fundados en otra verdadera y lícita.

Art. 1229.- Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita, mientras el deudor no pruebe lo contrario.

41.10. La causa en el Derecho inglés

El Derecho británico reconoce dos tipos de contratos: el contrato bajo sello y el contrato común (*the contract under seal and the simple contract o parol contract*). El contrato común es la regla y el contrato bajo sello, la excepción.

El contrato (*contract o agreement*) común necesita de una *consideración*, entendida como la contraprestación que sirve de criterio para decidir cuándo hay y cuándo no hay contrato; no basta el consentimiento para que surja el contrato.

La *consideración* es calificada como *valuable* o *sufficient consideration*, como un elemento esencial del acuerdo de voluntades. La *consideración* “es esencial para la validez de un simple contrato, y toda promesa, sea verbal o escrita que no sea bajo sello (*under seal*) y que haya sido hecha sin esa *consideration* tiene solamente el significado de un *nudum pactum, ex quo non oritur actio*”.

Blackstone⁵⁰³ dice “Una *consideration* en su significación más amplia es la razón, el motivo o el móvil, por el cual un hombre es movido a comprometerse por una convención (*agreement*). No es por nada que él consiente en imponerse una obligación, o en abandonar o transferir un derecho. Es en consideración de un hecho determinado que aceptó hacerse cargo de nuevas cargas (*burdens*) o renunciar a los beneficios que el derecho le acuerda. Si vende su casa, la *consideración* (*consideration*) de su consentimiento, es la recepción o la promesa del precio de compra. Si hace un *settlement* en favor de su mujer o de sus hijos, es en consideración al amor natural y al afecto que tiene por ellos. Si promete pagar una deuda contraída por él antes de su bancarrota, la *consideración* moral de su promesa es la obligación moral que sobrevive a su responsabilidad (*indebtness*) respecto de sus acreedores. La *consideración* expresa así, el por qué una persona se obliga, el *cur debetur*, y en este sentido es la causa material (*material cause*) del contrato (*contract*). Es el fundamento (*foundation*) de la promesa y en el lenguaje de las cortes, lo que la soporta (*support*) y lo que sostiene una acción *ex contractu*. En otros términos, es aquello que se da o se acepta a cambio de la promesa, es decir, la contraprestación”.

El contrato bajo sello (*under seal*) no necesita de la *consideración*. El valor de estos contratos depende del cumplimiento de la forma consistente en sellar

503 Citado por GOROSTIAGA, Norberto, *La causa en las obligaciones*, Ideas, Buenos Aires, 1944, p. 619.

el documento o pergamino que contiene el contrato con el sello del emitente⁵⁰⁴. La variedad más difundida del contrato bajo sello es el *deed* que, según la *property Act* de 1925, requiere, además del sello y superposición al documento de un disco adhesivo comprado en cualquier librería, la firma de quien lo extiende. Bajo esta forma se celebran los contratos de transferencia de tierras, los actos gratuitos y cualquier otro contrato que las partes decidan con el fin de evitar los problemas de la *consideración*.

La *consideración* aparecida a fines del siglo XV se vincula a la idea de *sinalagma* o bilateralidad de los efectos de los contratos, esto es, en los contratos que permiten un intercambio económico. La *consideración* significa contrapartida – no equivalencia, porque en el Derecho inglés no se conoce la figura de la lesión– y es de carácter objetivo, pues se mantiene ajena a la causa motivo.

Se suele identificar a la *causa* del *Civil Law* con la *consideration* del *Common Law*. El Código de Luisiana, Libro IX, Tít. 3, Cap. 2, Sección 4, usa como sinónimos los términos *causa (cause)* y *consideration*. Las reglas que allí se establecen, sobre la inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa; respecto de la presunción de validez de la obligación cuando la causa no es expresada; sobre la causa ilegal o inmoral (*contra bonos mores*); sobre la causa futura; sobre la desaparición de la causa después de concluido el contrato y sobre la causa aparente y la causa real, armonizan con los principios tradicionales del Derecho francés. El art. 1896 establece: *Por la causa del contrato, en esta sección se entiende la consideration o motivo para concluirlo; y se dice que un contrato no tiene causa, ya sea cuando la parte estaba en error, suponiendo que aquello que la indujo a contratar existía, cuando en realidad jamás había existido o había cesado de existir antes de que el contrato fuera celebrado.* Story⁵⁰⁵ dice: “Por el *Common Law* la causa es cuidadosamente distinguida del motivo, no siendo suficiente un buen (*good*) motivo para sostener un contrato. La *causa* del Derecho romano es equivalente a la *consideration* del *Common Law*, y por el último término debe entenderse a una causa que tiene un valor susceptible de apreciación legal y no meramente un motivo moral”.

504 El emitente redacta un escrito obligándose, bajo sello y firma, en favor de alguien que no emite voluntad alguna. Para nosotros, este acto es una declaración unilateral de voluntad, pero para los ingleses no hay duda que el contrato bajo sello es un verdadero contrato.

505 Citado por GOROSTIAGA, *La causa en las obligaciones*, cit., p. 643.

López Santa María⁵⁰⁶ dice que los autores definen a la *consideración* sobre la base de la decisión judicial de 1875, en el caso *Currie vs. Misa*: “La *consideración* puede consistir en un derecho, interés, provecho o beneficio de una parte, o en un detrimento o pérdida sufrida o asumida por la otra parte”. Ventaja del demandado o detrimento del demandante. Sin embargo, en vista de que la ventaja o el detrimento pueden situarse en el futuro, se prefiere, dice López Santa María, la definición de Pollock que cuenta con la aceptación jurisprudencial en la Cámara de los Lores: “Contrapartida entregada o prometida al demandado por el demandante”. De ahí la distinción entre *executory consideration (future consideration)* cuando la contrapartida se promete al nacer el contrato para ser ejecutada ulteriormente y *executed consideration (present consideration)* cuando la contrapartida es ejecutada por el demandante al momento de celebrar el contrato.

La *past consideration* es insuficiente por ubicarse antes de la celebración del contrato. A salva a B de ahogarse y después B promete a A una recompensa, aunque este acepte no puede ejercer una acción contra B para el pago. El salvamento no es consideración suficiente, puesto que se sitúa antes del contrato.

La *consideración* no debe ser vaga, debe estar bien determinada. López Santa María, cita el caso *Wyatt vs. Krelinger* resuelto en 1933: un empleador escribe a su empleado que debe dejar su trabajo y que en compensación le pagará una pensión anual, manteniéndole la libertad para que labore en lo que desee, salvo en el comercio de lana. El trabajador acepta. Después de unos años demanda el cumplimiento forzado; el empresario se excepciona (*confession and avoidance*): la promesa carecería de efecto (*avoid*) por su carácter gratuito. Los tribunales admitieron la acción, juzgando que hubo *consideration*: la promesa contrapartida de no ejercer el comercio de la lana.

42. LA TEORÍA DE LA CAUSA EN EL DERECHO PERUANO

42.1. Código civil de 1852

El legislador peruano de 1852 adoptó la doctrina francesa de la causa final en su acepción clásica, esto es, como el fin abstracto, típico y directo o inmediato, siempre idéntico, constante e invariable en todos los actos pertenecientes a

506 LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 61.

una misma categoría. En el art. 1235 que fue tomado del art. 1108 del Código de Napoleón se señala a la "causa justa para obligarse" como uno de los requisitos esenciales de todo contrato.

Como dice Ortiz de Zevallos y Vidaurre⁵⁰⁷, la causa "es el fin inmediato y esencial en vista del cual se contrata, *id quod inducit ad contrahendum*". Para saber cual es la causa de una obligación, basta hacerse una pregunta: ¿*Cur debetur?* ¿Por qué se debe? En los contratos bilaterales (con prestaciones recíprocas) las obligaciones de ambos contratantes se sirven recíprocamente de causa. En los contratos unilaterales, reales, como lo eran para el mencionado Código: el mutuo, el depósito, la prenda; el mutuatario, depositario y el que ha recibido la cosa en prenda se obligan porque han recibido la cosa: tal es el fin inmediato que perseguían al contratar. En la donación el donante se obliga porque ha querido favorecer al donatario (*animus donandi*).

Esta doctrina distingue entre la causa de la obligación y el motivo de esta. Al respecto dice Ortiz de Zevallos⁵⁰⁸, "supongamos que necesite yo trigo para sembrar mis tierras, y que compre la cantidad necesaria. ¿Por qué me obligo? 1°. Para que el vendedor se obligue a darme el trigo que necesito; 2°. Para sembrar mis tierras. La primera contestación indica la causa de la obligación, porque es el fin inmediato, esencial, que se encontrará en todos los contratos del mismo género; el otro fin es el motivo de la obligación, porque no es inmediato, no es esencial, es accidental, puede no presentarse en contratos del mismo género. La primera es la inmediata causa; el motivo es la causa remota, *causae causarum*"

Art. 1235.- Para la validez de los contratos se requiere:

- 1°. *El consentimiento de las partes.*
- 2°. *Su capacidad para contratar.*
- 3°. *Cosa cierta que sea materia del contrato.*
- 4°. *Causa justa para obligarse.*

Regulaba también el Código de 1852, en su art. 1253, los efectos de la ausencia de causa o de la causa falsa o ilícita. No puede darse un acto voluntario sin una causa fin que lo determine porque toda persona que actúe con discerni-

507 ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo, *Tratado de Derecho civil peruano*, E. Ro-say Editor, Lima, 1906, p. 48.

508 ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, *Tratado de Derecho civil peruano*, cit., p. 50.

miento, intención y libertad lo hace razonablemente. Como ha dicho Colmet de Santerre, un compromiso sin causa sería un acto de locura.

La ausencia de causa puede deberse a que faltó la voluntad —luego estamos frente a un acto inexistente— o a que se trata de un acto absolutamente simulado o bien que se incurrió en error al apreciar la causa, lo cual dará lugar a la nulidad del acto jurídico por falta de voluntad o por simulación o por error, pero no es necesario recurrir a la falta de causa para establecer su invalidez.

Todo acto voluntario tiene, pues, una causa. Pero esa causa determinante existente en la formación del acto jurídico debe permanecer hasta la total ejecución de las obligaciones asumidas porque si una de estas desaparece antes, se extingue también la otra por falta de causa. Por ejemplo, si en un contrato de arrendamiento, antes del vencimiento del plazo de duración del contrato, desaparece el bien arrendado a consecuencia de un caso fortuito, el arrendador no está obligado a continuar procurando el uso del bien al arrendatario por cuanto el objeto de su prestación (la cosa) ha devenido en imposible, pero también el arrendatario se libera de continuar pagando la renta por cuanto esta obligación se quedó sin causa desde el momento en que desapareció el bien.

La falsedad de la causa puede deberse a que se trata de un acto con simulación relativa, debido a que los otorgantes han señalado una causa distinta de la verdadera; en otras palabras, hay una causa que realmente existe, pero que está disimulada, oculta, por una causa aparente, falsa. Ortiz de Zevallos⁵⁰⁹ anota lo siguiente: “Dos personas juegan; y el que pierde suscribe un documento en virtud del cual reconoce deber al otro, pero no por haber perdido en el juego, sino por haber recibido la cantidad a título de préstamo o de depósito. Un amigo acepta una letra, pero en realidad se trata de una firma de favor. Indudablemente en estos casos no se aplica el art. 1253 porque este artículo no dice que el contrato será nulo, cuando la causa haya sido falsamente indicada, sino cuando sea realmente falsa; y en los casos que hemos señalado, se ha contraído la obligación teniendo en cuenta la verdadera causa, y no la que se ha hecho figurar para ocultar la verdad”. Si detrás de la causa aparente existe realmente una causa verdadera y lícita el contrato es válido.

Un fallo del 12 de setiembre de 1931, estableció que “incumbe al deudor la prueba de que la obligación carece de causa, pero si el demandante afirma la

509 ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, *Tratado de Derecho civil peruano*, cit., p. 51.

variación de la causa de deber la prueba de la obligación pasa a aquel: para que la causa falsa no afecte a la obligación, se requiere la prueba por parte del acreedor, de la existencia de la causa real que la generó, que debe ser lícita”⁵¹⁰.

La causa también puede ser falsa porque las partes estuvieron en error al momento de apreciarla. Así, Juan presenta a Pedro un testamento por el cual el padre de este le ha hecho un legado de cien sacos de trigo; se conviene que en vez del trigo Pedro pague a Juan una cantidad de dinero; después de concluido el contrato se descubre que el padre de Pedro había revocado el legado; por consiguiente el contrato es nulo por falsa causa. Sin embargo, como bien anota Borda⁵¹¹, las hipótesis de la falta de causa y de la falsa causa se confunden. Cuando se contrae una obligación en virtud de una determinada causa y luego resulta que esta no existe, falta la causa; y este es, precisamente un caso típico de falsa causa. Se deduce de lo expuesto que en los casos de falta de causa o de falsa causa el acto se ha producido por error esencial que, también, determina la anulación del acto.

La causa es ilícita cuando es contraria a leyes imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

Art. 1253.- Es nulo el contrato celebrado sin haber causa, ó con una causa falsa o ilícita.

Art. 1255.- Es ilícita la causa que se opone a las leyes, o a las buenas costumbres.

El artículo 1254 establece que en todo contrato existe una causa-fin lícita; aunque no se exprese, que fundamenta la decisión de las partes para otorgar el acto. En todo caso, la ley presume la existencia de la causa en tanto el deudor no pruebe lo contrario (presunción *juris tantum*).

Como anota Castañeda⁵¹², cuando la obligación no tenía causa y el acreedor exigía su pago, no tenía por qué dicho acreedor probar la causa, ya que por presunción *legis* la tenía. Por consiguiente, no estaba obligado el acreedor a contestar la posición dirigida a que explicara cuál era la causa de la obligación que

510 APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán, *Código de Procedimientos Civiles*, T. I., 2.ª ed., Lima, 1938; CASTAÑEDA, “La doctrina de la causa”, cit., p. 46.

511 BORDA, *Manual de Derecho civil, Parte General*, cit., p. 426.

512 CASTAÑEDA, “La doctrina de la causa”, cit., p. 45.

cobrava. Luego, este autor cita la sentencia de 12 setiembre de 1931, que tiene el siguiente título: “En toda obligación se halla invívita la existencia y realidad de la causa, aunque se omita mencionarla: dicha presunción pierde su virtualidad ante el mérito de la prueba contraria”.

Art. 1254.- Se presume que en todo contrato hay causa lícita, aunque no se exprese, mientras no se pruebe lo contrario.

42.2. Código civil de 1936

A diferencia del Código civil de 1852 que se adhirió a la teoría de la causa tal como está considerada en el Código francés, esto es, como un elemento esencial del acto jurídico, sancionando con la nulidad la falta de causa, el Código civil de 1936 fue anticausalista, es decir, prescinde de la idea de causa como requisito de existencia del acto jurídico⁵¹³, limitándose a sancionar, en su art. 1084, con la nulidad relativa (anulabilidad) la falsa causa cuando expresamente se manifiesta como razón determinante de la declaración de voluntad o bajo la forma de condición.

*Art. 1084.- La falsa causa solo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante, o bajo forma de condición*⁵¹⁴.

Como anota Ángel Gustavo Cornejo⁵¹⁵, el término *causa* importa un elemento introducido por las partes en el acto jurídico, una “causa convencional” diferente de la “causa legal” en su sentido tradicional de elemento esencial del negocio. Tal como lo aprecia el art. 1084, la causa es el motivo determinante de la voluntad de obligarse: *est ratio propter quam aliquidatur aut fit*. La “causa convencional” no es un motivo cualquiera, como tal indiferente, sino “un motivo declarado”, es decir, forma parte del “contenido de la declaración”, como remarcan los autores alemanes; un motivo no meramente personal, íntimo, sino

513 El art. 1075 del Código civil de 1936 disponía: Art. 1075.- Para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita, o que no esté prohibida por la ley.

514 Tiene como precedente, la Ley 31 del Título 20 del Libro 2 de las Institutas y las Leyes 1 y 65, Párrafo 2, del Título 6, del Libro XII del Digesto. Se inspira en el art. 90 del Código brasileño (1916) y se relaciona con los artículos 960 del Código argentino; 660 del portugués derogado; 119 y 82 del CC alemán (ver CORNEJO, Ángel Gustavo, *Código civil. Exposición sistemática y comentario*, Lima, 1937, T. I, p. 270).

515 CORNEJO, *Código civil. Exposición sistemática y comentario*, cit., T. I, p. 271.

expresado y conocido por la otra parte, que por lo tanto implica una “presuposición conocida”; en suma, una condición del acto mismo que puede dar lugar a la anulabilidad por error.

Warneyer⁵¹⁶ explica que “El error en el motivo puede dar origen a impugnación, solo cuando él haya influido en el contenido de la declaración dada, de tal modo que dicho contenido habría sido distinto, si se hubiese conocido correctamente la condición de las cosas. Mas es necesario incluir el motivo en el contenido del negocio y que él haya tenido una expresión en la declaración. El error debe aparecer simultáneamente como error sobre el contenido de la declaración”.

Manuel Augusto Olaechea⁵¹⁷ sostiene que el art. 1075 del Código civil de 1936 exige para la validez del acto jurídico, solo dos elementos: el consentimiento que se confunde con la capacidad y el objeto. La forma no es indispensable sino en los casos en que los actos van a producir efectos respecto de terceros. Se elimina la idea de causa por no tener independencia, autonomía, de la inteligencia y del objeto y porque la causa ilícita resulta ser un concepto inútil. La causa es el objeto; así, yo vendo mi casa porque el comprador me paga el precio. La causa final se confunde con los móviles individuales por los que el sujeto celebra el acto jurídico, los mismos que no tienen importancia para el Derecho. Los que ven a la causa como el fin inmediato de la obligación, están confundiendo la causa con el objeto. La teoría de la causa es una palabrería vacua.

León Barandiarán⁵¹⁸ encuentra que la causa no tiene sentido en actos que no importan modificaciones en la situación patrimonial de las partes, o más precisamente no tiene ingerencia en los de carácter extrapatrimonial; por ejemplo, el matrimonio, el reconocimiento de hijos. La causa ausente, falsa o simulada se presenta solo en los actos onerosos, mas no en los gratuitos en los cuales la causa no puede distinguirse de los motivos. Pero aún en los actos onerosos se puede prescindir de la causa, pues el que la obligación respectiva no sea exigible se puede conseguir por otros medios legales: error en el consentimiento, simulación, falta de un elemento natural en el respectivo *negotium iuris*; excepción de *non*

516 Citado por LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios al Código civil peruano. Derecho de las obligaciones*, T. I [Acto Jurídico], Librería e imprenta Gil, Lima, 1938, p. 63.

517 Copias mimeografiadas de las clases dictadas por Manuel Augusto Olaechea en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, año 1937, pp. 8 y ss.

518 LEÓN BARANDIARÁN, *Comentarios al Código civil peruano. Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, pp. 23 y ss.

adimpleti contractus, las condiciones, etc. La causa ilícita reside principalmente con referencia a los actos onerosos, pero escasamente a los gratuitos.

Los anticausalistas identifican a la causa, especialmente, con la intención del sujeto o con el objeto del acto jurídico. La intención, que determina la tendencia o dirección de la voluntad, es el designio de realizar el acto para conseguir un determinado fin; en ella reside el querer del sujeto; pero una cosa es el querer y otra muy distinta las razones (la causa) por las cuales se quiere.

De otro lado, el objeto del contrato es la obligación, a su vez, el objeto de la obligación es la prestación y el objeto de la prestación puede consistir en bienes, servicios y deberes de abstención. En cambio, la causa es la razón determinante o la finalidad que se persigue alcanzar al asumir una obligación. Confundir objeto con causa es confundir objeto con objetivo (finalidad), como dice Capitant.

42.3. Código civil vigente de 1984

42.3.1. La causa fin como requisito de validez del acto jurídico

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

[...]

3. Fin lícito.

[...].

El art. 140.3, del Código civil vigente, siguiendo la doctrina neocausalista, impone el requisito de la causa fin ("fin lícito") como elemento autónomo y necesario para la validez del acto jurídico. La causa fin está en la base del acto jurídico, es su causa justificativa. Los sujetos pueden celebrar libremente actos jurídicos más allá de los que están tipificados en la ley con tal que estén orientados a realizar intereses merecedores de tutela por el ordenamiento jurídico. Los actos jurídicos privados de causa fin son actos injustificados, actos jurídicos sin razón. Por ej., A y B suscriben un contrato por el que A transfiere la propiedad de un bien a B, quien acepta recibirlo. En este hecho existen tres elementos esenciales del acto jurídico: la manifestación de voluntad (el acuerdo), el objeto determinado y la forma. Pero falta la causa fin: no hay contraprestación en dinero, por tanto, no es venta; no se indica que las partes estén resolviendo un conflicto, por

lo que no es transacción; no existe declaración en el sentido que la transferencia sea hecha para extinguir una deuda, por lo que no se trata de una dación en pago (no existe *causa solvendi*); no existe *causa donandi* porque que no resulta que la transferencia se haga con espíritu de liberalidad; en fin no existe ninguna razón que justifique la transferencia de la propiedad. Falta la causa fin.

La causa se distingue respecto del objeto del acto jurídico. El objeto indica el programa, o sea el contenido del acuerdo de las partes; mientras que la causa indica el interés que con dicho programa se quiere satisfacer. Está clara la autónoma consideración que la ley reserva a la causa. La referencia a la causa impone entender al acto de autonomía privada en su real dimensión de instrumento para que las partes alcancen una finalidad práctica, y debe ser valorado jurídicamente teniendo en cuenta tal realidad⁵¹⁹.

El Código no define lo que entiende por causa fin, por lo que subsiste el debate sobre si la causa se refiere al fin inmediato que persiguen las partes al celebrar un acto jurídico, así como a los motivos exteriorizados incorporados expresamente al acto jurídico (teoría subjetiva), o si se refiere al fin o finalidad del acto jurídico mismo, o sea a la razón práctica de cada clase de acto jurídico, al interés que la operación negocial está dirigida a satisfacer (tesis objetiva).

Como sabemos dentro de la corriente causalista existe la controversia entre los que propician las teorías objetivas y los que siguen las teorías subjetivas. Los primeros entienden por causa fin a la razón directa, inmediata, intrínseca, abstracta, típica y constante en cada categoría de actos jurídicos (causalismo clásico); se trata de una causa impuesta por la naturaleza de cada tipo de acto jurídico. En cambio, para la concepción subjetiva la causa es el elemento psicológico, personal, el móvil o motivo individual, concreto, variable –no se da uniformemente en todos los actos de la misma categoría sino que varía de negocio a negocio–, que ha determinado la voluntad. El móvil o motivo determinante que constituye la causa fin se diferencia de los simples motivos en que aquel debe aparecer expresa o implícitamente en el acto o negocio jurídico, en tanto que los simples motivos que permanecen solamente en el pensamiento del sujeto sin

519 La causa constituye el fundamento de la relevancia jurídica del contrato. A fin que el contrato sea reconocido como jurídicamente obligatorio no es suficiente que subsista el acuerdo, sino que el acuerdo esté justificado por un interés apreciable. Es en este sentido que la causa deviene en elemento esencial del contrato. Por tanto, es nulo el contrato que está dirigido a realizar un interés no merecedor de tutela (BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. III, p. 448).

que puedan ser conocidos por los demás son indiferentes para el Derecho, no producen consecuencias jurídicas.

Barbero⁵²⁰ identifica la "causa", en su versión objetiva (subjettiva para la doctrina italiana), con la "intención", refiriéndose al Código italiano, expresa: "lo que en el Código se dice de la "causa", puede referirse tranquilamente a la "intención". Cuando se dice que la "causa" del contrato de compraventa es intercambio de la cosa con el precio, se está afirmando que el intercambio de la cosa con el precio es la "intención", es decir, el resultado, que se quiere conseguir a través del contrato de compraventa; cuando se identifica a la causa con la función *económico-social* del negocio, es lo mismo hablar de un determinado "negocio", que de una determinada "causa". De otro lado, este autor, distingue a la "intención" (identificada con la causa objetiva) del motivo (versión subjettiva de la causa): mientras que la "intención" es la *volición consciente de un resultado*, el motivo resulta de una circunstancia *cuya representación suscita y determina la "intención"*, es decir, induce al sujeto a la acción a fin de conseguir el resultado. El "motivo" está *antes que el negocio y lo determina*; la "intención" *penetra en el negocio y lo concluye*. De modo que, proyectada fuera del sujeto, la "intención" es *lo que se quiere conseguir* con el negocio, "el motivo" es aquello *por lo cual se lo quiere conseguir*. Ejemplo, la compra de un libro: el "*motivo*" que induce a comprar un libro, puede ser tanto el deseo de leerlo como el de regalarlo o el de quemarlo; la "*intención*" es la de adquirir, mediante el pago del precio una disponibilidad que permita hacer de él lo que se quiere. Por lo que se ve que la intención para cada negocio, no puede ser más que *única*; el "motivo" puede ser *variado*. Todo negocio concreto tiene una sola intención: la compraventa de un libro no puede revestir otra intención que la de adquirir su propiedad mediante un precio. Si varía la intención varía el correspondiente negocio: si en vez de pagar el precio se quiere dar otra cosa, no hay compraventa sino permuta. Pero, para cada negocio puede haber varios y múltiples motivos, sin que el negocio experimente variación: la compra del libro es tal y continúa siéndolo, lo mismo que se la haga para leerlo como para quemarlo o para regalarlo. El motivo debe ser exteriorizado y el único que ha determinado el negocio; además, tratándose del *testamento y la donación*, el motivo debe resultar del mismo testamento o del

520 BARBERO (*Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, pp. 531 y ss.) dice que "intención" quiere decir, persecución consciente de un objetivo; "persecución consciente", o sea: representación intelectual de ese objetivo y acción a fin de conseguirlo.

acto mismo de donación y para los contratos en general, el motivo ilícito solo es relevante cuando es *común a todas las partes*.

Nuestro Código civil no precisa a cuál de las corrientes doctrinarias de la causa –las objetivas o las subjetivas– se adhiere⁵²¹, por lo que a partir de ese elemental principio de Derecho que dice que no podemos distinguir donde la ley no lo hace, hay que concluir que nuestro ordenamiento jurídico civil sigue a la teoría unitaria –llamada también sincrética– de la causa, por cuanto las teorías objetivas y subjetivas no son opuestas sino complementarias, pues, el sujeto al realizar un acto jurídico lo hace con el propósito de alcanzar los efectos que le son típicos y constantes, lo cual no puede impedir que además se proponga lograr una finalidad concreta y personal, de alguna forma explicitada en el acto⁵²² y que, por lo tanto, ha constituido el motivo determinante de la voluntad común de las partes intervinientes. Además, esto es conforme con la teoría neocausalista de Capitant, Ripert, Bonnetcase, Demogue, Josserand, lo que nos lleva a afirmar que la causa-fin regulada por el Código civil peruano está integrada por la finalidad objetiva y subjetiva.

Entender que el Código opta por la teoría puramente objetiva significa seguir una perspectiva demasiado abstracta e infecunda, por cuanto se toma en consideración solamente el fin o finalidad típica que el ordenamiento jurídico prevé y aprueba. Mientras que se debe tener presente que en la práctica cumple un rol relevante las determinaciones en concreto del agente o agentes que crean, modifican o extinguen el acto jurídico. Que los particulares obren impulsados por motivos personales, y que en consideración de tales intereses puedan celebrar actos jurídicos o modificar o integrar su contenido, no es difícil entender si consideramos que aquí nos hallamos en el campo de la autonomía privada, que significa libertad de motivaciones y disposiciones dentro de los límites de la ley;

521 Max ARIAS-SCHREIBER PEZET (*Luces y sombras del Código civil*, Studium, Lima, 1991, T. I, p. 83) y Fernando VIDAL RAMÍREZ, *Teoría general del acto jurídico*, cit., p. 124) sostienen que el Código civil de 1984 se afilia a la concepción finalista y subjetiva de la causa entendida como el motivo determinante, concreto, mediato y personal, esencialmente psicológico y subjetivo, que puede variar de contrato en contrato y que se afirma básicamente en la doctrina de los juristas franceses: Capitant y Josserand. Concluyen, estos autores, que esta corriente neo-causalista, prescinde de la distinción entre causa y motivo e incluye dentro del concepto de causa a los motivos que cuentan para el Derecho.

522 Los motivos son por lo común irrelevantes, salvo cuando por la manifestación han quedado incorporados en el contenido del acto o negocio jurídico. Ver: STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, cit., p. 44.

con tal que esas motivaciones sean la razón determinante de la actuación de las personas y que aparezcan expresa o implícitamente en el acto jurídico, lo que lo diferencia de los simples motivos que como tales son irrelevantes para el Derecho. Los particulares, en ejercicio de la autonomía privada, pueden crear actos cuya causa sea distinta de la causa tipificada por normas dispositivas, así como pueden llevar a cabo actos para obtener finalidades que no están contempladas en ninguna clase de acto jurídico regulada por el ordenamiento, en ambos casos, por supuesto, siempre que no violen normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres.

El motivo determinante de la voluntad de las partes que celebran el acto jurídico se eleva a la categoría de causa fin cuando es manifestado expresamente y es aceptado por la otra parte, o sea tiene la doble característica de ser exclusivo (es la única razón justificativa del acto jurídico) y común a los otorgantes del acto, y debe ser lícito.

A diferencia de la causa fin, el motivo que permanece en la esfera individual, ya porque no es manifestado o ya porque habiendo sido declarado no es compartido por la otra parte, o sea no es motivo común (causa fin) a ambas partes, es irrelevante para el Derecho. Por ej., es válido el contrato de mutuo, aunque el mutuuario pretenda destinar el dinero recibido en actividades ilícitas, cuando este motivo no esté exteriorizado en el contrato como un interés común. En un caso como este, invalidar el contrato por fin ilícito sería perjudicar la confianza que el mutuante ha depositado en el contrato, la estabilidad de las relaciones contractuales, el deseo de los operadores de contratar; en definitiva, afectaría el buen funcionamiento del sistema económico. El simple hecho de que el mutuante conozca el motivo que tiene el mutuuario no basta para justificar la nulidad del contrato de mutuo. No se puede destruir la posición contractual del mutuante a causa de un motivo ajeno (el del mutuuario).

42.3.2. Presunción de la existencia y licitud de la causa

Se debe regular expresamente sobre la presunción de la existencia y licitud de la causa fin en todo acto jurídico, mientras el deudor no pruebe lo contrario⁵²³. Esto es importante no solamente porque nadie realiza un acto así porque

523 Código civil y comercial argentino: Art. 282. *Presunción de causa*. Aunque la causa no esté expresamente en el acto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera.

sí, sin una causa fin determinante, sino principalmente por sus consecuencias prácticas, pues la buena fe y seguridad en los negocios exige que una vez comprobada la concurrencia de los otros requisitos de validez (capacidad, objeto y forma prescrita bajo sanción de nulidad) y establecida la común intención de las partes será suficiente para que el acto produzca todos sus efectos.

Al regular en el sentido de que no es necesario expresar la causa, se establece la presunción de que todo acto jurídico tiene causa; por consiguiente, si el deudor pretende lo contrario, sobre él recaerá el *onus probandi*, esto es, en juicio, la prueba de la falta de causa será de cargo de quien así lo sostenga.

El contrato generador de obligaciones, que no mencione su causa fin, es *prima facie válido*, y no nulo por falta de causa. El deudor no puede rechazar la obligación de plano, sino tiene la posibilidad de impugnarlo por falta de causa; sobre él pesa la carga de probar la ausencia de causa. A falta de prueba el acto es válido, aun cuando su causa permanezca oculta. Opera aquí el principio de abstracción de la causa, pero solo con fines procesales, para los efectos de la inversión de la carga de la prueba respecto de la causa fin. También en los actos unilaterales, el promitente demandado que rechace la pretensión del actor, debe probar el defecto de causa de la promesa.

42.3.3. Falta de causa y falsa causa

No es necesario regular –como no lo hace nuestro Código– sobre la ausencia de causa y la falsa causa; en primer lugar, porque como dice Borda ambas hipótesis se confunden; la falsa causa es precisamente un caso de falta de causa. Luego, porque del art. 140.3, se desprende que en todo acto jurídico debe existir una causa fin lícita; la falta de este requisito significa la inexistencia del acto jurídico, pero como el Código⁵²⁴ no la menciona como una causal de nulidad, en cada caso habrá que determinar si la falta de causa se debe a que no hubo voluntad real para celebrar el acto, en cuyo caso este será nulo por adolecer de simulación absoluta⁵²⁵ (art. 219.5); o que las partes han querido constituir un

524 Código civil y comercial argentino: Art. 281. *Causa*. La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícito y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.

525 Por ejemplo, si en un contrato de compraventa el vendedor declara que ha recibido el precio con anterioridad, no siendo esto verdad, la venta carece de causa, pues, no hay intercambio de un bien

acto distinto del aparente (simulación relativa)⁵²⁶, o bien a que se incurrió en error al momento de apreciar la causa fin determinante o a que una de las partes ha actuado dolosamente⁵²⁷, casos en los cuales el acto estará afectado de nulidad relativa –anulabilidad– (art. 221, incs. 2 y 3). La falta de causa o la falsa causa está, pues, siempre vinculada al error, al dolo o a la simulación.

Como dice Capitant, la causa no se agota en el momento del nacimiento del acto jurídico, sino que perdura durante todo el *iter* contractual. Si la desaparición de la causa, es sobreviniente a la celebración del acto; si este es un contrato de prestaciones recíprocas, dará lugar a que las partes hagan uso de la excepción de incumplimiento⁵²⁸ (art. 1426), o de la excepción de caducidad del término (art. 1427), o de la resolución del contrato (arts. 1428 y ss.)⁵²⁹, figuras jurídicas, todas, que se derivan de la noción de causa entendida como el fin que ha decidido al agente a celebrar un acto jurídico del cual se derivan prestaciones recíprocas para las partes. Es ilustrativo a este efecto la explicación que hace la Corte de Apelaciones de Talca, Chile, en un fallo del 26 de agosto de 1931: "... en los contratos bilaterales puede establecerse como verdad elemental que las obligaciones recíprocas de los contratantes están en estrecha dependencia en el sentido que si una de las obligaciones queda incumplida, por cualquier razón que sea, la otra ya no tiene base y no puede subsistir". "Así podemos explicarnos

por un precio; no se da la finalidad típica de la compraventa. Salvo que las partes hayan querido disfrazar con este contrato a una donación, caso en el que la falsa causa oculta otra verdadera (el ánimo de liberalidad).

- 526 El acto que expresa una causa simulada no es necesariamente nulo, pues si se aprueba la existencia de una causa verdadera producirá todos sus efectos.
- 527 Por ejemplo, el vendedor hizo creer al comprador que él (el vendedor) es el propietario del bien vendido, pero luego se establece que el bien pertenecía al comprador. Aquí, la falta de causa se debe a dolo del vendedor.
- 528 La interdependencia de las obligaciones recíprocas que da el derecho a una de las partes de poder negarse a ejecutar su obligación cuando la otra no ejecuta la que la concierne; supone esencialmente dos obligaciones derivadas de un mismo contrato. Así, en un contrato de concesión, si el concesionario incumple con su obligación, el concedente está facultado para vender el mismo en el local concedido.
- 529 El Proyecto Unificado de Código civil argentino de 1987, regula sobre la frustración del fin del contrato como causal de resolución del mismo. En uno de los párrafos del art. 1204 prescribe: *La resolución puede también ser declarada: 1) por la frustración del fin del contrato, siempre que tal fin haya sido conocido o conocible por ambas partes, que la frustración provenga de causa ajena a quien la invoca, y no derive de un riesgo que razonablemente tomó este a su cargo en razón del sinalagma asumido.*

ciertos caracteres o efectos propios de los contratos bilaterales, de cuyos rasgos característicos sería difícil darse cuenta sin la noción de causa. En estos contratos, si una de las partes no cumple su obligación, la otra puede negarse a cumplir la suya y oponer la excepción *non adimpleti contractus*; si una de las partes no cumple su obligación la otra puede pedir la resolución del contrato, y si un caso de fuerza mayor impide a una de las partes cumplir su obligación, la otra se encuentra igualmente dispensada de cumplir con la suya”⁵³⁰.

López Santa María⁵³¹ dice: “Si por consecuencia de un acontecimiento posterior al origen de la obligación (caso fortuito o fuerza mayor, falta de cumplimiento por la otra parte), el fin requerido por el deudor no puede tener cumplimiento, cesa su obligación de la que queda liberado. La obligación en efecto, desaparece necesariamente con su causa”.

El jurista español Luis Díez-Picazo⁵³², luego de preguntarse ¿qué significado tiene la causa falsa?, dice que la respuesta parece hallarse en el error, es decir, el supuesto sobre causa falsa es un error sobre el fin.

García Goyena⁵³³ pone como ejemplo de causa falsa, la donación que se hace a una persona por determinados servicios que el donante cree haber recibido de ella, y aparece después que fue otro quien los efectuó. Dice este autor que en tal caso no hay verdadera causa, hay un error sobre el que únicamente se fundó el consentimiento.

530 LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos. Parte general*, cit., p. 414.

531 LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos. Parte general*, cit., p. 413.

532 DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, vol. I. p. 73. Este autor manifiesta que la confusión entre causa falsa y error se arrastra desde el antiguo Derecho francés. Domat dice: “Si el error de hecho es tal, que resulta evidente que quien lo cometió consintió precisamente por haber ignorado su realidad, y de manera que el contrato no tiene otro fundamento sino un hecho contrario a esta verdad que le era desconocida, tal error bastará para anular el contrato (...); porque no solo carece de causa la convención sino que tiene por fundamento una que es falsa”. Efectivamente, un error sobre la sustancia o cualidades principales de la cosa o sobre la persona del otro contratante implica un error sobre el fin propuesto al contratar, un error sobre la causa. Si quiero comprar un cuadro de Murillo y por error se me da una copia, no hay duda que el fin que me proponía no se alcanzará, lo mismo que si me propongo con una donación gratificar a una persona que creo me salvó la vida y no fue ella quien lo hizo”.

533 Citado por DÍEZ-PICAZO / GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I [2002] cit., p. 73.

El acto jurídico sin causa o con falsa causa o con causa ilícita no puede producir efecto alguno. En los contratos con prestaciones recíprocas, la obligación de cada uno de los contratantes encuentra su causa en la obligación visualizada como que debe ser efectivamente ejecutada por la otra parte contratante (ejemplo, la posibilidad para el mutuuario de obtener del bien que recibe en mutuo la utilidad que persigue); esta causa desaparece cuando una de las partes no ha ejecutado la obligación que le concierne (ejemplo, el mutuante no ha entregado el bien, caso en el cual, la falta de causa no permite al mutuuario obtener la utilidad que persigue) o cuando se ha comprobado que el acto es nulo o cuando la realización de la prestación es imposible.

Demostrada la falsedad de la causa de un acto jurídico, incumbe al beneficiario de la prestación probar que su crédito reposa en otra causa lícita, pues la falta de esta prueba hará sucumbir su pretensión.

La causa de un acto de liberalidad reside en el motivo determinante que inspiró al agente⁵³⁴.

42.3.4. *Causa ilícita*

El acto jurídico tiene causa ilícita cuando la razón de los efectos que las partes se propusieron lograr con la celebración del acto jurídico se opone a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

Señalemos algunos ejemplos: a) La cláusula de celibato inserta en un contrato de trabajo es restrictiva del derecho al matrimonio y del derecho al trabajo reconocidos por la Constitución, solo excepcionalmente puede estar justificada por necesidades imperativas derivadas de la naturaleza de la función o de las condiciones exigidas para su ejercicio; b) También tiene causa ilícita el contrato de corretaje matrimonial; c) El contrato de corretaje de adopción, pues, todo convenio por el cual una de las partes se obliga a pagar a la otra una suma determinada en concepto de remuneración por los servicios de intermediación en una adopción tiene una causa ilícita por atentar contra nuestras buenas costumbres y, por consiguiente, no puede tener efecto alguno; d) El acto de liberalidad otorgado con el fin de adquirir un inmueble destinado a favorecer la prolonga-

534 Por ejemplo, el cumplimiento de un deber de conciencia es causa suficiente y lícita de la promesa de pagar una pensión alimenticia. La liberalidad aparece como la ejecución de un deber de conciencia.

ción de relaciones inmorales de concubinato, por tener uno de los concubinos impedimento para contraer matrimonio; e) El contrato de seguro de vida suscrito por un hombre casado en favor de su concubina en el deseo de prolongar sus relaciones adulterinas; f) El contrato de préstamo destinado a la adquisición de una casa de tolerancia; g) El legado de la cuota de libre disposición hecho para asegurar el mantenimiento de relaciones adulterinas u otros actos inmorales; h) La promesa de dinero a un funcionario público para que altere o destruya un documento; i) Acuerdos de los cónyuges o de los contratantes sobre elecciones políticas, religiosas; j) El contrato por el que una parte se compromete a casarse o no casarse con determinada persona o a no casarse; k) La constitución de una sociedad con fines criminales; l) Los contratos de disposición de la integridad física de la persona, m) Contratos de seguro contra riesgos de sufrir una condena penal; n) Los pactos que aniquilan la iniciativa económica, la libre competencia.

Las *normas imperativas* son las que prohíben directamente un determinado comportamiento por considerarlo dañoso o peligroso para el interés general. Como el legislador no está en condiciones de prever todos los supuestos de hecho que merecen la desaprobación social, se auxilia del *orden público* que es el conjunto de principios políticos, económicos, sociales que son la base del ordenamiento jurídico en un lugar y momento determinados. Por ej., ninguna norma imperativa prohíbe los contratos que obligan o no a casarse con determinada persona, pero dichos contratos son nulos por perseguir un fin ilícito, pues afectan un principio de orden público como es el de la libertad de elecciones matrimoniales. El orden público comprende los principios que se refieren a la existencia y el funcionamiento del Estado, a las libertades y los derechos fundamentales, a la producción y circulación de la riqueza (orden público económico).

Las *buenas costumbres* son la serie de principios éticos que nacen en el cuerpo social en un momento y lugar determinados, y son aceptados por gran parte de los asociados, de tal modo que un acto jurídico contrario a ellas sería percibido por la mayoría de asociados como inmoral. Las buenas costumbres, para que existan, no requieren que sean aceptadas por el 100% de los asociados, basta el consenso mayoritario, porque la presencia minorías disidentes no puede afectar el sentir común de los otros. Los contratos para prestaciones humillantes. Por ej., son ilícitos, por causa fin ilícita, los contratos sobre comercialización del sexo; los pactos de convivencia de uno de los cónyuges fuera del matrimonio; el convenio por el que un jugador se compromete a jugar mal para contribuir a la derrota de su equipo; el compromiso de un periodista para difundir una artera

campaña de prensa para dañar a una persona o favorecer intereses particulares; el compromiso de un empleado de una empresa para realizar acciones ventajosas para la empresa competidora y en perjuicio de su centro de trabajo; el funcionario público que comercializa actos relativos a su cargo.

Al acto jurídico con fin ilícito se le denomina, brevemente, acto ilícito. Las dos categorías coinciden en parte. La segunda contiene a la primera, pero es más amplia porque contiene también a los actos con objeto ilícito (art. 219.4) y a los actos sometidos a condición ilícita (art. 171).

La causa es ilícita cuando los fines perseguidos por las partes que lo celebran son reprobados por el ordenamiento. En cambio, el objeto es ilícito cuando la prestación en sí y por sí viola el ordenamiento jurídico. Por ej., si un funcionario público se compromete con un particular a realizar una actividad propia de su función, recibiendo una contraprestación; un acto como este tiene objeto lícito, pero causa ilícita: el ordenamiento jurídico desaprueba no la prestación que ejecuta el funcionario público, sino el fin, la razón, que determinó al funcionario a desplegar su actividad, o sea el pago de la retribución.

Es necesario regular estableciendo expresamente que *el fin es ilícito cuando es contrario a normas imperativas, al orden público o las buenas costumbres*. En los dos primeros casos, el acto es nulo por *causa ilegal* y en el tercero, por *causa inmoral*. En el caso de nulidad por causa ilegal se debe admitir la repetición por pago indebido (*repetitio indebiti*); pero tratándose de nulidad del acto por causa inmoral, se debe negar la acción por repetición porque *nemo auditur suam, turpitudinem alligans* (no se escucha a nadie que alega su propia ignominia)⁵³⁵.

El Código civil italiano en su art. 2035 dispone: *Prestación contraria a las buenas costumbres.- Quien ha realizado una prestación para una finalidad que, también por parte suya, constituya ofensa a las buenas costumbres, no puede repetir lo que ha pagado.*

42.3.5. Invalidez del acto jurídico con causa ilícita o viciada

El art. 219.4 sanciona con la nulidad absoluta al acto jurídico que se funda en una causa fin ilícita⁵³⁶.

535 Ver: BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, p. 535.

536 La jurisprudencia francesa establece que la causa ilícita de una obligación no es obstáculo para promover la acción de repetición, pues, la máxima "in pari causa..." no es de aplicación

Art. 219.- El acto jurídico es nulo:

[...]

4. Cuando su fin sea ilícito.

El Código civil peruano recoge la tesis de la teoría neocausalista al establecer que es requisito de validez del acto jurídico el "fin lícito" (art. 140.3). Max Arias-Schreiber, Fernando Vidal y Felipe Osterling reafirman que se ha adoptado la teoría de la causa fin subjetiva que no distingue entre causa y motivos; por consiguiente, los motivos determinantes de la voluntad común de las partes tienen la calidad de causa determinante. El motivo determinante ilícito da lugar a la nulidad absoluta del acto jurídico (art. 219.4).

Sin embargo, según los arts. 205 y 221.2, el error en el motivo determinante no ocasiona la nulidad absoluta del acto sino simplemente su anulabilidad (nulidad relativa). Conforme al art. 205, el error en el motivo determinante, manifestado expresamente y aceptado (expresa o tácitamente) por la otra parte vicia el acto.

El motivo expresamente manifestado como razón determinante del acto jurídico y aceptado por la otra parte (motivo común a ambas partes) se eleva a la categoría de causa fin. Este motivo debe ser lícito y debe estar libre de vicios de la voluntad. El motivo, aunque conocido por la otra parte, pero si no es compartido por esta es irrelevante, no afecta la validez del acto o negocio jurídico.

El art. 205 dispone: *"El error en el motivo solo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte"*. Precisamente el motivo determinante manifestado expresa o implícitamente es la causa fin (subjetiva) del acto. El error en la apreciación del motivo es un caso de la denominada falsa causa o falta de causa, pero no el único porque la falta de causa o falsa causa puede deberse, también, a simulación absoluta o relativa (la causa manifestada no es real sino simulada; si la falsa causa encubre otra verda-

en estos casos. Pero la acción de garantía dirigida contra el vendedor de un fondo de comercio, para la continuación de una condena penal ordenando el arrendamiento temporal del establecimiento, debe declararse de oficio inadmisibile, en razón de la ignominia recíproca de ambas partes desde que el comprador conocía la conducta inmoral del vendedor (*Code Civil*, ed. Dalloz, París, 1991, p. 730).

dera, real, y lícita, el acto es válido), o a que una de las partes ha actuado dolosamente, sobre las cuales no existe regulación alguna y tampoco es necesaria.

Se aprecia que la regulación de la causa fin en nuestro Código es contradictoria. Como hemos visto antes, el codificador afirma que el art. 140.3, recoge la teoría neocausalista de Capitant y Josserand que no distingue entre causa fin y “motivo determinante”, se entiende, manifestado expresa o tácitamente y aceptado por el destinatario de la declaración si el acto es bilateral. Pero, en cambio, en el art. 205 regula al “motivo determinante” como un caso de error y no como causa del acto jurídico. Esto es contradictorio por cuanto, la falta de causa o la causa ilícita es causal de nulidad; en cambio, el error es causal de anulabilidad del acto jurídico. El artículo 205, que tiene su antecedente en el art. 1084 del Código de 1936 (de inspiración anticausalista) –aunque algunos autores, refiriéndose a este dispositivo, sostengan que “el nuevo código lo trata con mejor técnica” o que trae una mejora “digna de ser aplaudida, porque la falsa causa es distinta del motivo determinante”– debe suprimirse por confuso y contradictorio, y en su lugar regular la ilicitud de la causa, estableciendo que es tal cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, o cuando el acto constituye un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa (fraude). Además, se debe regular disponiendo expresamente que el acto jurídico es nulo si falta la causa (el fin).

Mencionemos a continuación algunos ejemplos de apreciación errónea de la causa que constituyen casos de falta de causa o de falsa causa: a) La compra-venta de un cuadro de un autor famoso en la que por error el vendedor entrega una copia; b) La gratificación con una donación a una persona que el donante cree que le salvó la vida, pero luego descubre que ella no fue quien lo hizo; c) La donación que hace el donante creyendo muerto a su hijo desaparecido que luego aparece vivo; d) La adquisición con precio aplazado en la que el adquirente asume el compromiso de pagar el precio con el producto de la venta de unos bienes adquiridos por herencia, pero que luego, aparece un pariente con mejor derecho a la herencia.

Si conforme al art. 140.3, la causa constituye requisito de validez del acto jurídico, su falta importa la nulidad de este. Puede ocurrir que en un acto jurídico se mencione una causa y luego se acredite que no existe, este es un caso de falsa causa que puede tratarse legislativamente como falta de causa. Si se ha manifestado una causa fin aparente que oculta a una verdadera (causa con simulación relativa), el acto jurídico será válido si la causa fin disimulada es lícita

(art. 191). Los simulado puede estar tanto en el fin inmediato que se proponen alcanzar las partes, como en el móvil manifestado expresa o tácitamente o en la causa fuente de la relación jurídica. El error en el motivo expresado como la razón determinante y aceptada por la otra parte (art. 205) es precisamente un caso de falta de causa. Subrayamos que las normas sobre la causa no se refieren a la causa fuente sino a la causa fin, por tanto, la ilicitud de la causa puede provenir de la contradicción con las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. Por estas consideraciones, conçordando la norma del art. 140.3 con la del art. 219.4, esta se debe entender en el sentido de que el acto jurídico es nulo cuando falta la causa fin o cuando esta es ilícita y se debe derogar el art. 205, a fin de darle coherencia a la regulación de la causa fin. Sería mejor si se modifica el art. 219.4 estableciendo que “es nulo el acto jurídico por falta de causa fin o cuando esta es falsa o ilícita”.

43. LA ABSTRACCIÓN DE LA CAUSA. ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS ABSTRACTOS

Se denominan actos o negocios jurídicos abstractos a aquellos cuyos efectos tienen plena eficacia jurídica independientemente de toda idea de causa. La abstracción de la causa fin es impuesta por la ley por razones prácticas, con el fin de favorecer la celeridad y la seguridad en el tráfico jurídico, piense en los títulos valores.

En este sentido se habla de actos jurídicos, especialmente contratos abstractos, de obligaciones abstractas. En realidad los actos abstractos tienen causa fin, pero se encuentra oculta, con el propósito de que produzcan sus efectos con independencia del fin que hubieran tenido las partes al celebrarlos. Si terceros poseedores del título abstracto lo oponen a las partes, estas no podrán impedir su cumplimiento por falta de causa o porque esta es falsa o ilícita, sin perjuicio de que después se pueda ventilar estas fallas intrínsecas en un proceso de conocimiento⁵³⁷.

No es que existan actos jurídicos sin causa porque todos tienen una causa fuente o hecho generador y una causa fin o final por ser realizados por y para

537 Código civil y comercial argentino: Art. 283. *Acto abstracto*. La inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice.

algo, lo que sucede es que la ley, por exigirlo así las necesidades de la vida práctica, concede eficacia jurídica a las relaciones obligatorias surgidas de estos actos con prescindencia tanto de la causa fuente como de la causa fin.

Con el acto jurídico abstracto lo que se quiere es que la *relación jurídica obligacional* viva abstractamente, desvinculada tanto del acto que le dio origen (denominado relación causal o fundamental o subyacente) como de la finalidad por la cual dicho acto se realizó, para que así, las vicisitudes de la causa no afecten su validez y eficacia. Pertenecen a esta categoría las obligaciones contenidas en los títulos valores, como las letras de cambio, los cheques, los pagarés, etc⁵³⁸. Con estos títulos está permitido asumir una obligación eliminando del contenido del negocio la mención de la causa de la relación fundamental. La abstracción de la causa se manifiesta bajo la forma de no oponibilidad de las excepciones relativas a defectos de la causa. V. gr., la relación fundamental entre el girador y el primer tomador es la causa fin de la letra de cambio, razón por la que el girador puede desconocer la promesa cambiaria oponiendo al primer tenedor la excepción de falta de causa fin de la letra por inexistencia o vicio de la relación fundamental. Pero la letra circula con abstracción de la causa con relación a los terceros tomadores de la letra extraños a la relación fundamental. Es decir, entre las partes de la relación fundamental, el principio de la causa mantiene su vigor, y permite al girador desconocer frente a la contraparte la promesa cambiaria, excepcionando el defecto de causa por problemas relativos a tal relación fundamental. La razón de la abstracción es proteger a los terceros y la seguridad de la circulación del título valor.

El poder sirve para que el representante acredite su calidad de tal frente al tercero con quien debe celebrar el acto jurídico que le ha encomendado el representado. El poder surte sus efectos frente al tercero con abstracción de la relación fundamental (causa fin del poder) que justifica su otorgamiento.

Cuando el negocio abstracto ha salido de las partes que lo celebraron, las obligaciones no dependen ni de la causa fuente ni de la causa fin, esto es, no se ven afectadas ni por la nulidad o anulabilidad o de cualquier otra causal de ineficacia del acto o negocio causal que le dio origen. En otras palabras, al tercero

538 Williams dice que la abstracción material se da en los títulos abstractos, lo cual significa que el fin práctico y jurídico de la creación de títulos, exista o no, no tiene relevancia respecto de los derechos de emergencia de ellos (WILLIAMS, Jorge N., *La causa en los títulos de crédito*, 2.^a ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 55).

de buena fe adquirente del negocio abstracto no se le puede oponer excepciones derivadas de la relación causal, lo que sí es posible cuando el negocio abstracto no ha salido del poder de las partes que lo formaron por existir una conexión entre los dos negocios (el abstracto y el causal). Por ejemplo, A vende un inmueble a B (el contrato de compraventa es el negocio causal), quien acepta una letra de cambio a 30 días por el importe del precio (la emisión de la letra de cambio es el negocio abstracto); si al vencimiento la letra no es pagada y A demanda su cancelación a B, este puede defenderse deduciendo, contra el actor A, excepciones derivadas del contrato de compraventa (relación causal o subyacente o fundamental que dio origen a la emisión de la letra). Pero si A ha endosado la letra de cambio a C (tercero endosatario de buena fe), este, si la letra no es cancelada a su vencimiento, puede demandar el pago B, quien no podrá deducir excepciones derivadas del contrato de compraventa contra el demandante C (excepciones causales) por más que la venta haya quedado sin efecto por falta o falsa causa o ilicitud de la misma o por falta de capacidad de las partes (del vendedor o del comprador) o por falta de objeto o por cualquier otra causal contemplada en la ley, pues la obligación del aceptante B se ha desligado de su causa. En estos casos, el aceptante B está en la obligación de pagar al endosatario C, pero, desde luego, tiene derecho a la repetición contra el girador A (*solve et repete*).

No pueden existir actos jurídicos privados de causa, que no respondan a ningún fin, lo que sucede es que en los negocios abstractos, excepcionalmente, la causa no asume ninguna relevancia (abstracción absoluta) o, en todo caso, tiene una relevancia solo indirecta, limitada (abstracción relativa). Esto porque el negocio abstracto cumple una función característica (diversa de la del negocio fundamental) que lo identifica, como es la de poner a disposición de los sujetos de Derecho un instrumento negocial idóneo para que puedan conseguir prestaciones patrimoniales en condiciones de relativa seguridad (en cuanto el negocio abstracto permanece insensible o limitadamente sensible a las vicisitudes del negocio fundamental) y de fácil circulación (como sucede con los títulos valores, ya sean nominativos, a la orden o al portador). Estos negocios abstractos, en compensación de la falta de mención de la causa, requieren de formalidades rigurosas.

44. CONCLUSIONES

De lo expuesto anteriormente se extraen las conclusiones siguientes:

- I. Jurídicamente, la palabra causa tiene una plurisignificación. Generalmente se usa acompañada de un adjetivo. Así, se habla de *causa fuente* para

indicar el hecho jurídico del cual emerge la obligación; de *causa final* o *causa fin objetiva* para indicar la finalidad abstracta, objetiva e inmediata que se persigue con la celebración de un acto jurídico; de *causa impulsiva* o *causa fin subjetiva* para referirse a los móviles o motivos que impulsaron al agente a obrar; de *causa sincrética* que combina los elementos de la causa fin objetiva y subjetiva.

- II. El primitivo Derecho romano fue eminentemente formalista; la causa no fue elemento de validez de las convenciones. Más tarde se admitió solo como un correctivo para evitar el conflicto entre la rigidez de las formas y la equidad. Se admitió definitivamente con el paso de los contratos formales a los consensuales con los cuales se atribuye efectos jurídicos a la mera voluntad del sujeto.

En la Edad Media, los canonistas proclamaron la regla *ex nudo pacto ius*. Esta etapa se caracterizó por el respeto de la voluntad, la apreciación moral de la conducta y la averiguación de los móviles que impulsaron el acuerdo de voluntades.

Jean Domat inició la elaboración de la teoría de la causa que alcanzó consagración legislativa en el *Code Napoleon* de 1804. Desde entonces existe una ardua discusión entre causalistas y anticausalistas.

- III. La *causa fuente* o *eficiente* es el hecho generador de efectos jurídicos. Así, la manifestación de voluntad es la causa eficiente que da nacimiento al acto jurídico; el contrato, especie de acto jurídico, genera relaciones jurídicas patrimoniales.
- IV. La causa fin tiene un doble significado: a) la causa fin objetiva es la finalidad típica, abstracta e inmediata que se da uniformemente en todos los actos jurídicos de la misma categoría (ejemplo, mediante el contrato de compraventa se persigue la finalidad de intercambiar el bien con el precio); b) la causa fin subjetiva o causa móvil se refiere a los móviles o motivos personales, psicológicos, que inducen al sujeto a la realización del acto. Como afirma Barbero, el motivo reside en una circunstancia *cuya representación suscita y determina la intención*, es decir, induce al sujeto a la acción a fin de conseguir un resultado (ejemplo el motivo que induce a comprar un libro, puede ser tanto el deseo de leerlo como el de regalarlo o el de quemarlo).

No hay que confundir la causa móvil con los simples motivos, los cuales carecen de trascendencia para el Derecho.

Señalemos un ejemplo que nos permita distinguir claramente la causa fuente de la causa fin y de esta con los simples motivos:

La celebración de un contrato de compraventa engendra un conjunto de derechos y obligaciones (*causa fuente*); para el vendedor con la finalidad de obtener una cantidad de dinero y para el comprador con el propósito de adquirir la propiedad de un bien (*causa fin objetiva*); para el comprador con el fin de vivir junto a sus padres, circunstancia que es conocida por el vendedor, debido a lo cual aquel paga un precio mayor al real (*causa fin subjetiva*); para el vendedor con el deseo de contar con capital para constituir una sociedad de agentes de bolsa, hecho que no es manifestado y que, por tanto no es conocido ni ha podido ser conocido por el comprador (*simple motivo*).

- V. La causa fin sincrética o unitaria está integrada por la finalidad objetiva y subjetiva, dado a que constituye requisito de validez de todo acto jurídico no solamente el fin típico y abstracto, sino, también, los motivos determinantes comunes, o, al menos, conocidos o que han debido ser conocidos por los destinatario de la manifestación de voluntad.
- VI. El causalismo clásico (Domat, Pothier, Demolombe, Aubry y Rau, etc.) sostiene que la finalidad típica, abstracta, directa y presumida por la ley es un elemento específico y necesario en todos los contratos de la misma categoría. No integran el concepto de causa los motivos psicológicos y personales que impulsaron a las partes a contratar.
- VII. El anticausalismo (Ernest, Laurent, Planiol, Baudry-Lacantinerie, Dabin, etc.) niega que la causa fin sea un elemento necesario para la existencia y validez del acto jurídico. Identifica a la causa con otros elementos del contrato, especialmente con el consentimiento y con el objeto.
- VIII. El neocausalismo (Capitant, Josserand, etc.) defiende a la causa fin como un elemento o requisito esencial del acto jurídico. Pero esgrimen argumentos muy diversos y personales, lo que ha originado el surgimiento de las teorías objetivas, subjetivas y sincréticas de la causa.

Capitant, sin admitir a los motivos como causa, anota que la causa de las obligaciones de cada una de las partes contratantes no está constituida por las obligaciones a cargo de la otra parte, como lo entendió Domat, sino *por el cumplimiento mismo de estas*, es decir, la causa de la obligación de una de las partes contratantes es la representación intelectual, psicológica, de la ejecución de la obligación a cargo de la otra.

Para Josserand, la causa del acto jurídico está configurada por los móviles intrínsecos que son los mismos para todos los actos de un mismo tipo, los mismos que desempeñan el papel de causa directa e inmediatamente de la obligación; y por los móviles teleológicos, personales, individuales y cambiantes, externos a la esencia misma del acto, que penetran en el futuro y nos permiten adentrarnos en el pensamiento de los otorgantes del acto. A Josserand pertenece la denominación de causa móvil o impulsiva.

- IX. El ámbito de aplicación de la causa fin no puede ser la obligación. No se puede hablar de causa fin de la obligación, sino de causa eficiente de esta, esto es, del hecho generador de la misma. La causa fin no radica en la obligación sino en el acto voluntario que la crea.

Tampoco puede reducirse el campo de aplicación de la causa al contrato que es solamente una especie de acto jurídico.

El ámbito de aplicación de la causa fin es el acto jurídico que es la expresión de la autonomía de la voluntad privada. No puede existir manifestación de voluntad (acto jurídico) destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sin un fin que lo impulse y determine.

- X. La legislación civil peruana oscila entre el causalismo y el anticausalismo. El Código civil de 1852 fue causalista; el art. 1235, tomado del art. 1108 del *Code Napoleon*, señala a la *causa justa para obligarse* como uno de los requisitos esenciales de todo contrato.

El Código civil de 1936 fue anticausalista; prescinde de la idea de causa como requisito de validez del acto jurídico. Se limita a sancionar, en su art. 1084, con la nulidad relativa la falsa causa cuando expresamente se manifiesta como razón determinante de la declaración de voluntad o bajo condición.

El Código civil vigente de 1984 es causalista; impone el requisito de la causa fin como elemento autónomo y necesario para la validez del acto jurídico. El Código no define lo que entiende por causa fin. Los autores del Código dicen que han adoptado la causa fin subjetiva, personal, psicológica, que se entiende manifestada expresa o tácitamente.

No compartimos esta opinión del codificador. El sentido que se debe dar a la causa fin regulada por el Código debe ser el que corresponde a la teoría sincrética o unitaria de la causa fin, por cuanto las teorías objetivas y subjetivas no son opuestas, sino complementarias, pues, el sujeto al realizar

un acto jurídico lo hace con el propósito de alcanzar los efectos que le son típicos y constantes, lo cual no le impide que, además, se proponga lograr una finalidad concreta y personal, de alguna forma explicitada en el acto y que por lo tanto tiene la calidad de voluntad común que merece ser tutelada por el Derecho.

- XI. Debe regularse disponiendo que el acto jurídico es nulo cuando falta la causa o cuando esta es falsa o ilícita.
- XII. Se debe regular estableciendo la presunción de la existencia y licitud de la causa fin, mientras no se pruebe lo contrario.
- XIII. También, se debe regular estableciendo que la causa fin es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, a las buenas costumbres o al orden público.
- XIV. Se debe suprimir el art. 205 del Código por innecesario, confuso y contradictorio, puesto que el "motivo" a que hace mención integra la noción de "causa fin" a que se refieren el art. 140.3 y el art. 219.4. ¿Por qué regular separadamente sobre el motivo?, si el propio codificador sostiene que ha adoptado la teoría de la causa fin subjetiva que no distingue entre causa y motivo. En todo caso, la regulación tendría que referirse al error en el "fin", lo que creemos no es necesario por constituir un supuesto de falsa causa.
- XV. Los actos jurídicos abstractos tienen plena eficacia independientemente de toda idea de causa. La relación obligacional vive abstractamente, desvinculada de la relación fundamental o causal como de la finalidad por la cual dicho acto se realizó. Las vicisitudes que le puedan ocurrir al acto causal no afectan al negocio abstracto. Este es un instrumento idóneo que le concede el Derecho al sujeto para que pueda conseguir prestaciones patrimoniales con relativa seguridad y de fácil circulación como sucede con los títulos valores. En estos negocios, la falta de mención de la causa es compensada con el cumplimiento de formalidades rigurosas.



CAPÍTULO VII

FORMA DEL ACTO JURÍDICO

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

[...]

4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

45. INTRODUCCIÓN

El acto jurídico es manifestación de voluntad. La voluntad tiene que ser manifestada necesariamente en alguna forma que puede ser verbal, escrita, lenguaje mímico, a través de medios electrónicos, del comportamiento concluyente, incluso el silencio es una forma de declarar la voluntad cuando por ley o por convenio se le atribuyen ese significado. Por consiguiente, todo acto jurídico tiene una forma así esta no haya sido prescrita por el ordenamiento jurídico. Si la voluntad no es manifestada de algún modo, el acto jurídico no existe para el derecho.

La forma es una técnica de comunicación social con la cual se manifiesta la voluntad negocial. Sin forma no hay manifestación de voluntad que es el elemento esencial para que exista el acto o negocio jurídico.

Mediante la forma se objetiva la voluntad, permitiendo que sea conocida por los demás. Manifestada la voluntad queda objetivada, materializada en una forma. Como todo objeto cultural, el acto jurídico tiene un substrato: la forma,

y un sentido: el acto intrínsecamente considerado. La forma es el continente y el contenido es el acto; el acto jurídico está contenido en una forma, es decir, en el modo cómo se nos presenta y se hace reconocible en el mundo externo. La ausencia de forma implica la ausencia de manifestación de voluntad, o sea la inexistencia del acto jurídico⁵³⁹.

A los actos jurídicos se les califica de *formales* y *no formales*, no porque no tengan una forma⁵⁴⁰, sino según que el ordenamiento jurídico señale o no una forma en la cual se debe hacer la declaración de voluntad. Los actos jurídicos formales tienen una forma prescrita por la ley (*forma vinculada*) y los no formales tienen una forma voluntaria (*forma libre*). Cuando el acto es *no formal* rige el principio de libertad de formas, pudiendo el otorgante utilizar la forma que desee, y cuando es *formal* debe realizarse en la forma prescrita por la ley o por la voluntad.

Hay que distinguir la *forma del acto jurídico* de las *formalidades del acto*. La primera es la manera de expresar la voluntad, el modo de ser de la manifestación, ya se trate de la palabra oral o escrita, de gestos inequívocos o cualquier otro

539 “Forma es el modo *como* es el negocio, es decir, como se presenta a los demás en la vida de relación: su figura exterior. Contenido es *lo que* el negocio es, intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior, que representa, conjuntamente, fórmula e idea, palabra y significado; términos cuya conexión es tarea de la interpretación. En la vida de relación un acto no es *reconocible a los otros* sino a través de su forma” (BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pp. 97-98).

“Forma es el *modo* de ser del negocio, la *manera* (palabra, escrito, ceremonia, etc.). Así, la forma de la compraventa es verbal, tal contrato se celebra haciéndose oralmente la oferta y la aceptación” (ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 299). La forma es la *vestidura exterior* del acto.

“La forma del negocio jurídico 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” (MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 381).

540 IX Pleno Casatorio Civil: “13. En atención a lo expuesto conviene superar la clásica clasificación de los negocios en “formales” y “no formales”, pues pareciera denotar la existencia de negocios sin forma y, ya está visto, que un negocio no puede prescindir de una forma, por lo que parece mejor hacer referencia a negocios con forma vinculada y negocios con forma libre. Nos encontraremos frente a una forma vinculada cuando ésta es exigida por ley (artículo 144 del Código Civil⁴²) o por las partes en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1411 del Código Civil)”.

comportamiento. En cambio, la *formalidad* es la forma impuesta por la ley o por la voluntad de las partes para manifestar la voluntad de una manera prefijada, ya como prueba del acto, ya como elemento estructural.

La forma prescrita por la ley puede ser probatoria o solemne (elemento estructural). Es *probatoria* cuando su inobservancia no está sancionada con la nulidad del acto (art. 144); si el acto se realiza en una forma distinta a la prescrita, el acto sigue siendo válido. Es *solemne* cuando está designada bajo sanción de nulidad del acto en caso de inobservancia (*solemnidad legal*); si no se observa la solemnidad, no existe acto jurídico válido. La solemnidad también puede estar establecida por las partes (*solemnidad voluntaria*). La fuente de la forma solemne es la ley o el convenio de las partes; si el acto jurídico no es celebrado en la forma solemne prescrita adolece de nulidad absoluta, por falta de un requisito de validez.

Cuando se exige una forma para el otorgamiento del acto, se habla de *formalidad* o *formalismo* para referirse tanto a la forma probatoria como a la solemne. Pero, en todo *rigor*, la palabra formalidad es igual a solemnidad (*formalidad* o *formalismo* = *solemnidad*) que atañe a la vida misma del acto, o sea, la *forma solemne* es requisito de validez del acto conjuntamente con otros requisitos como son la capacidad, el objeto y el fin. La forma es la forma del acto, la formalidad es la forma de la forma misma. En otros términos, en el sentido riguroso de las palabras, una cosa es la *forma* y otra la *formalidad*. La forma es el modo cómo se exterioriza la voluntad. En este sentido todo acto jurídico tiene una forma. La formalidad es el *modo* dispuesto por la ley o por la voluntad, el mismo que debe observarse necesariamente al hacerse la declaración para que el acto exista válidamente. En este sentido no todos los actos jurídicos requieren de una *formalidad*, sino únicamente aquellos para los cuales la ley o la voluntad de las partes designan una formalidad especial como requisito necesario para su validez.

La forma probatoria no es requisito de validez del acto jurídico, sirve solo para demostrar la existencia del acto, su contenido y alcance. La forma solemne sí es requisito de validez del acto; es un elemento más del acto, conjuntamente con la capacidad, el objeto y el fin. Por tanto, la forma no es requisito de validez de todos los actos jurídicos, sino únicamente de aquellos para los cuales la ley o la voluntad de las partes han señalado una forma solemne. Por ejemplo, en el arrendamiento (acto no formal) los requisitos de validez son la capacidad, el objeto y el fin (no se exige la observancia de ninguna forma substancial); mien-

tras que para la donación de inmuebles (acto formal solemne) los requisitos de validez son la capacidad, el objeto, el fin y la forma (debe celebrarse por escritura pública, bajo sanción de nulidad –art. 1625–).

La manifestación de voluntad puede provenir de una sola parte o bien puede requerirse que a la manifestación de voluntad de una parte deba corresponder una congruente manifestación de otra parte. El primer tipo de manifestación da lugar al acto jurídico unilateral, mientras que el segundo da vida al acto bilateral o plurilateral, en el cual, el encuentro de dos o más manifestaciones de voluntad origina el fenómeno del acuerdo o *consentimiento* con miras a la regulación de los intereses previstos. En otros términos, los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales se perfeccionan mediante el consentimiento, entendido como el acuerdo o confluencia de las voluntades de los otorgantes. El consentimiento es la primera condición de existencia del acto bilateral o plurilateral, porque el acto jurídico es el producto de la manifestación de voluntad. Cuando estos actos son *no formales* se les denomina *consensuales* debido a que la ley no exige para su celebración una forma particular con el carácter de solemne, por lo que se perfeccionan con el simple consentimiento (v. gr., el contrato de compraventa), o pueden ser formales con forma probatoria o con forma solemne (v. gr., el art. 1625 dispone que la donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública, bajo sanción de nulidad).

En el Derecho moderno, el principio es la libertad de formas, el *consensualismo*, y la excepción es el *formalismo*. Por el principio de libertad de formas, el acto jurídico puede formarse válidamente cualquiera sea la forma usada para la manifestación de voluntad, con tal que sea una técnica idónea para una efectiva comunicación social. En los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales se habla de *consensualismo* para significar que la voluntad se puede expresar de cualquier manera, como lo decida el sujeto o sujetos que intervienen en el otorgamiento del acto, por ej., el contrato consensual se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes. Sin embargo, en ocasiones, siempre habrá necesidad de proteger al otorgante del acto jurídico o a una de las partes para garantizarle que manifieste su voluntad con pleno conocimiento de causa (con suficiente reflexión) sobre las consecuencias del acto que quiere realizar, o para proteger a terceros interesados haciéndoles conocer la existencia del acto, o para darle certeza y facilitar la prueba de su existencia, o para facilitar la interpretación y ejecución del acto jurídico, razones por la que excepcionalmente se establecerán formas solemnes como condición indispensable para su validez.

Las partes pueden usar la forma que crean conveniente, excepto los casos en que la ley imponga una forma sustancial como requisito de validez del acto.

El principio moderno de la libertad de formas se contraponen al principio diverso del formalismo del Derecho romano clásico, conforme al cual la voluntad debía ser manifestada mediante rígidas formas rituales. El *formalismo* es la característica propia de los derechos primitivos en los cuales la eficacia de los actos jurídicos no dependía de la voluntad de las partes sino del cumplimiento de formas rituales. Con el nacimiento de los contratos *bona fides* en el Derecho romano se reconoció que el simple pacto, desprovisto de formas, obliga a las partes contratantes. Las influencias cristianas y germanas contribuyeron a mitigar el rigor del formalismo ritual romano clásico, sobre la base de la palabra empeñada. Pero, por sobre todo, fue el pensamiento iusnaturalista con su exaltación de la voluntad el que le dio credibilidad a la idea de que en el acto jurídico lo que cuenta es la voluntad de los sujetos, la cual no puede ser encerrada en rígidas formas determinadas. Estas doctrinas fueron recepcionadas por los franceses Domat y Potier, precursores del Code Napoleon que consagró el consensualismo, conforme al cual las partes contratantes quedan obligadas por su solo consentimiento.

Junto a la libertad de formas existen casos particulares de actos jurídicos para los que la ley prescribe una forma determinada, sancionando su inobservancia con la nulidad (actos formales, o con forma vinculante o *tout court*). Estos casos se han multiplicado en el sistema de Derecho moderno que reconoce la observancia de formas vinculantes, especialmente para ciertos contratos, pero estas formas vinculantes no corresponden al formalismo ritual del Derecho primitivo, sino surgen como forma impuesta por razones de seguridad, publicidad y prueba de la existencia y contenido del acto, con el fin de salvaguardar el derechos de las parte y de terceros, para proteger a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios, para poder inscribir los actos jurídicos en los registros públicos. Esto es lo que induce a algunos a hablar del renacimiento del *formalismo* (el *neoformalismo*). Además, a menudo las partes que celebran un acto jurídico emplean formas que no son las requeridas por ley, en razón de las ventajas prácticas que ellas pueden comportar, como son las de fijar en manera clara y precisa los derechos que adquieren y los deberes que asumen.

Si la manifestación de voluntad se hace mediante el lenguaje hablado, el acto jurídico tiene la *forma verbal*; al lenguaje escrito le corresponde la *forma escrita* privada o pública (forma documental); al lenguaje informático le pertenece el *documento informático*. Si la manifestación de voluntad se deriva del compor-

tamiento concluyente, la forma del acto jurídico coincide con las actitudes o circunstancias de comportamientos que revelan su existencia; y si proviene del silencio, la forma del acto jurídico coincide con esa actitud silente que por disposición de la ley o por convenio significa manifestación de voluntad.

La *forma verbal* consiste en la manifestación de voluntad mediante el lenguaje hablado, el lenguaje mímico, como son los gestos, el movimiento de cabeza, levantar la mano, o mediante la transmisión telefónica o medio similar que no se plasme materialmente. Es una forma insegura por la dificultad para probar la existencia y el contenido del acto.

La *forma documental* o *instrumental* consiste en la manifestación de voluntad mediante escrito privado o público. Se denomina documento a todo escrito u objeto que sirve para probar un hecho (art. 233 del CPC). Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas magnetofónicas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras producciones 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 del CPC).

Son *documentos públicos* los otorgados por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones; y la escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según Decreto Legislativo del Notariado. La copia de documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por Auxiliar Judicial respectivo, notario público o fedatario, según corresponda (art. 235 del CPC). Los documentos públicos mantienen su eficacia mientras no sea declarada judicialmente su ineficacia.

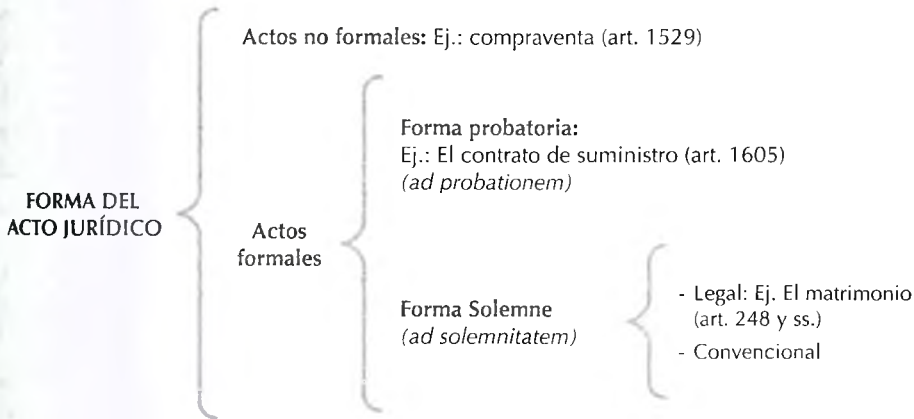
Son *documentos privados* los otorgados por los interesados, por tanto, no tienen las características de los documentos públicos. La legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público (art. 236 del CPC).

El documento que no tiene la categoría de "forma no solemne" es distinto de su contenido. No debe confundirse el acto con el documento que lo contiene. Puede subsistir el acto jurídico aunque la forma se declarada nula (art. 225 del Código civil y art. 237 del CPC). En cambio, si el instrumento tiene la categoría de "forma solemne" el acto jurídico solamente es válido solo si cumple estrictamente con esa formalidad, de modo que si falla la forma, la nulidad de ella conlleva la del acto jurídico.

Cuando un escrito no produce en el juez convicción por sí mismo, requiriendo ser complementado por otros medios probatorios, es un principio de prueba escrita, siempre que reúna los siguientes requisitos: 1) que el escrito emane de la persona a quien se opone, o a quien representa o haya representado; y 2) que el hecho alegado sea verosímil (art. 238 del CPC).

Los documentos públicos son de fecha cierta. Un documento privado adquiere fecha cierta en los siguientes casos: 1) desde 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 (art. 245 del CPC).

Según que la ley establezca o no una forma en la que se debe manifestar la voluntad, los actos jurídicos se clasifican en actos no formales y actos formales. Estos a su vez se dividen en actos con forma probatoria y actos con forma solemne.



46. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FORMALISMO

Las sociedades primitivas se caracterizaron por ser proclives a un formalismo ritualista, cuyo origen por lo general es religioso, el acto jurídico solamente existía si se ha observado el ritual impuesto, el cual generalmente era verbal; valía la forma antes que la voluntad. Con la aparición de la escritura y el incremento del comercio se fue abandonando la rigidez del ritualismo dando prevalencia a

la voluntad del agente sobre lo declarado. El Código de Napoleón puso término a esta evolución consagrando el consensualismo en la contratación, con algunas excepciones dispuestas por ley. Lo que obliga a los contratantes es la voluntad y no la forma. Pero luego, por razones de seguridad, certeza, facilidad de la prueba de la existencia y contenido del acto, la certeza de las situaciones jurídicas frente a terceros y de permitir a las partes de una mayor reflexión sobre las consecuencias del acto, se volvió a una tendencia formalista moderada, situación que persiste en el Derecho contemporáneo.

En las sociedades primitivas la forma ritual lo es todo, en el sentido de que el acto jurídico solamente existe si la voluntad ha sido expresada en la forma ritual establecida, la forma llega a suplir a la voluntad; el cumplimiento de la forma prescrita por la ley da vida al acto jurídico (*forma dat esse rei*: la forma crea la cosa)⁵⁴¹. En los actos del antiguo *ius civile* romano, la reconocibilidad del acto depende del uso de formas rituales específicas consistentes en el pronunciamiento de determinadas palabras o en el cumplimiento de gestos rituales. Betti⁵⁴² explica que “la fenomenología del Derecho enseña que la forma viene a prestar el sello de la juridicidad a las actividades e iniciativas de los hombres; en las sociedades primitivas no se conciben negocios jurídicos importantes que no sean formales, porque la forma desempeña el oficio de distinguir los actos jurídicos de los que no lo son”. Al comienzo de toda evolución jurídica, señala Flume⁵⁴³, se encuentra el negocio jurídico formal; inicialmente solo pueden establecerse regulaciones negociales mediante actos formales. “El negocio jurídico y la forma no se conciben como independientes entre sí”. Forma y negocio jurídico son al principio una sola cosa. El negocio jurídico solamente existe por medio de la forma.

541 Ospina Fernández y Ospina Acosta expresan: “Por lo tanto, si en el simbolismo primitivo la forma solemne lo es todo, en el sentido de que cualquier otro elemento de la actividad jurídica, particular, sobre todo la voluntad solo cuenta en función de aquella y hasta puede ser suplida por ella (*forma dat esse rei*), en el formalismo moderno la forma solemne apenas si es una condición necesaria para ciertos actos, para actos llamados solemnes, pero en los cuales también es indispensable la concurrencia de otros requisitos y condiciones distintos e ineludibles, como la capacidad legal y el consentimiento sano de los agentes, la causa y el objeto lícito, etc.” (OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, cit., p. 242).

542 BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 203.

543 FLUME, Werner, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 296.

Como expresa Ortolan⁵⁴⁴: “En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu: La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla era preciso revestirla de un cuerpo físico (...). Los actos exteriores iban acompañados de palabras. En estas reinaba el mismo espíritu. Estas palabras eran fórmulas consagradas, y en ellas solo podían usarse la lengua nacional. Muchas veces una expresión sustituida a otra, alteraba los efectos del acto, y lo hacía nulo. Se dirigían interrogatorios solemnes a las partes, a los testigos y a los que intervenían en el acto, y aquellas fórmulas austeras, precisas y muchas veces inmutables, expresadas en alta voz, no dejaban duda alguna acerca de la voluntad, y grababan profundamente en el ánimo las consecuencias del acto que se hacía o al cual cooperaban”.

En las sociedades primitivas, hay acto jurídico solo cuando se ha dado cumplimiento a ciertas formalidades rituales; la fuerza vinculante del acto jurídico proviene mucho más del cumplimiento del rito o de la formalidad que de la voluntad de las partes⁵⁴⁵. La dualidad es: hay o no hay acto jurídico; no hay términos medios. Si no se ha observado la forma el acto es nulo de pleno derecho.

Con el transcurso del tiempo, en el Derecho romano se admitieron los contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, sociedad) que fueron exceptuados de la forma. En los contratos reales se exigía, además del acuerdo, la *traditio* del bien. Solo con el comienzo de la Edad Moderna (s. XV hasta la Revolución Francesa) se introdujo la concepción de los contratos obligacionales de cualquier clase, aun cuando se concluyeran sin forma. Desde entonces la forma aparece como innecesaria, no solo en determinados actos, sino, en principio, en todo género de ellos. Esta concepción se abre paso definitivamente con la doctrina *iusnaturalista* del s. XVII, “desde la cual fue recibida en el Derecho común. La forma pasó a ser un elemento, innecesario en la mayoría de los casos, aunque no en todos, de la declaración de voluntad dirigida a la producción del efecto jurídico; se introdujo el principio de la ‘libertad de forma’”⁵⁴⁶.

Como hemos dicho, progresivamente se fue reduciendo la solemnidad a cada vez menos actos jurídicos hasta que el *Code Napoleon* consagró el *principio*

544 Citado por Vélez Sársfield en nota puesta al art. 973 del Código argentino.

545 LARROUMET, *Teoría general del contrato*, cit., vol. I, p. 83.

546 LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, cit., p. 556.

del consensualismo en los contratos (libertad de formas), reduciendo los actos solemnes a su mínima expresión. Pero luego se extendieron las solemnidades a un mayor número de actos, sin que esto signifique un retorno al formalismo. En el Derecho moderno, la forma solemne se exige solamente para determinados actos, o sea, la regla es el consensualismo y la excepción el formalismo (piense, a modo de ejemplo, en los contratos atípicos, que ahora son mucho más que los típicos, para los cuales no se exige ninguna solemnidad). No hay un retorno al ritualismo formal de las sociedades primitivas, sino la exigencia de solemnidades como un requisito de validez de un mayor número de actos, pero sin llegar al extremo de afectar la vigencia del principio de la libertad de formas, o que la formalidad sea la regla y el consensualismo la excepción.

47. EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE FORMAS

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

El art. 143 consagra el *principio de libertad de formas*, según el cual, cuando la ley no señala una forma para la celebración del acto jurídico, los interesados, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, pueden usar la forma que juzguen conveniente (verbal, escrita, alfabetos convencionales, inscripción en los registros públicos, etc.), pudiendo incluso elevar a un acto no formal o con forma probatoria a la categoría de *formal solemne* (solemnidad voluntaria), es decir, las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley. Estatuye este dispositivo el principio básico de libertad de forma para indicar que, cuando la ley no designa una forma solemne determinada, las partes pueden usar la que estimen conveniente, es decir, el acto jurídico puede formarse válidamente cualquiera sea la forma empleada por las partes para la manifestación de su voluntad, con tal que sea idónea para una efectiva comunicación social⁵⁴⁷. La voluntad de las partes no puede suprimir o disminuir sino agregar

547 IX Pleno Casatorio Civil: "12. En nuestro sistema jurídico el principio de libertad de forma aparece recogido en el artículo 143 del Código Civil según el cual: "Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente". El mensaje es claro: Ante el silencio de la ley, las partes tienen plena libertad de

formalidades al acto jurídico. El principio de la libertad de formas tutela incluso la forma más exigida por los interesados.

La forma escrita puede constar en instrumentos públicos o instrumentos privados, firmados o no firmados, dentro de estos últimos están comprendidos los impresos, registros visuales o auditivos, y cualquier medio empleado para el registro de la palabra y de la información, piénsese, por ejemplo, en los extractos y comprobantes de los cajeros automáticos⁵⁴⁸. En la actualidad con el avance de la tecnología, el acto jurídico se puede hacer constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea inteligible, aunque requiera un medio técnico de lectura.

En materia de contratos, el principio de libertad de forma está consagrado en el art. 1352, el cual dispone: *Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad*. Esto significa que el contrato se perfecciona desde el momento en que las partes han prestado su consentimiento, sin importar la forma en que hayan manifestado su voluntad (*solus consensus obligat*), salvo los casos especiales para los que la ley prescribe una forma sancionando su inobservancia con la nulidad.

La regla lo constituyen los actos con forma libremente establecida por las partes, lo que se condice con el sistema de economía libre, globalizada y competitiva que no puede estar aprisionada por formalidades rigurosas. El acto es jurí-

escoger cualquier técnica de comunicación para exteriorizar su voluntad contractual. Podemos concluir, entonces, que la regla es la libertad de forma y que aquellas normas que imponen la observación de una determinada forma deben recibir el trato de normas excepcionales por lo que no podrán, por ejemplo, ser aplicadas vía analogía (ex artículo IV del Título Preliminar del Código Civil)".

Código civil y comercial argentino: Art. 284. *Libertad de formas*. Si la ley no designa una forma determina para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.

548 Código civil y comercial argentino: Art. 287. *Instrumentos privados y particulares no firmados*. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados.

Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivo de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

dicamente válido cualquiera que sea la forma usada por las partes; eso es garantía de seguridad, de ahorro de costos y celeridad en el tráfico comercial. Por ej., el contrato de compraventa, el acto jurídico más importante que todos tenemos que celebrar, porque si no vendemos necesariamente tenemos que comprar para satisfacer nuestras necesidades económicas, es un acto jurídico no formal (consensual), ya se trate compraventa de bienes muebles o inmuebles. Este contrato se perfecciona desde el instante mismo en que las partes se han puesto de acuerdo sobre el bien, el precio y demás condiciones del contrato, no siendo necesario para ello la observancia de ninguna formalidad, ni de la entrega del bien o el pago del precio (obligaciones que se ejecutarán en cumplimiento del contrato). Con la diferencia de que si se trata de compraventa de bienes inmuebles, el comprador se convierte en propietario desde el momento de la celebración del contrato así no se le haya entregado todavía el bien (art. 949); en cambio, si la venta es de bienes muebles, el comprador se convierte en propietario cuando se le entrega el bien vendido (art. 947). Si las partes acuerdan que la compraventa se celebre por escritura pública o con inscripción en los registros públicos lo hacen por razones de seguridad, pero no porque la ley lo exija.

Solo por excepción, para ciertos actos jurídicos y en nombre de ciertas exigencias (favorecer la ponderación del agente, promover la certeza de las relaciones jurídicas y la certeza de las situaciones jurídicas frente a terceros), la ley prescribe que determinados actos jurídicos se otorguen en esta o aquella forma bien precisa y con ninguna otra, sancionando su inobservancia con la nulidad (actos con forma solemne). El principio es la libertad de formas y la excepción es la formalidad.

El liberalismo económico del siglo XVIII y su entorno filosófico individualista y voluntarista fue el caldo de cultivo del desarrollo del principio de la libertad de formas, por el cual las partes son libres de elegir la forma en la cual van a realizar sus intercambios económicos. Si la voluntad existe solo en apariencia no hay contrato; la voluntad es la única que puede obligar a las partes; la voluntad se basta a sí misma y no tiene necesidad de rodearse del cumplimiento de formalidades. En materia de contratos rige el principio del consensualismo, lo que significa que el contrato se perfecciona por el simple acuerdo de las partes (consentimiento), o sea, para su validez no está sometido a ningún formalismo, se puede celebrar verbalmente, por escrito, por teléfono, por cualquier medio electrónico, etc., y su naturaleza y efectos es independiente de la forma utilizada; no se puede confundir la forma con el acto jurídico. Cuando se exige la forma es-

crita es como medio de prueba, mas no como elemento sustancial del contrato. Pero, si bien “el liberalismo económico es una condición necesaria para el desarrollo completo de la voluntad contractual y de la fuerza obligatoria del contrato mediante el principio del respeto a la palabra empeñada (*pacta sunt servanda*), no siempre es una condición suficiente. Esto ocurre en los sistemas jurídicos, como el Derecho francés, que, poniendo término a una evolución comenzada en el Derecho romano, han fundamentado el contrato sobre las voluntades de las partes, sin perjuicio de las disposiciones legales de orden público”⁵⁴⁹. Es decir, el principio de la libertad de formas siempre ha tenido excepciones por razones de seguridad y de protección a una de las partes o a terceros, es decir, ciertos actos solamente son válidos con la forma señalada por la ley.

En ejercicio de la autonomía privada, los sujetos solamente pueden introducir requisitos de forma en los actos jurídicos que según el ordenamiento jurídico son libres de formalidades o bien pueden establecer formalidades más severas que las previstas en la ley, siempre que no contravengan normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. En cambio, los otorgantes del acto jurídico no pueden dejar sin efecto una solemnidad impuesta por la ley bajo sanción de nulidad, pero sí pueden dejar sin efecto una solemnidad impuesta por ellos.

48. FORMALIDAD LEGAL

Artículo 144.- Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto.

Para celebrar un acto jurídico, las partes pueden elegir libremente la forma en la cual van a manifestar su voluntad, salvo que la ley imponga una forma determinada para facilitar la prueba de la existencia (forma *ad probationem* o no solemne) o como una formalidad para que el acto jurídico tenga validez (forma *ad solemnitatem* o solemne).

El art. 144 establece que *cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia*

549 LARROUMET, *Teoría general del contrato*, cit., vol. I, p. 84.

del acto. De este texto legal se desprende dos tipos de forma del acto jurídico: la forma *probatoria* y la forma *solemne*. Con lo dispuesto en este artículo se da respuesta a la pregunta: ¿cómo saber si estamos frente a una forma probatoria o a una forma solemne? La respuesta es la siguiente: si la ley señala una forma sin sancionar su inobservancia con la nulidad del acto, es *probatoria*; si la ley señala una forma sancionando su inobservancia con la nulidad del acto, es *solemne*⁵⁵⁰.

Son de carácter excepcional las normas que imponen el uso de una determinada forma de manifestación de voluntad para ciertos actos jurídicos. Estas normas no se extienden más allá de los casos considerados, porque la regla es la libertad de formas, por la que los interesados pueden utilizar la que juzguen conveniente.

Las razones por las que la ley prescribe una forma para la celebración del acto jurídico pueden ser la de proteger la ponderación que deben hacer los agentes respecto de la conveniencia o no de celebrar el acto jurídico, y, si han tomado la decisión de celebrarlo, disciernen bien sobre los términos y condiciones en los que deben celebrarlo, o puede consistir en darle certeza a los derechos que adquieren y a los deberes que asumen, o dar certeza a las situaciones jurídicas creadas frente a los terceros.

Las formalidades impuestas por la ley pueden ser obligatorias o necesarias (*ad substantiam*), cuya ausencia produce la nulidad del acto o pueden ser probatorias (*ad probationem*), en cuyo caso es mejor hablar de forma de la prueba que de forma del acto. Desde ya hay que precisar que la forma requerida *ad substantiam* o *ad solemnitatem*, si bien forma parte de la estructura del acto jurídico (determina su validez) no deja de tener también una función probatoria del acto.

48.1. Forma probatoria

Si la ley impone una forma en la cual debe celebrarse el acto jurídico, sin sancionar su inobservancia con la nulidad, esa forma es probatoria, denominada también forma no solemne. Por ej., el art. 8 del Decreto Legislativo N° 299 dispone que *el contrato de arrendamiento financiero se celebrará mediante escritura*

550 “La forma esencial como requisito de validez del acto jurídico es conocida como formalidad *ad solemnitatem*, en la medida en que la ausencia de la formalidad prescrita acarrea la nulidad del acto jurídico, en cambio, la formalidad *ad probationem* solamente constituye un medio probatorio para acreditar la existencia del acto jurídico, pero su ausencia no origina la nulidad del acto jurídico” (Cas. N° 1276-01 Lima, *El Peruano*, 2.1.2002).

pública, la cual podrá inscribirse, a pedido de la locadora, en la ficha o partida donde se encuentra inscrita la arrendataria. Sin embargo, esta norma no sanciona con la nulidad la inobservancia de la formalidad (la escritura pública y de la inscripción), por lo que, conforme a lo dispuesto por el art. 144, estas formas son probatorias. La falta de la formalidad establecida para la celebración del contrato de *leasing* (escritura pública y la inscripción en el respectivo registro público) no invalidan el acto.

La forma probatoria (*forma ad probationem*) no es requisito de validez del acto jurídico; se puede prescindir de ella sin que por eso se vea afectada la validez y eficacia del acto. La forma impuesta por la ley sin sancionar su inobservancia con la nulidad sirve únicamente para facilitar la prueba de la existencia y del contenido del acto; tiene una función procesal y no sustantiva, por ser un medio probatorio y no un elemento necesario para la validez del acto. Constituye un principio de prueba de la existencia del acto, cuya eficacia dependerá de la clase de documento⁵⁵¹ que se adopte; el documento público producirá mayor convicción que el documento privado sobre la existencia y contenido del acto⁵⁵². En fin de cuentas, para los efectos de acreditar la existencia y el contenido del acto jurídico, la forma probatoria constituye un medio de prueba más como cualquier

551 CPC: Art. 233. *Documento*. Es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho. Art. 234. *Clases de documentos*. Son documentos 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. 235. *Documento público*. Es documento público: 1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y 2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia. La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por Auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda. Art. 236. *Documento privado*. Es el que no tiene las características del documento público. La legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público. Art. 238. *Principio de prueba escrita*. Cuando un escrito no produce en el Juez convicción por sí mismo, requiriendo ser complementado por otros medios probatorios, es un principio de prueba escrita, siempre que reúna los siguientes requisitos: 1. Que el escrito emane de la persona a quien se opondrá, o a quien representa o haya representado; y 2. Que el hecho alegado sea verosímil.

552 CPC: Art. 197. *Valoración de la prueba*. Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

otro, en virtud del art. 197 del Código Procesal Civil, el cual dispone “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada (...)”.

Así, por ej., el contrato de suministro y el de mutuo son actos con forma *ad probationem*. La ley prescribe que si el contrato de suministro o el contrato de mutuo se hubieran celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios (art. 1605 y 1649). Pero el hecho de que el suministro o el mutuo no se celebren por escrito no invalida el acto, cuya existencia y contenido se demostrará por lo medios probatorios reconocidos por el Derecho⁵⁵³. Si se hubieran celebrado por escrito hay la ventaja de que para probar su existencia es suficiente el escrito, pero si se han celebrado verbalmente hay la desventaja consistente en la dificultad, no la imposibilidad, de la prueba de su existencia y contenido. En realidad, en casos como estos, la ley no impone una forma para la celebración del acto jurídico, sino una forma de la prueba de su existencia y contenido. Lo que se quiere es que exista un documento escrito del cual conste la existencia y contenido del acto. La falta del documento no conlleva la preclusión de cualquier posibilidad de probar la existencia y contenido del acto, sino la prueba puede alcanzarse con otros medios probatorios.

Veamos otros ejemplos: a) el art. 853, con referencia a la partición de la herencia, prescribe: *Cuando todos los herederos son capaces y están de acuerdo en la partición, se hará por escritura pública tratándose de bienes inscritos en registros públicos. En los demás casos, es suficiente documento privado con firmas notarialmente legalizadas*. Aquí, la escritura pública es necesaria para la inscripción registral de la partición, pero ello no quiere decir que la escritura pública constituya una solemnidad, puesto que no está establecida bajo sanción de nulidad, por lo que constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto. El hecho de encontrarse registrado el bien materia de la partición no significa que esta debe

553 El art. 2724 del Código civil italiano establece: *La prueba de testigos se admite en todos los casos:*

- 1) cuando existe un principio de prueba por escrito: este está constituido por cualquier escrito, proveniente de la persona contra la cual se dirige la demanda o por su representante, que haga aparecer verosímil el hecho alegado;
- 2) cuando el contratante se ha encontrado en la necesidad moral o material de procurarse una prueba escrita;
- 3) cuando el contratante ha perdido sin su culpa el documento que le proporcionaba la prueba.

efectuarse necesariamente por escritura pública, puesto que no existe norma que disponga tal formalidad como una *ad solemnitatem*, por lo que los interesados pueden utilizar la que crean conveniente. Si no han usado la escritura pública el acto de partición es perfectamente válido, y, precisamente por ello, para fines de la inscripción registral de la partición, las partes podrán compelerse recíprocamente a llenar tal formalidad (art. 1412). b) para el contrato de leasing o arrendamiento financiero, el D. Leg. N° 299 prescribe: Art. 8. *El contrato de arrendamiento financiero se celebra mediante escritura pública, la cual podrá inscribirse, a pedido de la locadora, en la ficha o partida donde se encuentra inscrita la arrendataria.* La escritura pública es necesaria para la inscripción en el registro respectivo, pero no constituye una forma solemne.

En los actos con forma probatoria, cuando esta consiste en un documento privado o público, y también en los no formales contenidos en un documento, no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo; puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo (art. 225)⁵⁵⁴. El documento *ad probationem* fijado por la ley o por las partes tiene por única finalidad facilitar la existencia o el contenido de un acto jurídico que se presupone celebrado y perfeccionado antes de su documentación, por la sola manifestación de voluntad de las partes. Siendo el acto jurídico preexistente al documento que lo contiene, lo que interesa realmente es el acto jurídico antes que el documento que lo contiene. Al ser el documento un simple medio de prueba de las declaraciones de voluntad emitidas por las partes, puede concurrir en su función de prueba de la existencia y contenido de tales declaraciones con los demás medios pertinentes de prueba (declaración de parte, declaración de testigos, pericia, inspección judicial, auxilios técnicos o científicos), los mismos que pueden modificar lo que resulte del documento que quedará sin eficacia probatoria⁵⁵⁵. Por ej., si en el documento que contiene un contrato de mutuo se declara que el mutuuario recibió mayor cantidad que la verdaderamente entregada por el mutuante, el contrato se entiende celebrado por la cantidad verdaderamente prestada, si es

554 También el CPC en su art. 237 expresa: Art. 237. *Documento y acto.* Son distintos el documento y su contenido. Puede subsistir este aunque el primero sea declarado nulo.

555 CPC: Art. 242. *Ineficacia por falsedad de documento.* Si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria. Si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, este carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil.

que se ha probado debidamente con la declaración del mutuante u otro medio de prueba idóneo; quedando el mutuo sin efecto en cuanto al exceso (art. 1664).

En el acto jurídico con forma *ad probationem*, la pérdida o destrucción de documento *ad probationem*, sea culpable o no, no afecta la validez y eficacia del acto jurídico, ni impide la prueba de su existencia y contenido por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho; tal documento es la forma del acto jurídico, pero no es el acto jurídico mismo. Tampoco tiene efectos en el plano de la prueba, puesto que nada impide que la existencia del acto y los derechos y deberes u obligaciones que de él se derivan se pueda demostrar por cualquier otro medio probatorio.

48.2. Forma solemne

Por excepción, en casos particulares y en razón de particulares exigencias, la ley prescribe que determinados actos jurídicos deban celebrarse en una forma determinada y no en otra, como único medio de manifestación de voluntad, sancionando su inobservancia con la nulidad. Esta es la denominada forma solemne o *ad solemnitatem* o *ad substantiam*, la cual constituye requisito de validez del acto jurídico. El acto jurídico que carece de la forma solemne, legal o pactada, es nulo (art. 219.6)⁵⁵⁶.

La forma solemne (*forma ad solemnitatem*) no tiene una función simplemente probatoria, sino que es una “forma esencial: *ad esentiam, ad solemnitatem, ad substantiam* o *ad validitatem*”⁵⁵⁷, sustantiva, cuya inobservancia invalida el acto jurídico, por disposición expresa de la ley que prescribe que *el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad* (219.6). La solemnidad vale el acto jurídico mismo; es un elemento constitutivo (estructural) del acto y, por consiguiente, el único medio probatorio de su existencia⁵⁵⁸.

556 IX Pleno Casatorio Civil: “14 (...) La forma solemne (o forma *ad solemnitatem*).- Es aquella que constituye un elemento de validez del negocio jurídico, de manera que la celebración de este último sin observar la forma en cuestión conllevará su invalidez, específicamente, su nulidad, tal como lo establece el inciso 6 del artículo 219 del Código Civil que a la letra dice: “El acto jurídico es nulo: [...] 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

557 ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 300.

558 CPC: Art. 243. *Ineficacia por nulidad de documento*. Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquél carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada.

La forma solemne tiene por función favorecer a las partes para que ponderen cuidadosamente sobre si les conviene o no celebrar el acto jurídico; mientras más trascendencia social o económica tenga el acto jurídico más se incrementa la solemnidad. También cumple la función de fijar de manera clara, cierta y precisa los derechos, deberes u obligaciones de las partes; crear certeza de la existencia y contenido de la relación jurídica entre las partes y frente a terceros; satisfacer las exigencias publicitarias en protección de los derechos de las partes y de terceros.

La forma probatoria escrita sirve solamente para documentar la existencia del acto y la forma solemne tiene un carácter constitutivo sin la cual el acto no existe válidamente; la forma impuesta atañe a la vida misma del acto. La forma probatoria es una forma de la cual se puede prescindir; en cambio, la solemne es imprescindible, si ella falta, el acto jurídico no es válido porque falta uno de sus requisitos de validez. La forma probatoria no es sustancial, la solemne es *ad substantiam*. Cuando la forma es señalada por la ley como un elemento constitutivo del acto, bajo pena de nulidad, se presenta como una carga, sin cuya observancia, no se puede alcanzar la finalidad perseguida con la actividad negocial; en cambio, cuando la forma es requerida como un medio de prueba, el acto, faltando la forma, es válido, pero presenta dificultades de prueba de su existencia y contenido.

Solo por excepción el Derecho exige una solemnidad para que la declaración de voluntad llegue a ser eficiente, esto es, para que el acto jurídico llegue a existir válidamente (*forma dat esse rei*), ya que lo normal es que cualquier manifestación inequívoca de voluntad sea suficiente. La función del acto solemne está conectada con la oportunidad de predisponer una documentación y de tener certeza del exacto contenido de la declaración, así como llamar la atención del agente sobre la importancia del acto que está por hacer; en efecto, la solemnidad es exigida por la ley para los actos de disposición o gravamen del declarante, para el testamento y para algunos de los más importantes actos de Derecho de familia⁵⁵⁹. Cuando la forma está establecida como un elemento constitutivo del acto jurídico, este no se perfecciona sino cuando la declaración está rodeada de la solemnidad necesaria exigida por la ley. La manifestación de voluntad hecha en cualquier otra forma conlleva la nulidad del acto jurídico.

559 Ver TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto civile*, 7.ª ed., Cedam, Padua, 1953, p. 142.

La forma solemne no tolera ninguna limitación bajo ningún punto de vista, sino la forma ya no sería solemne. Así, hay ciertos documentos (títulos) que si no reúnen la forma esencial establecida legalmente, no existen como tales. Por ej., no se concibe una letra de cambio con independencia de su forma; legalmente no vale como letra de cambio. Lo mismo vales para el cheque, para el pagaré, etc.⁵⁶⁰.

Hemos dicho que la forma solemne está prescrita por la ley bajo sanción de nulidad. El acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad (art. 219.6). Sin embargo, en ciertos casos, la nulidad puede no estar dispuesta expresamente por la ley, sino desprenderse, sin lugar a dudas, de su interpretación que lleve a la conclusión que la forma es exigida como requisito de validez del acto jurídico. Por ej., el art. 1099.3 dispone que *es requisito para la validez de la hipoteca que se inscriba en el registro de la propiedad inmueble*. Es decir, para que la hipoteca llegue a existir como un derecho real oponible *erga omnes* es necesario que se inscriba en el registro de la propiedad inmueble; la inscripción no solo cumple una función probatoria, sino que es la única prueba de su existencia. La falta de ella implica que para los terceros no existe hipoteca, o sea no hay el derecho real de hipoteca oponible *erga omnes*: no es concebible hipotecas ocultas; la inscripción es un requisito de validez del contrato de constitución de hipoteca, la ausencia de inscripción provoca la invalidez del contrato, o sea su nulidad; no hay contrato de constitución de hipoteca sin inscripción en el registro respectivo.

Veamos otros ejemplos:

- 1) La ley señala las formalidades de los testamentos sin sancionar su inobservancia con la nulidad. El art. 695 prescribe que *las formalidades de todo testamento son la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, salvo lo dispuesto en el art. 697*⁵⁶¹. *Las formalidades es-*

560 La Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287: Art. 1°. *Título Valor*. 1.1. Los valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales tendrán la calidad y los efectos de Título Valor, cuando estén destinados a la circulación; siempre que reúnan los requisitos formales esenciales que, por imperio de la ley, les corresponda según su naturaleza. Las cláusulas que restrinjan o limiten su circulación o el hecho de no haber circulado no afectan su calidad de Título Valor. 1.2. Si le faltare alguno de los requisitos formales esenciales que le corresponda, el documento no tendrá carácter de Título Valor, quedando a salvo los efectos del acto jurídico a los que hubiere dado origen su emisión o transferencia.

561 Para el caso del testamento por escritura pública, el art. 697 dispone que si el testador es ciego o analfabeto, deberá leerse el testamento dos veces, una por el notario y otra por el

pecíficas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a los otros. Los testamentos (el otorgado por escritura pública, el cerrado, el ológrafo, el testamento militar, el marítimo) son actos jurídicos formales solemnes, su validez está supeditada a los requisitos de forma exigidos por ley; como la voluntad testamentaria va a ser conocida y ejecutada cuando el autor del mismo haya fallecido, “el cumplimiento de la forma constituye el único medio para adquirir certeza de que esa voluntad corresponde efectivamente a su autor, que la ha otorgado con entera libertad y que constituye la fiel expresión de su voluntad”⁵⁶².

- 2) El art. 81 prescribe que *el estatuto de la asociación debe constar por escritura pública*, pero no sanciona con la nulidad la inobservancia de la escritura pública. Además el art. 77 dispone que *la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley*. No cabe duda que tratándose de dar nacimiento a la vida del derecho a una persona jurídica como es la asociación, considerando las varias personas involucradas en su constitución y las muchas personas que establecerán relaciones contractuales con ella, las formalidades de la escritura pública y la sucesiva inscripción son formas solemnes⁵⁶³. Similar situación rige para la fundación (art. 100).
- 3) La Ley General de Sociedades, N° 26887, en el art. 5, establece que *la sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de estos se requiere la misma formalidad. En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores, de acuerdo con las características de cada forma*

testigo testamentario que testador designe. Si el testador es sordo, el testamento será leído en alta voz por él mismo, en el registro del notario. Si el testador no sabe o no puede firmar lo hará a su ruego el testigo testamentario que el designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.

562 ZÁRATE DEL PINO, Juan B., *Curso de Derecho de sucesiones*, Palestra, Lima, 1998, p. 152.

563 “No obstante de establecerse el principio general de la inscripción en el registro como requisito determinante para atribuir formalmente a una cierta organización de personas la categoría de ‘persona jurídica’, o sea, de centro ideal autónomo de imputación de deberes y derechos, el artículo hace la salvedad que, mediante disposición formal, el legislador pueda adoptar en el futuro, para tal efecto, otro sistema como podría ser aquel del reconocimiento gubernativo propio de otras legislaciones civiles” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código civil peruano*, 8.ª ed., Grijley, Lima, 2001, p. 186).

societaria. Los actos referidos en el párrafo anterior se inscriben obligatoriamente en el Registro del domicilio de la sociedad. Cuando el pacto social no se hubiese elevado a escritura pública, cualquier socio puede demandar su otorgamiento por el proceso sumarísimo. Las formalidades de la escritura pública y sucesiva inscripción en el registro respectivo no están prescritas expresamente bajo sanción de nulidad. Sin embargo, es claro que un acto jurídico de constitución de una sociedad (sociedad anónima, sociedad colectiva, sociedad en comandita, sociedad comercial de responsabilidad limitada, sociedades civiles) es un acto formal solemne, por su evidente trascendencia como acto que constituye una sociedad y la dota de personalidad jurídica, sociedad en la que están involucradas no solamente las varias personas que intervienen en su constitución, sino también las muchísimas personas, a veces miles, que pueden entrar en relaciones contractuales con ella, por lo que se requiere que el pacto social y sus estatutos sean conocidos públicamente. La formalidad de la inscripción en el registro es decisiva para la fundación de la sociedad, sin ella no adquiere personalidad jurídica. La inscripción completa el proceso de publicidad que se inicia con la escritura pública para dar nacimiento a la sociedad como persona jurídica. Sin embargo, la ley, para facilitar la culminación del proceso fundacional y se corrija cualquier irregularidad, establece que si el pacto social no se ha elevado a escritura pública, cualquiera de los socios puede demandar su otorgamiento en la vía del proceso sumarísimo. Con esto, lo que persigue la ley es que se cumpla con las formalidades de la escritura pública y la inscripción en el registro para que nazca la sociedad a la vida del Derecho. Esta es una situación distinta a los actos en los cuales, por ser la forma probatoria o actos no formales, las partes pueden compelerse al otorgamiento de la escritura pública o cumplir cualquier otro requisito (art. 1412), porque en estos actos la escritura pública y la inscripción en el registro no son requisitos de validez del acto, como, por ej., cuando el comprador demanda al vendedor el otorgamiento de la escritura pública no es porque no existe el contrato de compraventa, sino lo hace con el fin de inscribir su derecho de propiedad en el registro y así oponerlo exitosamente frente a terceros; pero la compraventa existe y el comprador es propietario con o sin escritura pública, con o sin inscripción en el registro de la propiedad inmueble. En cambio, si la sociedad no se constituye por escritura pública y no se inscribe en el registro de personas jurídicas, no existe.

No hay que confundir solemnidad con escritura pública como suele ocurrir en nuestro medio. La solemnidad está establecida por la ley (o en su caso por la voluntad) y puede consistir en la escritura privada, o en la escritura pública, o en la inscripción en los registros públicos, etc.

La doctrina moderna no distingue entre forma probatoria y forma solemne, sino entre *solemnidad absoluta* y *solemnidad relativa*; la primera es la forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam* de nuestro Código, cuya inobservancia conlleva la nulidad del acto jurídico; y la *solemnidad es relativa* cuando no se ha observado la forma, el acto no produce sus efectos, pero vale como acto por el cual las partes se obligan a otorgar el instrumento correspondiente. Esta doctrina es seguida por el Código civil y comercial argentino, el cual en el art. 285 dispone: "El acto jurídico que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad"⁵⁶⁴. Nuestro Código distingue entre forma probatoria y forma solemne.

48.2.1. La escritura privada

Para ciertos actos jurídicos la ley prescribe como solemnidad simplemente el *documento privado* que es redactado y suscrito por los propios contratantes, solos o acompañados con sus asesores, sin intervención de funcionario público. El solo hecho de que las partes que celebran el acto jurídico tengan que ponerse

564 Por ejemplo el art. 1017 del Código civil y comercial argentino contiene una relación de actos que deben ser celebrados por escritura pública: "Art. 1017. *Escritura pública*. Deben ser otorgados por escritura pública: a. los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa; b. los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles; c. todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública, d. los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública". En el art. 1018 establece que ocurre cuando falta dicho instrumento: "Art. 1018. *Otorgamiento pendiente del instrumento*. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento". Se observa que la solemnidad relativa es la que está prevista sin sancionar su nulidad con la inobservancia, tal como ocurre con la forma probatoria de nuestro ordenamiento.

a escribir el contenido del acto o hacerlo que lo escriba otro les obliga a actuar diligentemente, con atención y reflexión sobre el sentido y alcance de los efectos contractuales, evaluando la importancia socioeconómica de los bienes, los servicios o las abstenciones, objeto del acto. El documento privado garantiza a las partes la certeza de la relación jurídica creada, regulada, modificada o extinguida, facilitando la identificación de los derechos adquiridos y de los deberes u obligaciones asumidos. Facilita la interpretación del acto jurídico. Se evitan los conflictos surgidos de la incertidumbre que genera la contratación verbal. El documento privado permite que el acto, en cualquier momento, sea elevado a escritura pública y pueda inscribirse en los registros públicos.

La *escritura privada* exigida como solemnidad requerida, bajo pena de nulidad, cumple las siguientes funciones: 1) permite que el otorgante pueda ponderar los pros y los contras del acto; escribir y firmar el acto jurídico implica para el otorgante contar con el tiempo que le permita reflexionar sobre el sentido y alcance de los derechos y obligaciones que se crean, modifican o extinguen, lo que no puede hacer con la forma verbal que no le permite ni estimula una debida ponderación. 2) La forma escrita confiere certeza a la relación jurídica porque permite identificar con facilidad los derechos, deberes u obligaciones, con menores márgenes de duda que no le permitiría la forma verbal; 3) La forma escrita también confiere certeza a los estados y situaciones jurídicas frente a los terceros, dado que la escritura le confiere publicidad al acto para que los terceros puedan conocer los efectos que les son oponibles.

Mencionemos algunos ejemplos de *escritura privada* como forma solemne: el contrato de fianza (art. 1871), la transacción extrajudicial (art. 1304), la cesión de derechos (art. 1207), el contrato de suministro gratuito (segundo párrafo del art. 1605), la donación de bienes muebles cuyo valor exceda el 25% de la Unidad Impositiva Tributaria (art. 1624), el contrato de secuestro (art. 1858), deben constar por escrito, bajo sanción de nulidad. La ley exige como elemento constitutivo del acto la escritura, siendo suficiente la escritura privada, si las partes usan la escritura pública, lo hacen por razones de mayor seguridad, pero no como un requisito de validez del acto. Son formalidades esenciales del testamento ológrafo (del latín *holographus*: *holo*, todo y *grafos*, escrito): que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador (art. 707)⁵⁶⁵. Los

565 CC: Art. 707. *Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador.*

contratos preparatorios de otros definitivos deben celebrarse en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad (art. 1425), es decir, si para el contrato definitivo se exige la escritura privada bajo sanción de nulidad, el contrato preparatorio también requiere cumplir con esa misma exigencia.

Cuando la ley señala a la forma escrita como solemnidad, basta la escritura privada, pero si se utiliza la escritura pública se gana en certeza y publicidad. Es decir, la escritura privada permite incrementar la solemnidad elevándola a escritura pública.

En los actos jurídicos que se forman mediante una oferta y una aceptación, la escritura privada puede constar de un documento único que contiene el texto negocial suscrito por ambas partes; o puede comprender dos más documentos distintos, formados en momentos diferentes, por ej., A, mediante carta propone a B celebrar un determinado contrato, y B acepta también mediante carta. El texto de los documentos se redacta en letras y número, pero también puede usarse signos gráficos o iconográficos, como diseños, planos, fotografías, etc., los cuales integran el contrato.

El documento privado puede estar escrito por la parte o por un tercero, a mano (manuscrito) o por cualquier medio mecánico u electrónico y suscrito (firmado) por todas las partes o por la parte que lo emitió, con el fin de establecer que el texto corresponde a su voluntad. La firma debe corresponder a la registrada para obtener el documento de identidad (DNI). La firma debe ser autógrafa, es decir, hecha de puño y letra por el firmante. Si la parte que celebra el acto jurídico no sabe firmar, puede rogar a un tercero que lo haga por él.

Quien firma un documento que contiene un acto jurídico asume todas las consecuencias que de este se derivan, así haya firmado sin leerlo o sin comprenderlo. Por el principio general y elemental que obliga a las partes a comportarse responsablemente al celebrar un acto jurídico. Lo lógico es que no se debe firmar un documento sin leerlo o sin comprender el alcance de sus efectos, y el que así firma es justo que asuman las consecuencias.

La firma del documento genera en la otra parte la confianza respecto a que el firmante está de acuerdo con el contenido contractual, lo que asegura el válido y eficaz perfeccionamiento del acto jurídico, confianza que no se puede defraudar, salvo que el firmante haya actuado bajo los efectos del error, dolo, violencia o intimidación, casos en los que el contrato es anulable (art. 221.2).

El lugar y la fecha de celebración tienen relevancia en la vida del acto jurídico, por ej., para determinar la ley aplicable, el pago de impuestos, oponer el acto a terceros. El documento privado puede no indicar el lugar y la fecha de su otorgamiento y suscripción, o puede indicar lugar y fecha falsos. La falsedad tramada por las partes puede estar orientada, v. gr., a lesionar derechos de terceros a quienes se puede oponer el contrato haciendo aparecer como remota una fecha reciente, o simulando como reciente una fecha remota con el fin de evitar la multa por el no pago oportuno de impuestos.

El documento privado que contiene el contrato adquiere fecha cierta desde: 1) la muerte del otorgante; 2) la presentación del documento ante funcionario público; 3) la presentación del documento ante notario público, para que certifique⁵⁶⁶ 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 (art. 245 del CPC). La legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público (art. 236 del CPC).

Ni la ausencia de lugar y fecha cierta ni la falsedad de estos elementos invalidan el acto jurídico. Sin embargo, crean serios problemas de probanza. La prueba del lugar y fecha de celebración del acto jurídico se puede obtener por cualquiera de los medios probatorios admitidos por el ordenamiento jurídico; uno de esos medios es el reconocimiento judicial del documento contractual.

Los contratos celebrados en documentos privados pueden ser reconocidos judicialmente en vía de prueba anticipada, especialmente para darle fuerza de título ejecutivo, o como medio de prueba ofrecido dentro de un proceso

566 Las certificaciones notariales están reguladas en los artículos 95 a 116 del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado. De la expedición de copias certificadas tratan los artículos 104 y 105. De la certificación de firmas, los artículos 106 a 109; si alguno de los otorgantes del documento no sabe o no puede firmar, lo hará una persona llevada por él a su ruego; en este caso el notario exigirá, de ser posible, la impresión de la huella digital de aquél, certificando la firma de la persona y dejando constancia, en su caso, de la impresión de la huella digital. De la certificación de reproducciones se ocupan los artículos 110 y 111.

El art. 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que los Juzgados de Paz Letrados, cuya sede se encuentra a más de 10 km de distancia del lugar de residencia de un notario público, o donde por vacancia no lo hubiera, o en ausencia del notario por más de quince días continuos, tienen además respecto de las personas, bienes y asuntos de su competencia, la función notarial de legalizar las firmas de un documento cuando el otorgante lo solicite y se halla en su presencia. Asentar el acta respectiva en el libro referido en los incisos anteriores y poner la constancia en el documento firmado.

judicial. *El citado a reconocer un documento escrito debe expresar si la firma que se le muestra es suya y si el documento es el mismo que suscribió u otorgó, o si tiene alteraciones, indicará en qué consisten estas. Si el documento carece de firma, se interrogará al otorgante sobre la autenticidad de su contenido y, si hay alteraciones indicará en qué consisten estas. Por muerte o incapacidad del otorgante, serán llamados a realizar el reconocimiento su heredero o su representante legal, quienes declararán sobre la autenticidad de la firma* (art. 249 del CPC).

Si el documento está firmado por un tercero a ruego del otorgante, se practicará el reconocimiento por ambos; debiendo el otorgante manifestar si la persona que firmó es la misma a quien rogó con tal objeto, y si nota alteraciones, las señalará (art. 248 del CPC).

El que firma un documento total o parcialmente en blanco, por los principios de autorresponsabilidad y confianza, queda obligado con el texto contractual sucesivamente llenado⁵⁶⁷. El texto del documento es sucesivamente escrito o completado por persona diferente al firmante, por encargo de este.

Si una de las partes firma en blanco confiando a la otra el encargo de llenarlo de acuerdo con los criterios por ellas acordados, y la parte encargada traiciona la fe depositada en ella, la que firmó en blanco tiene la acción de anulabilidad por error obstativo (art. 208). La manifestación que aparece en el documento no corresponde a la voluntad del que firmó en blanco.

Si el acto jurídico es un contrato, cuando ambas partes firman el documento en blanco para que sea llenado por un *tercero arbitrador*, hay que distinguir si se sometieron o no al mero arbitrio del tercero. Si no se sometieron al mero arbitrio del tercero, este debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo (art. 1407). Si viola esta regla llenando el documento en blanco con un contenido inicuo o erróneo, o sea, con evidente desequilibrio, irracionalidad o irrazonabilidad, la determinación del tercero queda ineficaz, pudiendo las partes designar a otro tercero, o, si no se ponen de acuerdo para designar a otro arbitrador, pueden recurrir al juez para que determine el contenido contractual.

567 “La firma en blanco es la firma puesta no al pie de la página de un texto contractual ya escrito, sino en una hoja total o parcialmente en blanco. El texto contractual es sucesivamente escrito o completado por una persona diferente del firmante, por encargo de este” (ROPPPO, *El contrato*, cit., p. 230).

En caso de que las partes se hayan sometido al mero arbitrio del tercero, el contrato no puede ser impugnado si no se prueba la mala fe del arbitrador (art. 1408). Si se prueba que el tercero ha actuado de mala fe (favoreciendo a una de las partes y perjudicando a la otra, o para favorecer a terceros, o por cualquier otra razón) las partes pueden acordar sustituirlo con otro tercero, y si no se ponen de acuerdo, como el mero arbitrio no puede ser sustituido por la determinación judicial, el contrato es nulo en aplicación del segundo párrafo del art. 1408.

Cuando el tercero no es un arbitrador, sino que debe llenar el documento en blanco con el contenido acordado por las partes, si el tercero ejecuta el encargo de manera infiel, insertando un contenido diferente, el contrato es anulable por error obstativo (art. 208). La voluntad que aparece manifestada en el contrato no es la querida por las partes que firmaron el documento en blanco.

En todo caso, el contratante traicionado tiene derecho a ser indemnizado por los daños que le ha causado el que ha llenado el documento en blanco con un contenido infiel.

48.2.2. *La escritura pública*

La *escritura pública*, exigida como forma bajo sanción de nulidad, es una forma más solemne y garantista que la escritura privada, además es requisito para la inscripción del acto en los registros públicos. Es por ello que para algunos actos jurídicos más delicados se exige como única forma de manifestar la voluntad a la escritura pública, en cuyo otorgamiento, las partes están apoyadas por el notario público, o por el juez de paz donde no hay notario, profesionales del Derecho investidos de especiales deberes y responsabilidades en orden a la celebración del acto jurídico, y, a veces, en vista del futuro examen de legitimidad que del acto realizarán autoridades públicas (reconocimiento de autoridades de los registros públicos, etc.).

Señalemos algunos ejemplos: la constitución del régimen de separación de patrimonios dentro del matrimonio (art. 295), la donación de bienes inmuebles (art. 1625), la renta vitalicia (art. 1925), el contrato de constitución anticresis (art. 1092); el testamento por escritura pública (art. 696). El poder para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, requiere que el encargo conste por escritura pública, bajo sanción de nulidad (art. 156). Si para el contrato definitivo se exige escritura pública, bajo sanción de nulidad, el contrato preparatorio debe también celebrarse por escritura pública bajo sanción

de nulidad (art. 1425). Para casos como estos, la escritura pública es el elemento *ad substantiam* del acto jurídico; si este no se ha celebrado por escritura pública, es nulo.

Para fines probatorios, la copia de la escritura pública tiene el mismo valor que el documento original, si está certificada por el notario público⁵⁶⁸.

Son *documentos públicos* los extendidos o autorizados por funcionarios públicos dentro del ámbito de sus competencias. En la escritura pública, los contratantes no están solos como en la escritura privada, sino flanqueados por funcionarios o notarios con especiales deberes y responsabilidades. El documento público es más solemne y garantista que el documento privado.

Entre los documentos públicos, los que tienen mayor relevancia y profusión son los notariales y, dentro de estos, las *escrituras públicas* a las que hace continuas referencias la legislación civil. Por ej., la constitución de anticresis (art. 1092), la donación de inmuebles (art. 1625), la renta vitalicia (art. 1925), deben celebrarse por escritura pública bajo sanción de nulidad. Cuando los futuros cónyuges, antes de la celebración del matrimonio, optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad (art. 295).

El art. 51 del D. Leg. N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, define a la escritura pública en los siguientes términos: *Escritura pública es todo documento matriz incorporado al protocolo notarial, autorizado por notario, que contiene uno o más actos jurídicos*. La escritura pública comprende tres partes: Introducción, Cuerpo y Conclusión. La escritura pública que infrinja las disposiciones de orden público sobre la materia contenidas en el Decreto Legislativo del Notariado es nula.

La escritura pública y todos los instrumentos notariales están dotados, por la autoridad y confiabilidad del notario o, en su caso, del juez de paz letrado o del cónsul, de *fe pública*. Los instrumentos públicos notariales otorgados con arreglo a lo dispuesto en la ley, producen fe respecto a la realización del acto jurídico

⁵⁶⁸ CPC: Art. 235. *Documento público*. Es documento público: 1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y 2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia. La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificado por auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda.

y de los hechos y circunstancias que el notario presencié. También producen fe pública aquellos instrumentos que autoriza el notario utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales de acuerdo a la ley de la materia (art. 24). En la introducción de la escritura, el notario da fe de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes (art. 54, literal h); da fe de conocer a los otorgantes y/o intervinientes o de haberlos identificado (art. 55); la conclusión de la escritura pública debe contener la fe de haberse leído el instrumento por el notario o los otorgantes, a su elección (art. 59, literal a), la fe de entrega de bienes que se estipulen en el acto jurídico (art. 59, literal c).

El notario no puede otorgar escrituras públicas cuando detecta que las partes son incapaces, o que su voluntad está viciada por error, dolo, violencia o intimidación, o cuando el contrato está expresamente prohibido por ley, o es contrario a normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, o cuando el objeto o fin del contrato son ilícitos. Es decir, el notario garantiza la validez del contrato. Si el notario infringe sus deberes y obligaciones al otorgar la escritura pública puede incurrir en responsabilidad civil, penal o administrativa. Las sanciones administrativas son la amonestación privada, amonestación pública, suspensión hasta por un año y destitución (art. 150 del D. Leg. N° 1049).

Las escrituras públicas son extendidas por los notarios. En los lugares donde no existe notario, o por ausencia de este por más de quince días, los Juzgados de Paz Letrados tienen competencia para extender escrituras imperfectas. El art. 58 del Decreto Supremo N° 017-93-JUS, TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dispone: "Artículo 58. *Funciones Notariales*. Los Juzgados de Paz Letrados, cuya sede se encuentra a más de diez kilómetros de distancia del lugar de residencia de un Notario Público, o donde por vacancia no lo hubiera, o en ausencia del Notario por más de quince días continuos, tienen además respecto de las personas, bienes y asuntos de su competencia, las siguientes funciones notariales: 1. *Escrituras Imperfectas*. Llevar un registro en el que anota, mediante acta la fecha de presentación de la minuta, el nombre, apellidos, estado civil, nacionalidad, ocupación, domicilio y documentos de identidad de los otorgantes y de sus cónyuges, la naturaleza del acto o contrato, el derecho o cosa a que se refiere, su valor si se lo anuncia, el monto de los impuestos pagados y derechos cobrados, anotándose fecha y número de los recibos correspondientes. Anota asimismo su apreciación sobre la capacidad de los otorgantes. El acta es firmada por el Juez, los otorgantes y dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar. Las actas se extienden en estricto orden cronológico, una a continuación

de otra sin dejar espacios libres. Asentada y firmada el acta, el Juez devuelve la escritura imperfecta a los interesados, dejando constancia del folio y libro así como de la fecha de inscripción en su registro (...). Los cónsules también tienen competencia para extender escrituras públicas en el ámbito del territorio extranjero en el cual desarrollan sus funciones.

Es notoria la supremacía de los documentos públicos sobre los privados, debido a que el Estado deposita el ejercicio de la fe pública en ciertos funcionarios, obligados a llevar un registro de los actos que realizan, imponiéndoles la observancia de procedimientos que no permitan alterar la fecha o el contenido del documento que autorizan.

La exigencia de la escritura pública es una carga mayor que la de la escritura privada. Es impuesta por el mayor valor socioeconómico de la operación que las partes se proponen realizar, obligándolas a que se vean forzadas a recurrir al notario y así cuenten con más tiempo que les permita prestar mayor atención y reflexionar mejor sobre las consecuencias del contrato, decidiéndose a ello luego de un maduro examen. De esto modo, la ley protege a las partes contra su propia ligereza o inexperiencia, esperando que actúen con mayor responsabilidad y diligencia, apoyados además por el notario público que les aclare sobre el sentido y alcance de sus declaraciones, evitando la toma de decisiones precipitadas y poco conscientes.

48.2.3. *La inscripción del acto jurídico en los Registros Públicos*

Para que ciertos actos jurídicos lleguen a tener existencia válida se requiere la *inscripción en los registros públicos*. Por ej., es requisito de validez de la hipoteca que se inscriba en el registro de la propiedad inmueble (art. 1099.3); la existencia de las asociaciones, comités, fundaciones comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley (art. 77); la sociedad (anónima, colectiva, en comandita, comercial de responsabilidad limitada, la sociedad civil) adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción (art. 6 de la Ley N° 26887).

La importancia de los bienes afectados con hipoteca en garantía del cumplimiento de deudas propias o ajenas y los efectos jurídicos que produce, explican la exigencia publicitaria mediante la inscripción. La importancia de las consecuencias jurídicas de la hipoteca para las partes y frente a terceros no permite que puedan existir hipotecas secretas, por consiguiente, la falta de publicidad de

la hipoteca mediante su inscripción determina su invalidez (publicidad constitutiva), no obstante que el Código ha omitido consignar que esta solemnidad es bajo sanción de nulidad.

Celebrar un acto jurídico creando una persona jurídica es dar nacimiento a un sujeto de derecho distinto de la persona natural, pero con muchos de los mismos derechos (especialmente patrimoniales) y obligaciones que esta. Tanto la persona natural como la jurídica necesitan de un patrimonio para poder subsistir. Una y otra pueden y tienen que contratar permanentemente. La persona jurídica, dentro de los límites de la ley y de sus estatutos, puede vender, dar en arrendamiento, hipotecar, constituir garantía mobiliaria (prenda), avalar, afianzar, dar o recibir en mutuo, en comodato, ser miembro integrante de otra persona jurídica, etc. Es decir, la persona jurídica puede establecer relaciones jurídicas contractuales con un indeterminado número de personas naturales y jurídicas, quienes tienen interés en conocer la razón social exacta de la persona jurídica con quien van a contratar o entrar en relaciones económicas, su domicilio, la actividad a la que se dedica, su capital social, quiénes son sus administradores o representantes, etc. Son razones de publicidad las que determinan que la ley prescriba que la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo. La inscripción en el registro respectivo constituye un requisito constitutivo, una forma *ad solemnitatem*, para que la persona jurídica pueda nacer a la vida del derecho. No solamente el acto fundacional, sino también sus modificaciones deben inscribirse para que puedan entrar en vigencia. Es necesario que el contrato de constitución de una persona jurídica, sus estatutos, modificaciones y extinción de la misma sean conocidos públicamente a través del registro. La persona jurídica existe desde su inscripción de su nacimiento hasta la inscripción de su extinción⁵⁶⁹.

Cuando la formación del acto requiere de más de una declaración de voluntad, la ley puede disponer que una sola solemnidad puede alcanzar a todas las declaraciones (ej., en la donación de inmuebles, la oferta del donante y la aceptación del donatario deben constar por escritura pública), o puede exigirse solamente para alguna o algunas de ellas, o puede establecer una solemnidad para cada declaración.

569 El art. 6 de la Ley N° 26887 señala: La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción.

La *formalidad* del acto jurídico “no es siempre ni solo forma de *emisión* de la declaración, es decir, no es siempre forma de *actuación del declarante*, sino que también puede ser *forma* (circunstancias) que *rodee* –en medio de la cual se emita– la declaración, o *solemnidades* que deban seguir a esta emisión, para entender que hay declaración perfecta (*formal*)”⁵⁷⁰. Por ej., para la celebración del matrimonio se debe cumplir una serie de formalidades: los pretendientes lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos. Acompañarán copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acrediten que no adolecen de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole, o, si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento. Acompañarán, también en sus respectivos casos, la dispensa judicial de la impubertad, el instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, la dispensa del parentesco de consanguinidad colateral en el tercer grado, copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior o la sentencia de divorcio o de invalidación del matrimonio anterior, el certificado consular de soltería o viudez, y todos los demás documentos que fueren necesarios según las circunstancias. Cada pretendiente presentará a dos testigos mayores de edad que lo conozcan por lo menos desde hace tres años, quienes depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes. Cuando la declaración sea oral se extenderá un acta que será firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos (art. 248). El alcalde anunciará el matrimonio proyectado, por medio de un aviso que se fijará en la oficina de la municipalidad durante ocho días y que se publicará una vez por periódico, donde lo hubiera. Si no hay periódico, el aviso se efectuará a través de la emisora radial de la respectiva localidad que elijan los contrayentes, o de las más cercanas a su localidad; debiendo entregarse el texto publicado, con la firma y libreta electoral del responsable de la emisora radial, al jefe de los registros civiles. El aviso consignará el nombre, nacionalidad, edad, ocupación u oficio, domicilio de los contrayentes, el lugar donde será celebrado el matrimonio y la advertencia de que todo el que conozca la existencia de algún impedimento debe denunciarlo.

570 ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 301.

El matrimonio se celebrará en la municipalidad, públicamente, ante el alcalde que ha recibido la declaración, compareciendo los contrayentes en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar. El alcalde después de leer los artículos 287, 288, 290, 418 y 419, preguntará a cada uno de los pretendientes si persiste en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos (art. 259). La no observancia de todas las formalidades exigidas para el matrimonio determina su invalidez, por cuanto el art. 274.8 dispone que es nulo el matrimonio de quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268.

En algunos casos viene dispuesta una pluralidad alternativa de solemnidades, caso en el que el acto debe otorgarse en una de las varias formas determinadas. Por ej., la ley designa una solemnidad para cada clase de testamento (por escritura pública, cerrado, ológrafo, militar, marítimo). Elegida una de estas solemnidades debe ser observada estrictamente para que el acto sea válido. Así, si se opta por el testamento por escritura pública se debe cumplir con las formalidades fijadas por el art. 696 que prescribe: *Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son: 1. Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles. 2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener. 3. Que el notario escriba el testamento de su puño y letra en su registro de escrituras públicas. 4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario. 5. Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que este elija. 6. Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad. 7. Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido. 8. Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.*

Las solemnidades exigidas por la ley para dar vida al acto jurídico deben observarse al tiempo de su formación. Si con posterioridad a la conclusión del acto la formalidad desaparece, eso no puede afectar su validez. Por ej., se celebra un matrimonio cumpliendo con todos los trámites establecidos en los artículos 248 a 268 (trámites que constituyen formalidades, cuyo incumplimiento da lugar a la nulidad del matrimonio –art. 274.8–), si después algunas o todas estas

formalidades desaparecen por sustracción, robo, hurto, por una inundación, un bombardeo, etc., no por eso se puede afirmar que el matrimonio se ha disuelto. Solo hay que probar que el acto realmente se realizó.

49. FORMALIDAD VOLUNTARIA

Art. 1411.- 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.

La formalidad puede derivar, en lugar de la ley, de la autonomía de la voluntad privada; es la forma determinada mediante acto jurídico. Cuando la ley no ha dispuesto una formalidad para la celebración del acto jurídico, los particulares pueden disponerla en uso de la autonomía de la voluntad privada. Tratándose del contrato, la *formalidad voluntaria* generalmente es dispuesta por el común acuerdo de las partes. Pero también el oferente puede, unilateralmente, imponer una forma determinada para la celebración del contrato (art. 1378)⁵⁷¹.

Los otorgantes, pueden convenir en imponer al acto una *forma voluntaria* específica *probatoria* o *solemne*. Si han guardado silencio sobre la clase de forma que han adoptado, se presume que es solemne, o sea que constituye requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad. La *solemnidad voluntaria* lleva a las mismas consecuencias que la dispuesta por ley, es decir, la inobservancia de la solemnidad, tanto de la legal como de la voluntaria, origina la nulidad del acto jurídico.

A diferencia de la forma legal que está prevista por la ley, la forma voluntaria tiene su fuente en la autonomía de la voluntad privada, puede ser establecida mediante un pacto de forma⁵⁷², mediante el cual las partes convienen adoptar

571 CC: Art. 1378. No tiene efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente.

572 El pacto sobre la forma está comprendido en la categoría de los contratos normativos, o sea en el ámbito de los contratos con los cuales se establecen reglas a seguir en las relaciones futuras. No es aceptable la tesis según la cual se trataría de un contrato preliminar, por cuanto los contratantes no asumen la obligación de celebrar un contrato definitivo, sino solo la obligación a contratar en una determinada forma (FRANCESCHETTI, *Il contratto*, cit., p. 242).

una forma determinada para la futura celebración de uno o más actos jurídicos. El pacto de forma puede ser autónomo, v. gr., A y B se proponen realizar una serie de negocios, conviniendo que todos los contratos que celebren en el ámbito de esos negocios se harán por escrito y en idioma español; o puede constituir una cláusula accesoria de otro acto jurídico más amplio, por ej., X y B convienen que eventuales modificaciones a su contrato deben acordarse por escrito, o X y Z, en un contrato de promesa, convienen que el contrato definitivo se hará por escritura pública. Como dice Bianca⁵⁷³, el pacto de forma entra en la categoría de los negocios normativos. Puede ser autónomo o accesorio de otro contrato, por ejemplo de un contrato preliminar, de un contrato de opción, de otro contrato normativo.

Las formas voluntarias pueden identificarse con las formas legales, especialmente la escritura privada o la escritura pública, o puede consistir en una forma ignorada por la ley, v.gr., las partes pueden acordar que el contrato de compraventa quedará perfeccionado con la entrega del bien vendido, o pueden disponer que el contrato escrito no esté solamente firmado al pie de página sino también rubricado al margen derecho de cada página.

En los actos bilaterales o plurilaterales la *formalidad voluntaria* requiere el común acuerdo de todos los que son parte en el acto; sin embargo, cuando todavía no hay contrato, el que formula la oferta de contrato (acto unilateral) puede disponer que el destinatario de la misma la acepte en una determinada forma, en cuyo caso no hay aceptación si es hecha en forma distinta. En los actos unilaterales la formalidad es dispuesta por el declarante. Aquí se habla de formalidad voluntaria en cuanto a su origen, porque en cuanto a su cumplimiento ya no es voluntaria sino obligatoria.

Los contratantes, en ejercicio de la autonomía privada, pueden establecer una *solemnidad voluntaria* específica para los contratos que por ley son consensuales (ej., cuando convienen que el contrato de arrendamiento, que por ley es de forma libre, quedará perfeccionado una vez que sea elevado a escritura pública), o pueden convertir a un contrato con formalidad probatoria en un contrato formal solemne (v. gr., en un contrato de mutuo que se celebra por escrito, consignan que el contrato quedará concluido cuando se eleve a escritura pública, debiendo dar fe el notario de la entrega del bien mutuado al mutuuario), o

573 BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. III, p. 296.

pueden incrementar los elementos de un contrato solemne, por ej., en un contrato de donación de un inmueble, el cual por ley debe celebrarse por escritura pública, bajo pena de nulidad (art. 1625), se pacta en la respectiva minuta que la donación quedará perfeccionada cuando se inscriba en el registro de la propiedad inmueble; o sea que por voluntad de las partes no es suficiente la escritura pública sino la inscripción para que exista donación, pero no podrán eliminar la solemnidad prescrita por ley (ej., no podrán establecer que el contrato de donación de inmuebles quedará perfeccionado con la simple escritura privada o por el simple acuerdo de ambas partes).

Para el caso de que las partes no hayan acordado si la forma convencional es *ad probationem* o *ad solemnitatem*, el art. 1411 establece la presunción de solemnidad al prescribir: *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.*

En virtud de que los contratantes pueden regular, modificar o extinguir un contrato que han celebrado con anterioridad (art. 1351), como sucede cuando convierten a un contrato consensual en solemne o a un contrato con solemnidad voluntaria en consensual; que pueden determinar libremente el contenido del contrato siempre que no contravengan normas imperativas (art. 1354), como ocurre cuando mediante un contrato se estipula la formalidad en que debe celebrarse un contrato futuro o cuando acuerdan otorgar una formalidad a un contrato ya celebrado; que las disposiciones de la ley sobre contratos son solamente supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas (art. 1356); que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (art. 1361); y que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes (art. 1362); hay que entender que la presunción de solemnidad establecida por el art. 1411 es *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, es decir, si se prueba que la común intención de las partes fue de que la forma acordada es probatoria, valdrá solamente como tal y no como un elemento constitutivo del contrato.

El intérprete deberá tomar en cuenta especialmente la conducta anterior, coetánea y especialmente la posterior a la celebración del acto jurídico, puesto que si las partes sin haber acatado la solemnidad voluntaria, ejecutan parcial o totalmente sus prestaciones, será necesario establecer, si con ello han renunciado

o no tácitamente a la solemnidad, para determinar si el contrato es válido o nulo. Sin duda, la renuncia a la forma convenida, aun cuando sea solemne, puede ser expresa o tácita. Este último caso se da cuando las partes sin observar la forma convenida dan cumplimiento a sus respectivas obligaciones⁵⁷⁴.

Si después de haberse agotado los medios interpretativos no es posible determinar si la forma voluntaria es probatoria o solemne, se optará como solución final porque dicha forma voluntaria es solo probatoria en mérito al principio de la conservación del contrato, por cuanto, cuando se celebra un contrato (salvo que se trate de un contrato no serio o en broma) es para que produzca efectos y no para que no los produzca.

Las *formas solemnes legales* condicionan la validez del contrato, por lo que no pueden ser desconocidas en uso de la autonomía de la voluntad privada. A falta de solemnidades dispuestas por ley, las partes pueden establecer formas solemnes, que, al igual que las legales, son también constitutivas del acto, esto es, son vinculatorias y necesarias, pero estas solemnidades convencionales deben ser establecidas en términos claros y precisos que permitan fácilmente reconocer que esa ha sido la intención de los contratantes, por esta razón y teniendo en cuenta que la formalidad, en materia de contratos, no afecta intereses generales sino particulares, y porque además se debe garantizar el principio de la conservación del contrato, se hace necesario modificar la presunción de solemnidad contenida en el art. 1411, por la presunción de que la formalidad convenida por las partes es probatoria, salvo prueba en contrario.

En nuestra opinión, la *solemnidad voluntaria* puede ser adoptada en un momento anterior al acto jurídico, o coetáneamente, o sea dentro del proceso de celebración del acto, o en un momento ulterior al de la celebración. Como esta afirmación es discutible en la doctrina⁵⁷⁵, expliquemos un poco nuestra posición.

574 Larenz dice que "si un contrato concluido sin observar la forma convenida se cumpliera íntegramente por ambas partes o, en el caso de una relación de tracto sucesivo (así, un arrendamiento rústico o urbano), esta es puesta en ejecución, podrá verse en ello, por lo regular, una renuncia posterior de ambas partes a la observancia de la forma convenida, y al propio tiempo una confirmación del contrato concluido sin sujeción a forma, de tal modo que este ha de considerarse ahora válido" (LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, cit., p. 568).

575 Albadalejo es de opinión distinta cuando afirma: "La forma voluntaria *ad substantiam* ha de establecerse por acto necesariamente anterior al momento de conclusión del negocio para el que se prescribe tal forma". Luego agrega al pie de página: "Quien piense que es posible establecerla coetánea o posteriormente al negocio, olvida que: 1º. Es contradictorio querer a

Que la *formalidad voluntaria*, sea probatoria o solemne, puede ser adoptada por los contratantes en un momento anterior al inicio del proceso de celebración del contrato, es una hipótesis poco frecuente en la práctica.

En la práctica de los negocios, frecuentemente la formalidad voluntaria es adoptada dentro del proceso de celebración del contrato, por ej., los contratantes dan inicio a la celebración de un contrato de compraventa de un bien con una minuta en la cual estipulan los siguiente: "Ambas partes convenimos que la compraventa quedará perfeccionada en el momento en que esta minuta sea elevada a escritura pública". Aquí, una vez elevada la minuta a escritura pública, estamos ante una compraventa única y no ante dos compraventas, una celebrada por documento privado (la minuta) y otra celebrada por escritura pública con contenido idéntico a la de la escritura privada (la minuta). En la experiencia jurídica nadie se atreve a sostener, como si lo hace un sector de la doctrina, que aquí hay dos contratos, porque si así fuera tendría que pagar los impuestos correspondientes a cada contrato.

La formalidad puede ser adoptada después de haberse celebrado un contrato consensual, en cuyo caso estamos frente a una modificación del contrato en cuanto a su forma. Afirman lo contrario los que confunden solemnidad legal con solemnidad voluntaria. La legal no puede ser modificada ni suprimida por las partes, v. gr., si se constituye una renta vitalicia por escritura privada y después se constituye por escritura pública, la única renta vitalicia que existe es esta última, la primera no existe por faltarle la forma solemne consistente en la escritura pública (art. 1925). En cambio, la solemnidad voluntaria puede ser modificada o suprimida por acuerdo común de las partes (art. 1351), por ej., si las partes celebran un contrato de compraventa verbalmente o por escritura privada y ulteriormente acuerdan elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro de la Propiedad Inmueble, dando a esta forma el carácter de solemne, no por eso se está ante una nueva compraventa con contenido idéntico a la anterior, pues, al igual que lo dicho para el caso de la formalidad estipulada dentro del proceso de celebración del acto, en la vida de relación a nadie se le ha ocurrido sostener

la vez la validez del negocio sin forma y la forma *ad substantiam*, sin la que el negocio es inválido. 2º. Una vez celebrado el negocio, y ya válido, si después se establece para el una forma *ad substantiam* (sin la que no se quiere su validez), es tanto como derogarlo y manifestar que se quiere celebrar en el futuro otro negocio del mismo contenido que el anterior, pero con forma *ad substantiam*" (ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 317).

que aquí hay dos contratos de compraventa o que con la forma *ad substantiam* se derogó el contrato consensual celebrado anteriormente⁵⁷⁶.

A diferencia de la forma solemne dispuesta por ley que las partes no pueden dejar sin efecto so pena de invalidez del contrato, la inobservancia de la solemnidad voluntaria puede ser subsanada por las partes, lo que no pueden hacer los terceros ni el juez de oficio.

50. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL FORMALISMO

Es verdad que legislativamente el principio de la libertad de formas fue adoptado por el Código francés de 1804, y, también, es cierto que a partir de la vigencia de este Código comenzó el desarrollo del formalismo por cuanto poco a poco se fueron multiplicando los actos solemnes con el fin de proteger a las partes y a terceros, pero esto no puede hacernos perder de vista que actualmente los actos solemnes son la excepción y los de forma libre la regla.

Como dice Albaladejo⁵⁷⁷, tanto la libertad de formas como el formalismo se abonan con una serie de razones que el legislador ha considerado preferibles; lo que no excluye que en contra las haya también de peso. “En esta materia luchan dos puntos de vista: 1º. La seguridad de las relaciones jurídicas, que frecuentemente reclama la inoperancia de la voluntad que no se declara solemnemente. 2º El fin perseguido por el negocio jurídico, como figura puesta a disposición del sujeto para que este regule sus relaciones jurídicas según su voluntad, voluntad que, cuando es conocida con certeza, repugna despreciar por el hecho de que no haya sido expresada solemnemente”.

576 Esto no le ha ocurrido ni siquiera la Sunat que no solo cobra los impuestos que por ley le corresponde, sino que en ocasiones se aprovecha de ambigüedades u oscuridades legales para obligar a las personas a pagar impuestos que no deben u obliga a pagar impuestos sobre rentas no percibidas con el consabido argumento de “paga y después reclamas”, convirtiendo al Estado en un asaltante de las personas mucho más peligroso que cualquier asaltante común, porque lo hace con todas las ventajas a su favor, con alevosía, esto es sin ningún riesgo para el delincuente, y con ensañamiento, es una actitud cobarde ensañarse con los ciudadanos haciendo un mal uso del *ius imperium*. Situaciones como estas deben terminar, pero no solo con el olvido sino con la justa sanción a todos los responsables, para poder iniciar el tránsito de un Estado primitivo a un Estado civilizado, de un país subdesarrollado a un país en vías de desarrollo.

577 ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 306.

La necesidad del Derecho de garantizar tanto la voluntad, cualquiera sea la forma en que ha sido manifestada (principio de la autonomía de la voluntad privada), como la seguridad jurídica, y, además, porque así lo exige la realidad social y económica, se impone la obligación de optar por un término medio en el que la regla sea el principio de la libertad de formas y la excepción: el formalismo.

En el BGB rige el principio de libertad de formas. Con el principio de libertad formal, el BGB responde a la situación jurídica generalmente en vigor, como lo percibe el Derecho Común y el Derecho mercantil, aunque con algunas excepciones que imponen la obligación de observar la forma prescrita⁵⁷⁸. Escribe Flume⁵⁷⁹: los autores del BGB contemplaron la cuestión formal solo desde el punto de vista de la forma encaminada a un fin: En esta medida se tratan en la Exposición de Motivos los pros y contras de la solemnidad. A favor de la misma se señala: "Las ventajas invocadas en favor de la obligatoriedad de la forma pueden resumirse así: la necesidad de observar una forma da lugar a un sentimiento negocial en los interesados, despierta la conciencia jurídica, provoca una reflexión cuidadosa y garantiza la seriedad de la decisión que se ha tomado. La forma observada deja claro, además, el carácter jurídico de la actuación, sirve, lo mismo que el cuño de una moneda, como sello de la voluntad jurídica dis-

578 BGB: Art. 125. *Nulidad por defecto de forma*. Un negocio jurídico que no observa la forma exigida por la ley es nulo. La inobservancia de la forma determinada en un negocio jurídico también tiene como consecuencia, en caso de duda, la nulidad.

Art. 126. *Forma escrita*. (1) Si la ley prescribe la forma escrita, el documento debe ser firmado en forma autógrafa con el nombre de quien lo otorga o mediante rúbrica autenticada por notario. (2) En un contrato, la firma de las partes debe constar en el mismo documento. Si del contrato se expiden varias copias, es suficiente con que cada parte firme solo la que va destinada a la otra parte. (3) La forma escrita puede ser suplida por la forma electrónica, si de la ley no resulta lo contrario. (4) La forma escrita puede ser reemplazada por una escrituración notarial.

Art. 126a. *Forma electrónica*. (1) Si la forma escrita legalmente prescrita debe ser reemplazada por una forma electrónica, el otorgante de la declaración debe añadir su nombre y proveer el documento de una firma electrónica cualificada de acuerdo con la Ley sobre firmas. (2) Si se trata de un contrato, las partes deben firmar de forma electrónica un documento idéntico según la forma señalada en el apartado 1.

Art. 126b: *Forma textual*. Si la ley prescribe una determinada forma textual, la declaración debe ser expresada en un documento o en cualquier otro soporte documental duradero apto para contener lo escrito, debe mencionar la persona que efectúa la declaración y confirmar la declaración mediante la firma hológrafa o de otra manera reconocible.

579 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 298.

puesta y deja fuera de dudas la conclusión del acto jurídico. La forma observada asegura, por fin, la prueba del negocio jurídico, su existencia y contenido para siempre; también conduce a disminuir o a recortar y simplificar los procesos”.

Si se optara por el formalismo como principio se estaría legislando en contra de la realidad social, creando graves dificultades al tráfico jurídico en vez de facilitararlo, encareciendo y complicando sin razón el comercio de bienes y servicios, poniendo en peligro los actos jurídicos celebrados sin su cumplimiento⁵⁸⁰, originando un Derecho ineficaz por cuanto muchas de sus normas no sería acatadas en la comunidad y, además, se ampararía la mala fe en el acto jurídico.

Por otro lado, la adopción de *formas solemnes* como excepción al principio de libertad de formas se apoya en las siguientes razones:

- 1°. Facilita la prueba de la existencia y del contenido del acto. Sin duda, la exigencia de una formalidad con fines de prueba del acto jurídico no es lo mismo que la exigencia de una formalidad como requisito de validez del acto. La forma, especialmente la escrita, ofrece la garantía de seguridad que no ofrece la prueba libre. En la realidad práctica, cuando el acto es de prueba libre, por lo que se puede celebrar verbalmente, es frecuente que los otorgantes lo hagan por escrito, procurándose así una prueba preconstituida del acto, ya que como dice nuestra gente con gran acierto, leídas y no leídas, “papelitos hablan, palabras se las lleva el viento”.
- 2°. Se facilita la interpretación y ejecución del acto jurídico y se contribuye a evitar los conflictos o, en su caso, a resolverlos fácilmente.
- 3°. Protege a los terceros por medio de la publicidad, la cual permite el conocimiento del acto por parte de terceros. Para el cumplimiento de las formalidades de publicidad, el escrito es indispensable, dado que no se

580 Por ejemplo, con desconocimiento de nuestra realidad social, el art. 1092 prescribe que el contrato de anticresis “se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se paga”. El contrato de anticresis no será frecuente en Lima, pero al interior del país si lo es y no se celebra por escritura pública sino por documento privado, por tanto, para el Derecho positivo no es anticresis, pero para nuestra gente si lo es y con esa convicción una parte entrega a otra un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos. El hecho de que normas como la del art. 1092 no tengan eficacia social se debe a la importación de leyes sin adecuarlas a la realidad donde deben regir. En el Perú, la escritura pública exigida para la anticresis debe tener solamente un carácter probatorio, no solemne.

puede publicar sino aquello de que se ha dejado constancia escrita. El acto jurídico tiene siempre una repercusión social. Si bien es cierto que por regla, el acto jurídico solamente vincula a las partes, por cuanto no crea derechos ni deberes en beneficio o a cargo de terceros, ello no impide que la existencia del acto se imponga a terceros, quienes deben respetarlo, no pudiendo hacer nada que perjudique a los otorgantes ni alegar que no están obligados a tomar en cuenta el acto jurídico ajeno. Está plenamente justificado que el ordenamiento jurídico disponga que en ciertos casos el acto es oponible a terceros solo si se ha adoptado una medida publicitaria (por ejemplo, mediante la inscripción en los registros públicos).

- 4°. La forma solemne protege a los otorgantes contra las decisiones precipitadas, llevadas a cabo sin una reflexión suficiente. La solemnidad permite a que los otorgantes reflexionen debidamente al realizar actos importantes de su vida, como el matrimonio, la adopción del régimen de separación de patrimonios dentro del matrimonio, la donación de sus bienes inmuebles, etc. Así, por la donación de un inmueble el sujeto se desprende de una parte considerable de su patrimonio sin recibir a cambio una contraprestación; si este acto fuera consensual se corre el peligro de que las personas se desprendan de sus inmuebles sin haber tenido el tiempo necesario para reflexionar sobre las consecuencias de su decisión, tomando decisiones apresuradas, impensadas, sin la meditación suficiente, en un momento de inestabilidad emocional, para obtener satisfacciones fútiles, de ahí lo acertado de que la ley disponga que la donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública bajo sanción de nulidad, lo que le da tiempo al donante para darse cuenta debida de lo que está haciendo.
- 5°. La formalidad permite distinguir fácilmente las tratativas negociales del acto mismo.
- 6°. La formalidad solemne evita que se evadan obligaciones tributarias.

La exigencia de la solemnidad en algunos casos no va en contra de la autonomía de la voluntad privada, sino que tiene por función proteger la voluntad de una o de ambas partes intervinientes en el acto, sirve como medio de prueba del acto, permite esclarecer la voluntad negocial, da seguridad a las relaciones negociales, asegura que el Estado recaude los impuestos a que tiene derecho⁵⁸¹.

581 Heldrich (citado por FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p.

Con la solemnidad se puede perseguir conjuntamente todas estas ventajas o solo alguna o algunas de ellas.

51. CUMPLIMIENTO DE LA FORMA PROBATORIA

Art. 1412.- Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, estas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.

El contrato con forma *ad probationem* existe desde su celebración aun cuando no se haya usado la formalidad prescrita por la ley o por convenio, por lo que las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida, sea que esta consista en una escritura pública o en cualquier otra formalidad. Por ejemplo, si las partes convienen que el contrato de compraventa que van a celebrar o que celebran, para efectos probatorios se eleve a escritura pública y luego de perfeccionado el contrato una de las partes se niega a otorgar esta formalidad, la otra puede demandarlo judicialmente, en la vía del proceso sumarísimo, para que cumpla con ejecutar su prestación⁵⁸².

297) ha hecho un catálogo de ocho objetivos a los que deben servir las formalidades: claridad de celebración, claridad de contenido, seguridad probatoria, protección frente a la precipitación, reconocibilidad para los terceros, asesoramiento profesional, supervisión en el sentido del interés comunitario, entorpecimiento de la contratación en interés de la comunidad.

- 582 Los procesos judiciales por su función pueden ser: declarativos, de ejecución y proceso cautelar. El declarativo está orientado a la constatación de una inseguridad o incertidumbre; puede ser ordinario o especial. A su vez, los procesos ordinarios se clasifican en: proceso de conocimiento, abreviado y sumarísimo. Los procesos especiales tienen una tramitación especial asignada por ley (divorcio, tercería de propiedad, prescripción adquisitiva, alimentos, etc.). Por el grado de cognición, el proceso ordinario puede ser plenario o sumario, en los primeros no hay límites para las alegaciones de las partes y para aportar sus pruebas (prueba plena); en los procesos sumarios se lita las alegaciones de las partes y los medios probatorios que pueden aportar, la cognición del juez es limitada, la sentencia no tiene la calidad de cosa juzgada material, o sea la tutela jurisdiccional es provisional. El IX Pleno Casatorio Civil (Cas. N°. 4442-2015-Moquegua establece el Precedente Judicial Vinculante siguiente: "1. *El proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública es un proceso plenario rápido, en tanto no presenta limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil*".

Si la parte demandada está integrada por más de una persona natural o jurídica, todas estas personas deberán ser comprendidas en la demanda.

Existiendo el contrato con forma probatoria aun cuando esta no haya sido observada, si una de las partes se niega a otorgar la formalidad está faltando al cumplimiento de su prestación, por lo que la otra parte puede optar por solicitar su cumplimiento, o sea, que cumpla con llenar la formalidad requerida, o por pedir la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños (art. 1428).

El segundo párrafo del art. 1412 es una norma procesal (adjetiva) que dispone que la pretensión del actor se tramita como proceso sumarísimo (art. 546 y ss. del CPC), salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, por ejemplo, una copia certificada de la prueba anticipada que contiene un documento privado de compraventa u otro contrato reconocido, en cuyo caso la pretensión del actor se tramita por la vía del proceso de ejecución de obligación de hacer (art. 706 y ss. del CPC), siendo de aplicación específica el art. 709 del CPC que prescribe: *Obligación de formalizar. Cuando el título contenga obligación de formalizar un documento, el Juez mandará que el ejecutado cumpla su obligación dentro del plazo de cinco días. Vencido el plazo sin que se formule contradicción o resuelta esta declarándose infundada, el juez ordenará al ejecutado cumpla con el mandato ejecutivo, bajo apercibimiento de hacerlo en su nombre.*

En cambio, el contrato con forma *ad solemnitatem* no existe si no se ha observado la forma requerida por la ley o por convenio. Conforme al art. 219 inc. 6, el contrato es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Por tanto, las partes no pueden demandarse el cumplimiento de una formalidad de un contrato inexistente. No se puede obligar a una persona a contratar cuando no quiere, lo que se estaría haciendo al exigirle que llene una formalidad sustancial exigida como requisito de validez del contrato. La formalidad *ad solemnitatem* solamente se llena de mutuo acuerdo y no por voluntad unilateral de una de las partes, puesto que el contrato es el acuerdo de dos o más partes (art. 1351) sobre el objeto, el fin y la forma solemne, además de los otros requisitos exigidos para cada tipo de contrato.

Hubiese sido suficiente y claro que el art. 1412 disponga que "Si por mandato de la ley o por convenio debe cumplirse una forma probatoria, las partes

pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida". Sin embargo, tratándose de contratos sobre bienes inmuebles, la realidad práctica aconseja que se establezca una regla general por la cual el derecho de exigirse recíprocamente el otorgamiento de la escritura pública comprenda tanto los contratos consensuales (v. gr. la compraventa, el arrendamiento) como los contratos con forma probatoria.

La nulidad manifiesta del acto jurídico que se pretende formalizar puede ser declarada de oficio por el Juez, previa promoción del contradictorio entre las partes: El IX Pleno Casatorio Civil ha fijado los siguientes precedentes vinculantes:

"2. En un proceso de otorgamiento de escritura pública el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutive de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en el parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutive únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública".

"3. La declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición, siempre que la nulidad manifiesta del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes".

"4. La nulidad manifiesta es aquella que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquella que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código civil".

"5. La demanda por medio de la cual se peticiona el otorgamiento de escritura pública de un negocio jurídico que, precisamente, debe revestir esta última forma bajo sanción de nulidad, será declarada improcedente por petitorio jurídicamente imposible".

“6. Dentro del control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar, y sin perjuicio de que se puedan considerar otros supuestos, se tendrán en cuenta los siguientes:

Si la obligación de elevar a escritura pública el negocio jurídico se encuentra supeditada a una condición suspensiva y el demandante no logra acreditar la verificación del evento puesto como condición, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.

Si todos los efectos del negocio jurídico se encuentran sujetos a un plazo suspensivo que aún no ha vencido, la demanda de otorgamiento de escritura pública será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.

Si la obligación de elevar a escritura pública un negocio jurídico, se encontrara sujeta a plazo de cumplimiento que aún no ha vencido y que, además, ha sido estipulado en beneficio del deudor, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar, a menos que exprese su voluntad de renunciar a dicho beneficio.

En los procesos de otorgamiento de escritura pública el Juez podrá analizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento, y de advertirse que la excepción en cuestión es amparable, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar. Se procederá del mismo modo cuando el incumplimiento se invoque como argumento de defensa.

En los casos en que el demandado alegue que se ha producido la resolución extrajudicial del contrato, el Juez analizará en la parte considerativa de la sentencia si concurren los requisitos de ley, o pactados por las partes, para ello, y, de ser así, declarará improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin declarar la resolución del contrato. Si el Juez advierte que no concurren tales requisitos, declarará fundada la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato. En ambos supuestos, el Juez no se pronunciará en el fallo sobre la resolución extrajudicial del contrato”.

“7. Se modifica la ratio decidendi contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, debiendo entenderse en lo sucesivo que la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad, y aun cuando no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio jurídico, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará que el Juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta”.

52. FORMA DEL ACTO JURÍDICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Art. 2094.- La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana.

En lo que respecta a la sustancia jurídica, los actos jurídicos patrimoniales, como el contrato, se rigen por la ley de la autonomía de voluntad (las partes designan la ley aplicable); en cambio, los actos jurídicos extrapatrimoniales, como el matrimonio, se rigen por la ley personal (domicilio o nacionalidad). En cuanto a la forma, ambas categorías de actos jurídicos se rigen por la regla *locus regit actum* (ley del lugar de conclusión del acto jurídico). En los actos jurídicos extramatrimoniales esta regla es obligatoria; mientras que en los actos jurídicos patrimoniales la regla es facultativa, pues las partes pueden optar por la forma de la ley del lugar donde se suscribe el acto jurídico o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto⁵⁸³.

El art. 2094 repite el art. XX del Título Preliminar del derogado Código civil de 1936 que dispuso: “La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionario diplomático o consulares del Perú se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana”.

Es natural que el acto jurídico, en cuanto a su forma se refiere, quede sometido a la ley del lugar donde es otorgado. Esta es la razón para que la legislación comparada haya adoptado uniformemente el principio *locus regit actum*⁵⁸⁴.

583 DELGADO BARRETO, César, María Antonieta DELGADO MENÉNDEZ y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ, *Introducción al Derecho internacional privado*, T. I, *Conflicto de leyes, Parte general*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, p. 200.

584 Por ejemplo, el art. 11 del Título Preliminar del Código civil español, modificado por Ley 3/1973 dispone: “Art. 11.

1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se registrarán por la ley del país en se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes.

El acto jurídico es válido o inválido según que revista o no la forma prescrita bajo sanción de nulidad (formalidad *ad solemnitatem*). En el ámbito del Derecho internacional privado, conforme al art. 2094, la forma de los actos jurídicos se rige alternativamente por: a) la ley del lugar de celebración del acto (*lex loci actus*); o b) por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto (*lex causae*). De estas dos leyes prevalecerá la que está más vinculada al acto jurídico.

León Barandiarán⁵⁸⁵, comentado el art. XX del Código de 1936 dice que la forma de un acto jurídico es la que corresponde al momento de producirse. Es como su externa configuración natural y originaria. Ello explica, de modo paladino, el principio de *locus regit actum*. El acto queda sometido en lo que respecta a su forma, a la ley del lugar en que ha nacido. La recurrencia a la *lex loci actus* no es imperativa, pues el artículo XX establece que la forma puede quedar subordinada a “la ley que regula la relación jurídica objeto del acto”. Se trata de la forma del negocio jurídico, es decir, de un elemento meramente externo. Al mismo acto jurídico le puede estar asignada otra ley, por causa de su contenido intrínseco. Así, es el caso de una adopción que puede haberse producido en el país A), estando adoptante y adoptado domiciliados en el país B); de suerte que la ley de este último país debe disciplinar todo lo pertinente al contenido intrínseco de dicho acto. En lo que interesa al elemento extrínseco, la forma del acto “puede quedar sometido a dos leyes: la ley del lugar de celebración del acto (*locus regit actum*) y la ley que regula la relación jurídica objeto del acto (*lex causae*), es decir, la ley a la que corresponde regir el acto mismo en su contenido intrínseco. Y así, en el caso antes propuesto de la adopción, la forma de esta resultaría vinculada a

Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que estos radiquen.

Si tales actos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado al que pertenezcan.

2. Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero.
3. Será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consultes de España en el extranjero”.

585 LEÓN BARANDIARÁN, José, *Curso elemental de Derecho civil peruano [Parte general. Título Preliminar. Derecho de las personas]*, 3.ª ed., Gráfica Morson, Lima, 1980, p. 67.

dos leyes: la del país A), es decir donde se produjo el acto, y la del país B), o sea, la ley del lugar que regula la relación jurídica de la adopción”.

Conforme a la ley del lugar de celebración del acto (*lex loci actus* o *locus regit actum*), el acto jurídico queda sometido, en lo que respecta a la forma, al cumplimiento de la solemnidad establecida por la ley del lugar donde el acto se perfecciona (*locus regit actum*). Si se trata de un contrato celebrado en París, o de un testamento otorgado en Roma, o de una persona jurídica constituida en Madrid, hay que recurrir a las leyes de Francia, Italia o Madrid, respectivamente, para saber si estos actos jurídicos son válidos o no, lo que dependerá si en su celebración se observó o no las solemnidades prescritas por dichos ordenamientos jurídicos.

Con arreglo a la segunda parte del art. 2094, cuando peruanos o extranjeros otorguen instrumentos ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se debe observar las solemnidades establecidas por la ley peruana.

Cuando existe tratado de Derecho Internacional Privado ratificado por el Perú no se aplica el art. 2094 sino el tratado, conforme al art. 2047 que establece que el derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú. Entre estos tratados tenemos el Tratado de Montevideo de 1940 y el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante.

Tratado de Montevideo de 1940 (Tratado de Derecho Civil Internacional):
Art. 36. La ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado.

Código de Bustamante: Art. 41. Se tendrá en todas partes como válido en cuanto a la forma el matrimonio celebrando en la que establezcan como eficaz las leyes del país en que se efectúe. Sin embargo, los Estados cuya legislación exija una ceremonia religiosa, podrán negar validez a los matrimonios contraídos por sus nacionales en el extranjero sin observar esa forma.

Art. 42. En los casos en donde las leyes lo admitan, los matrimonios contraídos ante los funcionarios diplomáticos o agentes consulares de ambos con-

trayentes, se ajustan a su ley personal, sin perjuicio de que le sean aplicables las disposiciones del artículo cuarenta⁵⁸⁶.

Art. 150. Los preceptos sobre forma de los testamentos son de orden público internacional, con excepción de los relativos al testamento otorgado en el extranjero, y al militar y marítimo en los casos en que se otorgue fuera del país.

Art. 180. Se aplicará simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito.

586 *Código de Bustamante: Art. 40.* Los Estados contratantes no quedan obligados a reconocer el matrimonio celebrado en cualquiera de ellos, por sus nacionales o por extranjeros, que contraríe sus disposiciones relativas a la necesidad de la disolución de un matrimonio anterior, a los grados de consanguinidad o afinidad respecto de los cuales exista impedimento absoluto, a la prohibición de casarse establecida respecto a los culpables de adulterio en cuya virtud se haya disuelto el matrimonio de uno de ellos, y la misma prohibición respecto al responsable de atentado a la vida de uno de los cónyuges para casarse con el sobreviviente, o a cualquiera otra causa de nulidad insubsanable.



CAPÍTULO VIII

LA REPRESENTACIÓN

53. LA SUSTITUCIÓN EN LOS ACTOS JURÍDICOS

El acto jurídico es un acto de autonomía de voluntad privada por el cual los particulares regulan sus propios intereses, mediante la creación, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Los actos jurídicos entre vivos se pueden celebrar por medio de representante, salvo que la ley exija que sean otorgados por el propio titular del derecho.

Por regla, el sujeto que otorga el acto, la parte en sentido *formal*, coincide con el titular de los intereses regulados, o sea la parte *sustancial*. Por ej., cuando una persona interviene directamente en el contrato de compraventa por el cual transfiere la propiedad de un bien de su pertenencia al comprador.

Sin embargo, ocurre con frecuencia casos en los que es necesario u oportuno que el interesado se haga sustituir por terceros en el ejercicio de sus derechos. Pensemos a título de ejemplo:

- a) La reconocida inidoneidad psicofísica del sujeto para realizar personalmente un acto jurídico del cual tiene necesidad;
- b) Un impedimento temporal que obstaculice la atención de un interés urgente;
- c) La mejor capacidad técnica de una persona distinta del interesado para poder llevar a cabo un determinado negocio;
- d) Que el interesado simplemente no desea atender personalmente sus asuntos.

Son razones impuestas por las necesidades del tráfico jurídico y por las exigencias de tutela de los intereses del titular del derecho las que imponen que el ordenamiento jurídico reconozca el poder de concluir actos jurídicos por cuenta del interesado. Esto se logra mediante el mecanismo de la sustitución en la actividad jurídica, la cual es realizada por un sujeto distinto del titular de los intereses.

La sustitución del interesado encuentra su fuente de legitimación en su propia determinación o en la ley. Solamente la ley o el interesado pueden autorizar a terceros para que realicen actividades jurídicas que incidan en una esfera jurídica distinta de la propia.

En los casos de la sustitución dispuesta por ley, la autonomía privada no aparece de algún modo comprendida en el poder de sustitución, cuando es atribuido en interés de quien carece de capacidad de obrar porque aún no la ha alcanzado (menor de edad) o porque está privado de ella (interdicto) o de quien, como sucede en la gestión o administración de negocio ajeno (arts. 1950 y ss.), se encuentra en situación que le impide gestionar sus propios negocios.

La *sustitución*⁵⁸⁷ voluntaria está permitida por el ordenamiento dentro de ciertos límites y en presencia de determinados presupuestos. Estos límites se deben a que la autonomía de la voluntad privada, de la cual el acto jurídico es una de sus manifestaciones, entendida como la libertad y el poder que tienen los particulares para regular sus propios intereses, comporta como lógica consecuencia la identidad entre el sujeto que crea el acto jurídico y el titular de los intereses regulados.

La limitación a la sustitución en el acto jurídico tiene su origen en la antigua prohibición de "*agere alieno nomine*", principio que está vinculado a la exclusiva potestad dispositiva del *pater familias* en el primitivo grupo familiar, reproducido en Gayo 2,95, que afirma: "*Vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse*" (comúnmente se dice que no podemos adquirir por medio de un extraño).

587 Se habla de sustitución en los casos en que un sujeto tiene el poder de sustituir a otro en la celebración de un negocio, deviniendo en parte formal de dicho negocio, pero permaneciendo extraño al interés regulado (SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Nápoles, 1989, p. 268).

La prohibición atenuada a la sustitución conserva su valor en los ordenamientos jurídicos, ya que si se admitiese sin límites la posibilidad de que otros se sustituyan en el interesado para realizar actos por su cuenta, se vería sacrificada la protección a la autonomía privada, amparándose una ilícita invasión de la esfera jurídica ajena. En particular, quien concluye un acto jurídico en sustitución de la parte sustancial debe contar con la facultad de regular los intereses ajenos, o sea debe estar legitimado para realizar el acto jurídico por otro; la legitimación es el presupuesto necesario para la sustitución de una persona por otra en la realización de los negocios.

La sustitución en la celebración del acto jurídico puede ser material o jurídica.

En la *sustitución material*, el sustituto es un *intermediario*, un mero instrumento del cual, el interesado, que es el verdadero autor del acto, se vale para declarar a otros su voluntad. El ejemplo clásico de la sustitución material es la figura del *nuncius* (nuncio) que es un medio de comunicación de la voluntad ajena, un *nudus minister* privado de toda libertad para determinar la oportunidad en que se debe celebrar el acto jurídico, o de escoger entre dos o más objetos o de declarar entre una u otra de dos diversas determinaciones de la voluntad del interesado⁵⁸⁸.

La *sustitución jurídica* atribuye al sustituto el poder de determinar la regulación de los intereses en juego y aun la facultad de escoger la clase de acto jurídico que realizará, poder o facultad al cual permanece extraña la parte sustancial.

En la sustitución jurídica, el acto jurídico produce su eficacia en los siguientes modos:

- 1) Los efectos jurídicos del acto celebrado con el tercero pueden producirse en cabeza del sustituto, quien los transferirá por medio de otro acto a la parte sustancial (*representación indirecta*).
- 2) Los efectos jurídicos pueden producirse conjuntamente en cabeza del sustituto y del tercero interesado, como en el contrato en favor de tercero o, según algunos, en la promesa del hecho de un tercero.
- 3) La eficacia del acto puede producirse directa y exclusivamente en la esfera jurídica del interesado, en nombre y por cuenta de quien ha

588 PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, cit., p. 618.

sido celebrado el acto jurídico: esta es la hipótesis de la típica representación o *representación directa* regulada en el Libro II de nuestro Código. El representante otorga el acto jurídico, pero sustituyendo al representado (parte sustancial), para quien son los efectos de dicho acto. Los representantes se dividen en voluntarios y legales, los primeros son designados por el propio representado, y los representantes legales son los designados por la ley (los padres, tutores, curadores).

Betti⁵⁸⁹ separa a la figura de la sustitución en dos grandes grupos:

En el primer grupo está la sustitución que conlleva al simple aporte en la ejecución del acto, concretamente en la forma, no exigiéndose la capacidad de obrar, por ejemplo, la colaboración del nuncio, del intérprete, del mediador en las relaciones contractuales preliminares, así como la sustitución por la cual el sustituto "asume la paternidad del mismo contenido del negocio", por ejemplo, la asistencia altruista.

En el segundo grupo de sustitución se menciona hasta tres supuestos: el primero, cuando "la nueva situación jurídica se produzca para la parte del negocio y además para el tercero interesado", por ejemplo, el contrato a favor de tercero; el segundo, corresponde a aquellos casos en que los efectos de la situación jurídica se produzcan en la persona que interviene en el acto y esta "deberá luego proceder, mediante otro negocio, a transferir los efectos a la esfera patrimonial del tercero" (la *representación indirecta*); y, el tercero, donde "la nueva situación jurídica se produzca exclusivamente para el interesado" (*representación directa*).

54. CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN

Los actos jurídicos entre vivos se pueden ser realizados personalmente por el sujeto titular del derecho subjetivo, o se pueden celebrar por medio de otro, el representante, de manera que la manifestación de voluntad que este emita dentro del poder de representación que ostenta es eficaz en favor y en contra del representado⁵⁹⁰.

589 BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., T. II, p. 423.

590 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., p. 875.

Por la representación una persona (el representante) sustituye a otra (el representado o *dominus negotii* o principal o parte sustancial⁵⁹¹) en la celebración de un acto jurídico. El representante colabora con el representado en la celebración de sus actos jurídicos; de este modo se realiza el principio de la división del trabajo que domina la sociedad y la economía moderna; sin la representación el acto jurídico, especialmente el contrato, no podría desplegar su papel en la organización económica y social de nuestro tiempo. El representante manifiesta su voluntad por cuenta y en interés del representado. La representación es una hipótesis particular de la sustitución, que se caracteriza por el hecho que el sustituto actúa en nombre y por cuenta del interesado y los efectos de los actos jurídicos celebrados por aquel recaen directamente en la esfera jurídica de este (representación directa)⁵⁹². Con la representación se amplían las posibilidades de obrar del representado, quien puede celebrar varios actos jurídicos al mismo tiempo o sucesivamente en el mismo lugar o en lugares diferentes.

En general, la representación es la institución jurídica por la cual el representante realiza uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del representado.

Se denomina *representante* a quien obra por otro; *representado* a aquél por quien se obra; y *acto representativo*, al verificado por el representante con un tercero, con efectos directos o indirectos para el representado.

En cuanto a la actuación del representante, se puede optar por el *agere proprio nomine*, caso en el que los efectos del acto que realiza con el tercero se producen en la esfera jurídica del representante, quien debe transferirlos ulteriormente al representado (*representación indirecta*); en cambio, en el *agere alieno nomine* los efectos del acto que realiza el representante con el tercero se producen directamente en la esfera jurídica del representado (*representación directa*).

El concepto de representación que hemos dado limitando su objeto a la realización de actos jurídicos se adecúa a nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, la representación excede ampliamente el ámbito jurídico para comprender también los denominados actos meramente lícitos (ej., tomar posesión de un bien) y los actos de Derecho público (v. gr., exigir judicialmente el cumplimiento de una obligación).

591 Es el sujeto cuyo interés gestiona el representante y en quien han de recaer, en definitiva, directa o indirectamente, los efectos de la gestión representativa.

592 Entre otras hipótesis de sustitución tenemos, por ej., la representación indirecta, la gestión de negocio ajeno, el acreedor que acciona en vía subrogatoria.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la representación se discute sobre si es la voluntad del representado, o la del representante, o la de ambos, la que interviene en la celebración del acto representativo (realizado entre el representante y el tercero). Al respecto se han configurado las siguientes teorías:

La *teoría del nuncio* (Savigny) considera que es la voluntad del representado la que interviene en la celebración del acto representativo, el representante es un simple nuncio.

La *teoría de la ficción* (Windscheid) estima que la voluntad del representado es la que se manifiesta en la conclusión del acto, porque la declaración del representante es considerada como si fuera del representado, por eso se le conoce como teoría *monista*.

La *teoría de la representación o autónoma* (Ihering, Laband, Hupka⁵⁹³, Von Tuhr⁵⁹⁴) distingue entre voluntad determinante del acto representativo y voluntad de apoderamiento. La voluntad del representante es la que concluye el acto. El apoderamiento (acto por el que el representado otorga poder al representante) es un acto unilateral, autónomo y recepticio. Los vicios de la voluntad recaen sobre el representante.

La *teoría del doble contrato* (Thol) sostiene que la representación importa dos contratos: el contrato base que es el de apoderamiento y el contrato celebrado por el representante con el tercero.

La *teoría de la cooperación* (Mitteis, Tertufari) afirma que no hay diferencia entre la voluntad de apoderamiento y la voluntad determinante del acto representativo. Tanto la voluntad del representado como la del representante concurren (colaboran) a concluir el acto representativo, pero uno de ellos, el representado es parte en dicho acto.

La *teoría de la voluntad del representante condicionada por el representado* (Hupka) expresa que el poder otorgado por el representado es la condición y límite de la voluntad del representante.

593 HUPKA, Josef, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.

594 VON TUHR, Andreas, *Tratado de Derecho civil alemán*, T. IV [Obligaciones], Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 229 y ss.

En realidad, en la celebración del acto representativo, el representante manifiesta su propia voluntad dentro de los límites establecidos por el representado o por la ley. Este es el criterio seguido por nuestro Código que establece que el acto es anulable por vicios en la voluntad del representante, pero si el contenido del acto es total o previamente determinado por el representado, el acto es solamente anulable por vicios en la voluntad de este (art. 163).

55. IMPORTANCIA DE LA REPRESENTACIÓN

La función principal del ordenamiento jurídico consiste en dar una respuesta o solución a una serie de problemas sociales. Cuando un conjunto de problemas sociales típicos son regulados por el Derecho, la realidad socio-económica se institucionaliza. La representación es una realidad social regulada por el ordenamiento jurídico; constituye un instrumento de dinamización de la vida jurídica y de apertura de nuevas posibilidades. La institución jurídica de la representación aparece como una respuesta del ordenamiento jurídico al problema social típico de la cooperación en la gestión y cuidado de los intereses ajenos⁵⁹⁵.

La representación encuentra su fundamento en la cooperación jurídica que presta una persona a otra que no puede o no quiere realizar un acto jurídico por sí misma.

Como hemos dicho, la cooperación es *material* si se refiere a la ayuda directa de una persona a otra (ejemplo, el intérprete, el nuncio, el consejo de un profesional, de un técnico); la cooperación material es ajena a la validez y eficacia del acto jurídico. En cambio, la cooperación *jurídica* está destinada a concluir asuntos del principal con terceros. La cooperación jurídica puede asumir la forma de *sustitución que no requiere autorización* del sustituido o de la ley, por ejemplo, la acción subrogatoria u oblicua (art. 219.4), el contrato a favor de tercero (art. 1457) o de *sustitución que requiere necesariamente la autorización* del sustituido o de la ley (a esta forma de sustitución se le denomina también *interposición*). Por la *interposición* una persona se coloca en lugar de otra, previa autorización de esta o de la ley, para ejecutar, ante un tercero, un acto útil para el interpuesto como si el negocio fuera suyo propio.

595 DÍEZ-PICAZO, Luis, *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 23 y ss.

La representación es pues una forma de cooperación que tiene una importancia práctica considerable porque permite la realización de actos jurídicos en aquellos casos en que es imposible la actuación personal (lejanía, incapacidad, enfermedad, etc.) o no es aconsejable (v. gr. significa pérdida de tiempo para el interesado). Hace posible que una persona pueda realizar varios actos jurídicos al mismo tiempo en el mismo lugar o en lugares distintos por más distantes que estos se encuentren, multiplicando así las posibilidades de actuación del sujeto. Hay actos jurídicos que no se pueden realizar sino mediante representante como es el caso de los incapaces y de las personas jurídicas.

56. CLASES DE REPRESENTACIÓN

La representación es voluntaria cuando depende de la voluntad del representado, es legal cuando es impuesta por una norma legal, y es orgánica cuando resulta de los instrumentos que dan origen a una persona jurídica. También hay la representación judicial que es la que proviene de una resolución judicial.

La representación puede ser directa, cuando el representante actúa por cuenta, en interés y en nombre del representado; o indirecta, si el representante actúa por cuenta, en interés del representado, pero en nombre propio.

56.1. Representación voluntaria

La representación voluntaria o convencional es creada por decisión discrecional del representado que confiere a una persona (el representante), elegida por él, el poder de representarlo dentro de los límites por él mismo fijados. El representante actúa por decisión del representado y en estricta dependencia de su voluntad. La voluntad del representante depende de la voluntad del representado.

Se caracteriza por la amplia posibilidad de control del representado sobre el representante. Este no solo elige a su representante, sino que le confiere poder dentro de ciertos límites, le imparte directivas, instrucciones, para el ejercicio del poder, lo que puede reducir drásticamente el poder de decisión del representante; puede revocar o disminuir las facultades otorgadas; y no pierde el poder de realizar personalmente los mismos actos para los cuales ha otorgado la representación.

La representación voluntaria comprende solamente los actos que el representado puede celebrar por sí mismo. No es posible encomendar al representante la celebración de actos que el representado no puede celebrar por sí mismo.

Lo que no puede la persona realizar por sí, mucho menos lo podrá hacer a través de representante.

La extensión de las facultades del representante está determinada en el poder. Sin embargo se hubiera omitido consignar alguna facultad en el acto de apoderamiento, se debe entender que el representante está habilitado para llevar a cabo los actos necesarios para ejecución del encargo que se le ha encomendado, buscando siempre que el representante actúe buscando siempre las mayores ventajas para el representado

56.2. Representación legal

En la representación *legal*, llamada también *necesaria* porque sin ella los incapaces no podrían ejercer sus derechos, el representante es designado por la ley para que gestione los intereses de un incapaz de obrar. El poder del representante legal se deriva de la ley. El representante legal tiene autonomía para la gestión de los negocios del representado; su voluntad no depende de la voluntad del representado. La representación legal es obligatoria (ejemplos: la patria potestad, la tutela, la curatela). El papel de decisión del representado es nulo: no elige a su representante, no le confiere poderes ni tiene la posibilidad de revocar o modificar las facultades que por ley tiene el representante, ni condicionar el actuar de este, ni puede realizar los actos por sí mismo. La persona del representante, el contenido de sus poderes, las modalidades de su accionar están determinados directamente por la ley.

Con la representación legal, generalmente, se suple la falta de capacidad de obrar de una persona o se provee al cuidado de los bienes que están faltos de titular o cuyo titular no está en condiciones de asumir por sí mismo su gobierno. Junto a estas formas de representación legal, existen otras de contenido más limitado que pueden producirse con ocasión de procesos judiciales y que tienen un contenido económico. Por ej., el agente marítimo tiene la representación procesal del propietario, armador, naviero, porteador y capitán de las naves extranjeras que agencia.

La representación legal y la voluntaria se diferencian por:

- La *fuentes*: la fuente de la representación legal es la ley; en cambio, la fuente de la representación voluntaria es la voluntad del representado. El poder de la representación legal es originario y el poder de la representación voluntaria es derivado.

- El *fundamento*: con la representación legal se tutelan intereses generales y con la representación voluntaria se tutelan intereses particulares;
- La representación voluntaria es una manifestación de la autonomía de la voluntad privada. El sujeto, valiéndose de un representante, amplía su capacidad de acción; contrariamente la representación legal es impuesta por la ley y limita la autonomía privada del incapaz. La representación voluntaria es la manifestación de la autonomía y la legal es la expresión de la heteronomía.
- El representante legal actúa con gran independencia de la voluntad del representado, en cambio el representante voluntario debe actuar dentro de los límites impuestos por la voluntad del representado.

56.3. Representación orgánica

Las personas jurídicas carecen de intelecto y de corporeidad para poder celebrar actos jurídicos. Los órganos de gobierno constituyen uno de los elementos esenciales que integran la persona jurídica, sin los cuales no podría tener actuación social. La voluntad de las personas jurídicas es la voluntad de sus órganos de gobierno. Las personas jurídicas realizan actos jurídicos mediante sus órganos de gobierno (consejo de administración, junta directiva, presidente, gerente, etc.). Al igual que la legal, la representación orgánica es también *necesaria*, debido a que la persona jurídica no podría celebrar actos jurídicos si no estuviera representada por personas físicas.

Dado a que el órgano es parte de la persona jurídica, esta no puede existir sin aquél (la voluntad del órgano se identifica con la del ente social) se cuestiona que la forma de actuar de la persona jurídica deba considerarse como un supuesto de representación. No sin razón se afirma que la representación, comportando la sustitución de un sujeto por otro en la realización de una actividad jurídica con terceros, con efectos para el sustituido, supone la posibilidad de individualizar dos sujetos distintos: el sustituido y el sustituto. Posibilidad que no se da en la actividad realizada por el órgano de la persona jurídica. La persona jurídica actúa solo a través de sus órganos, la actividad que realizan estos es atribuida directamente a aquella, no siendo posible separar entre sujeto que realiza la actividad jurídica y sujeto sobre el cual recaen los efectos de dicha actividad⁵⁹⁶.

596 CATAUDELLA, Antonio, *I contratti. Parte generale*, 2.ª ed., Giappichelli, Turin, 2000, p. 238.

En suma, la representación presupone la existencia de dos voluntades distintas y autónomas: la del representante y la del representado. Esto no se da en la actuación de las personas jurídicas, en las que no hay una voluntad autónoma de los órganos de Gobierno.

Distinto es si los órganos de las personas jurídicas legitimados para ello otorgan poder a terceros. Estos actúan no como órganos de las personas jurídicas ni como representantes del órgano —la persona natural o física— que les otorgó el poder, sino por cuenta, en interés y en nombre de la persona jurídica, es decir, como representantes de la persona jurídica. Por ejemplo, si el gerente de una sociedad anónima, dentro del límite de sus facultades otorga poder a un tercero, este no es representante del gerente sino de la sociedad; si el gerente fallece o deja de ser tal, el poder subsiste; el gerente que cesa en sus funciones, pierde la facultad de revocar el poder.

Sin embargo, se habla de representación orgánica debido a que la voluntad del órgano produce efectos que no son para él ni para las personas naturales que lo integran, sino que esos efectos se producen en una esfera jurídica ajena: la de la persona jurídica. El ordenamiento jurídico societario (Ley N° 26887) se refiere a los órganos de gobierno como representantes de las sociedades mercantiles, civiles y sus sucursales⁵⁹⁷. La representación orgánica se asimila a la re-

597 *Ley General de Sociedades, Ley N° 26887*: “Art. 12.- *Alcances de la representación*. La sociedad está obligada hacia aquéllos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro del objeto social.

Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que esta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.

La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social”.

“Art. 171.- *Ejercicio del cargo y reserva*. Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal.

Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones”.

“Art. 172. El directorio tiene la facultad de gestión y representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general”.

presentación directa, por lo que las normas que regulan a esta son de aplicación supletoria a aquélla.

56.4. Representación judicial

La representación proviene de una resolución judicial dictada frente a una imposibilidad material como es, por ejemplo, el caso del desaparecido (persona que no se encuentra en su domicilio o de la que no se tiene noticias sobre su paradero) que no tiene representante ni mandatario, el juez, a solicitud de sus parientes puede designar un curador interino de sus bienes (art. 47 y 597); la representación del hijo que está por nacer con padre premuerto (hijo póstumo) y con la madre destituida de la patria potestad (art. 598).

56.5. Representación directa

En la representación *directa* o representación propiamente dicha, el representante (o apoderado) actúa *por cuenta, en interés y en nombre* del representado (o poderdante o *dominus negotii*), de tal forma que los efectos del acto realizado entre el representante y el tercero (*acto representativo*) entran inmediatamente en la esfera jurídica del representado.

Los actos celebrados por el representante *en nombre del representado*, tanto en la representación voluntaria como en la legal, y en los límites conferidos por el acto de apoderamiento (acto de otorgamiento del poder) o por la ley, producen efectos directamente en la esfera jurídica del representado.

Señala Domínguez: “La esencia de la representación está en la sustitución de identidades, de un sujeto a otro; el representante sustituye al representado con una imputación extensiva, pues lo que hace el primero es atribuible jurídicamente al segundo. Ciertamente es que el representante obra a nombre del representado, pero ese actuar implica también hacerlo por cuenta de este, es decir, que el representante al actuar no ve afectado su status, sino que los efectos producidos por ese actuar, sean positivos o negativos, se incorporan al cúmulo de derechos, obligaciones y situaciones jurídicas en general del representado. Precisamente por ello esa actuación es de uno a nombre y por cuenta de otro”⁵⁹⁸.

Partes sustanciales del acto jurídico son el representado y el tercero, mientras que el representante es solamente *parte en sentido formal*.

Es sustancial en la representación directa el *actuar en interés ajeno* (el interés del representado) y *en nombre del representado*.

El representante concluye el acto o negocio jurídico con el tercero, pero permanece ajeno a la relación, es excluido *ab initio* de ella. A consecuencia de la directa y automática vinculación entre representado y tercero, ya que el representante actúa en nombre del representado, se denomina a este fenómeno representativo como representación directa⁵⁹⁹.

El representante manifiesta su voluntad con efectos para el representado. El representante actúa en nombre del representado, pero en virtud de su propia voluntad. En esto se diferencia el representante del nuncio (mensajero o emisario), quien lleva o repite una voluntad ajena cual una carta o un fax o e-mail; en consecuencia, no es parte en el acto con el tercero, no realiza un acto representativo.

En la esencia de la representación directa está el *poder* que nace de una relación que sirve de causa eficiente (ley, contrato, resolución judicial, etc.). Al tercero que realiza el acto con el representante solo le interesa comprobar la existencia del poder, sin importarle la validez o invalidez de la relación causal de la cual se deriva.

En el proceso de la representación directa se dan tres elementos sucesivos:

- a) *Acto causal* del que surge el poder, por el cual se rigen las relaciones entre representado (poderdante) y representante (apoderado);
- b) *Poder*, que es el efecto del acto causal, cuya misión es facultar al representante y legitimar su actuación, produciendo sus efectos frente al tercero con abstracción del acto causal que le dio origen; y
- c) El acto celebrado por el representante con el tercero (*acto representativo*) por el que se regula las relaciones entre el representado o *dominus negotii* y el tercero.

La representación directa puede ser voluntaria o legal.

599 Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos del Derecho civil*. Parte general, vol. III, Dykinson, Madrid, 2000, p. 270: "La concepción clásica de representación, es la representación directa entendida como un fenómeno jurídico en virtud del cual una persona actúa en nombre y en interés (y en asuntos) de otra, produciéndose en el patrimonio o esfera jurídica de esta última, directa e inmediatamente, los efectos jurídicos de aquella actuación".

56.6. Representación indirecta

La representación es indirecta (denominada también impropia, oculta o mediata) cuando el representante actúa por cuenta del representado, pero no en nombre de este, sino en nombre propio. Frente al tercero, el representante se presenta como parte directamente interesada en la realización del acto jurídico, cerrándolo en su propio nombre, sin mencionar para nada el nombre del representado. Los efectos del acto que celebra el representante indirecto con el tercero no entran inmediatamente en la esfera jurídica del representado, sino del representante, quien, en ejecución del encargo, deberá transferirlos al representado mediante otro acto jurídico.

En la representación indirecta se dan tres actos sucesivos:

- a) Del representado con el representante, en cuanto este recibe el encargo de actuar por cuenta de aquél;
- b) Del representante con el tercero, acto al cual es ajeno el representado; y
- c) Del representante con el representado por el cual este recibe de aquél lo que adquirió por su cuenta.

En la *representación directa* el representante actúa por cuenta, en interés y *en nombre del representado*, de modo que los efectos del acto que realiza se producen directa e inmediatamente para el representado. En cambio, en la *representación indirecta*, el representante actúa por cuenta y en interés del representado, pero *en nombre propio*, cerrando el negocio en su propio nombre. Hay una doble traslación de derechos y obligaciones: la primera, del tercero al representante; y la segunda, del representante al representado. Ejemplo típico de la representación indirecta es el mandato en el cual el mandatario carece de poder otorgado por el mandante, figura que el Código civil denomina mandato sin representación (arts. 1809 y ss.)⁶⁰⁰.

Es sustancial en la representación indirecta el *actuar en interés ajeno*, pero *en nombre propio*.

En la doctrina se discute si la representación indirecta es realmente una representación.

600 Art. 1809.- 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.

56.7. Representación activa y pasiva

La representación es *activa* cuando el representante celebra un acto jurídico por cuenta y en nombre del representado, manifestando su propia voluntad; y es *pasiva*, cuando el representante no manifiesta su voluntad sino *recibe*, en nombre del representado, la declaración de voluntad de un tercero. Por ejemplo, el pago hecho al representante del acreedor (art. 1224).

56.8. Representación procesal

Por la representación procesal se faculta al representante para comparecer en el proceso judicial ejerciendo los derechos de su representado. Es conferida por el representado o por ley⁶⁰¹. Está regulada en los arts. 63 y ss. del CPC.

La representación procesal puede ser *singular* cuando el poder recae en un solo representante y *plural* cuando los representantes son dos o más.

Las personas naturales con capacidad de ejercicio pueden comparecer al proceso por sí mismas o para conferir representación designando apoderado procesal (art. 58 del CPC). Procede la representación procesal de las personas naturales que no tienen el libre ejercicio de sus derechos civiles, de las personas jurídicas, de los patrimonios autónomos⁶⁰² (como, por ej., el de la sociedad

601 Por ej., para el proceso de alimentos, al art. 561 del CPC establece que ejercen la representación procesal: el apoderado judicial del demandante capaz; el padre o la madre del menor alimentista, aunque ellos mismos sean menores de edad; el tutor; el curador; los defensores de menores a que se refiere el Código de los Niños y Adolescentes; el Ministerio Público en su caso; los directores de los establecimientos de menores; y los demás que señale la ley.

Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809: Art. 61.6. Los representantes designados por la Junta de Acreedores tienen las facultades generales y especiales de representación establecidas en el Código Procesal Civil desde el momento de su designación, salvo acuerdo en contrario.

602 CPC: Art. 65.- *Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica.*

En el patrimonio autónomo tiene la calidad de parte material la entidad jurídica distinta a quienes la integran, el representante es solo parte formal.

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, en este caso, el Artículo 93. Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se estará a lo dispuesto en el Artículo 435.

El que comparece como demandado y oculta que el derecho discutido pertenece a un patri-

conyugal) y de quienes tienen capacidad para comparecer por sí mismos en el proceso cuando optan por nombrar uno o más apoderados. Al representante procesal del Estado se le denomina procurador público (art. 47 de la Constitución y Decreto Legislativo N° 1068).

Solamente pueden ser apoderados quienes cuentan con capacidad de ejercicio (art. 70 del CPC).

Por la formalidad, el poder para litigar puede ser otorgado por escritura pública, no siendo necesaria su inscripción en los registros públicos, o por acta ante el juez del proceso, redactada por el secretario del juzgado, indicándose las facultades generales y especiales otorgadas. El poder otorgado en el extranjero debe ser aceptado por el representado en el escrito con el que se apersona al proceso. Las facultades especiales se rigen por el principio de la literalidad. El art. 72 del CPC señala que el poder se otorga solo por escritura pública o por acta ante el juez del proceso, salvo disposición legal diferente. Un caso de otorgamiento de poder distinto al establecido por el art. 72 es el de la representación judicial del abogado, la cual se otorga en el primer escrito que se presenta en el proceso, confiriéndole las facultades del art. 74 del CPC. En el escrito por el que se otorga la representación al abogado se debe indicar el domicilio personal del representado y su declaración de estar instruido de la representación o delegación que otorga y de sus alcances (art. 80 del CPC).

La representación procesal puede ser general o especial. La *general* confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. Se entiende otorgada para todo el proceso, incluyendo la ejecución de la sentencia y el cobro de costos y costas. La representación procesal legitima al representante para su intervención en el proceso y la realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieren la intervención personal y directa del representado (art. 74 del CPC).

El abogado, sin necesidad de la intervención de su cliente, puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley. El abogado no requiere poder especial para interponer medios impugnatorios, en representación de

monio autónomo del que forma parte, se le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta unidades de referencia procesal, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 4.

su cliente (art. 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por Ley N° 26624).

La representación procesal *especial* requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvenções, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley. Se rige por el principio de la literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente (art. 75 del CPC).

Las personas jurídicas están representadas en el proceso, de acuerdo con lo que disponga la Constitución, la ley o el respectivo estatuto (art. 64 del CPC). Respecto de las sociedades mercantiles y civiles, la Ley N° 26887, vigente desde el 1.1.98, en su art. 14 establece que el gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación estatutaria en contrario⁶⁰³.

603 *Ley General de Sociedades, Ley N° 26887*: "Art. 14. *Nombramientos, poderes e inscripciones*. El nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad así como el otorgamiento de poderes por esta surten efectos desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes.

Estos actos o cualquier revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas mencionadas en el párrafo anterior o de sus poderes, deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante, según el caso.

Las inscripciones se realizan en el registro del lugar del domicilio de la sociedad por el mérito de copia certificada de la parte pertinente del acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente. No se requiere inscripción adicional para el ejercicio del cargo o de la representación en cualquier otro lugar.

El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código Procesal Civil y de las facultades de representación previstas en la Ley de Arbitraje, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario".

La Corte Suprema ha resuelto: "Siendo la recurrente una persona jurídica, la representación que le corresponde es la de carácter legal, pues tiene su fuente de origen en una disposición legal expresa, tal es el caso de los artículos doce y catorce de la Ley General de Sociedades" (Cas. N° 2483-99-Amazonas).

Para ejercer la representación, bastará que el gerente o el administrador presente la copia notarialmente certificada del documento donde conste el nombramiento debidamente inscrito.

Existe *patrimonio autónomo* cuando dos o más personas tienen derechos o intereses comunes respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica. La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus copartícipes, si son demandantes (representación activa). Si son demandados (representación pasiva) la representación recae sobre todos sus titulares, siendo de aplicación el art. 93 del CPC que establece: “Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, solo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario”. Si se desconoce a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se les emplazará mediante edictos (art. 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 no menor de diez ni mayor cincuenta unidades de referencia procesal, sin perjuicio de la obligación de indemnizar los daños (art. 50 del CPC).

La procuración oficiosa está regulada en el art. 81 del CPC, el cual dispone:

“Se puede comparecer en nombre de quien no se tiene representación judicial, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la persona por quien se comparece se encuentre impedida de hacerlo por sí misma, estuviere ausente del país, tenga razones de fundado temor o amenaza, se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro o cualquier otra causal análoga y desconociera la existencia de representante con poder suficiente.
2. Que cuando la parte contraria lo pida, el procurador preste garantía suficiente a criterio del juez de que su gestión será ratificada por el procurado, dentro de los dos meses siguientes de comparecer este.

Si no se produce la ratificación, se declarará concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios, así como a las costas y costos, siempre que, a criterio del juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria.

Se presume con carácter absoluto la ratificación de la procuración cuando el interesado comparece por sí o debidamente representado y no rechaza expresamente la actuación del procurador. Es inválida la ratificación par-

cial o condicional. La ratificación tiene efectos retroactivos a la fecha de comparecencia del procurador, sin perjuicio del derecho de terceros”.

El patrocinio de *intereses difusos* está regulado en el art. 82 del CPC, modificado por Ley N° 27752 del 8.6.02. Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Son legitimados para promover o intervenir en el proceso sobre intereses difusos, el Ministerio Público, los gobiernos regionales, las comunidades campesinas, las comunidades nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según Ley y criterio del juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello. Las rondas campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las comunidades campesinas en los lugares donde estas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin intervención de los gobiernos locales, el juez deberá incorporarlos en calidad de *litisconsorcios necesarios* (arts. 93 a 95 del CPC).

57. LAS PARTES DE LA RELACIÓN REPRESENTATIVA

La relación representativa origina la intervención de tres partes: el representado, el representante y el tercero.

El *representado* o *dominus negotii* es el sujeto principal, dueño o titular del derecho o interés que es gestionado por el representante; es la persona en quien ha de recaer, directa (si la representación es directa) o indirectamente (si la representación es indirecta), los efectos del acto llevado a cabo por el representante. Se le denomina “dueño del negocio o acto jurídico”.

Cualquier persona puede ser representada por otra en la realización de sus actos jurídicos, salvo que exista prohibición expresa, por ejemplo, el testamento no puede ser otorgado mediante representante. Los incapaces y los ausentes solamente pueden realizar actos jurídicos mediante sus representantes, es decir, siempre son representados.

El *representante* es la persona que actúa por cuenta y en interés del representado; no ejerce un derecho propio, sino un derecho que es del representado. El representante actúa siempre por cuenta y en interés del representado, pero puede también actuar en interés propio, cuando los efectos del negocio repercuten en el patrimonio del propio representante en virtud de una relación interna entre él y el representado. Al representante que actúa en su propio interés se le llama *procurator in rem propriam*.

El *tercero* es la persona con quien el representante celebra el acto jurídico que le ha encomendado el representado.

58. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La representación directa no fue conocida, en un principio en el Derecho romano clásico. No se podía admitir que una voluntad ajena pueda sustituir plenamente a la voluntad propia, al extremo que el acto realizado por el representante produzca los mismos efectos que se habrían producido si el acto hubiera sido realizado por el representado. No era posible actuar en interés ajeno, sino solo en nombre propio; lo que implicaba que para celebrar un acto por cuenta de otro sujeto, se debía primero celebrar el acto en nombre propio, para luego transmitirle los efectos al interesado (a esto es lo que hoy se le denomina representación indirecta).

En los grupos familiares primitivos estaba prohibido actuar en nombre de otro; el único que podía adquirir y enajenar era el *paterfamilias*. Comúnmente se decía que no se puede adquirir por medio de un extraño (Gayo 2,95: *vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquirri no posse*)⁶⁰⁴. Esta regla presentaba las excepciones siguientes: Las adquisiciones hechas por un *servus* (siervo) o por un *filius* (hijo) determinan que los bienes adquiridos ingresan directamente en el patrimonio del *pater*; cuando el *pater* se dedica al comercio o a la *exercitium navis*, los actos del *institor* (ahora el gerente) obligan directamente al *dominus negotii*; la posesión podía ser adquirida mediante un tercero⁶⁰⁵. El hijo era considerado como una sola persona con su padre en cuanto a hacer mejor su condición; la voz del hijo era la voz del padre mismo. El esclavo era un elemento general de su amo. Todas las otras personas eran extrañas, por lo que no se podía

604 PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, cit., p. 617.

605 DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 27.

adquirir absolutamente nada por medio de ellas. Por eso Paulo a una consulta respondió: *per liberam personam quae neque iuri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus.*

El acto jurídico realizado por el tutor, procurador, etc., produce sus efectos en la esfera jurídica del gestor (el representante). Aun en la tutela, en la cual, o bien intervenía el pupilo en el acto autorizado por el tutor, o era el tutor solo en su calidad de administrador quien gestionaba. En el caso de obrar el pupilo autorizado por su tutor las consecuencias del acto se realizaban directamente en la persona del pupilo. Cuando gestionaba el tutor sin la participación del pupilo, al contrario, el acto pertenecía al tutor; era él quien resultaba acreedor o deudor. Tal era la consecuencia del principio que excluía la representación, es decir, que no admitía que los actos ejecutados por una persona, pudiesen jamás ser reputados como hechos por otra⁶⁰⁶.

El contrato era un acto personalísimo, intransferible y formalista que no permitía admitir como propia la voluntad emitida por otra persona. El acto jurídico solamente era eficaz frente a quien o quienes habían observado las formas rituales establecidas. No era posible el efecto jurídico directo entre el representado y el tercero con quien el representante ha contratado.

En la práctica los romanos recurrieron a lo que ahora se conoce como representación indirecta. El tercero que contrata con el gestor adquiere derechos y contrae obligaciones con dicho gestor y viceversa. No hay efecto directo entre el *dominus negotii* y el tercero con el cual el gestor ha contratado, sino solamente un efecto entre el gestor y el tercero. Pero el gestor asume frente al *dominus negotii* la obligación de transmitirle posteriormente los efectos adquiridos. Debido a la inconveniencia que presentaba la existencia de estas dos operaciones sucesivas, entre las cuales podía sobrevenir la insolvencia del gestor, con el consiguiente perjuicio para el *dominus*, los juristas romanos recurrieron a la aplicación de las acciones útiles, por las que la segunda operación se consideraba subentendida en la primera y sin necesidad de que ella fuera verificada se acordaba a los representados acciones para exigir el cumplimiento de los derechos emergentes del acto celebrado por el representante⁶⁰⁷.

606 CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, T. XI [*De las obligaciones II*], Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 377.

607 Ver: SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho civil argentino. Parte general*, 10.^a ed., TEA, Buenos Aires, 1959, T. II, p. 254.

Los resultados que ahora se obtienen mediante la representación, los romanos lo obtenían mediante el mandato. Los terceros se vinculaban con el mandatario con quien contrataban, permaneciendo extraños a las relaciones entre este y su mandante. El mandatario contrataba en su propio nombre y resultaba acreedor o deudor; el mandante, *dominus, mandans*, no figuraba en el acto; pero como el mandatario obra por cuenta del mandante, estaba obligado a transferirle los derechos y las cargas de la gestión. El contrato de mandato se inspiró en la amistad, fue un contrato consensual, gratuito, desde la época de *Quinto Mucius Scaevola*, consul en año 659 de Roma. Posteriormente se admitió la representación para la celebración de contratos, pero se la confundió con el mandato.

Más tarde la representación fue admitida para las enajenaciones resultantes de la tradición y para las adquisiciones de la misma especie; se permitió hacerse representar, por sus hijos, por sus esclavos o por personas libres, con excepción de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* que se regían por sus fórmulas sacramentales.

En el Derecho intermedio, durante los siglos XII a XVI, el principio romano, según el cual *per extraneam personam nemo adquiri potest*, cedió el paso al principio consagrado en el Código Canónico que dice: *potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum*, dándose paso así a la representación directa que fue universalmente aceptada. El Código Canónico admite que la investidura a un clérigo ausente con un beneficio eclesiástico pueda hacerse por intermedio de otra u otras personas que lo sustituyan en el acto de la investidura; permite la celebración de un matrimonio por medio de un mandatario especial.

Pero los canonistas medioevales y los pandectistas alemanes al ocuparse, estos últimos, de la declaración de voluntad, estructuraron la teoría de la representación a expensas de las reglas del mandato, tomadas en gran parte del Derecho romano.

En Francia, Domat⁶⁰⁸ en el s. XVII dice que “la procuración es un acto por el cual el que no puede ocuparse por sí mismo de sus negocios, da poder a otro para hacerlo por él, como si estuviera él mismo presente; ya se trata simplemente de administrar o tener cuidado de algún bien o de algún negocio, o ya sea para tratar con otras personas”.

608 DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Michel Brunet, París, 1735, T. I, tit. 15, sec. I, nº 1.

En el s. XVIII, Pothier⁶⁰⁹ admite que “podemos prestar nuestro ministerio a otra persona a fin de contratar por ella, estipular o prometer por ella”. Pothier agrega: “Contratamos por el ministerio de otra persona, no solamente cuando alguno nos presta puramente su ministerio, contratando en nuestro nombre y no en el suyo, como cuando contratamos por el ministerio de nuestros tutores, curadores, procuradores, etc., que contratan en su calidad de tutores, curadores, procuradores, etc., y no en su propio nombre. Se reputa también que contratamos por el ministerio de otro, aunque contrate él mismo en su nombre, cuando contrata en negocios, cuya administración le hemos confiado, pues poniéndolo al frente de esos negocios, se considera que hemos adoptado y aprobado de antemano todos los contratos que él haría para los negocios que le hemos confiado, como si nosotros mismos hubiéramos contratado; y se considera que hemos accedido a todas las obligaciones que de ello resulten”.

El *Code Napoleon* y los que en él se inspiraron no diferenciaron entre mandato y representación. El *Code Napoleon*, siguiendo la tradición romana, habla solamente de gestión de negocios y del mandato. No contiene una teoría general sobre la representación, sino que la trata junto con el mandato.

La reelaboración de la figura de la representación con efectos directos e inmediatos para el *dominus negotii* es obra de los juristas alemanes del s. XIX (Savigny, Ihering, Windscheid) y alcanzó consagración legislativa en el Código civil alemán.

Rodolfo von Ihering fue el primero en advertir que *mandato* y *representación* no son nociones inseparables, sino que pueden existir independientemente. En su obra publicada en 1857, traducida al francés por Menlanaere, con el título: *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, dice: “¿Qué de veces no se las encuentra empleadas como equivalentes, cuando sin embargo, aun en los casos particulares en que ellas se confunden designan dos lados completamente diferentes de la relación jurídica? En efecto, en la representación por mandato, las palabras mandatario y mandante designan la relación relativa de estas dos personas, el *lado interno* de la relación jurídica; mientras que las palabras representante y principal (representado) designan su calidad con respecto a las terceras personas, su carácter absoluto, el *lado exterior* de la relación jurídica (...). Hay mandatarios que no son representantes (el reemplazante) y representantes

609 Ver POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, cit., N°(s) 53, 74 y 75.

que no son mandatarios (por ejemplo el tutor, el *negotiorum gestor*, cuando han concluido el contrato como *representantes* y no como *reemplazantes*)”.

Windscheid, en su obra *Derecho de Pandectas* distingue entre mandato y poder. Mandato significa que uno debe o está obligado a hacer algo; mientras que poder supone que uno tiene la potestad de hacer; el mandato es una relación obligatoria entre mandante y mandatario; mientras que el poder designa la posición jurídica individual de la persona del apoderado, contemplada desde el lado externo, es decir, por los terceros que contratan con él; cabe un mandato sin poder y un poder sin mandato.

Laband⁶¹⁰, que en 1866 publicó *Zeitschrift für Handelsrecht*, dice que nada ha sido tan perjudicial para el concepto de la representación como la confusión de la representación con el mandato a que dio ocasión el Derecho romano. Cuando una persona actúa en lugar de otro en virtud de un poder, se supone que existe mandato; al representado se le llama mandante y al representante mandatario. Mandato y poder pueden coincidir, cuando confiero mandato para que realicen un negocio en mi nombre. Pero todo mandatario no está autorizado para actuar como representante del mandante. Mandato y poder solo coinciden ocasionalmente; son dos relaciones distintas. Puede existir mandato sin poder, o sea un encargo que el mandatario ejecute en su propio nombre. Cabe un mandato con orden expresa al mandatario de ocultar el nombre del mandante. Hay poderes sin mandato, el factor, el socio colectivo, el presidente de una sociedad anónima, el naviero, etc., tienen poder de representación, lo mismo si existe que si no existe el mandato.

Los pilares básicos⁶¹¹ de esta teoría clásica de la representación son los siguientes:

- 1° *La incardinación de la representación en la teoría general del negocio jurídico.* La representación es la conclusión de un acto jurídico en nombre del representado y con efectos inmediatos para el representado y no para el representante. Por eso, la representación es un capítulo de la teoría general del acto jurídico. La principal crítica que se hace a este postulado es que la representación excede el ámbito del Derecho privado, abarcando el procesal, el administrativo, el internacional, etc.

610 Citado por DíEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., pp. 36-37.

611 DíEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., pp. 32 y ss.

- 2º *La actuación en nombre ajeno como elemento del fenómeno representativo.* Para que exista representación es suficiente que el representante que cuenta con poder de representación actúe en nombre del representado. Pero se admite también la representación indirecta (sin poder). La objeción que se formula contra este pilar clásico es que en la representación no es suficiente el actuar en nombre ajeno, sino que es necesario la *contemplatio domini*, esto es, que el representante dé a conocer al tercero no solo su calidad de representante, sino también la identidad de la persona a quien representa, siendo menester que la voluntad de ambos, del representante y del tercero, se centre en que el acto que celebran es con eficacia inmediata para el representado (heteroeficacia).
- 3º *El dogma de la irrelevancia del interés gestionado por el representante.* El representante actúa tutelando el interés del representado, no un interés propio. Pero se acepta también la representación en interés del representante.
- 4º *La distinción entre mandato y poder.* El acto de apoderamiento es unilateral e independiente de la relación jurídica básica o subyacente que le da origen y que le sirve de fundamento. El mandato es un contrato celebrado entre el mandante y el mandatario. Hay mandato con poder o sin poder (por ejemplo, cuando se quiere ocultar a la persona del mandante) y poder sin mandato. El poder puede provenir de un mandato o de cualquier otro acto jurídico (contrato de trabajo, sociedad, etc.).

Los Códigos antiguos como el francés, influido por la concepción de los pandectistas, regulan el mandato y la representación como conceptos idénticos e inseparables; mientras que los códigos modernos legislan el mandato y la representación en sectores distintos, aquél en los contratos y esta en capítulo aparte.

El Código peruano distingue entre representación y mandato; regula a la representación en el Libro II y al mandato en el Libro VII.

59. ÁMBITO DE LA REPRESENTACIÓN

Por regla se admite la representación para todos los actos jurídicos. Por excepción, no se acepta para los actos relativos al Derecho de familia u otros actos para los cuales la ley requiere la participación del interesado. Pero se admite el matrimonio mediante representante.

La representación está excluida de los actos *mortis causa*. No se puede otorgar testamento mediante poder.

La representación excede el ámbito de la teoría general del acto jurídico, esto es, el objeto de la representación no es solamente la celebración de uno o más actos jurídicos en nombre del representado, sino que el representante puede, además, ejercitar los derechos subjetivos del representado, sin que ello signifique la celebración de actos jurídicos. Por ejemplo, formular una reclamación extrajudicial, hacer un requerimiento o una intimación; constituir en mora al deudor de su representante, interrumpir la prescripción de un crédito, ejercitar la facultad de la elección de las obligaciones alternativas, etc.⁶¹².

El poder para el matrimonio tiene una regulación especial. El art. 264 prescribe: *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. Es indispensable la presencia de esta última en el acto de la celebración. El matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o deviene incapaz antes de la celebración, aun cuando el apoderado ignore tales hechos. Para que surta efecto la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayente. El poder caduca a los seis meses de otorgado.*

60. DISTINCIÓN ENTRE REPRESENTANTE Y NUNCIO

Es distinta la figura del representante de la del nuncio.

El nuncio (*nuncius*), emisario, mensajero, portavoz o transmisor de noticias es un colaborador material del *dominus negotii*. El nuncio carece de toda iniciativa en la formación del negocio, se limita a comunicar a otro la declaración de voluntad del *dominus*; es un órgano o instrumento de transmisión de la voluntad ajena, equiparable a cualquier medio de que nos servimos para comunicar nuestra voluntad a distancia, como el correo, fax, e-mail, etc.

Como el nuncio no manifiesta una voluntad propia porque es solamente un portavoz del interesado, no se requiere que cuente con capacidad de goce ni con capacidad de ejercicio. El *nuncius* es simplemente el portavoz de la voluntad totalmente predeterminada por el interesado⁶¹³. El nuncio no declara su

612 DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 83.

613 PAolo Papanti-Pellettier sostiene que en caso de determinación parcial del contenido del acto jurídico por obra del representado, el representante, respecto a la parte predeterminada,

propia voluntad sino la voluntad del interesado, razón por la que no se requiere que cuente con capacidad de obrar, ni siquiera la capacidad natural de discernimiento, siendo suficiente la eficacia material de su actividad de transmisión de la voluntad del interesado. Los vicios de la voluntad deben valorarse respecto al interesado, porque es su voluntad la que ha formado el acto jurídico. El interesado está vinculado a la declaración transmitida de manera infiel por el nuncio, pues es él quien debe soportar el riesgo por el mal funcionamiento del medio de transmisión de su voluntad que ha elegido. En casos ambiguos que no permiten definir con claridad si se trata de representante o de nuncio, es necesario determinar el grado de discrecionalidad con el que actúa el sujeto para colocarlo en la situación de representante o de nuncio; el primero cuenta con autonomía de voluntad, mientras que el segundo carece de autonomía volitiva, o sea el representante actúa por sí mismo, manifiesta su voluntad, en tanto que el nuncio actúa como mero transmisor de la voluntad⁶¹⁴.

Si yo quiero hacer una oferta o aceptar la que me están formulando desde un lugar distante me puedo valer del teléfono, de una carta, del fax, del correo electrónico, de un amigo que viaja a ese lugar para transmitir mi declaración de voluntad. El nuncio no celebra o concluye el acto sino que se limita a transmitir la voluntad ya formada de la persona que lo celebra, por lo que su colaboración es completamente ajena a la validez y eficacia del acto. De allí que no se requiere que el nuncio cuente con una especial capacidad⁶¹⁵ de obrar para que desempeñe

obra como nuncio, y respecto a la parte no predeterminada, actúa como representante (citado por CATAUDELLA, *I contratti, Parte Generale*, cit., p. 237).

- 614 “Si el sujeto al llevar la voluntad contractual manifiesta el ejercicio de algún margen de discrecionalidad en la formación de esta, se presenta como representante y así debe ser considerado; debe ser considerado como *nuncius* si se presenta como portador de una voluntad de ningún modo conformada por sus elecciones discrecionales. Por ello podrá calificarse *nuncius* también quien pone por escrito y lleva a la contraparte la voluntad contractual manifestada verbalmente por el interesado (ROPPO, *El contrato*, cit., p. 256).
- 615 Es de opinión contraria DÍEZ-PICAZO, (*La representación en el Derecho privado*, cit., p. 56): “El nuncio, se dice, no necesita de la capacidad exigida para ser representante. Le basta la capacidad natural para entender. Pero esta idea parece totalmente equivocada. Señalaremos, en primer lugar, que para muchos autores y para algún ordenamiento positivo, tampoco el genuino representante necesita más que la capacidad natural. Señalaremos, además, que la asunción de la función del nuncio implica una determinada responsabilidad, para la cual se precisa (v. gr., responsabilidad por una fiel reproducción de la declaración) la capacidad necesaria para obligarse. Finalmente, que las consecuencias de la intervención de un nuncio incapaz no son distintas de las que se producen por la intervención de un representante incapaz”. Díez-Picazo dice que no existe ninguna diferencia sustancial entre nuncio y repre-

su función, capacidad que sí se exige que posea el *dominus*. Nada impide que se pueda encargar a un niño u otro incapaz que cuente solamente con la capacidad natural de entender, que entregue a otra persona una determinada cantidad de dinero o cualquier otro bien para, por ese medio, cerrar un negocio. Ni siquiera se exige que el nuncio tenga capacidad de comprender el sentido de lo que transmite.

En cambio, el representante sustituye la voluntad del *dominus negotii* por la suya propia. El representante tiene iniciativa en la formación del acto jurídico. El representante no es un mero transmisor de la voluntad del representado, sino que manifiesta su propia voluntad aun cuando esta esté determinada plenamente por la voluntad del representado. La cooperación del representante no es meramente material, sino fundamentalmente jurídica, la cual determina la validez y eficacia del acto jurídico. Como el representante manifiesta su propia voluntad (si bien determinada por la voluntad del representado) si carece de capacidad, el acto que realice es nulo o anulable, según que su incapacidad sea absoluta o relativa.

El representante celebra el acto jurídico, en cuanto emite su declaración de voluntad en nombre del representado. El nuncio, en cambio, solamente transmite la declaración de voluntad emitida por otro. El representante dice compro en nombre de A, mientras que el nuncio dice A le comunica que él compra. En los actos jurídicos formales solemnes, el nuncio solo podría transmitir una manifestación de voluntad ya documentada formalmente; "en un negocio que deba ser documentado formalmente, solo puede intervenir otra persona distinta de las partes, siempre que lo haga como representante, no como nuncio"⁶¹⁶.

La voluntad del representante puede estar determinada parcialmente por la voluntad del representado, así sucede cuando aquél queda en libertad, v. gr., de celebrar o no el acto, de elegir la clase de acto que llevará a cabo (por ej., cuando se le ha dado poder para que venda o para que arriende), de concluir los términos y condiciones del acto. Pero la voluntad del representante puede estar determinada totalmente o, mejor, casi totalmente por la voluntad del representado, por ejemplo, Juan nombra como representante a Pedro para que este venda un bien de propiedad de aquél, por el precio fijo e invariable de cien mil soles paga-

sentante.

616 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 882.

deros al contado, venta que debe efectuarla a Jorge y no a otra persona, pero no por esto podemos decir que Pedro no es representante sino nuncio. No hay duda que Pedro es representante, pues él no se limita a comunicar a Jorge que Juan le vende el bien, sino que él, en interés y en nombre de Juan, celebra el contrato de compraventa con Jorge. En el contrato de compraventa que celebra con Jorge, Pedro manifiesta su propia voluntad aun cuando esta está determinada íntegramente, o casi íntegramente, por la voluntad del *dominus* Juan.

El representante manifiesta su voluntad de celebrar el acto jurídico con efectos para su representado, en cambio, el nuncio no dice que celebra el acto jurídico, sino solamente se limita a comunicar la voluntad del *dominus*; el representante es declarante en el acto jurídico y el nuncio es portavoz de la declaración de voluntad para que llegue a su destinatario. En la representación directa, el representante requiere necesariamente de un poder de representación otorgado por el representado para disponer o administrar sus bienes, o gestionar sus intereses; el nuncio no cuenta ni necesita contar con poder. La figura del nuncio se admite solamente en los actos jurídicos no formales y en general en aquellos actos que no requieren de la presencia de las partes, mientras que la representación es permitida tanto para los actos no formales como para los formales.

61. LA REPRESENTACIÓN DIRECTA EN EL CÓDIGO CIVIL

Los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados mediante representante, excepto en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho, como ocurre en los actos personalísimos o en los que la ley impone que sean otorgados necesariamente por titular del derecho, por ejemplo, el testamento.

El representante gestiona asuntos ajenos (asuntos del representado), actuando en nombre propio (representación indirecta) o en el del representado (representación directa), pero siempre en interés de éste, autorizado para ello por el propio interesado (representación voluntaria) o por la ley (representación legal).

La representación *legal* es impuesta por la ley, como ocurre con la representación de los padres, tutores y curadores⁶¹⁷. Es la ley la que legitima a estas

⁶¹⁷ Art. 419. La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

personas para actuar en nombre de sus pupilos, ejercitando los derechos cuya titularidad les corresponde.

La representación *voluntaria* es conferida por el representado para la celebración de los actos que él puede celebrar por sí mismo.

La representación *orgánica* es la que resulta de la ley y los estatutos de las personas jurídicas. La voluntad de las personas jurídicas es la voluntad de sus órganos de gobierno, quienes ejercen su representación.

La representación es *directa* cuando el representante actúa por cuenta, en interés y en nombre del representado, de forma que los actos jurídicos realizados por el representante con el tercero entran inmediatamente en la esfera jurídica del representado. En la esencia de la representación directa está el poder. Es decir, la representación directa es el acto por el cual el representado confiere poder al representante, en tanto que el poder constituye el contenido de la representación, por cuanto en él están contenidas las facultades del representante, de las cuales no se puede exceder en su actuación con los terceros.

En la representación indirecta el representante actúa por cuenta del representado, pero en nombre propio. Los efectos del acto que celebra el representante indirecto con el tercero no entran inmediatamente en la esfera jurídica del representado, sino del representante, quien deberá transferirlos al representado mediante otro acto jurídico.

La acepción amplia de representación comprende tanto la directa como la indirecta, en cambio, en la concepción restringida solo hay representación cuando alguien actúa en nombre de otro (representación directa). La primera valora el hecho de que cualquiera que actúe por otro, sea que lo haga en nombre propio o en nombre ajeno (del representado), lo hace por cuenta y en interés de aquél que, directa o indirectamente, recibe los efectos del acto jurídico. La concepción restringida valora la actuación del representante por cuenta, en interés, y, lo que es más importante, en nombre del representado; por tanto, los efectos del acto jurídico realizado por el representante con el tercero se producen directamente en la esfera jurídica del representado.

Art. 527. El tutor representa al menor en todos los actos civiles, excepto en aquellos que, por disposición de la ley, este puede ejercitar por sí solo.

Art. 576. El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de incapacidad, en sus negocios.

El Libro II del Código adopta la acepción restringida de representación, o sea regula la representación directa, en la cual representante es el que actúa en nombre ajeno y representado es aquel, en nombre del cual el representante actúa. La indirecta está regulada en la parte relativa al contrato de mandato. Por ello, nuestro estudio comprende solamente la representación directa.

Para hablar de *representación directa* deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) La actuación en interés ajeno (del representado). Son excepcionales los casos en los cuales el representante actúa también en interés propio (representación *in rem propriam*) o de un tercero distinto del representado;
- b) El representante debe manifestar expresamente que actúa en nombre del representado (*contemplatio domini*);
- c) El encargo debe tener por objeto el *cumplimiento de una actividad jurídica* (la celebración de uno más actos jurídicos);
- d) La actividad del representante debe consistir en una manifestación de voluntad; es decir, el representante debe tener el poder de determinar, en todo o en parte, el contenido del acto estipulado en nombre del representado, porque en caso contrario estaríamos en el ámbito de la figura del *nuncio*;
- e) Los efectos del acto celebrado por el representante en nombre del representado se producen directamente para el representado. Por ej., A confiere poder a B para que venda su casa; B vende la casa a X. El representado A recibe directamente los efectos de la compraventa: él pierde la propiedad de la casa vendida por el representante y se convierte en acreedor del precio. El representante es parte instrumental o procedimental del acto jurídico. En cambio, el representado es parte en sentido sustancial.

61.1. Facultad y origen de la representación

Artículo 145.- El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley.

La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley.

61.1.1. Estructura del fenómeno representativo

En la representación se produce una escisión entre parte sustancial y parte formal del acto jurídico:

- a) La primera es el *titular del interés*, verso la cual produce sus efectos jurídicos el acto celebrado;
- b) La segunda es el *autor material* que celebra el acto jurídico.

En el fenómeno representativo concurren tres sujetos diversos:

- a) El *dominus*;
- b) El representante;
- c) El tercero.

Sin embargo, en algunos casos esta tripartición no se da, debido a que puede ocurrir que la posición del tercero y del representante se concentran en un solo sujeto, por ejemplo, el acto jurídico consigo mismo (art. 166), caso en el cual la tripartición se reduce a una bipartición.

61.1.2. Los elementos constitutivos

Los elementos constitutivos de la representación directa son:

- a) La actuación del representante en nombre del representado (*contemplatio domini*).
- b) La existencia de una relación de gestión actuada por el representante;
- c) El poder de representación.

El primer elemento consiste en que el representante indica la persona en lugar de la cual actúa y para quien son los efectos del acto.

El segundo elemento constitutivo de la representación es la relación de gestión que liga al representante con el representado. El sustituto (el representante), para que pueda integrarse en el fenómeno representativo debe actuar gestionando los intereses del representado y no para fines diversos. No obstante, en ciertos casos, el representante puede actuar gestionando sus propios intereses o los intereses de terceros conjunta o subordinadamente con los del representado (art. 153).

A fin de que los actos celebrados por el representante produzcan efectos directamente para el representado es necesario que el representante cuente con el

poder de actuar en nombre ajeno. El poder puede ser otorgado por el representando (representación voluntaria) o puede provenir de la ley (representación legal).

61.1.3. Fuente y ámbito de aplicación

a) *las fuentes del poder representativo*

Conforme a la norma del art. 145 las fuentes de la representación son:

- 1) La ley (representación legal);
- 2) La voluntad del interesado (representación voluntaria).

El Código introduce un sistema dualístico de las fuentes del poder representativo, sin embargo, las normas siguientes se centran en la regulación de la representación voluntaria, por lo que en materia de representación legal, en virtud de los intereses generales a los que ella atiende, se necesita de una lectura coordinada con las otras disposiciones en tema de representación, especialmente con la representación de los padres, los tutores y curadores.

b) *Ámbito de aplicación*

La representación es admisible en todas las actividades en las que una persona se relaciona con terceros, siempre que la naturaleza de la relación no sea incompatible con la sustitución de persona, como ocurre con los actos que, en consideración de su particular función, deben ser realizados personalmente por el interesado, sin la posibilidad de la intermediación de una voluntad extraña, por ejemplo, el testamento, cuyas disposiciones "deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para restar, ni dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero" (art. 690).

En general, el ámbito de aplicación de la representación se extiende a todos los actos jurídicos, salvo aquellos para los cuales la ley exija la participación directa del interesado.

Con la representación legal se protegen intereses generales y con la voluntaria se tutelan intereses particulares. La representación voluntaria es una manifestación de la autonomía de la voluntad privada; en cambio, la representación legal limita la autonomía de la voluntad del representado. En la representación voluntaria, la voluntad del representante está determinada por la voluntad del representado; el representante legal actúa con notable independencia de la voluntad del representado.

El interesado o la ley facultan al representante para que celebre uno o más actos jurídicos por cuenta y en nombre del interesado (representado).

Cuando el representante obra en nombre (*contemplatio domini*) y en interés del representado, dentro de los límites de las facultades que se le ha conferido, el acto jurídico que realiza produce sus efectos *directamente* en la esfera jurídica del representado. Esta es la figura de la representación directa o representación propiamente dicha.

Una vez realizado el acto jurídico en nombre del representado (acto representativo), el representante es un tercero que no adquiere ningún derecho ni asume ninguna obligación derivados de dicho acto⁶¹⁸.

Según la norma del art. 145, cualquier acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo que la ley expresamente lo prohíba: por ej., el art. 690 dispone que el testamento debe ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede otorgar poder a otro para testar.

Solamente el interesado o la ley confieren la facultad de representación. Como estipula el art. 145, segundo párrafo, "la facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley", esto es, la representación directa puede ser voluntaria o legal, en ambos casos: una persona (representante), especialmente facultada convencional o legalmente para ello, actúa en nombre y por cuenta de otro (representado), de tal forma que el resultado de su gestión incide directamente en la esfera jurídico-personal del representado o principal o *dominus negotii*.

La representación es voluntaria cuando una persona en ejercicio de la autonomía de su voluntad privada apodera a otra para que realice actos jurídicos en su nombre. El *representado* elige libremente la persona del representante y libremente decide qué facultades le otorgará. El representante debe actuar dentro de los límites temporales y de contenido del poder y observando las instrucciones que le dé el representado. La representación voluntaria es revocable por

618 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 408: La "esencia de la representación es el poder de participar en el negocio en nombre del representado y con efectos únicamente para este último; de manera que el representante, a su vez, no siente ningún efecto jurídico de la propia declaración; esa participación es indiferente para el círculo jurídico de él, puesto que, realizada la declaración en nombre del representado, la función del representante queda agotada y él es equiparado, en adelante, al tercero".

parte del representado (art. 149) y renunciable por parte del representante (art. 154). El representante se puede hacer sustituir por otro si cuenta con autorización para ello (art. 157). Con la representación voluntaria, el representado incrementa considerablemente las posibilidades de su actuación.

La representación legal no depende de la voluntad del representado, quien puede ser un incapaz absoluto, o sea sin voluntad jurídica. La actuación del representante no es controlada por el representado, sino por otras personas u órganos designados por la ley, por ejemplo, el representante legal requiere de autorización del juez o del Consejo de Familia, según el caso, para realizar actos de disposición o gravamen sobre los bienes del representado (art. 167). La representación legal es obligatoria, no se puede renunciar ni es sustituible. La representación legal no incrementa las posibilidades de obrar del representado, sino que es la única forma como puede ejercer sus derechos.

Como el acto jurídico realizado por el representante va a producir efectos jurídicos directamente para el representado, es necesario que este tenga legitimación y capacidad de goce en orden a los derechos, deberes y situaciones jurídicas movilizadas mediante el acto jurídico representativo (el realizado por el representante). Es decir, el acto jurídico celebrado por el representante no puede producir, hacia el representado, efectos negociales superiores a los que produciría el acto realizado por el representado mismo.

Para que el representante pueda realizar actos jurídicos con efectos directos para el representado necesita contar con un poder de representación otorgado por el *dominus negotii* o por la ley.

61.1.4. El poder de representación

(1). INTRODUCCIÓN

Son presupuestos de la representación: el *poder representativo* conferido por el representado al representante; que el representante actúe dentro de los límites que se le ha otorgado (el acto celebrado más allá de esos límites no vincula al representado); que el representante al celebrar el acto jurídico que se le ha encomendado actúe en interés del representado; que el representante actúe en nombre del representado (en caso contrario los efectos del acto jurídico se producen en cabeza del representante).

En la esencia de la representación directa, está el *poder* que confiere al apoderado (representante) la potestad de producir efectos jurídicos en favor y en

contra del poderdante (representado), mediante los actos jurídicos concluidos en su nombre. El objeto del poder es el acto o la serie de actos que el representante está autorizado a realizar en nombre del representado.

(2). CONCEPTO

El poder de representación es el título conferido por el representado (representación voluntaria) o por la ley (representación legal) al representante, autorizándolo para que celebre uno o más actos jurídicos por cuenta, en interés y en nombre del representado.

El apoderamiento es un acto unilateral mediante el cual el interesado confiere a otro sujeto el poder para que celebre uno o más actos jurídicos en su nombre, interés y por su cuenta.

El apoderamiento es un acto jurídico unilateral que se perfecciona con la sola voluntad de su autor, sin la necesidad del consentimiento del destinatario.

El poder conlleva la obligación de ser ejercitado en interés del representado, pero se trata de una obligación que se refiere al modo como debe ser ejercitado el poder y no de una obligación a ser ejercitado.

Puesto que, con el acto de otorgamiento del poder, el representante tiene la mera facultad, no la obligación, de ejercitar el poder representativo, una tal obligación puede derivarse de una eventual relación básica, instaurada entre representado y representante, que ha originado el otorgamiento del poder, v. gr., un contrato de mandato.

En la esencia de la representación directa, está el poder que confiere al apoderado (representante; *dominus*) la potestad de producir efectos jurídicos en favor y en contra del poderdante (representado), mediante los actos jurídicos concluidos en su nombre. El objeto del poder es el acto o la serie de actos que el representante está autorizado a realizar por cuenta y en nombre del representado. El poder no afecta en lo más mínimo a la esfera jurídica del apoderado o representante, o sea no crea para él derechos u obligaciones, sino solamente lo inviste de la aptitud jurídica para hacer nacer, por medio de sus actos, derechos u obligaciones a favor o en contra del representado o poderdante.

Son presupuestos de la representación directa:

- a) el poder representativo conferido por el representado o por la ley al representante;

- b) que el representante actúe dentro de los límites que se le ha otorgado (el acto celebrado más allá de esos límites no vincula al representado);
- c) que el representante al celebrar el acto jurídico que se le ha encomendado actúe en interés del representado;
- d) que el representante actúe en nombre del representado (en caso contrario los efectos del acto jurídico se producen en cabeza del representante).

(3). ACTO DE APODERAMIENTO

En la representación voluntaria, al acto de otorgamiento del poder se denomina apoderamiento, o también procura o procuración, el cual se realiza mediante declaración unilateral recepticia del representado. En la representación legal, la ley apodera a los padres, tutores o curadores para que representen a sus pupilos incapaces. En los entes colectivos, la ley de su creación o su estatuto de constitución confieren poder a la persona que actuará por su cuenta y en su nombre, comúnmente denominada "representante legal".

Por el apoderamiento una persona titular de un derecho (el representado o poderdante o dominus o principal) o la ley confiere poder a otra (el representante o apoderado) para que actuando en su nombre y por su cuenta celebre uno o más actos jurídicos, cuyos efectos recaigan directa y exclusivamente en el representado como si él mismo lo hubiera realizado.

Con referencia a la representación voluntaria, Enneccerus dice, el apoderamiento "constituye la declaración de que los negocios a celebrar en nuestro nombre por el apoderado, o las declaraciones de voluntad que ha de recibir él mismo en nuestro nombre, deban surtir efecto inmediato a favor y en contra de nosotros". El acto de apoderamiento cuenta con sustantividad propia, de manera que la validez del poder no depende de la relación causal que motivó su otorgamiento (contrato de trabajo, mandato, etc.), sino que puede ser válido, a pesar de que esta relación sea anulada por una causa que no afecta al poder. Los terceros que de buena fe contratan con representante no pueden ser afectados con la invalidez de la relación básica que media entre poderdante y apoderado, y que ellos desconocen.

En la representación voluntaria, el fenómeno representativo presenta dos aspectos, uno interno y otro externo. El interno, que se identifica con el encargo

que una persona confiere al representante, constituye la relación básica que regula los derechos y deberes entre representado y representante. Por ejemplo, el banco encarga a su trabajador para que celebre contratos de depósitos en cuenta de ahorros y en cuenta corriente; esta relación de trabajo va a regular los derechos y obligaciones entre empleador y trabajador.

El lado externo de la representación consiste en el otorgamiento del poder por el poderdante al apoderado para que gestione sus negocios frente a terceros. Este aspecto de la representación trasciende a terceros y al conocimiento de ellos está destinado el poder, precisamente sirve para que el representante acredite su calidad de tal ente los terceros con quien contrata. En el ejemplo propuesto, el contrato de trabajo es la causa fuente o eficiente del otorgamiento del poder

El conferimiento de poderes, dice Messineo, representa dos lados o aspectos: a) uno externo, consistente en un acto unilateral, para cuya eficacia no es necesaria la aceptación del procurador, y que está dirigido a los terceros, con los que el representante va a entrar en relaciones para cumplir el encargo del representado, y sirve para acreditarlo ante aquellos terceros. Este es el elemento decisivo: la procura, el poder, la cual crea representación; b) otro interno, que es un contrato –de ordinario mandato, para el cual es necesaria la aceptación del mandatario– y que concierne a las relaciones (internas) de gestión entre representante y representado; pero el mismo no se refiere a las relaciones que se establecen entre representante y terceros; y, por sí, no es fuente de representación. El lado interno puede tener también, como origen, en lugar del mandato, una relación diversa de este, como la sociedad, el contrato de trabajo. En cualquier caso, el representante se obliga, frente al representado, a un hacer, en nombre de él. Procura y mandato no se identifican. De la procura nace un poder; del mandato un deber. El mandato es a lo sumo la fuente del poder, no el poder en sí.

Para que el representante esté legitimado para afectar con su actuación la posición jurídica del representado ha de estar legítimamente autorizado, legal o convencionalmente, esto es, ha de constar con poder de representación. No obstante el poder de representación, por sí mismo, no obliga al representante a actuar por cuenta del representado, sino que solo lo faculta a hacerlo. Es decir, el poder no tiene una finalidad autónoma, sino en función de otro acto que le da sentido y es su causa. La obligación de actuar del representante surge de la relación causal que subyace al poder y para cuyo desenvolvimiento se otorga este, o también proviene de la ley (representación legal). Por tanto, la eventual responsabilidad que surja, por la no utilización del poder dependerá de las relaciones

que internamente vinculan al representante con el representado, por ejemplo, en el contrato de mandato en el que el mandatario está premunido de poder para actuar en nombre del mandante (“mandato con representación”), o el contrato de trabajo dependiente en el cual los trabajadores cuentan con poder de representación para realizar su actividad en nombre de su empleador, cuando dicha actividad consiste en realizar uno o más actos jurídicos; en estos casos la relación subyacente al poder es el contrato de mandato o el de trabajo que son la causa eficiente que obliga al representado a actuar en ejercicio del poder.

El Código no regula sobre la forma en que debe otorgarse el acto de apoderamiento en la representación voluntaria, pero, a fin de evitar desinteligenacias, debe ser otorgado en la misma forma prescrita para el acto jurídico encomendado al representante, es decir, se debe aplicar el principio que establece que la forma del acto de apoderamiento sigue la suerte del acto jurídico que se encomienda celebrar al representante. Por ejemplo, el art. 1625 establece que la donación de inmuebles se debe hacer por escritura pública, bajo sanción de nulidad; luego, el apoderamiento para donar un inmueble también debe ser otorgado por escritura pública.

(4). NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE APODERAMIENTO

El acto jurídico de apoderamiento es unilateral, independiente, recepticio y de confianza.

Es unilateral por cuanto se perfecciona con la manifestación de voluntad de su autor sin que sea menester la aceptación del representante, quien adquiere la potestad de actuar en nombre del representado. Tampoco obliga al representante a celebrar el acto encomendado. El poder deriva toda su fuerza de la voluntad del representado. Como dice Stitckin, lo que llaman aceptación del poder es o una declaración indiferente para el derecho, o la declaración de que se asume la obligación de ponerlo en práctica, es decir, un elemento que reside fuera del negocio constitutivo del poder y que pertenece a la relación de mandato. Por su parte, Bianca señala que “la unilateralidad de la procura se explica en cuanto ella como tal atribuye una simple posición de poder en cabeza del procurador, sin comportar ni para el representado ni para el representante la pérdida de un derecho o la asunción de un deber”.

Por el solo hecho de otorgamiento del poder, el representado no se está obligando a nada con su representante, ni se está obligando para con los terceros

con quienes pretende realizar el acto jurídico mediante representante, todo depende de la actuación del apoderado.

La unilateralidad del apoderamiento se deduce del art. 145, el cual dispone expresamente que “la facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley”, sin hacer ninguna referencia a la aceptación del representante. Es unilateral aun cuando se configure como una cláusula del acto subyacente (mandato, compraventa, agencia, sociedad, contrato de trabajo), o aun cuando entre poder y negocio subyacente estén interrelacionados, en el sentido que los efectos del uno se reflejen en el otro, o aun cuando el otorgamiento del poder sea la consecuencia inevitable de la relación subyacente.

Como dice Bianca, es un negocio unilateral porque se perfecciona con la manifestación de voluntad de su autor sin la concurrencia del consentimiento del destinatario. La unilateralidad del apoderamiento se explica en cuanto atribuye una simple posición de poder en cabeza del apoderado sin que comporte, ni para el representado ni para el representante, la pérdida de un derecho o la asunción de una obligación.

Algunos autores (Bigliuzzi Geri, Sacco, Graziadei, De Nova) niegan que el apoderamiento sea siempre un acto unilateral e independiente de la relación subyacente, y afirman que existen hipótesis en las que el apoderamiento no es independiente del acto subyacente sino es una consecuencia natural del mismo, por ejemplo, cuando el apoderamiento se configura como una cláusula del negocio subyacente (mandato, agencia, sociedad, contrato de trabajo). La representación en estos casos no surge de una manifestación de voluntad autónoma del interesado, sino que es el resultado de un acuerdo entre contratantes, acuerdo que es parte de una más amplia regulación contractual. Contra esta teoría, como sostiene Bianca, se afirma que una cosa es sostener que una determinada relación, como la de trabajo, implica necesariamente el otorgamiento de un poder y otra es decir que el otorgamiento del poder es solo una cláusula de una relación diversa. Las dos relaciones permanecen por siempre distintas y distinguibles.

El apoderamiento o procura es independiente, autónomo, de la relación jurídica subyacente entre representado y representante, porque se perfecciona con la sola manifestación del poderdante, aun cuando esta sea prestada en una cláusula de tal relación subyacente, es decir, constituye un acto jurídico distinto, aun cuando entre el acto de apoderamiento y relación subyacente exista un nexo, en el sentido de que las vicisitudes del uno se reflejen en el otro. Solamente para

su eficacia es necesaria la aceptación expresa o tácita del apoderado. Así, por ejemplo, si tengo que ausentarme urgentemente del lugar de mi domicilio, a fin de que mis asuntos no queden abandonados, puedo otorgar un poder especial por escritura pública a favor de mi hermano o de un amigo que se encuentra en el extranjero, pero que dentro de quince días volverá a residir en esta ciudad; este poder existe válidamente aun cuando el apoderado que he elegido no tiene conocimiento de su existencia. Así como existe el testamento, pero es ineficaz antes del fallecimiento del testador; así, también, el poder existe, pero es ineficaz antes de la aceptación por el apoderado. Del mismo modo, así como el testamento solamente es eficaz a partir del fallecimiento del testador, el poder solo es eficaz a partir del momento en que el apoderado toma conocimiento de él y acepta realizar el encargo.

El acto de apoderamiento es recepticio puesto que para que produzca efectos es necesario que el representado haga de conocimiento o entregue el poder al representante. El representante puede aceptar ejercer el encargo contenido en el poder, contextual o sucesivamente a su otorgamiento, o puede rechazarlo. Más adelante desarrollaremos más ampliamente esta característica.

Finalmente, el apoderamiento es un acto de confianza que el representado deposita en el representante; el representado otorga poder a una persona de su confianza, de acuerdo a ella limita las facultades que le confiere; las más amplias facultades de administración y disposición solamente las dará a personas de su absoluta confianza; en el momento en que el representado pierde la confianza en su representante puede revocar el poder sin expresión de causa.

(5). LA CAUSA FIN DEL ACTO DE APODERAMIENTO

Se discute si el apoderamiento es o no un acto jurídico causal. La doctrina mayoritaria considera que es un acto abstracto.

En efecto, el apoderamiento es un acto independiente de la relación subyacente, en el sentido que el poder produce sus efectos prescindiendo de la relación subyacente entre representante y representado; frente al tercero con quien el representante celebra el acto jurídico que se le ha encomendado, la invalidez de la relación subyacente no afecta la validez del poder.

La relación subyacente o básica tiene el carácter de causa eficiente del acto de apoderamiento, pero este legitima la actuación del representante, con abstracción de la relación jurídica causal. Por esta razón se dice que el acto de apo-

deramiento es abstracto, o sea que es válido y eficaz aunque la relación básica no existiera o fuera ineficaz, o hubiera sido modificada o extinguida. La independencia del acto de apoderamiento respecto del acto causal también significa que este último no puede proyectar su eficacia sobre el poder, por ejemplo, para establecer su contenido y alcance. La seguridad y el desenvolvimiento normal y fácil del tráfico jurídico justifica que los terceros que contratan con el representante no tengan que conocer, examinar o preocuparse por la relación básica entre poderdante y apoderado y que tengan que confiar únicamente en el contenido externo y formal del acto de apoderamiento, pero eso sí, siempre que el tercero actúe de buena fe, porque si conoció o debió conocer de la inexistencia o invalidez de la relación básica y, por consiguiente del acto de apoderamiento, no tiene ninguna protección del Derecho.

El jurista español Díez-Picazo admite la distinción entre acto de apoderamiento y negocio causal únicamente desde el punto de vista de las relaciones del poderdante y del apoderado con los terceros, pero no desde el punto de vista de las relaciones entre apoderado y poderdante: "Desde el punto de vista de las relaciones entre poderdante y apoderado es evidente el carácter causal del apoderamiento y la absoluta vinculación entre el apoderamiento y el negocio básico o subyacente". No participamos de esta opinión del jurista español porque en la práctica generaría, como ya ha sucedido, serios problemas; en nuestro medio se ha presentado un caso como el siguiente: el directorio de una empresa otorgó poder por escritura pública a uno de sus gerentes adjuntos para que lo represente en la realización de una serie de actos jurídicos, a cuyo efecto le delegó varias de las facultades del gerente general. Cuando el representante cesó como trabajador de la empresa, se liquidó sus beneficios sociales como gerente adjunto, pero él no contento con esta liquidación recurrió al juez de Trabajo solicitando que se liquide sus beneficios como gerente general, presentando como prueba el testimonio de escritura pública de poder para demostrar que ha laborado como gerente general y no como gerente adjunto, el juez a partir de esta prueba sentenció declarando fundada la demanda, sentencia que fue revocada en la instancia superior, precisamente porque los derechos y obligaciones entre poderdante y apoderado se regulan por la relación básica, o sea, en este caso, por el contrato de trabajo, y no por el poder que existe con independencia de la relación básica y sirve solo para acreditar al representante frente al tercero con quien realiza el negocio.

No les falta razón a quienes como Bianca sostienen que es dudoso que el apoderamiento sea un negocio abstracto. Al efecto hay que resaltar que el acto de apoderamiento conlleva una típica y suficiente razón justificativa, esto es, el interés del dominus de hacerse sustituir por otro en la realización de una actividad jurídica. Si en concreto esta causa no existe o es ilícita, por ejemplo el poder otorgado para celebrar un acto contrario al orden público, el acto de apoderamiento, el poder, debe reputarse nulo en aplicación del principio general de causalidad del acto jurídico. La nulidad del poder no puede ser opuesta a los terceros que han actuado confiando razonablemente en la validez del poder.

(6). EL APODERAMIENTO COMO ACTO RECEPTICIO

Es recepticio el acto jurídico que produce efectos en el momento en que es puesto en conocimiento del interesado (ej., una venta) y es no recepticio cuando su eficacia no depende del conocimiento del interesado (ej., el testamento).

El acto de apoderamiento es recepticio, dado que la eficacia del poder está subordinada a que sea recepcionado por el representante, o sea debe tener conocimiento del poder que se le ha conferido para poder ejercitarlo y exhibirlo cuando lo requiera el tercero. Es necesario que el representante esté en conocimiento y en posesión del poder, ya que contrariamente no podrá exhibirlo al tercero. Solo a partir del momento en que el representante recibe el poder está en la posibilidad de aceptar o rechazar el encargo; la receptividad es en interés del autor del acto de apoderamiento antes que del destinatario; mientras el autor retenga el poder consigo mismo, no hay la certeza de que haya decidido exponerse a los vínculos creados por el representante.

La existencia jurídica del poder no depende del conocimiento y la aceptación del apoderado, pero sí su eficacia. Del poder no se derivan obligaciones para el apoderado, sino solamente lo habilita para realizar actos jurídicos con efectos para el poderdante. El poder nace y existe válidamente con la sola manifestación de voluntad del poderdante; el apoderado puede o no ejercerlo. Para que produzca efectos se requiere la aceptación expresa o tácita del apoderado.

Según otra tesis, el apoderamiento es un acto recepticio, pero no porque debe ser puesto en conocimiento del representante, sino porque necesariamente debe hacerse de conocimiento de los terceros (Messineo, Recigno), quienes pueden exigir al representante que exhiba su poder. Esta tesis no es convincente dado que es potestad de los terceros exigir o no al representante la acreditación

del poder, y, de otro lado, el poder conferido para celebrar actos con terceros indeterminados no produciría ningún efecto ni aun con relación al representante, hasta el momento en que un tercero tome conocimiento, lo que obviamente esta fuera de toda lógica .

La revocación que no ha sido puesta en conocimiento de los terceros interesados en la celebración del acto jurídico encomendado al representante no les es oponible.

(7). CAPACIDAD DEL REPRESENTANTE Y DEL REPRESENTADO

En la representación voluntaria, el acto de apoderamiento debe reunir los requisitos de validez exigidos por la ley para todo acto jurídico, entre los cuales figura la capacidad (art. 140.1). Por tanto, el representado, para que pueda nombrar representante, debe tener la capacidad de obrar exigida para la celebración del acto de que se trate. La persona que no puede celebrar actos jurídicos por sí misma porque le falta capacidad de obrar, no puede nombrar representante; a ella, la ley le designa un representante.

Si para la validez del acto jurídico el ordenamiento jurídico exige la plena capacidad legal de obrar (llamada también de ejercicio), el representado debe contar con tal capacidad; si el ordenamiento exige solo la capacidad de discernimiento, es suficiente con que el representado cuente con esa capacidad (ej., arts. 455, 457). La representación otorgada por un incapaz absoluto es nula y la otorgada por un incapaz relativo es solamente anulable; la nulidad o anulabilidad no alcanza solo al acto por el cual se otorga la representación, sino también al acto realizado por el representante con el tercero. Pero, el representado una vez que alcance su capacidad de ejercicio puede confirmar el acto anulable por falta de capacidad.

Las personas que conforman los órganos de las personas jurídicas para que otorguen representación voluntaria para la actuación de la entidad, deben, además de tener capacidad de obrar, contar con poder especial que les faculte expresamente la sustitución.

La parte sustancial o material del acto representativo es el representado, el representante es solamente parte formal de este acto. La representación voluntaria supone, de un lado, el otorgamiento de un poder por la parte sustancial, y del otro, la actuación subsecuente del representante (parte formal) en nombre del

poderdante, de ahí que en algunas legislaciones se establece que en la representación voluntaria, el representado debe contar con capacidad plena de ejercicio en el momento en que otorga al acto de apoderamiento, bastando que el representante cuente, se entiende, en ese momento con capacidad de discernimiento.

El representante celebra el acto representativo manifestando su propia voluntad, aun cuando lo hace en nombre del dominus, por lo que debe tener la capacidad de ejercicio exigida por el ordenamiento para la validez de todo acto jurídico. Sin embargo, el representado que ha nombrado como su representante a una persona que es incapaz, no podrá impugnar de nulidad o anulabilidad el acto representativo realizado, dentro de las facultades conferidas, por su representante incapaz, puesto que no puede valerse de su propio dolo o negligencia para invalidar un acto. En todo caso, el representado solo puede actuar contra su representante incapaz en la medida de su enriquecimiento (art. 1954). El tercero tampoco puede solicitar que se declare nulo un acto por incapacidad del representante, puesto que este no es parte material en él, parte es el representado, quien queda vinculado por la voluntad de su apoderado. Una vez realizado el acto representativo, el representante incapaz (o su representante legal) no puede solicitar su invalidez, ya que a partir de entonces es un tercero que no tiene interés alguno que se derive de dicho acto.

Por las razones precedentes, y teniendo en cuenta que en la representación voluntaria la voluntad del representante está determinada por la voluntad del representado, y, además, siendo necesario que se facilite el tráfico jurídico prestando protección a la confianza depositada por el representado en un representante que no cuenta con capacidad legal de ejercicio, pero sí con capacidad de discernimiento, se debe establecer que el menor capaz de discernimiento puede ser representante, y mejor todavía si se señala una edad límite mínima para ser representante, edad que puede oscilar entre los 14 y 16 años.

Al respecto el art. 1389 del Código italiano prescribe: "Cuando la representación fuere conferida por el interesado, para la validez del contrato concluido por el representante basta que este tenga la capacidad de entender y de querer, tenida en cuenta la naturaleza y el contenido del contrato, siempre que el representado sea legalmente capaz". Conforme a esta norma, cuando la representación es conferida por el interesado, para los fines de la validez del contrato concluido por el representante es suficiente que este tenga capacidad de discernimiento (capacidad de entender y de querer), el representado, en cambio, debe estar dotado de capacidad de obrar. La razón por la que no se requiere que el

representante cuenta con capacidad de obrar, reside en el hecho de que tal capacidad es necesaria para tutelar al sujeto de los perjuicios que podrían derivarse del acto jurídico que celebra; es evidente que en caso de la representación, el representante no puede sufrir ningún perjuicio, porque los efectos del acto que él celebra recaen en la esfera jurídica del representado.

(8). MANDATO Y PODER

El mandato es un contrato por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante, actuando en nombre propio (mandato sin representación) o en nombre del mandante, quien le ha otorgado poder (mandato con representación).

El poder es otorgado por voluntad unilateral del poderdante habilitando a su representante para que gestione sus negocios frente a terceros, con efectos directos para él (poderdante).

En suma, por el mandato, el mandatario está obligado a celebrar uno más actos jurídicos, en tanto que, por el poder el representante tiene la potestad de celebrar uno más actos jurídicos.

Mandato y poder son dos instituciones distintas, pero no antagónicas, tienen autonomía, pese a la frecuencia con la que aparecen ligadas.

El Derecho romano no llegó a distinguir entre mandato y poder. También, el Code Napoleon, y los que en él se inspiran, confunde mandato y poder, al definir al mandato utiliza la expresión: "el mandato o procura". El art. 1869 dispone: "El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que esta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza". El mandato y el poder son la misma cosa, son palabras sinónimas.

Fue la doctrina alemana del s. XIX (Ihering, Windschied, Laband) la que distinguió entre mandato y poder. Laband fue el que caracterizó el poder como una relación jurídica autónoma. Sostiene, Laband, que el contrato de apoderamiento es un contrato consensual, diferente del mandato, por medio del cual los contratantes se obligan recíprocamente, de tal modo que el efecto de los negocios jurídicos que uno de los contratantes (el apoderado) concluya en nombre del otro (el poderdante) deba considerarse como si el negocio hubiese sido concluido por este último por sí solo. Este autor acierta cuando considera al poder como una relación jurídica autónoma del contrato de mandato, pero se equivoca

al afirmar que el acto de apoderamiento es un contrato. El acto de apoderamiento no es un contrato como dice Laband, sino un acto jurídico unilateral que deriva toda su fuerza de la voluntad del representado, cuya existencia válida no depende, no necesita, de la aceptación por el representante.

Con mayor precisión, Windschied dice que el "mandato significa que uno debe o está obligado a algo, mientras que el poder supone que uno tiene la potestad de hacer. Mandato, es una relación obligatoria entre el mandante y el mandatario, mientras que la idea de poder designa la posición jurídica individual de la persona del apoderado, contemplada sobre todo, desde el lado externo, es decir, por los terceros que contratan con él. Finalmente cabe un mandato sin poder, cuando el mandatario actúa en nombre propio y cabe un poder sin mandato". Una cosa es el acto de apoderamiento por el cual se otorga facultades al apoderado para que actúe frente a terceros; y otra un contrato, que implica un acuerdo de voluntades del que nacen derechos y obligaciones para las partes, sin que en principio produzca efectos contra los terceros, salvo que se trate del mandato con representación.

Entre los autores contemporáneos, Hupka, en su trabajo *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, señala que es necesario deslindar la relación jurídica de apoderamiento de las relaciones causales que le sirven de base, por una parte, y de los actos representativos realizados en su virtud, por la otra. El apoderamiento es un acto jurídico unilateral, por el que el poderdante confiere al apoderado la facultad de disponer sobre la esfera jurídica del primero y a nombre de él ejecuta un acto que afecta únicamente el interés del principal. En conformidad con esta opinión, el destinatario de la declaración del poderdante es tanto el representante (apoderamiento interno) como el tercero con quien se celebrará el acto jurídico a que está destinado el poder (apoderamiento externo).

El acto de apoderamiento puede darse solo mediante la designación de un apoderado para que represente al poderdante en la celebración de uno o más actos jurídicos, o puede darse unido a otros actos jurídicos. Esta última hipótesis es la más frecuente, pues, generalmente el acto de apoderamiento está contenido en otro acto jurídico: de mandato, locación de servicios, contrato de trabajo, de sociedad, etc. Pero no por ello el apoderamiento pierde autonomía, puesto que su única función es la concesión de un poder de representación para que el representante o apoderado pueda celebrar uno o más actos como representante.

En cambio, el acto subyacente o relación básica, es decir, el contrato de mandato, de servicios, de trabajo, de sociedad, etc., tiene por fin regular las relaciones internas entre representante y representado.

El mandato nace de un contrato (el de mandato) en el que el mandatario se obliga a obrar por cuenta del mandante. El mandatario acepta y se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante (art. 1790). El mandante puede o no conferirle poder de representación al mandatario, es decir, el mandato puede ser con o sin poder. En cambio, la representación surge de un acto unilateral procedente del representado o de la ley, por lo que el representante no está obligado, sino facultado a obrar por cuenta del representado. La representación directa consiste en la facultad de actuar por cuenta, en interés y en nombre de otra persona, sea por disposición de la ley o por voluntad del representado. Para que el representante pueda actuar en nombre del representado debe contar necesariamente con poder. El acto representativo, o sea el celebrado por el representante con un tercero, produce sus efectos directamente en la esfera jurídica del representado.

El Código de Andrés Bello que rige en Chile, Colombia y Ecuador (art. 1448 del Código chileno, art. 1505 del Código colombiano, art. 1491 del Código ecuatoriano) dispone: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo". Conforme a esta norma, los elementos que integran la representación son tres: a) que una persona (el representante) ejecute un acto o celebre un contrato; b) que en la ejecución del acto o celebración del contrato actúe a nombre de otra (el representado); y, c) que el representante esté facultado para ello por la ley (representación legal) o por voluntad del representado (representación voluntaria). Concurriendo estos requisitos se producen los efectos propios de la representación; el acto o contrato, en lugar de obligar a las partes que lo celebran (representante y tercero), obliga solo a una de ellas (el tercero) y a otra persona que no intervino en su celebración (el representado). El apoderamiento es un acto jurídico unilateral que no necesita del apoderamiento, en cambio, "el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador y en general mandatario" (art. 2116 del Código chileno, art. 2142 del Código colombiano, art. 2047 del Código ecuatoriano).

El Código alemán regula la representación en sus artículos 164 a 181. El art. 164 prescribe: "Art. 164. Efectos de la declaración del representante. (1) Una declaración de voluntad realizada por alguien dentro del poder de representación otorgado y en nombre del representado tiene eficacia directa a favor y en contra del representado. Es indiferente que la declaración se haya hecho expresamente en nombre del representado o que de las circunstancias resulte que debe realizarse en su nombre. (2) Si la voluntad de actuar en nombre ajeno no se hace manifiesta, la falta de voluntad de actuar en nombre propio no es tomada en consideración. (3) Las disposiciones del apartado 1 se aplican por analogía cuando la declaración de voluntad que debe ser emitida frente a otro se emite frente a su representante". En cambio, respecto del mandato el BGB dispone: "Art. 662. Deberes contractuales típicos en el mandato. Por la aceptación de un mandato el mandatario se obliga a gestionar a título gratuito para el mandante un negocio que este le ha conferido".

Con referencia al otorgamiento de poder, el BGB prescribe: Art. 167. "Otorgamiento de poder. (1) El poder se otorga mediante una declaración dirigida a la persona que debe ser apoderada o al tercero frente al cual se debe ejercer la representación. (2) La declaración no requiere la forma exigida para el negocio jurídico al cual se refiere el poder".

Saieilles escribe: "La sola representación a la cual este nombre pueda aplicarse, es, pues, la que se realiza en el dominio de la voluntad; la voluntad del representante, substituyéndose a la del representado. La declaración de voluntad emana del representante; es este el que habla en el contrato, es él quien quiere. En consecuencia, es su propia declaración la que es preciso analizar para saber si es válida como declaración de voluntad; solamente los efectos de ella deben realizarse en el representado".

El Código suizo de las obligaciones, en su art. 32, establece: "Los derechos y las obligaciones, que derivan de un contrato hecho en nombre de otra persona por un representante autorizado pasan al representado. Cuando en el momento de la conclusión del contrato el representante no se ha dado a conocer como tal, el representado no llega a ser directamente acreedor o deudor sino en el caso que aquél con quien se contrata debía inferir de las circunstancias que existía una relación de representación, o si le era indiferente trata con uno u otro. En los otros casos, una cesión del crédito, o una aceptación de la deuda es necesaria en conformidad a los principios que rigen estos actos".

En el Código suizo de las obligaciones y el Código alemán, la representación se caracteriza por lo siguiente: a) el representante declara su propia voluntad de contratar; b) el representante y el tercero obran *contemplatio domini* (contemplando al representado); y, c) el representante tiene el poder de representar, ya derive este poder de la ley que confiere la representación, ya de la voluntad del representado.

El Código italiano de 1942, principal fuente de nuestro Código de 1984, legisla sobre el poder al tratar "De la representación", en el Libro IV, "De las obligaciones", Título II, "De los contratos en general", Capítulo VI, De la representación, arts. 1387 a 1400. Establece, entre otras cosas, que el poder de representación es conferido por la ley o por el interesado; que el contrato celebrado por el representante en nombre y en interés del representado, dentro de las facultades que se le ha conferido, produce efectos directamente respecto del representado. En cambio, el mandato está regulado en el Libro Cuarto, De las obligaciones, Título III, De los contratos singulares, Capítulo IX, Del mandato, arts. 1703 a 1730. Establece que el mandato es el contrato por el cual una persona se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta de otra.

Nuestro Código regula la representación directa en el Libro II, Título III, "Representación", arts. 145 a 167. El contrato de mandato está disciplinado en el Libro VII, "Fuentes de las obligaciones", Sección Segunda, "Contratos nominados", Título IX, "Prestación de servicios", Capítulo cuarto, "Mandato", arts. 1790 a 1808. Se refiere al "mandato con representación" en los arts. 1806 a 1808, y al "mandato sin representación" en los arts. 1809 a 1813.

En conclusión, el Derecho moderno distingue entre mandato y representación. Las principales diferencias entre estas dos instituciones son:

- a) El apoderamiento u otorgamiento de poder es un acto jurídico unilateral por el cual una persona autoriza a otra para que en su nombre y por su cuenta celebre uno o más actos jurídicos con efectos directos para la primera. Por supuesto que la representación voluntaria puede provenir de un contrato de mandato;
- b) El mandato es el contrato por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante. Es decir, el poder se origina en un acto jurídico unilateral y el mandato se deriva del contrato de mandato (acto jurídico bilateral);

- c) El poder de representación puede ser legal o voluntario; el mandato es un contrato;
- d) En la esencia de la representación directa está el poder; el mandato puede ser con o sin poder, el mandante puede o no conferirle poder al mandatario;
- e) El poder no requiere de la aceptación del representante; el mandato requiere que el mandatario acepte gestionar los negocios que le encomienda el mandante;
- f) El poder no genera obligaciones, solo faculta al representante para que celebre ciertos actos jurídicos; el mandato genera obligaciones recíprocas entre las partes contratantes;
- g) El ejercicio del poder crea, modifica o extingue relaciones jurídicas entre el representado y los terceros que celebran el acto jurídico con el representante; con el contrato de mandato, se crea, modifica o extingue relaciones jurídicas entre mandante y mandatario;
- h) El mandatario que carece de poder de su mandante actúa en nombre propio; el apoderado actúa siempre en nombre de su poderdante;
- i) El mandato es un acto jurídico principal que no necesita de otro acto o contrato para subsistir; el otorgamiento de poder también es un acto jurídico principal, pero con frecuencia va unido a un contrato nominado o innominado.

61.2. Representación entre cónyuges

Artículo 146.- Se permite la representación entre cónyuges.

El art. 292 dispone que la representación de la *sociedad conyugal* es ejercida conjuntamente por ambos cónyuges. Es legal, y no voluntaria, la representación de la sociedad conyugal por ambos cónyuges. El mismo dispositivo legal permite que cualquiera de los cónyuges pueda otorgar poder al otro para que ejerza de manera total o parcial la representación de la sociedad conyugal. Por tanto, la representación de la sociedad conyugal por uno solo de los cónyuges es voluntaria y no legal.

En cuanto al *régimen patrimonial del matrimonio*, si los cónyuges han optado por el de la sociedad de gananciales, ambos administran, disponen y gravan

el patrimonio social, pudiendo cualquiera de ellos facultar al otro para que lo haga exclusivamente respecto de todos o algunos de los bienes (arts. 313 y 315). Si existen bienes propios, además de los bienes de la sociedad, cada cónyuge conserva la libre administración, disposición y gravamen de sus bienes propios (art. 303), pudiendo otorgar poder al otro para que lo haga (art. 146). Por consiguiente, como lo dispone el art. 146, está permitida la representación entre cónyuges, ya sea para que uno de ellos represente al otro o ya para que represente a la sociedad conyugal. La representación entre cónyuges no es legal sino voluntaria.

Si han optado por el régimen de la separación de patrimonios, cada cónyuge administra, dispone y grava sus bienes presentes y futuros, pero puede otorgar poder al otro con dicho fin.

Es decir, la representación voluntaria entre cónyuges es permitida en todo caso.

61.3. Pluralidad de representantes

Artículo 147.- Cuando son varios los representantes se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes.

El representado puede designar a uno o a varios representantes. Cuando el poder es conferido a varias personas estamos ante la representación colectiva o representación plural. Con la designación de varios representantes (representación pasivamente colectiva), el representado generalmente persigue asegurarse que, cuando alguno de los designados no se encuentre en disposición de realizar los actos encomendados, siempre haya otro que se encargue de sus asuntos.

En el acto de apoderamiento se indicará la manera de actuar de los representantes. Conforme a la norma del art. 147, si en el acto de apoderamiento no se establece la manera como deben actuar los representantes, se presume que cualquiera de ellos puede hacerlo en forma indistinta. Esta presunción solamente opera si el representado, en el acto de apoderamiento o en algún momento ulterior, expresamente establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes (representación independiente o específica).

- a) En la representación *indistinta* cualquiera de los representantes puede ejercer el poder. De acuerdo con la presunción establecida en el art. 147, cuando el representado ha designado a varios representantes sin precisar que deben actuar conjuntamente o sucesivamente o que cada uno de ellos realice actos diferentes, cualquiera de ellos puede ejercer el poder individualmente. Cada uno de los representantes responde por los daños que pueda generar por su culpa.
- b) La representación *conjunta* requiere que en el acto representativo intervengan necesariamente todos los representantes designados (poder mancomunado). Debe ser establecida expresamente. El vicio en la voluntad de uno de los representantes es suficiente para que se pueda anular el acto representativo.

Los representantes conjuntos pueden actuar simultáneamente o emitiendo declaraciones separadas, cumpliendo con la formalidad prescrita para el acto jurídico; mientras no presten su declaración de voluntad todos los representantes conjuntos, la voluntad para que se perfeccione el acto o actos encomendados es incompleta, necesita ser completada con la declaración del otro u otros representantes conjuntos. Todos los representantes conjuntos son solidariamente responsables frente al representado (art. 148).

- c) En la representación *sucesiva*, uno de los representantes debe actuar a continuación del otro en el orden establecido por el representado. A falta de disposición expresa, los representantes actuarán de acuerdo con el orden en que han sido nombrados. En todo caso, si el primero de los nombrados no ejerce el poder, renuncia o se ausenta, ejerce el poder el segundo y así sucesivamente. Cada representante es responsable por los actos que realice.
- d) La representación *independiente* o específica significa que cada representante debe realizar el acto para el cual ha sido designado. Por ejemplo, el representado nombra como sus representantes a A y B, confiriéndole poder a A para que venda y a B para que gestione un crédito bancario. Cada representante es responsable frente al representado de los actos que realice.

Si no se ha expresado que los representantes deben actuar indistintamente, conjunta o sucesivamente, o si no se ha indicado que acto u actos deben reali-

zar cada uno de los representantes, se presume que la representación es indistinta; por consiguiente la actuación individual de cualquiera de los representantes, dentro de los límites del poder, obliga al representado. La actuación conjunta o sucesiva o específica de los representantes requiere de declaración expresa del representado. La representación indistinta es la regla, en caso de silencio del representado se presume.

61.4. Responsabilidad solidaria de los representantes

Artículo 148.- Si son dos o más los representantes, estos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.

Si dos o más representantes han actuado conjuntamente, todos son responsables solidarios por los daños que generen con su culpa o dolo.

La atribución de responsabilidad solidaria a la que se refiere el art. 148 solamente puede alcanzar a la representación conjunta, no hay razón para hablar de responsabilidad solidaria en la representación indistinta, en la sucesiva o en la específica, casos en los que el responsable es el representante que realiza el acto jurídico encomendado.

Cuando la representación es *conjunta*, los representantes que han aceptado el encargo son solidariamente responsables frente al representado por no ejercer el poder o cuando en su ejercicio actúan con dolo, culpa o abuso de facultades. Es decir, si por dolo o culpa no cumplen con esta obligación o hacen un mal uso del poder, deben indemnizar solidariamente los daños irrogados al representado.

La norma del art. 148 es de naturaleza dispositiva, por ende, el representado puede eximir de la solidaridad a los representantes.

El art 148 señala como presupuestos de la solidaridad: que “el poder se haya otorgado por acto único” y además que el poder haya sido otorgado “para un objeto de interés común”. Ninguno de estos dos presupuestos tiene justificación alguna. Veamos a continuación ¿por qué?

En primer lugar, la solidaridad de los representantes tiene por finalidad facilitar al representado el cobro de la indemnización por los daños que le han

causado sus apoderados en el ejercicio del cargo. La solidaridad tiene por virtud la facultad del acreedor de poder dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente; las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo (art. 1186).

En segundo lugar, el deudor responde de los daños resultantes de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por causas que le son imputables (contrario sensu del art. 1317). En conformidad con esta regla, los representantes que con sus actos llevados a cabo con ocasión de cumplir el encargo han causado perjuicios al representado por causas que le son imputables, quedan sujetos a indemnización. Los representantes que no han intervenido en el acto con el que se ha causado perjuicios al representado no están sujetos a indemnización. A nadie puede imputársele una responsabilidad por daños derivados de actos en los que no ha tenido participación, salvo los casos de la responsabilidad indirecta establecida por ley, por ejemplo, el representante que para realizar el acto jurídico que se le ha encomendado se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de este, salvo pacto en contrario (art. 1325).

Si la representación es indistinta o sucesiva, cada representante responde por los daños que cause con su gestión; no se puede imputar el dolo o la culpa con que ha actuado uno de los representantes a los otros que no han intervenido en la gestión representativa. La misma razón existe cuando se nombra dos o más representantes para actos diferentes aun cuando el poder se haya otorgado en un solo documento; cada representante es responsable por su actuar indebido frente al representado. Un sentido común elemental dice que no se puede establecer responsabilidad solidaria de uno de los representantes con otro por actos en que solo uno de ellos ha intervenido. En tal virtud, *la solidaridad entre representantes solo puede existir en la representación conjunta*, más no en la indistinta, ni en la sucesiva, ni en la representación para actos diferentes.

De otro lado, la designación de varios representantes, con indicación de que deben actuar conjuntamente, puede realizarse en uno o varios actos de apoderamiento. Si todos los representantes actúan conjuntamente en la gestión del interés del representado, ¿cuál sería la razón para que, si los poderes fueron otorgados por actos distintos, no exista solidaridad entre los representantes conjuntos? No hay razón atendible para que en la norma, bajo comentario, se haya

establecido que la solidaridad en la representación conjunta solamente existe cuando "el poder se haya otorgado por acto único". El único presupuesto válido y razonable para la solidaridad es que todos los representantes hayan actuado conjuntamente en el acto con el cual se causa algún perjuicio al representado, siendo indiferente que el poder haya sido otorgado por acto único o por actos distintos. Todos los representantes que ha intervenido en la gestión representativa han debido actuar de buena fe, diligente, responsable y correctamente, si no han actuado así y con su actuar han causado daños a su representado, todos solidariamente deben indemnizarlo.

La responsabilidad de los representantes conjuntos es solidaria tanto frente al representado como frente al tercero con quien han realizado el acto encomendado.

Tampoco existe razón atendible para que el art. 148 disponga que los representantes plurales responden solidariamente frente al representado cuando el poder se ha otorgado "para un objeto de interés común". Como sabemos, la representación siempre se otorga en interés del representado y en ocasiones en interés común del representado y del representante (por ej., el deudor otorga poder a su acreedor para que este cobre a un deudor de aquél y con el producto se haga pago de su crédito) o en interés común del representado y un tercero. Es un desacierto establecer que no hay solidaridad entre los representantes cuando la representación se ha instituido solamente en interés del representado (hipótesis común) y que sí lo hay cuando ha sido otorgada en interés común del representado y de los representantes. Si el legislador ha pensado que el "interés común" es solamente el de los representantes plurales y no el de estos con el del representado, el desacierto es mayúsculo porque la solidaridad de los representantes conjuntos se establece en beneficio del representado, para facilitarle el cobro de la indemnización por los daños que le han causado sus apoderados actuado conjuntamente. Carece de toda lógica, establecer la solidaridad en beneficio de los propios representantes que con su actuar doloso o culposo causan daños a su representado.

De lo dicho se deduce que se debe modificar el art. 148, a cuyo fin proponemos para su discusión el siguiente texto:

"Art. 148.- Si son dos o más los representantes, estos quedan obligados solidariamente frente al representante y al tercero con quien concluyen el acto, siempre que en el ejercicio de la representación hayan actuado conjuntamente".

61.5. Revocación del poder

Artículo 149.- El poder puede ser revocado en cualquier momento.

Por la revocación, la sola voluntad unilateral y recepticia⁶¹⁹ del representado extingue el poder, salvo el pacto de irrevocabilidad. El representado puede revocar el poder en cualquier momento, a su arbitrio, sin necesidad de dar explicación sobre su decisión. La ley le confiere este derecho en resguardo de sus intereses. La revocación puede ser hecha aun cuando la representación sea remunerada. En este caso, si el representante ya había dado comienzo a la gestión, el representado deberá pagar los honorarios proporcionalmente a los servicios prestados.

El representado puede, en cualquier momento, modificar o revocar el poder con su sola declaración de voluntad, comunicando siempre al representante y a los terceros interesados. Así como en su momento el representado otorgó poder libremente para que el representante obre en su nombre, con la misma libertad que lo otorgó puede revocarlo en cualquier tiempo.

Como la revocación es un acto jurídico unilateral y recepticio, sus efectos recién se producen una vez que es conocida por el destinatario (el representante)⁶²⁰. Se presume el conocimiento del destinatario en el momento en que la revocación llega su dirección domiciliaria, a no ser que pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla (art. 1374). La revocación también debe ser comunicada por medios idóneos a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico encomendado al representante, en caso contrario no es oponible a los terceros, a menos que se pruebe que estos conocían de la revocación en el momento que celebren el acto jurídico.

La revocación del poder se fundamenta:

619 En opinión de BIANCA, la revocación no es un acto recepticio porque la ley prescribe únicamente que sea puesta en conocimiento de los terceros interesados (BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. III, p. 105).

620 BGB: Art. 168. *Extinción del poder*. La extinción del poder se determina por la relación jurídica que subyace en su concesión. El poder es revocable aun subsistiendo la relación jurídica, salvo si resulta otra cosa de esta misma relación. A la declaración de revocación se aplica por analogía la disposición del art. 167, apartado 1.

- a) En que el representado es el *dominus negotii* (dueño del negocio); de él es el interés en la gestión, de allí que el poder no puede ejercerse en contra de su voluntad. Si ya no tiene interés en la realización del acto para el cual designó un representante, pone fin a la representación revocando el poder;
- b) En la confianza que se encuentra en la base del poder. El representado al otorgar el poder ha confiado en una determinada persona en base a su amistad, a su calidad moral, profesional, etc.; por tanto, en cualquier momento puede retirarle la confianza revocando el poder;
- c) En la relación *intuitu personae* (personalísima) que genera el poder. La revocación es un derecho *ad nutum* del representado que puede ejercitarlo en cualquier momento sin expresión de causa. Tiene efectos para el futuro (*ex nunc*).

61.6. Revocación en el apoderamiento plural

Artículo 150.- La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto solo si es realizada por todos.

La pluralidad puede ser no solamente de representantes, sino también de representados (apoderamiento plural). Esta se presenta cuando dos o más sujetos designan a un representante común. Los representados pueden tener un interés individual o común.

Si hay varios representados entre los cuales no existe un interés común en la realización del acto jurídico para el cual han designado apoderado, cada uno puede revocar el poder a su arbitrio. En tal caso, el apoderado continuará obrando legítimamente por los demás representados que no han revocado. En cambio, si los varios representados tienen un interés común en que el acto se ejecute por el apoderado elegido, ninguno de ellos podrá revocar el poder sin el consentimiento de los demás, es decir, el poder otorgado por varias personas para un objeto de interés común sólo puede ser revocado por todos los representados.

En el Derecho comparado hay códigos que contienen una solución inversa a la de nuestro Código. Así, el Código civil y comercial argentino establece: "Art. 379. *Apoderamiento plural*. El poder otorgado por varias personas para un objeto de interés común puede ser revocado por cualquiera de ellas sin depen-

dencia de las otras". De acuerdo con esta norma, cada uno de los representados puede revocar el poder, sin necesidad de contar con la conformidad de los demás, aun cuando el acto jurídico tenga un objeto común a todos ellos.

La norma del art. 150 es de carácter dispositivo, por tanto, sea aplica solamente a falta de pacto en contrario o de norma especial que disponga otra cosa. Por ej., la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, dispone que el gerente de la sociedad anónima puede ser removido en cualquier momento por el directorio o por la junta general mediante acuerdo adoptado por mayoría, cualquiera sea el órgano del que ha emanado su nombramiento, si fue nombrado por la junta general puede ser removido por el directorio y viceversa; es nula la disposición del estatuto o del acuerdo de la junta general o del directorio que establece la irrevocabilidad del cargo de gerente o que imponga para su remoción una mayoría superior a la mayoría absoluta de accionistas o directores presentes en la correspondiente junta general o sesión de directorio (art. 187); el gerente de la sociedad comercial de responsabilidad limitada⁶²¹ puede ser separado de su cargo según acuerdo adoptado por mayoría simple del capital social, excepto cuando su nombramiento hubiese sido condición del pacto social, en cuyo caso solo podrá ser removido judicialmente y por dolo, culpa o inhabilidad para ejercerlo (art. 287).

61.7. Revocación tácita del poder. Comunicación al representante

Artículo 151.- La designación de nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de este por parte del representado, importa la revocación del poder anterior. Esta produce efecto desde que se le comunica al primer representante.

La revocación del poder puede ser expresa o tácita. La *expresa* puede hacerse de palabra o por escrito privado o público, o por cualquier otro medio idóneo. La revocación tácita se infiere de una conducta incompatible con la voluntad de mantener el poder, por ej., la reclamación de la devolución del documento en que consta el poder.

621 Ley General de Sociedades: Art. 283. En la sociedad comercial de responsabilidad limitada el capital está dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles, que no pueden ser incorporadas en títulos valores, ni denominarse acciones. Los socios no pueden exceder de veinte y no responden personalmente por las obligaciones sociales.

El art. 151, que tiene como antecedente el art. 1652 del Código de 1936, prevé dos casos de revocación *tácita*: i) la designación de un nuevo representante para el mismo acto, para el cual el representado ya había otorgado poder; y ii) la ejecución del acto por el propio representado. En ambos casos la revocación no surte efectos mientras no sea comunicada al primer representante.

Cuando el representado designa a un nuevo representante para el mismo acto para el cual había otorgado poder, es clara su voluntad de poner fin a la representación anterior. La revocación se produce aun cuando el nuevo representante no acepte el encargo o cuando el nuevo poder resulte nulo o ineficaz, pues está clara la intención del representado de poner fin al primer poder.

Tampoco hay lugar a dudas sobre la voluntad del representado de revocar el poder cuando el mismo ejecuta el acto para el cual había otorgado poder. Esta regla presenta excepciones, por ej., el art. 78 del CPC dispone: "La representación judicial termina por las mismas razones que causan el cese de la representación o del mandato. Sin embargo, la ejecución de un acto procesal por el representado, no supone la revocación del poder, salvo declaración explícita en tal sentido".

Si el primer poder es general y el segundo especial, subsiste el primero para los actos no comprendidos en el segundo. Así está dispuesto, aunque con referencia al mandato, por el segundo párrafo del art. 2164 del Código chileno que dispone: "Si el primer mandato es general y el segundo especial, subsiste el primer mandato para los negocios no comprendidos en el segundo". El caso inverso a esta hipótesis estaba contemplado en el art. 1976 del derogado Código argentino de Vélez Sarsfield, que disponía: "La procura especial no es derogada por la procuración general posterior, dada a otra persona, salvo cuando comprendiese en su generalidad el negocio encargado en la procuración anterior". En resumen, tanto para la legislación nacional como para la comparada, habrá revocación *tácita* de la representación por designación de un nuevo representante siempre que la primera y la segunda representación sean incompatibles.

Como la revocación, expresa o *tácita*, es un acto jurídico unilateral y recepticio, para que produzca efectos debe ser comunicada a sus destinatarios, o sea al representante y a cuantos tengan interés en los actos encomendados al representante. Esta comunicación puede hacerse por cualquier medio: de palabra, por escrito, cartas simples, cartas notariales, fax, aviso en los diarios, radio, televisión, notificación judicial, correo electrónico, etc. Es menester que la noticia de la revocación llegue al representante para que el poder expire aun cuando esa noticia la haya adquirido de fuente distinta a la iniciativa del representado.

En cuanto a la representación judicial, la revocación del poder solo surte efecto desde que el representado comparece en el proceso por sí mismo o por medio de nuevo apoderado. Al respecto, el primer párrafo del art. 79 del C.P.C establece: "En todo caso de finalización de representación que tenga su origen en la decisión del representado capaz de actuar por sí mismo, cualquiera que fuera la causal de cese, este solo surtirá efectos desde que la parte comparece al proceso por sí o por medio de nuevo apoderado, con independencia de la fecha o forma en que el cese le haya sido comunicado al anterior". Si del expediente judicial no aparece que el representado capaz haya comparecido por sí mismo o por medio de nuevo apoderado, la representación judicial subsiste, siendo válidos los actos procesales practicados por el representante en nombre de aquel.

Con el fin de que el *dominus* se asegure de que el representante carezca del título de representación necesaria para contratar con terceros, algunas legislaciones establecen que el representado que revoca el poder tiene el derecho de exigir del representante la restitución de los instrumentos que ha puesto en sus manos para la ejecución de la representación. Así, por ejemplo, el Código chileno en su art. 2166, con referencia al mandato, señala: "El mandante que revoca tendrá derecho para exigir del mandatario la restitución de los instrumentos que haya puesto en sus manos para la ejecución del mandato; pero de las piezas que pueden servir al mandatario para justificar sus actos, deberá darle copia firmada de su mano si el mandatario lo exigiere". El Código español señala: art. 1.733. "El mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato". El art. 1397 del Código italiano dispone: "El representante estará obligado a restituir el documento del que resulten sus poderes, cuando estos hayan cesado". De estas normas se desprende que el mandato es libremente revocable y que hay revocación tácita cuando el representado compele al representante la devolución del documento que contiene el poder.

61.8. La revocación del poder. Comunicación a los terceros

Artículo 152.- La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico.

La revocación comunicada solo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que esta haya sido inscrita. Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante.

Conforme lo dispone el art. 152, cuyo antecedente de su primer párrafo es el art. 1652 del Código de 1936, la revocación expresa o tácita del poder debe comunicarse al representante y a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico. La comunicación a los terceros se puede hacer por cualquier medio idóneo (carta privada, carta notarial, correo electrónico, etc.). Si el poder se inscribió en el registro público respectivo, la revocación también debe ser inscrita, pues, no hay medio más idóneo de comunicar la revocación tanto al representante como a los terceros interesados que con su anotación en el mismo registro en que se inscribió el poder. Todo aquel que contrata con un representante cuyo poder ha sido inscrito en el registro pertinente, debe verificar previamente en ese registro si el poder está vigente o ha sido revocado.

No solo la revocación sino cualquier modificación del poder no puesta en conocimiento de los terceros no les son oponibles, salvo que se pruebe que estos conocían de la revocación o modificaciones en el momento que celebran el acto jurídico.

En general, las modificaciones del poder, la renuncia del representante y la revocación del poder son inoponibles a los terceros a quienes no se les ha comunicado estos actos, a menos que se pruebe que estos conocían las modificaciones, la renuncia o la revocación en el momento de celebrar el acto jurídico⁶²².

En realidad, la expresión “a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico” que utiliza el art. 152 es confusa y puede prestarse a interpretaciones arbitrarias; ¿qué se habrá querido decir con la expresión “a cuantos intervengan en el acto jurídico”? Difícil encontrar una respuesta aceptable; si el poder se otorgó para un solo acto y este ya se realizó, el poder ya se extinguió, por tanto, ya no puede haber revocación, y si el poder se otorgó para la realización de varios actos y algunos de ellos ya han sido realizados, la revocación no afecta para nada a los terceros que han intervenido en esos actos que ya fueron celebrados. Al respecto es más claro y completo el primer párrafo del art. 1396 del Código italiano que prescribe: “Las modificaciones y la revocación de la procura deberán

622 *Nuevo Código civil y comercial argentino: Art. 381. Oponibilidad a terceros.* Las modificaciones, la renuncia y la revocación de los poderes deben ser puestas en conocimiento de los terceros por medios idóneos. En su defecto, no son oponibles a los terceros, a menos que se pruebe que estos conocían las modificaciones o la revocación en el momento de la celebración del acto jurídico. Las demás causas de extinción del poder no son oponibles a los terceros que las hayan ignorado sin su culpa.

ser llevadas a conocimiento de los terceros por medios idóneos. En su defecto, no serán oponibles a los terceros si no se probara que estos las conocían en el momento de la conclusión del contrato". Se comunica, tanto al representante como a los terceros, no solamente la revocación sino también las modificaciones del poder.

La *fuerza legitimadora de la apariencia* determina que el poder revocado produzca la plenitud de sus efectos en relación con el tercero de buena fe, esto es, que ha contratado ignorando la revocación que no le fue comunicada, a menos que esta haya sido inscrita; quedando a salvo los derechos del representado contra el representante a quien si se le comunicó la revocación. Para los terceros que obran ignorando la revocación del poder, este subsiste y los actos que celebren con el representante obligan al representado.

El tercero que contrata de mala fe (sabiendo que el representado ha revocado el poder) con un representante que obra de buena fe, esto es, ignorando la revocación, carece de acción contra el representado y el representante. La buena fe del representante aprovecha a él para no ser obligado a indemnizar al representado, pero no al tercero que obra sabiendo que el poder ha expirado.

61.9. Poder irrevocable

Artículo 153.- El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.

El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.

La facultad otorgada al representado para revocar el poder a su arbitrio encuentra su límite en los casos en que el poder ha sido otorgado en forma irrevocable.

Del art. 153 se deduce que el poder es irrevocable en cuatro casos:

- 1º Cuando se otorga para un acto especial.
- 2º Cuando se otorga por tiempo limitado.
- 3º Cuando se otorga en interés común del representado y del representante.
- 4º Cuando se otorga en interés común del representado y de un tercero.

Los dos primeros casos no tienen justificación alguna. Disposiciones como esta no solucionan sino crear problemas sociales, o sea, hacen todo lo contrario a la función que debe cumplir el Derecho. ¿Qué puede justificar que el poder otorgado para vender un bien (acto especial) o el otorgado para administrar un negocio por seis meses (poder por tiempo limitado), sean irrevocables? Por supuesto que no existe justificación alguna. Como afirma Giuseppe Stolf⁶²³, el poder en interés exclusivo del representado es “revocable *ad nutum* y puede ser siempre revocado, aunque se confiera por tiempo determinado o con cláusula de irrevocabilidad: nada puede constreñir al *dominus* a tolerar, si no quiere, que otro contrate por él”.

La irrevocabilidad del poder se justifica únicamente en el 3º y 4º caso, debido a que es otorgado tanto en interés del representado como del representante o de un tercero. En estos casos se justifica que sea irrevocable mientras subsista el interés del representante o del tercero y no solamente por un año como lo dispone el art. 153. En este sentido, solo en forma más detallada, el inc. c. del art. 380 del Código civil y comercial argentino dispone: “Art. 380. *Extinción*. El poder se extingue: (...) c. por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo y puede revocarse si media justa causa”. Resulta, según esta norma, que para que sea irrevocable, el poder ha debido ser conferido: a) para actos especiales determinados; b) limitado en su duración a un plazo determinado, a cuyo vencimiento se extingue el poder; c) en razón de un interés legítimo que puede ser: i) solamente del representante, ii) o solamente de un tercero, iii) o común a representante y representado, iv) o común a representante y un tercero, v) o común a representado y un tercero.

El representante actúa en interés, o sea por cuenta del representado, pero puede ser que el poder no se otorgue solamente en interés del representando, sino también en interés del representante o de un tercero. El poder es irrevocable cuando ha sido conferido en interés común del representado y del representante o de un tercero. Así, cuando el deudor (representado) otorga poder a su acreedor

623 Citado por NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, “La regulación de la irrevocabilidad del poder en el Código civil”, en *Actualidad Jurídica*, T. 158, enero, 2007, Lima, p. 45.

(representante) para que cobre la renta de un bien que tiene arrendado y con el producto se haga pago de su acreencia; o cuando el deudor (representado), para cumplir con su obligación de pasar alimentos a un hijo extramatrimonial (tercero interesado), otorga poder a la madre del menor (representante) para que cobre la renta que produce uno de sus bienes.

Por principio, todo poder de representación tutela el interés del representado excepcionalmente puede proteger, además, el interés del representante o de un tercero. Todo poder en interés exclusivo del representado es revocable, aun cuando sea otorgado para un acto especial o por tiempo limitado. El poder que tutela el interés común del representado y del representante o de un tercero es irrevocable. Todo poder irrevocable es por tiempo limitado (no mayor de un año). Con la revocabilidad del poder se protege el interés del representado y con la irrevocabilidad se tutela el interés del representante o de terceros.

Messineo⁶²⁴ afirma, “si bien es regla general que la actividad del representante negocial se desarrolla en interés (y en el exclusivo interés) o sea ‘por cuenta’ del representado (el denominado *mandatum mea gratia*), la cosa no es en absoluto esencial, pudiéndose tener –con el asentimiento del representado– o representación en *interés del representante* (denominado *procurator in rem suam; mandatum tua tantum gratia*), o en interés *común* del representante y del representado (*mandatum tua et mea gratia*), o, en absoluto, en interés de un tercero, diverso del representado (*mandatum aliena gratia*) o del representado y del tercero (*mandatum mea et aliena gratia*)”. No estamos de acuerdo en parte con Messineo, porque no puede existir un solo caso en el que la representación no se otorgue para ejercer un derecho del representado, cosa distinta es que del ejercicio de este derecho se derive un beneficio para el representante o para un tercero. De manera que la representación siempre se otorga para gestionar uno o más derechos del representado, es decir, este otorga poder para que su interés sea gestionado por su apoderado, pero en ciertos casos el interés del representado es ejercido, también, en interés del representante o de un tercero o de ambos. El interés del representante o del tercero encuentra siempre su fundamento en el interés del representado. No existe representación en interés exclusivo del representante ni de un tercero. En toda representación siempre está presente el interés del representado, si este no tuviera ningún interés no tiene por qué otor-

624 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*. cit., T. II, p. 410.

gar representación; distinto es que el representado otorgue poder para que se ejerza en su exclusivo beneficio, o para que se beneficie exclusivamente el representante o un tercero; es el representante quien tiene interés en que se beneficie el representante o un tercero o ambos a la vez, y por esa razón otorga el poder.

Cuando el poder se otorga exclusivamente en interés ajeno, significa que el representado cede su posición jurídica de la cual puede disponer libremente el representante. Por ejemplo, A se obliga a vender un bien a B; B quiere revender el bien a C, con cuyo fin obtiene que A le otorgue un poder irrevocable para vender; A recibe el precio del bien y otorga el poder. En tal caso, el poder sirve para evitar una doble venta: de A a B y de B a C. Como se aprecia, el acto de otorgamiento de poder en exclusivo interés del representante es simulado; por esta razón adolece de nulidad absoluta (art. 219.5), nulidad que no puede afectar al tercero C, si es un comprador de buena fe, es decir, que no conocía ni estaba en la posibilidad de conocer que el poder otorgado por A a B fue en exclusivo interés del representante B (art. 194).

El artículo que comentamos establece un año como duración máxima del poder irrevocable. Pero en la práctica muchas veces se necesita de un plazo mayor. Como se aprecia de los dos ejemplos antes mencionados (sobre el poder otorgado en beneficio común del representado y el representante o un tercero) se justifica que el poder sea irrevocable mientras subsista el *interés* del representante o del tercero; es decir, el poder debe ser irrevocable hasta que el representante se haga pago de la totalidad de su crédito o hasta que el tercero ya no tenga derecho a pensión alimenticia, v. gr., porque ha cumplido su mayoría de edad. En todo caso, hubiese sido mejor no establecer el plazo de un año como duración máxima del poder irrevocable o disponer que transcurrido el año el poder puede renovarse por un plazo no mayor de un año y así sucesivamente.

Como nadie puede ser obligado a celebrar actos jurídicos por medio de representante, aun el poder irrevocable puede ser revocado en cualquier momento (art. 148) si media justa causa, por ejemplo, el incumplimiento del representante de las obligaciones a su cargo. Habrá lugar al resarcimiento de los daños causados con la revocación al representante o al tercero, en cuyo interés se otorgó el poder.

El poder otorgado para un acto especial o por tiempo limitado, en el que no se encuentre de por medio también el interés del representante o de un tercero, solo puede ser irrevocable por decisión del representado o por convenio

entre este y el representante en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, mas no por disposición de la ley, como lo hace el art. 153. El poder puede ser irrevocable por voluntad expresa del representando; al respecto debe observarse ante todo que el representado no podría hacer irrevocable el poder conferido en su interés exclusivo. La irrevocabilidad del poder otorgado en interés exclusivo del representado estaría entonces desprovista de causa y como tal sería nula⁶²⁵.

El Código civil italiano, al regular el contrato de mandato, prescribe: "Art. 1723. *El mandante puede revocar el mandato; pero si se había pactado la irrevocabilidad, responde de los daños, salvo que concurra una justa causa. El mandato conferido también en interés del mandatario o de terceros no se extingue por revocación por parte del mandante, salvo que se haya establecido otra cosa o que concurra una justa causa de revocación; no se extingue por la muerte o por la incapacidad sobrevinida del mandante*". Bianca⁶²⁶ comenta que no obstante que el mandato es un contrato, el Código italiano establece como principio general que es revocable. La revocabilidad del mandato responde a la misma idea de fondo de la revocabilidad del poder, es decir, que una posición de poder o de obligación constituida en interés exclusivo de un sujeto, es remitida a la libre disponibilidad del interesado. La representación general es siempre revocable, aun cuando se haya pactado su irrevocabilidad, salvo el eventual resarcimiento del daño sufrido por el representante. Solo el poder especial puede ser irrevocable. La primera hipótesis de irrevocabilidad se presenta cuando el poder ha sido conferido, también, en interés del propio mandatario o de terceros, y se justifica en el hecho de que la revocación puede causar perjuicio al representante o a los terceros. Aun en tales casos el poder puede ser revocado si existe una justa causa o que se haya previsto la revocación.

La irrevocabilidad del poder otorgado en interés común del representante y del representado o de un tercero no requiere de pacto expreso. Si el acto representativo interesa conjuntamente al representante y al representado, o a este último y a un tercero, el representado no podrá revocar el poder a su arbitrio, sino únicamente cuando medie justa causa. La irrevocabilidad está establecida por la ley y opera aun en contra de la voluntad del representado. El poder irrevocable solamente podrá dejarse sin efecto por mutuo consentimiento, salvo que

625 Bianca, C. Massimo, *Derecho civil 3. El Contrato*, trad. de Fernando Hinestroza y Édgar Corrés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 124.

626 BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. III, p.103.

medie justa causa que determine su revocación. El *dominus* debe abstenerse de realizar él mismo o mediante un nuevo representante el acto para el cual otorgó poder y si lo hace será responsable por los daños irrogados al representante o a los terceros interesados.

Fuera del caso del poder otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero, la irrevocabilidad requiere de pacto expreso. Como hemos dicho, es un error que el art. 153 prescriba que “el poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado”; por el contrario, se ha debido establecer que el poder irrevocable otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero debe ser especialmente determinado y por tiempo limitado.

Como hemos dicho, nada justifica que el poder, otorgado en interés exclusivo del representado, para un acto especial o por tiempo determinado sea irrevocable; sería irrazonable que se establezca, por ejemplo, que es irrevocable el poder otorgado para vender un bien determinado (acto especial), pues a nadie se le puede obligar a vender si ya no tiene interés en hacerlo; o para contraer matrimonio (acto especial), ya que a nadie se le puede obligar a contraer matrimonio en contra de su voluntad; o para la administración de un negocio por el plazo determinado (tiempo limitado), cuando el representado ha pedido confianza en el administrador. A casos como los de estos ejemplos no se les puede aplicar el art. 153, por afectar derechos fundamentales de la persona, como son el derecho de propiedad o el de contraer matrimonio que están protegidos por normas imperativas, incluso constitucionales, de rango superior a la contenida en el art. 153.

Es necesario que se modifique el art. 153 de modo que establezca:

“Artículo 153. El poder es irrevocable cuando ha sido conferido en interés común del representado y del representante o de tercero, siempre que lo sea para actos especialmente determinados y por cierto plazo. Si el representado lo revoca responde por los daños, salvo que medie justa causa”.

61.10. Renuncia del representante

Artículo 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.

El carácter fiduciario de la relación entre representante y representado explica que la pérdida de confianza sea la causa que determina al representado a revocar el poder otorgado al representante, y, a la inversa, que sea la razón por la que el representante renuncia al apoderamiento que le fue conferido. Es decir, la pérdida de confianza es el móvil de la revocación del poder por parte del representado y de la renuncia del representante a ejercer el poder que se le confirió. Con la revocación o con la renuncia el poder se extingue.

Así como el representado es libre de poner fin a la representación en cualquier momento revocando el poder, también el representante, como lo dispone el art. 154⁶²⁷, es libre para renunciar en cualquier momento a la representación (aun cuando esta sea remunerada e independientemente de que haya o no dado comienzo a la gestión del negocio) comunicándolo al representado. La norma condiciona el ejercicio de esta facultad imponiendo al representante la obligación de continuar en el ejercicio de la representación hasta su reemplazo por otro representante o hasta que el representado asuma directamente la realización de los actos para los cuales otorgó poder al renunciante. Excepcionalmente, la renuncia puede tener eficacia inmediata si el representante acredita "impedimento grave o justa causa". El artículo no explica que se debe entender por impedimento grave o justa causa. En cada caso se tendrá que examinar si está justificado que el representante se aparte inmediatamente de la representación sin esperar su reemplazo, ya sea por impedimento grave como consecuencia del caso fortuito o fuerza mayor, por ejemplo, una enfermedad o ya por justa causa como sería, v. gr., el caso del apoderado que es nombrado Ministro de Estado, cargo que le impide ejercer la representación. Fuera de estos casos, el representante puede, además, apartarse de la representación, sin incurrir en responsabilidad por daños, si desde la notificación de la renuncia ha transcurrido el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazado.

Si el representante abandona de hecho la gestión de los negocios que se le ha encomendado, sin comunicar su renuncia al representado o sin que haya

627 El art. 154 registra como antecedente al art. 1653 del Código de 1936.

transcurrido el plazo de treinta días más el término de la distancia, o sin que medie motivo grave o causa justificada, es responsable por los perjuicios irrogados al representado.

Del mismo modo que la revocación del poder, la renuncia a la representación está en la naturaleza del acto de apoderamiento, pero no es de su esencia, por lo que representado y representante podrán convenir que la representación es irrenunciable. Claro que este pacto se hará en el convenio que sirve de causa eficiente al acto de apoderamiento, convenio que puede ser un mandato o cualquier otro contrato.

El representante que renuncia no necesita explicar ni fundar su decisión, porque ejerce un derecho que la ley le confiere privadamente, sin otra condición que comunicarla al representado y esperar un plazo prudente (no menor de treinta días) para que este tome la dirección de sus negocios⁶²⁸ o designe nuevo representante, salvo que el representante acredite la concurrencia de impedimento grave o justa causa que justifiquen su apartamiento inmediato de la representación.

La ley otorga al representante el derecho a renunciar a la representación sin otra condición que comunicarla al representado. La comunicación puede hacerse por cualquier medio hablado o escrito. No es necesaria la comunicación por documento de fecha cierta o mediante notificación judicial, salvo para el caso de que el representado quede obligado a reemplazar al representante en el plazo de 30 días más el término de la distancia. La prueba del conocimiento de la renuncia por el representado pesa sobre el representante que alega la extinción de la representación y podrá producirse por todos los medios que le franquea el Código Procesal Civil.

Extinción del poder. La revocación del poder por el representado (art. 149) y la renuncia del representante (art. 154) son dos formas de extinción del poder y con él de la representación. La ley no señala las otras causas de extinción del poder. Sin embargo, el poder también se extingue por las mismas causales de extinción del mandato contenidas en el art. 1801, por tanto, el poder también se extingue por: muerte del representante o representado, interdicción o inhabilitación del representado o del representante; el vencimiento del término del poder cuando es a plazo determinado; la ejecución total del acto representativo.

628 STITCHKIN BRANOVER, *El mandato civil*, cit., pp. 403-404.

Cuando el poder no tiene un plazo predeterminado es válido por tiempo ilimitado; pero si tiene cierta antigüedad desde que fue otorgado, es recomendable exigir al representante que exhiba un certificado de supervivencia del representado. Lógicamente, el poder también se extingue por la declaración de muerte presunta del representante o del representado, por declaración de ausencia del representante, por quiebra del representante o del representado.

De las señaladas causales de finalización del poder, unas se deben a la decisión personal del representado o del representante (revocación del poder, renuncia a la representación), otras a circunstancias que los afectan personalmente (ej., la muerte, la declaración de ausencia) y otras se vinculan con el objeto del encargo (el cumplimiento del acto jurídico encomendado).

Debería incorporarse en el Código un artículo en los términos siguientes:

“Artículo... *Extinción del poder*. El poder se extingue:

- a) por el cumplimiento del acto o actos encomendados en el apoderamiento;
- b) por la muerte del representante o del representado;
- c) por la revocación efectuada por el representado;
- d) por la renuncia del representante;
- e) por declaración de muerte presunta del representante o representado;
- f) por la declaración de ausencia del representante;
- g) por la quiebra del representante o representado;
- h) por pérdida de capacidad del representante o representado”⁶²⁹.

629 Código civil y comercial argentino: Art. 380. Extinción El poder se extingue: a) por el cumplimiento del o de los actos encomendados en el apoderamiento; b) por la muerte del representante o del representado; sin embargo subsiste en caso de muerte del representado siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; c) por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa; d) por la renuncia del representante, pero éste debe continuar en funciones hasta que notifique aquélla al representado, quien puede actuar por sí o reemplazarlo, excepto que

Las modificaciones, la revocación, la renuncia y la extinción de los poderes deben ser puestas en conocimiento, por medios idóneos, de los terceros que intervengan o sean interesados en el acto jurídico. La modificación, revocación, renuncia o extinción de los poderes son inoponibles a los terceros que las hubieren ignorado sin su culpa.

61.11. Poder general y especial

Artículo 155.- El poder general solo comprende los actos de administración.

El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido.

El Código clasifica al poder en general y especial tanto en base a la extensión como a la naturaleza de los actos jurídicos que se encomienda realizar al apoderado. Esta clasificación sirve para determinar qué actos puede realizar válidamente el representante.

Por su extensión, *poder especial es el conferido para la realización de uno o más actos específicamente indicados en él*, es decir, el poder contiene la designación de los actos que debe realizar el representante; aquí se aplica estrictamente el principio de literalidad del poder. En tanto que, *poder general es el otorgado para realizar todos los actos del representado (todos ellos o con algunas excepciones), salvo aquellos para los que la ley exige poder especial*.

Por la naturaleza del acto jurídico, *el poder general solamente comprende los actos de administración (ordinaria)*, o sea los que miran a la conservación o incremento del patrimonio del administrado; el apoderado general puede ejecutar todos los actos propios de la administración ordinaria y los necesarios para su ejecución⁶³⁰; son actos de *administración ordinaria* tanto los de mera custo-

acredite un impedimento que configure justa causa; e) por la declaración de muerte presunta del representante o del representado; f) por la declaración de ausencia del representante; g) por la quiebra del representante o representado; h) por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado.

630 Artículo 375. *Poder conferido en términos generales y facultades expresas*. Las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva. El poder conferido en términos generales sólo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución.

dia y conservación de los bienes como los de la gestión de un establecimiento industrial o comercial en la que es necesario realizar actos de disposición que tienen por objeto la administración. La norma del art. 155 solamente se limita a establecer que “el poder general solo comprende los actos de administración”, sin mencionar en qué consisten estos actos de administración, pero es claro que son aquellos para los cuales la ley no exige poder especial. En cambio, el *poder especial es el otorgado para realizar actos de disposición o gravamen del patrimonio del representado*, denominados también actos de *administración extraordinaria* por los cuales se disminuye o sustituye el patrimonio del representado (vender, comprar, dar en pago, permutar, suministrar en propiedad, hipotecar, preñar, etc.).

El poder no es de una determinada clase por el nombre que le pongan las partes, sino lo que de su contenido y circunstancias se deriva. Sucede con frecuencia en la práctica que a un poder en el cual el poderdante designa una serie de actos que debe realizar su apoderado, se le denomina “poder general” o “poder amplio y general”, cuando en realidad es *especial*. Por ejemplo, es especial, aun cuando las partes lo denominen general o como acostumbran nuestras gentes a decir “otorgo poder amplio y general”, y luego enumeran los actos que ha de realizar el apoderado, así: vender o comprar bienes muebles e inmuebles, arrendarlos, hipotecarlos, celebrar contratos de cuenta corriente, de préstamo, firmar vales y pagarés y descontarlos; girar, aceptar, endosar, avalar y descontar letras de cambio; girar, endosar y cobrar cheques; abrir y cerrar cuentas corrientes, cuentas de ahorros, depositar y retirar valores en custodia, etcétera. Este es

Son necesarias facultades expresas para: a) petitionar el divorcio, la nulidad de matrimonio, la modificación, disolución o liquidación del régimen patrimonial del matrimonio; b) otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere; c) reconocer hijos, caso en el que debe individualizarse a la persona que se reconoce; d) aceptar herencias; e) constituir, modificar, transferir o extinguir derechos reales sobre inmuebles u otros bienes registrables; f) crear obligaciones por una declaración unilateral de voluntad; g) reconocer o novar obligaciones anteriores al otorgamiento del poder; h) hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración; i) renunciar, transar, someter a juicio arbitral derechos u obligaciones, sin perjuicio de las reglas aplicables en materia de concursos y quiebras; j) formar uniones transitorias de empresas, agrupamientos de colaboración empresaria, sociedades, asociaciones, o fundaciones; k) dar o tomar en locación inmuebles por más de tres años, o cobrar alquileres anticipados por más de un año; l) realizar donaciones, u otras liberalidades, excepto pequeñas gratificaciones habituales; m) dar fianzas, comprometer servicios personales, recibir cosas en depósito si no se trata del necesario, y dar o tomar dinero en préstamo, excepto cuando estos actos correspondan al objeto para el que se otorgó un poder en términos generales.

un poder especial que faculta al representante a celebrar solamente los actos jurídicos determinados en el poder, quedando excluida la posibilidad de que pueda celebrar otros actos jurídicos distintos a los autorizados.

Nada impide que en un poder general se incluyan facultades especiales. En nuestra realidad esto es lo que ocurre frecuentemente, por ello, podemos decir que el poder es general cuando se atribuye al representante la facultad de celebrar todos los actos jurídicos relativos a la gestión del patrimonio del representado con exclusión de los actos de disposición y gravamen que no están expresamente indicados y de los actos que requieren de una autorización específica (ej., el contrato consigo mismo: art. 166), permaneciendo invariables los actos que por ley son excluidos de la representación, los que, por tanto, deben ser celebrados personalmente por el interesado.

El poder especial se rige por el principio de la literalidad, esto es, debe ser otorgado por escrito. Con respecto a la representación judicial, el art. 75 del Código Procesal Civil expresa: *Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley. El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de la literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.*

En materia de representación procesal, los actos enumerados en el art. 75 del CPC requieren de poder especial, por tanto, en aplicación del principio de literalidad del poder, las facultades especiales para la realización de dichos actos no se presumen sino deben conferirse expresamente⁶³¹.

631 El art. 37 del D. Leg. N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, relativo a la representación, dispone: "1. Las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representados por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito. 2. La representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante a ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, salvo disposición en contrario. 3. Las personas jurídicas se rigen por lo dispuesto en el artículo 10°, pudiendo delegar sus facultades a un abogado o a cualquier otra persona con autorización por escrito. 4. No existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros".

61.12. Poder especial para actos de disposición

Artículo 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.

Sobre la forma del otorgamiento de la representación se puede optar, *salvo disposición diversa de la ley*: a) por no exigir una forma determinada⁶³²; b) por exigir una forma determinada; y, c) por exigir la misma forma requerida para los actos para los cuales se confiere⁶³³.

El art. 156, que tiene su antecedente en el art. 1633 del Código de 1936, ha optado por exigir una forma determinada al establecer que para disponer o gravar los bienes del representado, el poder debe constar de *escritura pública*, bajo sanción de nulidad. Por la trascendencia que significan los actos de disposición o gravamen de los bienes que integran el patrimonio del representado, la ley exige que representante cuente con poder especial, otorgado con una forma solemne (*ad solemnitatem*).

En el ordenamiento jurídico nacional, por regla general, el apoderamiento no está sometido a forma *ad solemnitatem*. El poder puede otorgarse por una declaración expresa o tácita. Esto es conforme con el principio de libertad de formas que consagra el Código civil. La forma probatoria y, sobre todo, la solemne, constituyen la excepción, como el caso del art. 156.

En general, el apoderamiento puede ser tácito o expreso; el expreso puede ser no formal, o con forma probatoria o solemne. Es *tácito* cuando se infiere, sin lugar a dudas, de ciertos actos u observancia de ciertas conductas positi-

En todos estos casos en los que el poder contiene la determinación de actos puede realizar el representado, se trata de un poder especial, y cuando no hay tal designación estamos frente a un poder general.

632 La segunda parte del art. 167 del Código alemán establece que "la declaración no necesita la forma que está determinada para el negocio jurídico al que el poder se refiere".

633 Esta última modalidad es la adoptada por el art. 1392 del Código italiano que estipula: "La procura no tendrá efecto si no fuese conferida bajo las formas prescritas para el contrato que el representante debe concluir". Él "salvo disposición contraria de la ley" siempre debe estar presente al regular la forma de la representación porque siempre habrá la necesidad, en casos específicos, que la ley señale una determinada forma.

vas o negativas del *dominus*, como, por ej., cuando con frecuencia permite que su apoderado se exceda de los límites temporales o de contenido del poder o cuando ejerce los derechos o cumple las obligaciones derivados del acto realizado por una persona que actúa como si fuera su representante. Así, el art. 306 dispone que “cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro, no tiene este sino las facultades inherentes a la mera administración y queda obligado a devolverlos en cualquier momento a requerimiento del propietario”, o sea, para que un cónyuge realice actos de administración de los bienes propios del otro cónyuge es suficiente el poder tácito.

Para ciertos actos de apoderamiento, el Código prescribe la forma *probatoria*. Así, por ejemplo, el art. 87, con referencia a las asociaciones, dispone que “los asociados pueden ser representados en asamblea general, por otra persona (...). La representación se otorga por escritura pública. También puede conferirse por otro medio escrito y solo con carácter especial para cada asamblea”. La escritura pública o el otro medio escrito de que habla este dispositivo son solamente formas probatorias y no solemnes al no estar señaladas bajo sanción de nulidad del acto; y el medio escrito puede consistir en una carta simple, una constancia dejada en el libro de actas, etcétera.

Para otros actos se exige la forma *solemne*, como la establecida por el artículo bajo comentario, según el cual, para realizar actos de disposición (vender, donar, permutar, suministrar en propiedad, dar en pago, etc.) o gravamen (hipotecar, dar en garantía mobiliaria) se requiere de poder especial que contenga expresa e indubitablemente la facultad de disponer o gravar los bienes del representado, otorgado por escritura pública, bajo sanción de nulidad (acto formal solemne).

El art. 4 del D. Leg. N° 1049 (Decreto Legislativo del Notariado) dispone: “El ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial no obstante la localización distrital que la presente ley determina”⁶³⁴. Por otro lado, el art. 123-A establece: “Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o de constitución de gravamen, realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del Notario. Asimismo, la nulidad alcanza las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud

634 Redacción según modificación hecha mediante el D. Leg. 1232.

de una norma especial en los formularios o documentos privados; sin perjuicio de que de oficio se instaure al notario el proceso disciplinario establecido en el Título IV de la presente ley. La presente disposición no se aplica al cónsul cuando realiza funciones notariales”⁶³⁵.

En conformidad con estas normas, son nulas las escrituras públicas de actos de disposición o de constitución de gravamen realizados por personas naturales (con exclusión de las personas jurídicas) sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario. Es decir, se excluye de la nulidad a las escrituras públicas de otorgamiento de poder especial para disponer o gravar predios, en tanto que el poder no constituye en sí mismo acto de disposición o gravamen. El poder para disponer o gravar predios se puede otorgar ante cualquier notario de la República, pero el acto jurídico de enajenación o gravamen, en ejercicio de ese poder, solamente se puede celebrado ante el notario de la provincia en la cual se encuentra ubicado el predio, en caso contrario la escritura pública es nula, sin perjuicio de que de oficio se abra proceso disciplinario al notario.

El Tribunal Registral ha resuelto: Resolución N° 1939-2015-SUNARP-TR-L (29.9.2015). “El otorgamiento de poder para disponer de un predio efectuado ante notario ubicado en distrito notarial distinto del lugar en el que se ubica el predio no contraviene disposición alguna del Decreto Legislativo del Notariado”.

Sobre las clases de poderes otorgados ante notario, el D. Leg. N° 1049⁶³⁶,

635 Artículo incorporado por el D. Leg. 1232.

636 D. Leg. N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, (26.6.2008):

Artículo 117°.- *Clase de Poderes*. Los poderes ante notario podrán revestir las siguientes modalidades: a) Poder en escritura pública. b) Poder fuera de registro; y, c) Poder por carta con firma legalizada. El notario llevará un índice cronológico que incluya todos los poderes otorgados fuera de registro.

Artículo 118°.- *Poder por Escritura Pública*. El poder por escritura pública se rige por las disposiciones establecidas en la Sección Primera del Título II de la presente ley. La modificación o revocatoria de poder otorgado ante otro notario deberá ser informada por el notario que extienda la escritura pública al notario donde se extendió la escritura de poder.

Artículo 119°.- *Poder Fuera de Registro*. El poder fuera de registro se rige por las disposiciones a que se refiere el artículo anterior, sin requerir para su validez de su incorporación al protocolo notarial.

Artículo 120°.- *Poder por Carta*. El poder por carta con firma legalizada, se otorga en documento privado, conforme las disposiciones sobre la materia. Respecto a asuntos inherentes al

Ley del Notariado, en su art. 117 establece: “Los poderes ante el notario podrán revestir las siguientes modalidades:

- a) *Poder en Escritura Pública;*
- b) *Poder fuera de registro; y,*
- c) *Poder por carta con firma legalizada*

El notario llevará un índice cronológico que incluya todos los poderes otorgados fuera de registro”.

El poder por escritura pública se rige por lo dispuesto en la Sección Primera del Título II de la presente ley. La modificatoria o revocatoria de poder otorgado ante otro notario deberá ser informada por el notario que extienda la escritura pública al notario donde se extendió la escritura de poder (art. 118).

El poder fuera de registro no requiere para su validez de su incorporación al protocolo notarial (art. 119).

El poder por carta con firma legalizada, se otorga en documento privado (art. 120).

Respecto a asuntos inherentes al cobro de beneficios de derechos laborales, seguridad social en salud y pensiones, el poder por carta con firma legalizada tiene una validez de tres meses para cantidades menores a media Unidad Impositiva Tributaria (art. 120).

El DS N° 010-2010-JUS, que aprueba el TUO del D. Lg. 1049, en su art. 54, fija las cuantías de los poderes antes referidos en los términos siguientes:

cobro de beneficios de derechos laborales, seguridad social en salud y pensiones, el poder por carta con firma legalizada tiene una validez de tres meses para cantidades menores a media Unidad Impositiva Tributaria.

Artículo 121°.- *Transcripción de normas legales.* Cuando en los poderes en escritura pública y fuera de registro, se cite normas legales, sin indicación de su contenido y estén referidas a actos de disposición u otorgamiento de facultades, el notario transcribirá literalmente las mismas.

Artículo 122°.- *Modalidades de poder por Cuantía.* El uso de cada una de estas modalidades de poder estará determinado en razón de la cuantía del encargo. En caso de no ser este susceptible de valuación, regirán las normas sobre el derecho común.

“Artículo 54.- Clases de poderes. *De acuerdo a las clases de poderes a que se refiere el artículo 117 del Decreto Legislativo, se establecen las siguientes cuantías:*

1. *Hasta media (1/2) UIT poder por carta con firma legalizada.*
2. *Más de media (1/2) UIT y hasta tres (3) UIT poder fuera de registro.*
3. *Más de tres (3) UIT poder por escritura pública”.*

El art. 156 exige que el poder para disponer o gravar bienes sea otorgado por escritura pública, ya se trate de bienes inmuebles como para muebles. La ley no distingue entre bienes muebles de gran valor y de escaso valor; no es lo mismo otorgar poder para la compra de una nave o de una aeronave, que para comprar un caballo, un juego de muebles o un libro. La exigencia de la escritura pública para disponer o gravar los bienes muebles del representado, sin distinguir entre bienes muebles de gran valor y de escaso valor, no se condice con la realidad, en la que no se cumple con lo dispuesto por el art. 156 en cuanto a enajenar o gravar bienes de poco valor. Con normas como esta, que son muchas en nuestro ordenamiento jurídico, se dificultan las relaciones sociales, se crea inseguridad jurídica y se fomenta la informalidad y estos no son los fines que debe perseguir el legislador.

Proponemos, para su debate, que en una futura modificación del art. 156 se establezca como principio general que “salvo disposición legal en contrario, la representación debe ser otorgada en la misma forma prescrita para el acto que el representante debe concluir”. De este modo, si para el acto representativo, la ley prescribe una forma *ad substantiam*, esta debe observarse para otorgar el poder; si no exige ninguna forma, el poder será otorgado en la que decida el poderdante, incluso, el poder puede ser tácito, es decir, puede derivar su existencia de hechos concluyentes (*facta concludentia*) que no den lugar a ninguna duda. De otro lado, para proteger el interés del representado y de los terceros y, a la vez, facilitar la circulación de los bienes, se debe disponer que “el otorgamiento de la representación para realizar actos de disposición o de gravamen de bienes inmuebles debe hacerse por escritura pública, bajo sanción de nulidad. La representación otorgada para realizar actos de disposición o de gravamen de bienes muebles cuyo valor exceda de (...) Unidades Impositivas Tributarias debe hacerse por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad”.

La solemnidad exigida por el art. 156 para el otorgamiento de poder con fines de disponer o gravar los bienes del representado es la *escritura pública*, no

requiriéndose su inscripción en los Registros Públicos⁶³⁷. Sin embargo, por razones de seguridad en el tráfico jurídico en general, de protección de los derechos de quienes contraten con apoderado en el sentido de cerciorarse de las facultades que alega tener y de verificar que el poder se mantiene vigente, en tanto en el registro no conste que ha sido revocado o modificado, así como para que los terceros que han contratado a título oneroso y de buena fe con el que cuenta con poder inscrito no sean perjudicados con poderes o con modificaciones o revocación de este no inscritos, en virtud del principio de la fe pública registral o protección del tercero registral (art. 2038), es preferible que la escritura pública de otorgamiento de poder para realizar actos de disposición o gravamen se inscriba en el Registro de Mandatos y Poderes.

El Registro es un instrumento de publicidad de las relaciones y situaciones jurídicas. La publicidad registral es organizada por el Estado y se caracteriza por ser continua, sin interrupciones, de modo que cualquier ciudadano interesado pueda tomar conocimiento de su contenido en cualquier momento. Por sus efectos la publicidad registral se clasifica en constitutiva y declarativa, según que el acto formal de la inscripción sea o no requisito necesario para la creación, modificación o extinción de derechos personales o reales. El sistema registral peruano, salvo excepciones, es declarativo. En el sistema declarativo el derecho nace, se modifica o extingue con prescindencia de la inscripción. La falta de inscripción no impide ser, por ejemplo, propietario, arrendatario, representante, pero conlleva el riesgo de ceder frente a un tercero de buena fe con título de compraventa, arrendamiento o poder inscritos. El derecho *no inscrito* tiene valor frente a cualquier tercero, pero no frente a un tercero de buena fe con derecho *inscrito*. En un conflicto entre varios titulares, es preferido el que ha inscrito su derecho y si todos lo han inscrito, tiene preferencia el que inscribió primero.

Los registros que regula el Código civil son: Registro de la propiedad inmueble, registro de personas jurídicas, *registro de mandatos y poderes*, registro personal, registro de testamentos, registro de sucesiones intestadas y registro de bienes muebles (art. 2008).

637 Tribunal Registral: Resolución N° 1389-2016-SUNARP-TR-L. "*Otorgamiento de Poder*. La inscripción de los poderes en el Registro es facultativa y no obligatoria, declarativa y no constitutiva; es decir, para que cualquier poder pueda surtir efectos bastará que cumpla con la formalidad respectiva, dependiendo de las facultades que se confieran. En tal sentido, no constituye obstáculo para la inscripción del poder que en el instrumento público respectivo conste la existencia de otro poder no inscrito".

Las instituciones inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes son: "1. Los instrumentos en que conste el mandato o el poder de un modo general o para ciertos actos. 2. Los instrumentos en que conste la sustitución, modificación y extinción del poder o mandato, en su caso" (art. 2036).

Las inscripciones se hacen en el Registro del lugar donde permanentemente se va a ejercer el mandato o poder (art. 2037). Salvo disposición contraria de la ley, se accede a la inscripción registral en virtud de título que conste en instrumento público (art. 2010), como es la escritura pública otorgada ante notario público o ante el juez de paz debidamente protocolizada o la otorgada ante el cónsul peruano en el extranjero.

La extinción del mandato o poder se inscribe, según el caso, en virtud de los documentos siguientes:

- a) En caso de muerte, con la partida de defunción del representante o representado.
- b) En caso de muerte presunta, con la resolución judicial respectiva (art. 63 y ss.).
- c) En caso de ausencia, con la respectiva declaración judicial (art. 53)⁶³⁸.
- d) En caso de interdicción o inhabilitación con la respectiva declaración judicial.
- e) En caso de renuncia o revocación, con los partes de la escritura pública correspondiente otorgada ante notario público o ante el cónsul si es formalizada en el extranjero, o el acta de protocolización si ha sido otorgada ante juez de paz.

Por el principio de *inoponibilidad* del poder no inscrito frente al tercero contratante con poder inscrito, quien deriva derechos de un poder no inscrito en el registro, no puede ejercerlos frente al tercero contratante de buena fe y a título oneroso que contrató sobre la base de poder inscrito ni puede ejercitar acciones que puedan perjudicarlo. Al respecto el art. 2038 establece: *El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder*

638 "La declaración judicial de ausencia debe ser inscrita en el Registro de Mandatos y Poderes para extinguir los otorgados por el ausente, desprendiéndose de ello que la inscripción de la respectiva declaración en el Registro de la Propiedad Inmueble no es obligatoria" (R. N° 86-97-ORLC/TR, *Jurisprudencia Registral*, vol. IV, año II, p. 157).

inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de estos no inscritos.

Los mandatos y poderes, así como sus modificaciones o extinciones, no inscritos no afectan para nada al tercero que ha contratado de buena fe, a título oneroso y a partir de un mandato o poder inscrito en el Registro del lugar de celebración del contrato.

Por excepción la ley puede exigir la inscripción registral para el otorgamiento de poder; si la inscripción ha sido prescrita bajo sanción de nulidad es solemne, en cambio, si la ley impone como forma la inscripción y no sanciona con la nulidad su inobservancia, constituye solamente un medio de prueba de la existencia del acto (art. 144). Así, la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, dispone que el nombramiento de administradores, liquidadores o de cualquier representante de la sociedad y el otorgamiento de poderes, así como los actos de revocación, renuncia, modificación o sustitución de los representantes o de sus poderes deben inscribirse en el Registro del lugar del domicilio de la sociedad; no sanciona con la nulidad la falta de inscripción, por tanto, no constituye un requisito de validez del nombramiento de los representantes ni de los poderes otorgados. La inscripción se realiza en el Registro del lugar del domicilio de la sociedad por el mérito de la copia certificada de la parte pertinente del acta donde conste el acuerdo adoptado por el órgano social competente; no requiriéndose inscripción adicional para el ejercicio del cargo o de la representación en cualquier otro lugar (art. 14). Las copias certificadas para los actos que requieran inscripción deben ser certificadas por notario; para actos no inscribibles, las copias certificadas a que se refiere la ley pueden ser expedidas mediante fotocopias autenticadas por notario o por el administrador o gerente de la sociedad (art. 46)⁶³⁹. El tercero que contrate con un representante de la sociedad, observan-

639 Art. 2028. La constitución de la persona jurídica se inscribe en el registro correspondiente a su domicilio. No se requiere el otorgamiento de escritura pública para la inscripción del nombramiento de representantes, mandatarios y otorgamiento de poderes. Para su inscripción basta la presentación de copia notarialmente certificada de la parte pertinente del acta en que consta el respectivo acuerdo. En la constitución de personas jurídicas, modificación de estatutos o reglamento, que importe un cambio de nombre, el derecho a la reserva de preferencia registral de nombre es aplicable por un plazo de 30 días hábiles, vencido el cual caduca de pleno derecho. No se podrá adoptar un nombre igual al de una persona jurídica en formación que goce del derecho de reserva o esté inscrita en el Registro correspondiente.
Ley General de Sociedades: Art. 14. El nombramiento de administradores, de liquidadores

do una normal diligencia, debe constar que la designación del representante y el otorgamiento de facultades se han realizado por el órgano competente de la sociedad.

Por principio la inscripción registral se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria (art. 2010), como es, por ej., la inscripción del nombramiento de representantes de las sociedades y de los poderes otorgados por estas, actos que se registran con fotocopias del acta respectiva, autenticadas por notario.

61.13. Sustitución del representante

Artículo 157.- El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución.

Se discute si el poder es transferible mediante un acto por el cual el representante lo ceda total o parcialmente a otro sujeto que estaría legitimado para actuar en nombre del representado (subrepresentación).

En principio, no está permitida la subrepresentación, porque el otorgamiento del poder se basa en la relación personal y de confianza que el representado mantiene con el representante, quien está obligado a ejercer el poder personalmente, salvo que el representado expresamente le haya facultado la *sustitución*.

o de cualquier representante de la sociedad así como el otorgamiento de poderes por esta surten efecto desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes. Estos actos o cualquier otra revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas mencionadas en el párrafo anterior o de sus poderes, deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante, según el caso. Las inscripciones se realizan en el Registro del lugar del domicilio de la sociedad por el mérito de copia certificada de la parte pertinente del acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente. No se requiere inscripción adicional para el ejercicio del cargo o de la representación en cualquier otro lugar. El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto.

CPC: Art. 72. El poder para litigar se puede otorgar solo por escritura pública o por acta ante el juez del proceso salvo disposición legal diferente. Para su eficacia procesal, el poder no requiere estar inscrito en los Registros Públicos.

Conforme al art. 157, que tiene su antecedente en el art. 1638 del Código de 1936, el representante debe ejercer personalmente el encargo, es decir, no puede sustituir el poder en otro, salvo que el representado le haya facultado expresamente la sustitución.

La sustitución requiere de poder especial que faculte al representante para hacerse sustituir por otro representante (para el representado), es decir, por la sustitución del poder, el representante instituye otro representante para el representado. El representante hace la sustitución en nombre de su representado, obligando a este respecto del sustituto y viceversa; o sea, por el acto de sustitución, el representante celebra un acto en iguales condiciones que todos los demás para los cuales se le otorgó poder y así como puede comprar, vender, hipotecar, etc., a nombre de su representado, obligándolo respecto de aquellos con quienes contrata, puede también, realizar el acto de sustitución por el cual el representado queda directamente obligado en favor del sustituto y este respecto de aquél. Se establece una relación directa entre el representado y el sustituto representante. El sustituto representante está obligado a expresar en los actos que celebre que procede a nombre del representado, de tal modo que los efectos del acto representativo se producen directamente respecto a este.

El nuevo representante (sustituto) puede ser instituido con las mismas o menores facultades que el sustituyente (el representante original). Sea que el representante delegue todas o parte de sus facultades al nuevo representante (el sustituto), no queda desvinculado de la relación representativa, pudiendo dar instrucciones al nuevo representante para el ejercicio del negocio encomendado o, incluso, pudiendo revocar la sustitución, salvo que el representado haya dispuesto que en caso de sustitución se extingue la representación original (arts. 158 y 159).

Cuando el poder no ha sido otorgado teniendo las condiciones personales del representante y existe la necesidad de que ciertas gestiones se realicen por personas distintas al representante, no siendo indispensable la intervención personal de este, es conveniente que el representado autorice la sustitución, porque si los actos los tuviera que realizar únicamente el representante, podría ser que no pueda cumplir con el encargo debido a la especialidad de la gestión. En situaciones como esta, la sustitución maximiza la eficacia de la gestión encomendada al representante. De ahí que el Código civil y comercial argentino (art. 377),

a diferencia de nuestro Código que establece como regla la prohibición de la sustitución, fija como regla la sustitución del poder, pudiendo el representado prohibirla⁶⁴⁰.

Se suele distinguir entre *sustitución*, que cuando es total, desvincula de la relación representativa al representante original, cuyo lugar viene a ser ocupado por el sustituto, y *delegación* por la que el representante original permanece vinculado al representado. El Código no hace tal distinción, y en la práctica jurídica, ambos términos, sustitución y delegación, se vienen utilizando como sinónimos.

En cambio, en materia de *representación procesal* se distingue entre sustitución y delegación del poder. El apoderado puede *sustituir* sus facultades o *delegarlas*, siempre que se encuentre expresamente autorizado para ello. La *sustitución* implica el cese de la representación sin posibilidad de reasumirla; la *delegación* faculta al delegante para revocarla y reasumir la representación. La actuación del apoderado sustituto o delegado, obliga a la parte representada dentro de los límites de las facultades conferidas. La formalidad para la *sustitución* o la *delegación* es la misma que la empleada para el otorgamiento del poder (art. 77 del CPC)⁶⁴¹.

61.14. Responsabilidad por la elección del sustituto

Artículo 158.- El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, este 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.

640 Código civil y comercial argentino: Art. 377. *Sustitución*. El representante puede sustituir el poder en otro. Responde por el sustituto si incurre en culpa al legir. El representado puede indicar la persona del sustituto, caso en el cual el representante no responde por éste. El representante puede prohibir la sustitución.

641 "Los representantes legales de las personas jurídicas pueden a su vez delegar representación a sus mandatarios o apoderados judiciales a fin de que la persona jurídica sea representada en un proceso judicial, de modo tal, que el poder de representación se ejercita dentro de los límites conferidos en el acto de apoderamiento" (Cas. N°2483-99-Amazonas, publicada el 19.8.2000).

Conforme al art. 158, que tiene como antecedente al artículo 1639 del Código de 1936, el representante no responde por la actuación del sustituto elegido por el representado, en cambio, el representante que designa al sustituto responde por culpa en la elección⁶⁴².

En otros términos, el representado puede conferir al representante la facultad de sustitución, designándole o sin designarle la persona del sustituto. Si el representante hace la sustitución en la persona que se le designó queda exento de toda responsabilidad por los actos del sustituto, aun cuando este resultara incapaz o insolvente económica o moralmente. Sin embargo, el representante debe actuar con diligencia, de tal modo que si conoce estas circunstancias debe abstenerse de hacer la sustitución, salvo que el representado conociéndolas asuma el riesgo⁶⁴³.

Si el representante ha sido facultado para nombrar un sustituto sin señalarle la persona o personas, es responsable frente al representado por los hechos del sustituto cuando incurre en culpa inexcusable en la elección, así cuando hace la designación en una persona que sabe o debía saber que es incapaz o que no tiene solvencia moral. Pero los actos celebrados por el sustituto son válidos.

642 Código francés: Art. 1994. El mandatario responde por el que le hubiere reemplazado en su gestión: 1° Cuando no ha recibido poder para ser sustituido por ningún otro. 2° Cuando le ha sido conferido el poder sin designar persona, y la que hubiere escogido fuere notoriamente incapaz o insolvente. En cualquier caso puede el poderdante obrar directamente contra la persona que haya sustituido al mandatario.

BGB: Art. 664. *Intransmisibilidad; responsabilidad por los auxiliares.* (1) En caso de duda, el mandatario no puede delegar la ejecución del mandato a un tercero. Si la delegación está permitida, aquél sólo debe responder de la culpa en la delegación del mandato. Es responsable por la culpa de un auxiliar conforme al art. 278. (2) En caso de duda, la pretensión a la ejecución del mandato no es transmisible.

Código italiano: art. 1717. *Sustituto del mandatario.* El mandatario que, en ejecución del mandato, sustituye a otros así mismo, sin estar autorizado para ello o sin que sea necesario hacerlo por la naturaleza del encargo, responde de la actuación de la persona sustituida.

Si el mandante había autorizado la sustitución sin indicar la personas, el mandatario responde solamente cuando incurre en culpa en la elección.

El mandante puede accionar directamente contra la personas sustituida por el mandatario.

643 Código español: Art. 1.721. El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido, pero responde de la gestión del sustituto:

Quando no se le dio facultad para nombrarlo.

Quando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente.

Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo.

El representante es responsable ante el representado por las instrucciones impartidas al sustituto. El representado puede accionar directamente contra el sustituto o contra ambos conjuntamente. Entre representante y sustituto no existe responsabilidad solidaria, salvo que el representado la hubiere establecido expresamente (art. 1183).

61.15. Revocación de la sustitución

Artículo 159.- La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto.

Como se ha expresado, producida la sustitución, no se extingue totalmente la relación representativa original, pues frente al sustituto el representante continúa representando a su poderdante y por consiguiente, puede revocar la sustitución en cualquier momento, reasumiendo el poder, salvo disposición contraria del representado.

El representado, en su calidad de *dominus negotii*, puede disponer que si el representante se hace sustituir por otro quedará fuera de la relación representativa.

61.16. Efectos del acto representativo

Artículo 160.- El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado.

Los efectos del acto jurídico representativo, esto es, del acto celebrado por el representante en nombre del representado, dentro de los límites del poder, se producen directa e inmediatamente para este como si él mismo lo hubiera celebrado. Esto es así no solamente cuando el representante es el elemento activo, generador de la relación jurídica (representación activa), sino también cuando es el elemento pasivo (representación pasiva), siempre que en tal caso los terceros se hayan dirigido a él en su calidad de representante del poderdante. El repre-

sentante no adquiere derechos ni contrae obligaciones derivadas de este acto⁶⁴⁴, excepto que haya garantizado de algún modo al representado o al tercero con quien celebra el acto jurídico.

Al haberse celebrado el acto jurídico en nombre del representado, este adquiere directamente sus efectos, es decir, queda obligado directamente respecto del tercero o terceros con quien el representante concluyó el acto representativo. Por este acto representativo se regulan las relaciones entre representado y tercero; el representante, una vez que lo celebró tiene la calidad de un tercero que no puede beneficiarse ni perjudicarse con dicho acto. El Código alemán dispone: Art. 164. "*Efecto de la declaración del representante.* (1) Una declaración de voluntad realizada por alguien dentro del poder de representación otorgado y en nombre del representado tiene eficacia directa a favor y en contra del representado. Es indiferente que la declaración se haya hecho expresamente en nombre del representado o que de las circunstancias resulte que debe realizarse en su nombre. (2) Si la voluntad de actuar en nombre ajeno no se hace manifiesta, la falta de voluntad de actuar en nombre propio no es tomada en consideración. (3) Las disposiciones del apartado 1 se aplican por analogía cuando la declaración de voluntad que debe ser emitida frene a otro se emite frente a su representante". En el mismo sentido dispone el Código italiano: Art. 1388. "*Contrato concluido por el representante.* El contrato concluido por el representante en nombre y en interés del representado, dentro de los límites de las facultades que se le hayan conferido, produce efecto directamente respecto del representado".

Como expresa Barbero⁶⁴⁵, "naturalmente, el conferimiento del poder (en la representación voluntaria) no excluye nunca que el otorgante se ingiera personalmente en la gestión de su negocio; es decir, el otorgante, con el conferimiento del poder, no se despoja del poder de intervenir directamente, obrando en nombre propio". Puede suceder que el representado obrando de buena fe celebre directamente el acto para el cual confirió poder y que el representante, también obrando de buena fe, celebre un acto idéntico con otra persona, por ejemplo,

644 "En virtud a lo dispuesto por el artículo 160 del Código civil, la representación produce efectos directamente sobre el representado, no alcanzado los efectos a quien intervino como representante, por tanto los efectos del proceso concluido no alcanzan a quien actuó como representante" (Cas. N° 1169-95-Puno, publicada el 4.11.1999).

645 BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit. T. I, p. 507.

representado y representante han vendido el mismo bien, por lo que surge la pregunta: ¿con cuál de estos dos actos queda obligado el representado?, ¿con el acto llevado a cabo por él directamente o con el realizado por su apoderado? Como en ambos casos, el acto es del representado y no del representante, o sea, el que lo celebra es el representado directamente o mediante apoderado, el obligado es siempre el representado, luego, si el representado directamente o mediante apoderado se ha obligado a entregar un mismo bien inmueble será preferido el acreedor cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, el acreedor cuyo título conste de documento de fecha cierta más antigua y a falta de documento de fecha cierta, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior (art. 1135); y si el bien es mueble, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo la tradición del bien, si el deudor no hizo la tradición, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua (art. 1136). Si los actos realizados son de arrendamiento se aplica el art. 1670.

61.17. Ineficacia del acto jurídico celebrado por el *falsus procurator*

Artículo 161.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

A. *Introducción*

En la esencia de la representación directa está el poder, siendo presupuesto necesario para el ejercicio de la representación que el representante en su actuación con los terceros manifieste que lo hace en nombre del representado, y debe proceder dentro de los límites del poder. No existe representación directa si falta el poder o si el representante se excede de los límites temporales o de contenido del poder.

El *falsus procurator* (falso representante) no ha sido legitimado por el *dominus* (llamado supuesto, seudo o falso representado) para actuar en su nombre, cuenta e interés. Falta la manifestación de voluntad del supuesto representado en el sentido de realizar actos jurídicos mediante representante.

La falta de legitimación del *falsus procurator* no afecta la validez del acto jurídico, sino sólo su ineficacia frente al falso representando, quien puede ratificarlo. Pero el acto es también ineficaz frente al *falsus procurator* ya que este actúa en nombre del supuesto representado. Los efectos del acto jurídico no ingresan en la esfera jurídica del falso representado ni del falso representante. Tampoco ingresan en la esfera jurídica de la parte (tercero con relación al titular del derecho transferido) que de mala fe celebra el acto jurídico con el *falsus procurator*.

El acto jurídico del falso representante no vincula al falso representado frente al tercero que contrata con aquél; es ineficaz o inoponible al falso representado, por cuanto él no se ha manifestado su voluntad de separarse de su derecho. Por ejemplo, A, atribuyéndose una representación que B no le ha conferido, vende un bien de este a X; en este caso el adquirente X entra en conflicto con el propietario B (falso representado), quien no ha manifestado su voluntad de enajenar su propiedad ni por sí ni mediante representante. El adquirente X no puede oponer su contrato de compraventa al supuesto representado B.

B. Defecto de poder. Exceso de poder. Abuso de poder

Hay *defecto de poder* cuando el acto jurídico es celebrado por un presunto representante que se atribuye un poder que no se le ha conferido o el que se le ha otorgado se ha extinguido o es inválido. En cambio, el *exceso de poder* (de representación) significa que el representante actúa excediendo los límites de contenido del poder que se le ha conferido, por ejemplo, arrienda un inmueble, cuando el poder lo autoriza a venderlo. En ambas hipótesis nos encontramos ante un falso representante (*falsus procurator*) que carece de *legitimación representativa* para obrar por cuenta, en interés y en nombre del representando (falso representado o *dominus*).

El art. 161 establece que el acto jurídico del *falsus procurator* “es ineficaz con relación al representado”, quien no ha otorgado ningún poder o el otorgado era para un acto jurídico distinto, pero también es ineficaz frente al falso representante, puesto que éste no obra para sí, sino en nombre del falso representado. Sin embargo, tal acto jurídico es eficaz frente al tercero que intervino en su celebración desconociendo el vicio de representación, y también produce efectos para los terceros adquirentes o subadquirentes a título oneroso y de buena fe.

El acto jurídico celebrado por el *falsus procurator* no es nulo ni anulable⁶⁴⁶, sino sólo ineficaz con relación al representado, es decir, adolece de una *ineficacia relativa* específica por ser *inoponible* sólo al falso representado (ineficacia *stricto sensu*); en cambio, el acto nulo está afectado de una *ineficacia absoluta* por estar incurso en alguna de las causales de nulidad previstas en la ley (art. 219) o de anulabilidad (art. 221)⁶⁴⁷, luego es inoponible *erga omnes*.

Tanto el acto jurídico nulo, como el anulable declarado judicialmente nulo y el acto inoponible, como el del *falsus procurator*, son las tres categorías de la ineficacia estructural, en los que la causal de ineficacia existe en el momento de la formación del acto jurídico. La diferencia radica en que el acto nulo y el anulable adolecen de un vicio intrínseco que determina su invalidez, en cambio, el acto inoponible adolece de un *defecto de legitimación representativa* por falta de poder o por exceder los límites del poder. El acto nulo no produce efectos ni entre las partes ni frente a terceros (ineficacia *erga omnes*); en cambio, el acto ineficaz no produce efectos únicamente respecto del tercero falso representado, pero sí despliega su eficacia frente interlocutor del falso representante (el tercero contratante), quien se encuentra vinculado al acto. En otros términos, el acto nulo es inoponible *erga omnes* (no se puede hacer valer frente a nadie), y el acto del *falsus procurator* es inoponible sólo al falso representado (no se puede hacer valer solamente frente al *dominus*).

La distinción entre *falta de poder* y *exceso de poder*, según que se actúe estando privado de todo poder de representación o excediéndose de las facultades conferidas, no es jurídicamente relevante, debido a que los dos casos están regulados del mismo modo: el acto jurídico es ineficaz para el falso representado. En ambos casos falta el poder: cuando existe el poder, pero se actúa excediendo las facultades en él contenidas, y cuando se celebra un acto jurídico para el cual no se tiene poder o el poder conferido se ha extinguido o es inválido. La distinción entre falta de poder y exceso de poder carece de significación. En uno y otro caso el acto es ineficaz frente al falso representado y al falso representante, quien es responsable por los daños que cause con dicho acto al falso representado o a terceros.

646 La doctrina germana ha propuesto una solución según la cual el negocio concluido por el *falsus procurator* no sería un contrato perfecto, sino una oferta de contrato propuesta por el tercero al representado por medio del *falsus procurator* (Franceschetti, Paolo, ob. cit., p. 327).

647 El acto jurídico anulable solamente es ineficaz cuando ha sido declarado judicialmente nulo.

El *abuso de poder* (o abuso de representación) se da cuando el representante haciendo un mal uso del poder representativo concluye un acto jurídico persiguiendo un interés propio o ajeno en contraste con el interés del representado (conflicto de intereses). El Código italiano en su art. 1394 prescribe: «El contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado podrá ser anulado a instancia del representado, si el conflicto era conocido o conocible por el tercero». Comentando este artículo, Roppo⁶⁴⁸ expresa que el representante debe obrar en interés del representado, si celebra un contrato en conflicto de intereses con el representado, en tutela de este último el contrato es anulable. No es suficiente que el representante actúe en contraste con el interés del representado, sino es necesario que lo haga en cuanto portador de un interés ajeno, incompatible con el del representado. “El interés ajeno es incompatible, cuando no es perseguible sin sacrificar el interés del representado: así, en un ejemplo extremo, cuando el tercero haya prometido una prima al representante si le vende la cosa del representado a precio vil. Al contrario, el representante puede perseguir un interés ajeno que no sea incompatible con el del representado: si este ha dado poder para la adquisición a precio de lista de determinados productos, comercializados por una empresa de la cual el representante es agente, la adquisición de estos no puede decirse que esté en conflicto de intereses solo porque el representante obtiene una comisión (pero el conflicto se delinearía, si el representante hubiera preferido los productos del propio comitente cuando de otra casa habría podido adquirirlos a mejores condiciones de calidad y precio)”.

Nuestro código carece de una norma con la del art. 1394 del Código italiano. En nuestro Derecho positivo, una hipótesis de conflicto de intereses lo constituye el acto *jurídico consigo mismo* a que se refiere el art. 166, a cuyo comentario nos remitimos.

C. *Supuestos de falso representante*

De lo antes expuesto se concluye que la figura del *falsus procurator* (falso representante) se presenta en los siguientes casos:

648 Roppo, Vincenzo, *El contrato*, trad. de Nélvor Carreteros Torres, a cura de Eugenia Ariano, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 275.

- a) Una persona se atribuye una representación de la que en la realidad carece.
- b) El representante se excede de los *límites de contenido* del poder, atribuyéndose facultades que no le han sido conferidas o violando las otorgadas. Por ej., el representante tiene poder para vender, pero dona el bien; o tiene poder para arrendar por una renta no menor de mil, pero arrienda por cien. En estos casos, *es representante* por tener poder para vender o para arrendar por no menos de mil, pero *no es representante* para donar o para arrendar por cien, por no tener poder para ello.
- c) Cuando el representante se excede de los *límites temporales* del poder por haberse extinguido. Por ej., por vencimiento del plazo, por revocación o modificación.

Hay que distinguir el acto realizado por el *falsus nuntius* del celebrado por el *falsus procurator*. Mientras el acto del falso procurador es válido pero ineficaz, en cuanto es efectivamente creado por la declaración de voluntad del falso o excesivo representante (desprovisto de poder); el acto del falso nuncio es radicalmente nulo, ya que falta la base subjetiva. Es un acto sin sujeto: no es del *nuntius*, el cual se autoexcluye de la paternidad; no es del *dominus*, por definición extraño a la declaración. Esta suerte de suspensión implica la nulidad radical de la declaración, por defecto de un elemento esencial⁶⁴⁹.

D. Ineficacia del acto frente al falso representado

En todos los casos de falta o exceso de poder no es posible que actúe el mecanismo de la representación, por lo que el acto llevado a cabo por el falso representante no es susceptible de producir efectos para el *dominus* (supuesto representado), o sea, es ineficaz o inoponible frente a él.

Nótese que, según la norma del art. 161, el acto realizado por el *falsus procurator* no es nulo (acto que no produce ningún efecto) ni anulable (acto que produce efectos mientras no sea declarado judicialmente nulo), sino solamente ineficaz frente al *dominus*. Las causales de nulidad y anulabilidad deben estar previstas expresamente o implícitamente en la ley; ésta no dispone que es inválida

649 Orlandi, Mauro, *Falsus nuntius e falsus procurator*, en *Rivista di Diritto civile*, Anno XLI, N° 3, Maggio-Giugno, 1995, p. 348.

do el acto celebrado por el *falsus procurator*, sino, por el contrario, establece que “es ineficaz con relación al representado”, o sea el acto jurídico es perfecto, carece de vicios que acarreen su nulidad o anulabilidad, existe válidamente, pero no produce efectos para el falso representado.

Por sus consecuencias prácticas subrayamos que por mandato del art. 161, el acto jurídico realizado excediéndose de los límites del poder o sin poder no es inválido (no es nulo ni anulable), no afecta la estructura misma del negocio, sino que se trata de una ineficacia relativa especial, por cuanto no produce efectos en relación con el representado o supuesto representado, quien, si desea, puede ratificarlo (art. 162). No se puede confundir la ineficacia relativa del acto jurídico celebrado por un *falsus procurator* con la anulación del acto jurídico regulada en el art. 221.

Por estas consideraciones son equivocadas las resoluciones supremas como las siguientes:

- 1) “Los actos jurídicos celebrados por el representante legal excediendo los límites de las facultades que se le hubieren conferido, no pueden ser objeto de nulidad, sino de anulabilidad, porque pueden ser ratificados o confirmados” (Cas. N° 926-2000-Lima, publicada el 30.10.00).
- 2) “Cuando el apoderado se excede de las facultades otorgadas, en principio el acto resulta ineficaz frente a su representado, pero este puede ratificarlo, de tal manera que sólo el representado y no otro puede objetar el acto jurídico efectuado en su nombre, así como también puede ratificarlo; por consiguiente el acto jurídico celebrado por el apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable y no puede ser alegada por otra persona que aquella en cuyo beneficio lo establece la ley” (Cas. N° 738-99-Cañete, publicada el 19.10.99).

Estas dos resoluciones contravienen el texto claro y expreso del art. 161 que no sanciona con la nulidad o anulabilidad el acto jurídico celebrado por el *falsus procurator*, sino con la ineficacia relativa frente al representado o aparente representado. Las causales de nulidad y de anulabilidad están expresa o tácitamente señaladas en la ley (principio de legalidad). La Corte Suprema de la República no legisla, sino administra justicia con estricta sujeción al texto y espíritu de la Constitución y la ley (art. 138 de la Constitución). En la primera de estas resoluciones se comete otro grave error, el de confundir las instituciones de la ratificación y confirmación como si significaran lo mismo. Pero esto no es todo, existen resoluciones de la Corte Suprema que incurren en el error de cali-

ficar como nulo al acto celebrado por el *falsus procurator*, argumentado que falta la manifestación del representado. Al respecto tenemos que aclarar que si bien es cierto que el art. 219.1 establece que el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente, también es verdad que en Derecho nada es absoluto sino relativo, pues todo tiene excepciones; precisamente la regla del art. 219.1 tiene su excepción en el art. 161 conforme al cual el acto en el que falta la manifestación de voluntad del supuesto representado, que no ha otorgado ningún poder o lo ha otorgado para un acto distinto, no es nulo ni anulable, sino sólo ineficaz frente a dicho supuesto representado.

El acto anulable es inválido, el realizado por el falso representante es válido, pero ineficaz frente al representado, quien puede ratificarlo. Tan cierto es que el acto celebrado por falso representante es válido, que el art. 162 establece que el tercero y el falso representante pueden *resolver* el acto jurídico antes de la ratificación. Solamente se resuelve un acto jurídico válido y no un acto jurídico inválido.

En el Derecho comparado, el Código italiano califica como inválido al contrato celebrado por el falso representante. El art. 1398 de este Código prescribe: "*Aquel que ha contratado como representante sin tener poderes para ello o excediendo las facultades a él conferidas, es responsable del daño que el tercero contratante sufre, por haber confiado, sin culpa, en la validez del contrato*". Sin embargo, la doctrina señala que no se trata de un caso de invalidez, sino de ineficacia en sentido estricto. Roppo dice que el falso representante no vincula al falso representado frente al tercero, porque no tiene el poder de hacerlo; ni siquiera vincula al falso representante frente al tercero, porque el contrato es hecho en nombre del falso representado, disponiendo de derecho de este, mas no del falso representante: "La ineficacia del contrato tutela al falso representado. Por ello puede hacerse valer solo por él: no puede apreciarse de oficio; tanto menos puede invocarse por el tercero contratante"⁶⁵⁰.

En realidad, el acto concluido por el *falsus procurator* es inoponible al *dominus*, porque el falso sustituto no gozaba del poder necesario, por tanto, carecía de legitimidad representativa para contratar, salvo que la ley disponga que el acto jurídico del *falsus procurator* produce efectos para el representado. Por

650 Roppo, Vincenzo, *El contrato*, trad. de Nélvor Carretero Torres, a cura de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p.286.

ej., cuando la revocación del poder no ha sido puesta en conocimiento de los terceros que han contratado ignorando dicha revocación, quedando a salvo el derecho del representado contra el representante (art. 152).

Como el acto realizado por el *falsus procurator* no afecta el patrimonio del *dominus*, aumentándolo, disminuyéndolo o modificándolo, éste puede:

- a) Comportarse como si el acto no se hubiese realizado.
- b) Solicitar que se declare respecto de él la ineficacia de dicho acto por cuanto él no ha manifestado su voluntad directamente ni mediante representante.
- c) Ratificarlo.

E. *Ineficacia del acto frente al falso representante*

El acto jurídico del falso representante tampoco lo vincula a él frente al tercero con quien celebra el acto jurídico. En otros términos, el acto jurídico es ineficaz entre las partes que lo celebraron, porque el falso representante no ha estipulado para sí, sino para el *dominus*⁶⁵¹. A esta conclusión se llega por lo dispuesto en el propio art. 161, que establece que el falso representante no está exento de las responsabilidades que se deriven no sólo para el representado sino también para el tercero, quien sin su culpa ha confiado en la eficacia del acto jurídico.

Excepcionalmente, la ley puede establecer que el acto jurídico celebrado por el falso representante despliegue toda su eficacia entre las partes que lo celebraron, es decir, que el *falsus procurator* asume los efectos del acto como si hubiera obrado en nombre propio. Así, la Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287, dispone: "Art. 7. *Obligación personal del representante sin facultad.* 7.1. Aquél que por cualquier concepto y como representante firme un título valor, sin estar facultado para hacerlo, se obliga personalmente como si hubiera obrado en nombre propio, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar; y, si lo paga, adquiere los derechos que corresponderían al supuesto representado. 7.2. La misma regla se aplica al representante que exceda sus facultades". De acuerdo con esta norma, no se obliga con el título valor el aparente representado sino se obliga personalmente el *falsus procurator* como si hubiera actuado en nombre propio; y si cancela el importe del título valor, adquiere los

651 El contrato no vincula directamente ni aun al falso representante, que no ha actuado en nombre propio (Cataudella, Antonio, ob. cit., p. 246).

derechos que le corresponderían al aparente representado. Por ej., el empleado de una empresa, sin ser su representante, acepta por ella una letra de cambio por el precio de una máquina que la empresa necesita con urgencia para realizar sus trabajos; el empleado queda obligado cambiariamente como si hubiera aceptado en nombre propio, y si paga la letra adquiere la propiedad de la máquina que le habría correspondido a la empresa (supuesta representada) si hubiera ratificado el acto jurídico realizado por su empleado (su supuesto representante) pagando la letra de cambio.

F. *Eficacia frente al tercero que contrata con el falsus procurator*

Con relación al acto representativo del *falsus procurator* son *terceros* todos los que no han intervenido en su celebración, entre ellos el falso representado o *dominus* (titular del derecho objeto del acto de administración, disposición o gravamen realizado por el falso representante).

Sin embargo, tanto la ley como la doctrina y la jurisprudencia denominan también *tercero* a la contraparte del *falsus procurator* con quien celebra el acto jurídico. Desde esta perspectiva no es *tercero*, sino *parte* de dicho acto. Pero con relación al titular del derecho transferido por el falso representante si es *tercero*.

Por estas razones denominamos *tercero* tanto al falso representado como a la contraparte del *falsus procurator*.

Sobre la ineficacia del acto del falso representante frente al tercero falso representado no remitimos a los ya explicado antes.

Aquí tratamos de los efectos del acto representativo frente al tercero que lo celebra con el *falsus procurator*.

El acto jurídico del falso representante genera un *conflicto entre el tercero adquirente y el falso representado*, titular del derecho transferido por el falso representante. El ordenamiento jurídico no reconoce una regla única, sino reglas diferentes para resolver este conflicto, según que el tercero contratante haya adquirido o no a título oneroso y de buena fe.

La *eficacia* ilimitada del acto representativo frente a la contraparte del falso representante afectaría, en exceso, el derecho del *dominus* y la seguridad del crédito, en cuanto expondría a los acreedores a la dificultad o imposibilidad de recuperar sus créditos como consecuencia de los actos de disposición o gravamen de los bienes de sus deudores, realizados por falsos representantes.

Por otra parte, la *ineficacia* ilimitada del acto representativo frente a la contraparte del *falsus procurator* afectaría no sólo el derecho del adquirente a título oneroso y de buena fe, sino también la seguridad del tráfico jurídico.

Por principio, todo tercero, incluido la contraparte del falso representante, adquirente a título oneroso y de buena fe está protegido por el ordenamiento jurídico, que no permite que sea despojado del derecho adquirido. En cambio, el tercero adquirente a título oneroso y de mala fe no tiene ninguna protección jurídica, tampoco la tiene el tercero adquirente a título gratuito, sea de buena o mala fe.

Explicemos esto con mayor profundidad analizando la resolución suprema siguiente: Cas. N° 1135-2013 del 5.11.13: Sumilla: “*El acto jurídico celebrado por el falsus procurator es ineficaz frente al falso representado, mas no frente a terceros intervinientes o no en el acto jurídico, pues, de lo contrario se generaría un efecto erga omnes que no es propio de la ineficacia prevista en el artículo 161 del Código civil*”.

En el caso materia de esta resolución el *falsus procurator* celebró un contrato de compraventa en nombre del propietario sin que este le haya conferido poder alguno. La pretensión principal del demandante, el falso representado, es que se le restituya el bien transferido.

El considerando 7 de esta casación expresa:

“7. Según nuestro ordenamiento jurídico, el acto jurídico celebrado por el falsus procurator se encuentra sancionado con ineficacia frente al falso representado, y no con nulidad absoluta, entendiéndose que dichas categorías de invalidez del acto jurídico difieren una de la otra. En primer término, la nulidad absoluta implica la existencia de un defecto intrínseco en la etapa de formación del acto jurídico, por lo que, ante un vicio de gran magnitud, el acto jurídico viciado no es capaz de generar efecto jurídico alguno, ni entre los intervinientes ni frente a terceros.

En efecto, el acto nulo, no puede ser opuesto ante ninguna persona, por carecer justamente de validez jurídica. Es por tal motivo que cualquier persona con interés puede solicitar la nulidad de un acto jurídico. Empero, la ineficacia que prevé el artículo 161 del Código civil implica que el acto jurídico únicamente no tendrá validez en determinadas circunstancias y frente a determinadas personas, más, frente a otras desplegará todos sus efectos.

Es así que, como menciona expresamente la norma in comento, el acto jurídico celebrado sin representación o con defecto en la representación no tendrá efectos frente al perjudicado (entiéndase, el falso representado o aquel cuya re-

presentación fue excedida), pero si podrá surtir efectos frente a terceros, porque en cuanto a su constitución, el acto jurídico es perfecto al no contener ningún vicio en la formación de la voluntad, sin embargo, existe un defecto en la legitimación representativa que genera su invalidez frente a aquella persona falsamente representada”.

Es clara esta resolución en cuanto señala que la nulidad implica la existencia de un defecto intrínseco en el momento de la celebración del acto jurídico y el acto del *falsus procurator* adolece de un defecto de legitimación representativa, así como cuando especifica que el acto nulo adolece de ineficacia absoluta y el acto del falso representante, de ineficacia relativa. Pero es errónea cuando afirma, contradictoriamente, que la ineficacia del acto nulo y la ineficacia del acto del falso representante son dos categorías de *invalidez del acto jurídico*, pues como sabemos, el art. 161 sanciona al acto celebrado por el *falsus procurator* con la ineficacia frente al falso representado (ineficacia relativa), mas no con la invalidez (ineficacia absoluta; *erga omnes*). La Casación insiste en el error cuando menciona que “la ineficacia que prevé el art. 161 del Código civil implica que el acto jurídico únicamente no tendrá *validez* en determinadas circunstancias y frente a determinadas personas”, y cuando sostiene que “existe un defecto de legitimación representativa que genera su *invalidez* frente a aquella persona falsamente representada”.

El acto del *falsus procurator* que reúne los requisitos de validez previstos en el art. 140, que no está afectado por las causales de nulidad o de anulabilidad contemplados en los arts. 219 y 221, respectivamente, siempre es válido, pero ineficaz frente al falso representado (ineficacia en sentido estricto); si bien falta la manifestación de voluntad del *dominus*, pero existe la manifestación de voluntad del falso representante que actúa en nombre del falso representado, que es lo que fundamenta el derecho del tercero que de buena fe contrata con el *falsus procurator* y de cualquier otro tercero subadquirente de buena fe. Sólo si el acto jurídico del falso representante es válido, adolece de ineficacia estricto sensu. El que compra de buena fe a un falso representante del vendedor es un adquirente a *non domino*. Con la adquisición a *no domino*, el ordenamiento jurídico, por razones de seguridad en el tráfico jurídico, protege la *adquisición* a título oneroso y de buena fe de la contraparte del *falsus procurator*, lo que no exime a este de responsabilidad cuando conoce que no cuenta con el poder que lo legitime para transferir el bien, perjudicando al *dominus*.

La falta de legitimidad⁶⁵² representativa del *falsus procuratore* no constituye una causal de nulidad (art. 219) o de anulabilidad (art. 221). En la representación directa, el poder legitima al representante para celebrar uno o más actos jurídicos por cuenta, en interés y en nombre del representado. La legitimación representativa puede ser voluntaria (el representado, en ejercicio de su autonomía privada, nombra uno o más representantes), legal (ejemplo, la representación de los padres, tutores, curadores, el administrador o liquidador que ha ingresado en una situación de concurso) o judicial (por mandato del juez, por ejemplo, el curador procesal). En la figura del *falsus procurator*, es la *apariencia de legitimidad* de este la que justifica la adquisición onerosa y de buena fe del tercero contratante, y también de los terceros subadquirentes de buena fe. Nos encontramos frente a la fuerza legitimadora de la apariencia que rige desde el Derecho romano. Los adquirentes o subadquirentes de mala fe, por conocer la falta de legitimación del *falsus procurator*, no están tutelados por el Derecho; su adquisición no se consuma.

Como hemos señalado antes, el que celebra el acto jurídico con el *falsus procurator* es parte de dicho acto, pues es la contraparte del *falsus procurator*, pero es un *tercero* frente al falso representando, con quien no tiene ninguna relación jurídica derivada de dicho acto. El falso representado es un tercero frente al acto del *falsus procurator*, por tanto, no se perjudica ni se beneficia con dicho acto, salvo que lo ratifique (art. 16).

El tercero adquirente y los terceros subadquirentes serán de buena fe cuando desconocen que el *falsus procurator* carece de poder o que se excede de los límites del poder que se le ha otorgado.

El acto nulo o el acto anulable declarado judicialmente nulo adolecen de ineficacia absoluta, *erga omnes*, no producen efectos ni entre las partes ni frente a terceros, no se pueden oponer ante nadie; conforme a nuestro ordenamiento jurídico no existen actos jurídicos nulos que sean inválidos frente a determinadas personas y válidos frente a otras. En cambio, el acto del falso procurador adolece de ineficacia relativa porque no produce efectos respecto del falso representado,

652 La legitimación es la facultad que tienen los sujetos para afectar los derechos de los cuales son titulares o los derechos ajenos, como es el caso del representante. En cambio, la titularidad es la pertinencia del derecho a un sujeto, por ejemplo, el derecho de propiedad sobre un bien pertenece al dueño. De otro lado, la capacidad es la cualidad natural o legal para ejercer sus derechos.

no afecta la esfera jurídica de este, pero produce efectos frente al tercero que ha contratado a título oneroso y de buena fe con el falso representante y frente a cualquier otro tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe.

En la mencionada Casación se lee:

“8. Queda claro que el acto jurídico del falsus procurator resulta ineficaz frente al falso representante como al falso representado. Sin embargo, el problema radica en cuanto a sus efectos frente a terceros, para lo cual, como ya se ha mencionado, cabe recordar que la norma es clara al precisar que estos actos jurídicos son ineficaces únicamente frente al falso representado y no frente a terceros. Esta regla debe ser aplicada incluso al tercero que intervino en el acto jurídico, pues, el tercero puede obrar con desconocimiento del vicio de representación, máxime si nuestro ordenamiento jurídico no exige la inscripción registral de los poderes para los actos de disposición, pues, según prescribe el art. 156 del Código civil, la única solemnidad para ejercer actos de disposición o gravámenes de bienes de propiedad del representado es que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública. En tal sentido el tercero puede obrar de buena fe”.

“9. En el caso de autos, el demandante pretende que se le restituya la propiedad del inmueble enajenado por el falsus procurator, y más aún se le inscriba en el registro correspondiente como propietario del bien transferido, sin embargo, es evidente que dicha pretensión es improcedente porque se estaría generando una oponibilidad erga omnes de la ineficacia declarada en el presente proceso, lo que es ajeno y contrario a la ratio legis del artículo 161 del Código civil, como ya se ha mencionado, prescribe que el acto es ineficaz únicamente frente al “falso representado”. De estimar la pretensión del demandante, se estaría rebasando el terreno de la ineficacia del acto jurídico e ingresando al campo de la nulidad del acto jurídico que, es oponible incluso frente a terceros”.

Antes de analizar esta parte de la casación es necesario recordar que la eficacia o ineficacia del acto jurídico respecto de la contraparte (tercero respecto del *dominus*) del *falsus procurator* y de cualquier otro tercero subadquirente dependerá de si la adquisición del derecho ha sido o no a título oneroso y de buena fe.

El acto jurídico del *falsus procurator* es eficaz respecto de su contraparte que adquiere a título oneroso, actuando de buena fe. Y es ineficaz respecto de la contraparte que adquiere a título oneroso y de mala fe o cuando la adquisición es a título gratuito, sea de buena o de mala fe.

Por principio, nuestro ordenamiento jurídico protege al adquirente o subadquirente a título oneroso y de buena fe, y con mayor razón si la adquisición se hizo a persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo. El art. 2014 prescribe: “*El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro*”. Según esta norma, el que ha adquirido un derecho a título oneroso y de buena fe de un *falsus procurator* que ha inscrito un poder falso en el Registro de Mandatos y Poderes, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho; si es un comprador, como es el caso de la casación que analizamos, no puede ser despojado del bien. Según el *contrario sensu* de esta norma, el tercero contratante y cualquier otro tercero subadquirente a título oneroso y de mala fe no está protegido por el ordenamiento jurídico, tampoco lo están los adquirentes o subadquirentes a título gratuito, sean de buena o mala fe.

Según la resolución casatoria, el acto jurídico del *falsus procurator* es eficaz frente a terceros, “incluido el tercero que intervino en el acto jurídico”. Al respecto precisamos que tal acto es eficaz frente al tercero adquirente o subadquirente a título oneroso y de buena fe, y es ineficaz frente al tercero adquirente o subadquirente a título oneroso y de mala fe. El ordenamiento jurídico no protege la mala fe del adquirente, salvo en casos muy excepcionales como, por ejemplo, el de la prescripción adquisitiva de 10 años (art. 950).

Se afirma en la casación que el tercero que intervino en el acto jurídico pudo obrar con desconocimiento de la representación, “máxime si nuestro ordenamiento jurídico no exige la inscripción registral de los poderes para los actos de disposición”. Sobre este extremo, manifestamos que el *falsus procurator* puede o no inscribir el falso poder que se atribuye, y en uno o en otro caso, el tercero que interviene en el acto jurídico puede obrar con desconocimiento o con conocimiento del vicio de representación. El que se inscriba el falso poder no implica necesariamente que el tercero conozca o desconozca de su falsedad. El tercero actuará de buena fe cuando desconoce la falta o exceso de poder, sea que el poder falso se haya registrado o no.

Si el acto jurídico es ineficaz frente a la contraparte del *falsus procurator* por haber comprado de mala fe, se ha debido amparar la pretensión de restitución del bien que ha planteado el demandante (falso representado). Decidir en

sentido contrario implica amparar la mala fe de la contraparte del *falsus procurator*, alentar las conductas delictivas por fraudulentas del falso representante y de su contraparte, y tornar inútil la acción de ineficacia del falso representado. En cambio, si la contraparte ha comprado de buena fe, el acto es eficaz frente a él, por tanto, mantiene su derecho de propiedad, del cual no puede ser despojado, caso en el que el demandante (el falso representado) sólo tiene derecho a la indemnización de daños que le ha causado el *falsus procurator*.

G. Responsabilidad civil del *falsus procurator*

G.1 Generalidades

La responsabilidad civil consiste en la obligación de reparar un daño sufrido por otro. Dos son los géneros de responsabilidad: *contractual* (art. 1321 y ss.) y *extracontractual* (art. 1961 y ss.). Se discute sobre la naturaleza de la responsabilidad *precontractual*, pero la doctrina y jurisprudencia predominante se inclinan por la tesis extracontractual.

Es *contractual* cuando el daño es causado con el incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación específica por dolo o culpa, cualquiera sea la fuente de la obligación incumplida (contrato, promesa unilateral, gestión de negocio ajeno etc.) (art. 1321). Prima la protección del interés a la prestación.

Es *extracontractual* cuando es generada por violación del deber general de no dañar a nadie (*neminem laedere*), es decir, sin que preexista una obligación entre lesionante y lesionado; el daño extracontractual puede ser causado por dolo o culpa (art. 1969), o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa o por la tenencia de un bien riesgoso o peligroso (Art. 1970).

La responsabilidad civil es *precontractual* cuando, en la etapa de las tratativas o negociaciones precontractuales, una de las partes, vulnerando los principios generales de no dañar a otro (*neminem laedere*) y de la buena fe lealtad (art. 1362), frustra injustificadamente el perfeccionamiento del contrato o el que se perfecciona resulta inválido o ineficaz, causando daño a la otra parte. Prima el interés a la lealtad y seriedad en las tratativas.

Con la responsabilidad precontractual se previene dos situaciones: a) la falta de celebración del contrato debida al rompimiento de las tratativas imputable a una de las partes cuando la otra ha confiado ya razonablemente en su ce-

lebración: por lo avanzado de las tratativas, porque ya se han puesto de acuerdo en la mayoría de los términos y condiciones del contrato o por las seguridades dadas por la parte que después las rompe; y b) la celebración de un contrato inválido o ineficaz debido a que una de las partes conociendo de la causal de invalidez o de ineficacia no ha dado noticia a la otra parte.

En la responsabilidad precontractual, el daño resarcible cubre el denominado *interés negativo*⁶⁵³, identificado como el interés en no iniciar tratativas que

653 Antes de la elaboración del BGB alemán, Rudolf von Ihering había publicado, a mediados del s. XX, una monografía titulada: "De la culpa *in contrahendo* o de los daños e intereses en las convenciones nulas o que quedaron imperfectas". La culpa *in contrahendo* es la que se comete mientras se contrae la relación contractual. Sobre esta base elabora su teoría sobre el interés negativo. Como el damnificado no puede invocar la lesión por incumplimiento, porque no existe un interés positivo exigible en un contrato válido, sólo será posible el resarcimiento en atención a un interés negativo o de confianza, el cual comprenderá el daño emergente y el lucro cesante. Ihering analiza la culpa *in contrahendo* a partir de que a oferta ha sido emitida o en los casos de los contratos nulos por incapacidad de una de las partes o por vicios de la voluntad. Las ideas de Ihering fueron recogidas en el art. 179 del BGB. ¡ Fue el italiano Grabiell Faggella el primero en denominar "responsabilidad precontractual"; publicó en 1906 un trabajo titulado "De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica". Sostiene que el solo hecho del comienzo de las tratativas con miras a la celebración de un contrato constituye un hecho colocado bajo la protección del derecho. Las partes pueden interrumpir en cualquier momento las tratativas, pero la ruptura intempestiva puede originar responsabilidad cuando ella produce un daño. El fundamento de la responsabilidad contractual no se encuentra en la culpa, como sostiene Hiering, sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. No se requiere el dolo ni la negligencia, basta una separación arbitraria, sin motivo, para que la violación del acuerdo se produzca.

Para Ihering, el fundamento de la responsabilidad precontractual es la culpa *in contrahendo*; en cambio, para Faggella, lo es la violación del acuerdo de las partes para entablar conversaciones.

Trimarchi expresa: "El *interés contractual positivo* representa las ventajas que se habrían logrado y los daños que se habrían evitado consiguiendo la ejecución del contrato. El *interés negativo* representa, en cambio, las ventajas que se habrían obtenido y los daños que se habrían evitado no empeñándose en las tratativas contractuales" (y demás actos previos a la conclusión del acto jurídico convencional) (Trimarchi, Pietro, *Istituzione di diritto privato*, Milano, 1973, N° 205, p. 275).

Torrente escribe: "Cuando se trata del incumplimiento de un contrato se lesiona un interés positivo a la observancia del contrato, y por tanto en el resarcimiento se mensura todo el daño sufrido por el contratante. Si no se observan los deberes que las leyes imponen durante las tratativas y las demás fases precontractuales, se lesiona un interés diverso de la parte, el interés que se tenía a no iniciar negociaciones que han hecho perder el tiempo y procuran-

expongan al sujeto a sufrir el dolo o la culpa de la contraparte. Se distingue del *interés positivo*, que es el interés en la ejecución del contrato válido y eficaz, por tanto, se resarce todo el daño sufrido con el incumplimiento (daño emergente y lucro cesante). En ambos casos, el daño debe ser probado por el perjudicado.

El resarcimiento del interés negativo comprende los gastos realizados por la parte afectada (daño emergente) y las ganancias que hubiera obtenido si hu-

do gastos (*interés negativo*). Por eso, mientras en el caso de incumplimiento del contrato es resarcible el daño completo derivado de ese incumplimiento (tanto el daño emergente como el lucro cesante), el resarcimiento debido por culpa *in contrahendo*, de responsabilidad precontractual, se limita a los gastos y a las pérdidas que sean estrictamente dependientes de las tratativas (viajes, estudios, correspondencia, etc.) (daño emergente) y las ventajas que la parte podría haber conseguido si, en vez de emplear su actividad en las tratativas fallidas, la hubiera dedicado a otra contratación (lucro cesante) (Torrente, Andrea, *Manuale di diritto privato*, nona edizione, ampliata e aggiornata da Piero Schelesinger, Milano, 1975, pp. 474-475). Roppo expresa: "En la responsabilidad precontractual, el daño resarcible cubre el denominado interés negativo. Es llamado así porque se lo identifica *con el interés a no iniciar una tratativa como la que ha expuesto al sujeto a sufrir las incorrecciones de la contraparte*; y dado que iniciar esa tratativa ha gravado al sujeto con *gastos inútiles* y le ha hecho *perder otras ocasiones de negocios*, estas son las principales voces que lo componen. Se le distingue del interés positivo, que *es el interés a la ejecución del contrato válidamente celebrado, y a la adquisición de las correspondientes ganancias*" (Roppo, Vincenzo, ob. cit., p. 190).

Para otra teoría, el "interés negativo" o "interés de confianza" consiste en que el sujeto quede en la misma situación en que se encontraría si no hubiera realizado la negociación que desemboca en un contrato inválido o ineficaz; en cambio, el "interés positivo" o "expectativa" persigue recuperar la ganancia que ha dejado de obtener como consecuencia de haber llevado a cabo un contrato inválido o ineficaz. Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales del 2004, prescriben: "Art. 2.2.6 (*Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo*) (1) Un representante que actúa sin poder o excediéndolo es responsable, a falta de ratificación por el representado, de la indemnización que coloque al tercero en la misma situación en que se hubiera encontrado si el representante hubiera actuado con poder y sin excederlo. (2) Sin embargo, el representante no es responsable si el tercero sabía o debiera haberlo sabido que el representante no tenía poder o estaba excediéndolo". En los comentarios oficiales del Unidroit se expresa: "Es generalmente reconocido que un representante que actúa sin poder o excediéndose en sus facultades, en ausencia de la ratificación por el representado, es responsable por los daños y perjuicios que se causen a terceros. El párrafo (1), al establecer que el falso representante será responsable de los daños y perjuicios que se originen a terceros y que tal compensación deberá ser tal que coloque al tercero en la misma posición que si el representante hubiera actuado con poder, deja en claro que la responsabilidad del falso representante no se limita al llamado "interés de confianza" o "interés negativo", sino que se extiende a lo que se conoce como "expectativa" o "interés positivo". Es decir, el resarcimiento comprende la ganancia que el tercero contratante hubiera podido obtener si el contrato se hubiese perfeccionado válidamente.

biese realizado otro negocio⁶⁵⁴ (lucro cesante), de haber conocido que el contrato se frustraría o resultaría ineficaz. Cuando el contrato celebrado resulta inválido o ineficaz, el resarcimiento comprende los gastos realizados en las tratativas y los efectuados inútilmente en la ejecución.

El Código no establece normas específicas sobre la responsabilidad *precontractual*, pero es admitido que si una de las partes rompe injustificadamente las tratativas precontractuales o el contrato o convenio celebrado resulta inválido o ineficaz, causando daños a la otra parte, es de aplicación las normas de la responsabilidad extracontractual.

G.2 Responsabilidad del *falsus procurator*

El falso representante que, conociendo que no tiene poder o el que tenía se ha extinguido o es inválido, o que se está excediendo de sus facultades, está obligado a resarcir los daños sufridos por el tercero contratante que de buena fe ha confiado en que el acto jurídico será eficaz. También está obligado a indemnizar los daños causados al falso representado.

La responsabilidad del falso representante implica el dolo o la culpa que se encuentra cuando él sabía o debía saber que carece de poder representativo o que se está excediendo de sus facultades, y presupone también que el tercero contratante ha confiado, sin su culpa, en la legitimación del *falsus procurator*.

El tercero contratante que actúa con dolo (conociendo que está contratando con un falso representante) debe imputarse su propio daño, quedando el falso representante exonerado de responsabilidad. Si el tercero contratante actúa con culpa (no verificar la existencia y contenido del poder de su interlocutor, por supuesto, no siendo necesario que haga una indagación a fondo sobre la veracidad de tal poder, que después resulta falso), si bien no puede negarse *a priori* su responsabilidad que excluya su derecho al resarcimiento, al menos determinará que este sea reducido en la lógica del art. 1326, según el cual si el dolo o culpa del tercero contratante hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.

654 Siglitz, Gabriela A., *La responsabilidad precontractual en las relaciones de consumo*, en *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro H. Goldenberg*, Directores: Atilio Aníbal Alterini, Roberto M. López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p.475.

A mayor precisión, el tercero contratante está en culpa cuando ha caído en un error inexcusable, es decir, en un error evitable con una normal diligencia en el ejercicio de la autonomía privada, cuando como, por ejemplo, no exige a su interlocutor que acredite su legitimidad presentando su poder, o no lee el poder que se le presenta para cerciorarse si el representante cuenta con facultades suficientes para celebrar el acto jurídico de que se trate⁶⁵⁵, o no haber pedido una cierta información, no obstante que las circunstancias del caso concreto, según las concepciones del tráfico, así lo exigen. En tal caso, la exclusión de responsabilidad del falso representante o la reducción del monto de la indemnización encuentran su fundamento en el principio de compensación de las culpas (art. 1326). El hecho culposo del tercero contratante, precisamente asume relevancia como causa absorbente del evento lesivo; el tercero no puede pretender el resarcimiento de un daño que el mismo se ha causado con su propia negligencia. La culpa del tercero se identifica como una culpa objetiva, cual inobservancia del modelo diligente de conducta, prescindiendo de estados subjetivos que pueden haber influido en su comportamiento⁶⁵⁶.

El acto jurídico del falso representante puede ser ratificado por el falso representado (art. 162). Con la ratificación, el acto jurídico produce todos sus efectos, desde su celebración, entre el tercero contratante y el falso representado, tal como si el falso representante hubiera estado legitimado al momento de la celebración. Si no es ratificado, el tercero contratante que ha sufrido daños tiene derecho a ser indemnizado por el falso representante.

La ratificación no elimina la responsabilidad civil del *falsus procurator* por los daños sufridos por el tercero contratante durante el lapso entre la celebración

655 Una opinión contraria sostiene que la posibilidad de exigir que el representante muestre su poder constituye una facultad y no una obligación del tercero contratante. Roppo dice que "cae en culpa el tercero que no advierte la falta de poderes en cabeza de la contraparte, cuando —en las circunstancias dadas— podría y debería darse cuenta con la ordinaria diligencia"; el tercero puede exigir que el representante "justifique sus poderes y si la representación resultara de un acto escrito, que le de una copia firmada por él (art. 1393 del Código italiano). Luego, este autor da cuenta que la jurisprudencia italiana no valora este dato, "perpetuando la máxima según la cual la norma identifica una facultad y no un deber ni una carga del tercero, de forma que el omitido requerimiento no configura de por sí culpa a su cargo: casi como que el tercero pudiera normalmente dar por buena la palabra de quien se dice representante" (Roppo, Vincenzo, ob. cit., p. 290).

656 Bianca, Massimo, ob. cit., p. 116.

del contrato y su ratificación. Producida la ratificación, el *falsus procurator* responde por los daños causados a su interlocutor con el retardo en la producción de efectos del acto jurídico.

G.3. Naturaleza de la responsabilidad del *falsus procurator*

El falso representante que actúa sin poder o excediéndose de sus facultades está obligado a indemnizar los daños que cause al tercero contratante y al falso representado. En ambos casos la responsabilidad civil es precontractual (extracontractual), puesto que el responsable actúa, en la negociación que conduce a la celebración del jurídico ineficaz, violando los principios generales del *neminem laedere*, la libertad de contratar con fines lícitos y el de la buena fe que se traducen en el deber de cooperación e información sin reticencias sobre lo que el negociador conoce, entre otros deberes.

Como consecuencia de los daños ocasionados con la celebración de un contrato ineficaz surge una relación obligacional entre el falso representante y el tercero contratante, y entre el falso representante y el falso representado, pero, en ambos casos, en vía extracontractual (art. 1969).

El acto jurídico del falso representante no lo vincula con el tercero con quien lo celebra, pues no es parte en el acto representativo que perfecciona en nombre del falso representado, disponiendo de derechos de este. De ahí que la responsabilidad del *falsus procurator* frente al tercero contratante es de carácter *extracontractual*, más precisamente *precontractual*, ya que no ha incumplido un contrato o convenio, sino ha lesionado, de mala fe, la libertad de contratar de su interlocutor, a quien lo ha inducido, dolosa o culposamente, a celebrar un acto jurídico ineficaz. El tercero contratante tiene derecho a ser indemnizado por el daño sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la eficacia del contrato; la indemnización comprende los gastos en que ha incurrido en las tratativas y los realizados con la ejecución inútil del contrato ineficaz. El falso representante actúa de mala fe cuando conoce o debe conocer que no cuenta con un poder vigente y válido o que se está excediendo del contenido de su poder de representación.

El *Derecho alemán*, con relación a la responsabilidad del *falsus procurator* frente al tercero contratante distingue las siguientes situaciones: a) si el falso representante conocía su falta de poder, el tercero perjudicado puede elegir entre exigir el cumplimiento del contrato al mismo falso representante (mas no a que este procure el cumplimiento del *dominus*) o el resarcimiento del daño; b) si el falso representante no conocía su falta de poder, el tercero sólo puede pretender

una indemnización; y c) si el tercero contratante conocía o debía conocer la falta de poder del seudo representante, este queda exento de responsabilidad⁶⁵⁷.

En el Derecho alemán, expresa Flume⁶⁵⁸, con la actuación en nombre ajeno, el representante afirma que tiene poder de representación. Este es el sentido obvio del obrar en nombre ajeno, si el representante no declara que actúa sin poder de representación. Debe responder como un garante respecto de la existencia del poder de representación que, por medio de su obrar como representante, ha afirmado tener. La responsabilidad conforme al art. 179 no es una responsabilidad nacida del negocio jurídico en el sentido de que el negocio jurídico estuviera dirigido a establecer esta responsabilidad. Pero tampoco lo es por culpa *in contrahendo*. El representante responde más allá de la culpa, y además esta responsabilidad presupone la celebración del contrato. Es una responsabilidad *ex lege* en cuanto que al representante se le demanda por su actuación en la conclusión del contrato como garante por la existencia, afirmada incidentalmente, del poder de representación. Es presupuesto de esta responsabilidad que el representante no acredite su poder, y también que el representado rehúse la ratificación. Agrega Flume: "En principio y en la representación con poder de representación, el representado responde por culpa *in contrahendo* del representante, mientras que éste sólo en casos excepcionales incurre en responsabilidad propia. Si alguien actúa como representantes sin poder y se niega la ratificación, entonces el que actúa es parte contratante independiente por lo que respecta a la conclusión del contrato. El representante sin poder responde por eso en general más allá del art. 179 conforme a los principios de la doctrina de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*".

657 El BGB prescribe: art. 179. *La responsabilidad del representante sin poder de representación.*

(1) Quien ha concluido un contrato como representante, y en tanto no pruebe su poder de representación, está obligado al cumplimiento o al resarcimiento del daño frente a la otra parte, según su elección, si el representado rechaza la ratificación del contrato. (2) Si el representante ignoraba la falta de poder de representación, sólo debe resarcir el daño causado a la otra parte como consecuencia de la confianza depositada en el poder de representación, sin que se pueda superar el importe del interés que la otra parte tiene en la eficacia del contrato.

(3) El representante no responde si la otra parte conocía o debía conocer la falta de poder de representación. El representante tampoco responde si tenía limitada su capacidad de obrar, a no ser que actuase con el asentimiento de su representante legal.

658 Flume, Werner, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, t. II, trad. de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 933-934..

En el *Derecho italiano*, el art. 1398 del Código civil dispone: “Aquel que ha contratado como representante sin tener poderes para ello o excediéndose de las facultades a él conferidas, es responsable del daño que el tercero contratante sufre, por haber confiado, sin culpa, en la *validez* del contrato”. No obstante que esta norma califica como inválido al contrato del falso representante, la doctrina italiana prevaleciente señala que se trata de un supuesto de ineficacia en sentido estricto⁶⁵⁹. El falso representante que actúa excediéndose de los límites del poder representativo que se le ha conferido o atribuyéndose un poder que no se le ha conferido, es un contratante de mala fe, que induce al falso representado a celebrar un contrato inútil que le causa daños como consecuencia de la no ratificación del falso representado. Por tanto, el falso representante debe responder por ello.

La doctrina italiana predominante sostiene que la responsabilidad del falso representante es precontractual: Roppo⁶⁶⁰ escribe: “Su responsabilidad es extracontractual, y más precisamente precontractual. No deriva de la lesión de una relación con el tercero contratante, y en particular no se basa en la no actuación de la relación objeto del contrato celebrado sin poderes: de esta relación el falso representante no es parte, habiéndolo negociado no para sí sino en nombre ajeno. La responsabilidad deriva de la incorrección cometida por el falso representante en las tratativas, y consiste en haber llevado al tercero contratante a celebrar un contrato ineficaz. Como consecuencia, el resarcimiento refleja no el interés ‘positivo’ del tercero contratante en la operación no actuada; sino su interés ‘negativo’ de no caer en confianzas falaces sobre la eficacia de un contrato que resulta en cambio ineficaz”.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad del falso representante es extracontractual (precontractual), por lesionar: a) el deber ge-

659 “La calificación del contrato del falso representante es terreno de ejercicios conceptuales para la doctrina y la jurisprudencia. Algunas posiciones (por lo demás minoritarias) lo califican de *inválido*: oscilando entre anulabilidad y nulidad. Otras tesis lo consideran *no perfeccionado*, evocando un supuesto de hecho contractual con formación progresiva que podrá eventualmente completarse sólo con la ratificación del representado, visto como ulterior elemento constitutivo del supuesto de hecho mismo (con la consecuencia de que el lugar del contrato se hace coincidir con el lugar de la ratificación). Para la orientación dominante, la ratificación opera no como elemento constitutivo del supuesto de hecho, sino como su condición externa de eficacia, en el sentido de una *condicio iuris*” (Roppo, Vincenzo, *El contrato*, trad. de Nelvar Carreteros Torres, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, pp. 285-286).

660 Roppo, Vincenzo, ob. cit., p. 290.

neral de no causar daño a nadie (art. 1969), b) el derecho que tiene toda persona “a contratar con fines lícitos” (art. 2.14 de la Constitución), y c) el deber de actuar con lealtad y buena fe en la negociación de un contrato (art. 1362). No es una responsabilidad contractual porque no se deriva de una relación negocial con el tercero contratante, ya que el falso representante no celebra el acto jurídico para él, sino para el falso representado, es decir, realiza el acto no en nombre propio sino supuestamente por cuenta, en interés y en nombre del falso representado. El falso representante no es parte del acto jurídico que ha celebrado sin poder o excediendo las facultades que se le ha conferido, porque actuó en nombre ajeno. Es una responsabilidad derivada de la conducta desleal, de mala fe, cometida por el falso representante en las tratativas, que ha llevado al tercero a celebrar un contrato ineficaz.

El acto jurídico del falso representante también puede causar daños al falso representado. Este es un tercero frente al acto realizado por el *falsus procurator*, ya que no ha tenido participación directa o indirecta en su celebración, por lo que su derecho permanece incólume, pues el acto le es inoponible. Sin duda, la responsabilidad del *falsus procurator* por los daños que cause al *dominus* es también de naturaleza *extracontractual* (*precontractual*), la misma que se regula en nuestro Código por las normas responsabilidad extracontractual (art. 1969).

Si el representante actúa por cuenta y en interés del representado, pero en nombre propio (representación indirecta) su responsabilidad es contractual (art. 1809).

G.4 Daño resarcible

En cuanto al límite de la responsabilidad del falso representante, el tercero contratante tiene derecho al resarcimiento pleno de todos los daños sufridos de tal forma que quede en la misma situación económica que si el representante hubiera actuado con poder o sin excederse en sus facultades⁶⁶¹.

661 Principios UNIDROIT: Art. 2.2.6. (1) Un representante que actúa sin poder o excediéndolo es responsable, a falta de ratificación por el representado, de la indemnización que coloque al tercero en la misma situación en que se hubiera encontrado si el representante hubiera actuado con poder y sin excederlo. (2) Sin embargo, el representante no es responsable si el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante no tenía poder o estaba excediéndolo.

El resarcimiento en atención al *interés negativo* o *de confianza*, por culpa *in contrahendo* (responsabilidad precontractual), se limita a los gastos y a las pérdidas que el tercero contratante ha incurrido estrictamente en las tratativas (viajes, estudios de títulos, asesorías, correspondencia, pago de impuestos, pérdida de tiempo, gastos notariales, etc.), a los gastos realizados inútilmente en la ejecución del acto jurídico ineficaz (daño emergente), y a las ganancias que podría haber conseguido si, en vez de emplear su actividad en la celebración de un acto jurídico ineficaz, la hubiera dedicado a otra contratación eficaz (lucro cesante).

El falso representado que ha sufrido daños como consecuencia del acto jurídico del *falsus procurator*, tiene derecho a ser indemnizado por todos daños sufridos. La indemnización comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 1969).

El perjudicado por la actuación del *falsus procurator* podrá dirigirse contra éste por la vía penal, ya que el hecho de arrogarse una representación que no se tiene, con el fin de obtener un provecho ilícito en perjuicio de otro, puede constituir delito de estafa. El art. 196 del Código penal dispone: «El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años».

Si el representante obra dentro de los límites de las facultades conferidas pero excediéndose de las *instrucciones* recibidas (no contenidas en el poder), el acto representativo es válido y eficaz, pero responderá por los daños causados al representado.

H. Titular de la acción de ineficacia

La acción para que se declare la ineficacia del acto jurídico previsto en el art. 161 le compete al *dominus* (falso representado). Es decir, la acción de ineficacia es conferida por la ley en beneficio exclusivo del falso representado.

El falso representante y el tercero que con él celebró el acto jurídico carecen de acción contra el representado, por no tener con éste ninguna vinculación⁶⁶².

662 La Corte Suprema ha resuelto: Cas. N° 1135-2013-Lima (5.11.2013): «El acto jurídico celebrado por el *falsus procurator* es ineficaz frente al falso representado, mas no frente a terceros

I. Prescripción de la acción de ineficacia

Los plazos de prescripción se rigen por el principio de legalidad. Este principio está consagrado por el art. 2000 que prescribe que “solo la ley puede fijar los plazos de prescripción”. Consiguientemente, no hay plazos de prescripción convencionales o establecidos por analogía.

Por principio, todas las acciones son prescriptibles, salvo las relativas a los derechos indisponibles, como los derechos de la personalidad que deben ser tutelados prescindiendo de la inercia de su titular, y algunos derechos disponibles expresamente indicados en la ley, v. gr., el art. 927 prescribe que la acción reivindicatoria es imprescriptible.

Todas las acciones, reales o personales, prescriben a los 10 años (art. 2001.1), a menos que la propia ley señale un plazo especial menor de prescripción.

La ley establece que la acción de nulidad prescribe a los diez años (art. 2001.1), la de anulabilidad a los dos años (art. 2001.4), la revocatoria a los dos años (art. 2001.4), y la de responsabilidad extracontractual a los dos años (art. 2001.4).

No existe una norma que señale expresamente el plazo de prescripción de la acción de ineficacia del acto del falso representante. Pero como la responsabilidad civil del *falsus procurator* es de naturaleza extracontractual (precontractual), le es aplicable la regla del art. 2001.4 que establece que prescribe a los dos años la acción de indemnización por responsabilidad extracontractual⁶⁶³.

La Corte Suprema, en la Cas. N° 1227-2012-Lima (23.3.2013), ha resuelto estableciendo que como “el Código civil no señala plazo de prescripción para interponer la demanda de ineficacia de acto jurídico, excepto en el caso de ac-

intervinientes o no en el acto jurídico, pues, de lo contrario se generaría un efecto *erga omnes* que no es propio de la ineficacia prevista en el artículo 161 del Código civil”.

663 La Corte Suprema ha resuelto distinguiendo entre el representante que se excede de su poder y falso procurador o persona que no tiene ninguna representación. En este último supuesto considera que la acción no puede estar sujeta a prescripción, por no existir vinculación alguna entre el falso procurador y el supuesto representado. (Cas. N° 3777-2006-Lambayeque, publicada el 1.2.07). No compartimos esta tesis, porque el art. 161 considera como falso representante tanto al que no tiene representación como al que se excede de las facultades que se le ha conferido; y, de otro lado, con la mencionada distinción que hace la Corte Suprema se estaría creando una acción de ineficacia imprescriptible, que la ley no establece.

ción pauliana; por lo que en aplicación de los principios de integración normativa dicho plazo debe fijarse en dos años". Se lee en esta casación: SÉTIMO. (i) *El Código civil no regula expresamente el plazo prescriptorio para los actos jurídicos ineficaces, salvo en los que se refiere a la acción pauliana, cuyo plazo de prescripción es de dos años, conforme señala el artículo 2001 inciso 4 del referido cuerpo legal* (ii) *Como quiera que el ordenamiento legal no admite vacíos, ante la existencia de estos es posible aplicar los principios de integración normativa, entre ellos, el de la analogía, que supone encontrar un caso similar, en el que si existe norma jurídica, cuyas consecuencias pueden ser utilizadas en el caso en que no existen dichas normas; esa necesidad de integración surge de lo expuesto en el artículo IV del Título Preliminar del Código civil. DÉCIMO... este Tribunal estima que la relación de semejanza que debe establecerse es la que existe entre la ineficacia del acto jurídico y la señalada en el artículo 2001 inciso 4 del Código civil, ya que la identidad de razón entre el caso no regulado con el caso normado, que atiende: (i) A que allí se regula un supuesto de ineficacia (el de la acción pauliana o revocatoria) y no hay razón para considerar que los otros supuestos de ineficacia deban regirse por plazo prescriptorio distinto; y (ii) A que allí se regula la anulabilidad del acto jurídico que puede confirmarse tal como la ineficacia puede ratificarse. Es verdad que no cabe confundir confirmación con ratificación, pero no es menos cierto que ambos tienen el mismo fin: la conservación del acto jurídico.*

En esta resolución existen dos errores consistentes en: (i) considerar a la acción pauliana como revocatoria, lo que no es verdad por cuanto por mandato del art. 195, la pauliana es una acción de ineficacia *strictu sensu*, pues con ella se persigue que el acto de disposición o gravamen realizado por el deudor se declare ineficaz con relación únicamente al acreedor demandante, permaneciendo válido y eficaz entre las partes que lo celebraron, tal es así que el derecho adquirido por el tercero no vuelve más a poder del deudor enajenante, estando el acreedor vencedor en la acción pauliana en aptitud de embargar y rematar el bien que ya no pertenece a su deudor sino al tercero adquirente (arts. 195 y 199); y (ii) considerar que la acción pauliana es una acción de anulabilidad del acto jurídico, lo que tampoco es verdad porque con ella el acreedor no persigue que se declare la nulidad del acto realizado por su deudor con el cual le causa perjuicio imposibilitando o dificultando la recuperación de su crédito, sino sólo persigue la conservación de la *garantía patrimonial genérica*. La pauliana no encuentra su fundamento en ninguna causal de anulabilidad prevista en el art. 221, sino en la disminución del patrimonio del deudor que perjudique el cobro de su crédito a que se refiere el art. 195.

Con la ineficacia vía acción pauliana se persigue que el acto realizado por el deudor no surta efectos únicamente frente al acreedor demandante, es decir, que el acto realizado por el deudor sea inoponible al acreedor; en cambio, el acto jurídico del *falsus procurator* es ineficaz frente al falso representado.

Es presupuesto de la acción pauliana la existencia de una relación de crédito, relación que falta en el acto del *falsus procurator*. El titular de la acción pauliana es el acreedor perjudicado con el acto de su deudor; en cambio, el titular de la acción de ineficacia del acto del falso representante es el falso representado. No vemos la identidad de razón entre ambas acciones, requisito para la aplicación analógica, salvo que las dos son casos de ineficacia *strictu sensu*, mas no de invalidez o de revocación.

¿Se justifica el plazo prescriptorio de 2 años de la acción de ineficacia? Con la acción de ineficacia del acto del falso representante se protege especialmente derechos reales del falso representado, lo que, en nuestra opinión, no justifica un plazo de prescripción breve, porque puede resultar atentatorio, especialmente, contra el derecho de propiedad. No hay que perder de vista que el falso representante casi siempre actúa al margen de la ley, por lo que nos preguntamos: ¿se justifica que el *falsus procurator* atribuyéndose un poder que no se le ha conferido o excediendo sus facultades venda un inmueble ajeno, y que el propietario (falso representado) tenga solamente dos años para accionar en tutela de su derecho? En nuestra opinión, la respuesta es negativa. Con un plazo de prescripción tan corto de la acción de ineficacia (dos años) se alienta los actos jurídicos fraudulentos de falsos representantes, los que lamentablemente se han multiplicado en nuestra sociedad, con la complicidad de los que deben combatirlos.

En el Derecho italiano, la acción por responsabilidad extracontractual prescribe a los 5 años (art. 2947 del Código italiano). En el Derecho alemán, la pretensión de resarcimiento de daños prescribe a los 10 años de su nacimiento, (art. 199 (3).1).

Supuesto de plazo de caducidad en vez de plazo de prescripción. El art. 13 de Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, dispone que “quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella”; y el art. 49 de la misma ley prescribe: “La pretensión del socio o de cualquier tercero contra la sociedad, o viceversa, por pactos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta ley, respecto de los cuales no se haya establecido expresamente un plazo, *caducan a los dos años* a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión”.

La prescripción extingue la acción y la caducidad extingue la acción y el derecho; el plazo de prescripción se puede interrumpir o suspender, el de caducidad no se interrumpe ni suspende, salvo mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano; la prescripción opera a invocación de parte, y los plazos de caducidad pueden ser aplicados de oficio; la caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque éste sea inhábil, en cambio, el plazo de prescripción cuyo último día es inhábil, vence el primer día hábil siguiente. La actividad societaria mercantil es rápida y dinámica, no puede estar sometida a las vicisitudes (especialmente de dilaciones e incertidumbres) del plazo de prescripción, por ello se ha optado por eliminar de la Ley General de Sociedades los plazos de prescripción, estableciendo que todos los plazos son de caducidad. Si, por ej., el gerente de una sociedad celebra un contrato excediéndose de las facultades contenidas en el poder, la acción para que la sociedad pueda demandar judicialmente la ineficacia de dicho acto caduca a los dos años, en aplicación del art. 49 de la Ley General de Sociedades.

61.18. Ratificación del acto ineficaz

Artículo 162.- En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.

La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.

El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

La facultad de ratificar se trasmite a los herederos.

El acto *ineficaz* por falta o exceso de poder puede tornarse *eficaz*, desde su celebración por el falso representante, mediante la ratificación por el falso representado, observando, de ser el caso, la forma solemne prescrita para su celebración, quedando a salvo los derechos adquiridos en el ínterin por terceros de buena fe.

La ratificación es un acto jurídico *recepticio* y *unilateral*, en virtud del cual el *dominus* acepta como suya la declaración de voluntad hecha en su nombre

por el *falsus procurator*, para quedar el mismo vinculado con el tercero⁶⁶⁴. Esta adhesión sucesiva que presta el *dominus* a lo hecho por el falso representante es equivalente a la autorización previa. Se evidencia que la institución de la ratificación del acto jurídico celebrado por el *falsus procurator* (art. 162) es distinta de la de confirmación del acto jurídico (art. 231) que adolece de una causal de anulación por los vicios que contiene.

Antes de la ratificación el acto del falso representante no produce ningún efecto para el falso representado, ni siquiera los efectos preliminares que produce un acto jurídico sujeto a condición o a plazo. Los efectos se producen solamente entre el falso representante y el tercero, quienes, antes de la ratificación, pueden resolver el acto jurídico que han celebrado⁶⁶⁵. Los efectos entre el tercero y el falso representado se producen como consecuencia de la ratificación, y se consideran producidos desde el momento en que se celebró el acto, y no desde el momento de la ratificación.

Con la ratificación el falso representado no celebra un nuevo acto jurídico con el tercero ni estipula el acto jurídico ya estipulado por el falso representante. La voluntad del ratificante está dirigida a aceptar lo ya hecho por el falso representante, y, por tanto, a conferirle a éste la posición de legitimación con la que debió contar en el momento de celebrar el acto jurídico⁶⁶⁶. El falso representado hace suyos los efectos del acto celebrado por el falso representante. Es una suerte de apoderamiento posterior, es decir, una legitimación sucesiva. Por la ratificación, el acto celebrado por el falso representante produce los mismos efectos de un acto celebrado por un representante verdadero.

La ratificación vale para los actos de disposición y gravamen y para los de asunción de responsabilidad, pero no para los actos de liberación de vínculos

664 La ratificación es el negocio unilateral mediante el cual el sujeto convierte en eficaz frente a sí mismo el acto que él no ha autorizado (Bianca, Massimo, *Diritto civile*, t. III, *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 110).

665 En el Derecho alemán, antes de la ratificación, el tercero contratante que desconoce la falta de poder de representación tiene el derecho de revocar el contrato: BGB, Art. 178. *Derecho de revocación de la otra parte*. Hasta la ratificación del contrato, la otra parte está legitimada para su revocación, a no ser que haya conocido la falta de poder de representación en el momento de celebrarse el contrato. La revocación también puede ser declarada frente al representante.

666 Bianca, Massimo, ob. cit., p. 110.

jurídicos, dado a que, por ej., el pago se puede hacer por cualquier persona, sea con el consentimiento del deudor o sin él (art. 1222).

El acto realizado sin poder o excediendo los límites del poder se encuentra en un estado de *pendencia*, puesto que el *dominus* puede atribuirle eficacia retroactiva mediante la ratificación.

Como el acto jurídico celebrado por el falso representante no es nulo ni anulable, sino ineficaz frente al representado, la ratificación no tiene función sanatoria o convalidante.

El acto celebrado por el falso representante puede ser ratificado expresa o tácitamente. Como ejemplo de la ratificación tácita mencionemos el hecho por el que el propietario recibe el precio de la venta llevada a cabo sin su autorización. Pero si se trata de un acto formal solemne, la ratificación para que sea válida debe hacerse observando dicha solemnidad. Por ej., la ratificación de la donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública (art. 1625).

La ratificación opera con efecto retroactivo, es decir, produciendo la vinculación entre representado y tercero desde el momento en que fue celebrado por el falso representante y no desde el momento en que se realiza el acto de ulterior ratificación. El segundo párrafo del art. 162 dispone que «la ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero», o sea la retroactividad de la ratificación no opera en daño de terceros⁶⁶⁷; en efecto, la retroactividad de la ratificación no puede perjudicar los derechos válidamente adquiridos por terceros en virtud de un acto celebrado con anterioridad a la ratificación por el *dominus* o su representante. Es decir, los terceros tutelados son los causahabientes a título singular del falso representado. Por ej., si A, atribuyéndose un poder para vender que no se le ha conferido, vende un bien de mi propiedad a B, y yo antes de ratificar esta venta, vendo el mismo bien a C, la ratificación en nada perjudicará los derechos de C, ni podría B pretender la invalidación de la venta a favor de C, cuyo derecho permanece firme. La sucesiva ratificación del falso representado

667 La jurisprudencia italiana ha resuelto: En los negocios celebrados por el *falsus procurator*, en las relaciones entre éste y el *dominus*, la ratificación tiene siempre eficacia retroactiva, contrariamente en las relaciones entre el *dominus* y los terceros, la retroactividad de la ratificación es excluida cuando los terceros son titulares de una situación jurídica ligada con la anterior situación jurídica del *dominus*, y, por tanto, incompatible con la modificación objetiva o subjetiva aportada por el sucesivo perfeccionamiento del negocio celebrado por el *falsus procurator* (Bianca, Massimo, ob. cit., p. 112).

o de sus herederos no afecta la adquisición del tercero adquirente de buena fe. La jurisprudencia italiana ha establecido que si el siniestro sucede después de la celebración del contrato de seguro por el falso representante, y antes de la ratificación, este es cubierto por el contrato ratificado⁶⁶⁸.

En la doctrina se discute si la ratificación puede convertir en eficaz retroactivamente un acto por el que se interrumpe la prescripción. La solución negativa se fundamenta, entre otras razones, por ser inadmisibles que por la intervención de un tercero y por una situación de inercia del titular el término de prescripción se extienda más allá del legal. La jurisprudencia italiana ha resuelto: La ratificación de un acto de interrupción de la prescripción realizado por el *falsus procurator* no tiene efectos retroactivos en el sentido del art. 1399, 2º párrafo del Código civil, en cuanto tal acto unilateral, como la aceptación de una herencia, no tenga naturaleza negocial, no le es aplicable la disciplina de los contratos ni en vía directa, por efecto del reenvío al art. 1324 del Código civil, ni en vía analógica, debido a la falta de la *eadem ratio*⁶⁶⁹.

La eficacia retroactiva de la ratificación no afecta el derecho del tercero que de buena fe celebró el acto con el falso representante a ser resarcido por éste de los daños que se le haya ocasionado con la ineficacia del acto, sea que este acto después se ratifique o no. Junto al derecho de resarcimiento hay hipótesis en que el supuesto poder produce la plenitud de sus efectos frente al tercero de buena fe, por ej., cuando el tercero no ha sido notificado con la revocación del poder (art. 152).

El tercero y el seudo representante pueden resolver (disolver) el acto jurídico en tanto no se haya producido la ratificación, sin perjuicio de la indemnización.

668 Roppo, Vincenzo, ob. cit., p. 288.

669 Bianca, Massimo, ob. cit., p. 114. Código civil italiano: Art. 1399. *Ratificación*. En la hipótesis prevista por el artículo precedente, el contrato podrá ser ratificado por el interesado observando las formas prescritas para su conclusión. La ratificación tiene efecto retroactivo, pero quedan a salvo los derechos de los terceros. El tercero y el que hubiese contratado como representante podrán, de acuerdo, disolver el contrato antes de la ratificación. El tercero contratante puede invitar al interesado a pronunciarse sobre la ratificación, asignándole un término, vencido el cual, frente al silencio, se entenderá negada la ratificación. La facultad de ratificación se transmite a los herederos. Art. 1324. *Normas aplicables a los actos unilaterales*. Salvo disposiciones contrarias de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán en cuanto fueren compatibles respecto de los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial.

zación que corresponda. En el acto realizado sin poder o excediendo los límites del poder, antes de ser ratificado, son partes el tercero y el falso apoderado, por tanto, son ellos los que pueden resolver ese acto y no el *dominus* que no es parte. Una vez que es ratificado, el vínculo queda establecido entre el tercero y el representado como si el mismo hubiera intervenido en su celebración; a partir de entonces, el *falsus procurator* es un tercero *ab initio* que no adquiere ningún derecho ni contrae ninguna obligación, por lo que no puede pretender la invalidez o la ineficacia de dicho acto (ej., el dejarlo sin efecto por mutuo acuerdo con el tercero, que es lo que el art. 162 denomina como “resolución”).

El Código patrio expresa que el tercero y el falso representante pueden “resolver” el acto jurídico antes de la ratificación. El art. 1399 del Código italiano menciona que el tercero y el falso representado se pueden poner de acuerdo para “disolver” el contrato antes de su ratificación. El art. 1399 del Código italiano es el antecedente del art. 162 de nuestro Código. El legislador peruano, erróneamente, ha traducido la palabra italiana “*sciogliere*” asignándole el significado de “resolver”, cuando en realidad quiere decir “disolver”. Por la resolución una de las partes contratantes disuelve un contrato por una causal sobreviniente a su celebración, y no por una causal existente en el momento de su celebración; estas conforme a nuestro Código son causas de nulidad, anulabilidad o rescisión del acto jurídico. En cambio, por el mutuo disenso, que es a lo que se refiere el Código italiano, el tercero y el falso representante se ponen de acuerdo para disolver el acto jurídico que han celebrado⁶⁷⁰, el cual deviene definitivamente ineficaz para todos. En este sentido se ha de entender el término “resolver” utilizado por el art. 162.

La facultad de ratificar no constituye un derecho personalísimo del representado, por lo que se transmite a sus herederos.

Frente al acto del falso representante, el falso representado puede optar por: *ratificarlo*, caso en el que se vincula definitivamente con el tercero contratante; *no ratificarlo*, caso en el que el acto se torna definitivamente ineficaz para él; *guardar silencio*, sin ratificar ni rechazar la ratificación. En este último caso, como la ley no establece un plazo para el ejercicio del derecho de ratificar el

670 Nuestro Código define al mutuo disenso en los términos siguientes: Art. 1313. 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.

acto celebrado por el falso representante, y como una prolongada espera para la ratificación perjudicaría al tercero contratante, quien no sabe si se vinculará al representado con la ratificación o si se disolverá el acto por rechazo de la ratificación. Con el fin de que esta incertidumbre del tercero termine, el Código italiano prescribe: "El tercero contratante puede invitar al interesado a pronunciarse sobre la ratificación, asignándole un término, vencido el cual, frente al silencio, se entenderá negada la ratificación" (art. 1399, 4º párrafo). Vencido el plazo sin que se produzca la ratificación, el acto queda definitivamente ineficaz, como si la ratificación hubiese sido rechazada. Soluciones semejantes contienen otros cuerpos legales como el BGB y Unidroit⁶⁷¹. En nuestro Código no existe una norma como estas, pero ello no impide que el tercero pueda requerir al falso representado para que dentro de un cierto plazo se pronuncie sobre la ratificación o no ratificación del acto jurídico celebrado por el falso representante. Sin embargo, por los problemas prácticos que puede generar esta situación, consideramos conveniente agregar un párrafo al art. 162 en los términos siguientes: *El tercero puede, mediante carta por vía notarial, otorgar un plazo razonable para la ratificación. Si el representado no ratifica el acto en ese plazo, se entenderá negada la ratificación.*

La *ratificación* se diferencia de la *confirmación* por lo siguiente:

- a) La ratificación es el acto por el cual el ratificante hace suya la declaración de voluntad ejecutada por el seudo-representante (o con representación

671 BGB: Art. 177. *Conclusión de un contrato mediante un representante sin poder de representación.* (1) Si alguien concluye un contrato en nombre de otro sin poder de representación, la eficacia del contrato a favor y en contra del representado depende de su ratificación. (2) Si la otra parte exige al representado la declaración de ratificación, tal declaración sólo puede ser realizada frente a éste; la ratificación o renuncia a ratificar realizada ante el representante devienen ineficaces si se realizan antes del requerimiento. La ratificación sólo puede ser declarada en el plazo de dos semanas desde la recepción del requerimiento; si no se declara, se entiende como rechazada.

UNIDROIT: Art. 2.2.9 (*Ratificación*) (1) Un acto por un representante que actúa sin poder o excediéndolo puede ser ratificado por el representado. Con la ratificación el acto produce iguales efectos que si hubiese sido realizado desde un comienzo con el apoderamiento. (2) El tercero puede, mediante notificación al representado, otorgarle un plazo razonable para la ratificación. Si el representado no ratifica el acto en ese plazo, no podrá hacerlo después. (3) Si, al momento, de actuar el representante, el tercero no sabía ni debiera haber sabido la falta de apoderamiento, éste puede, en cualquier momento previo a la ratificación, notificarle al representado su rechazo a quedar vinculado por una ratificación.

- insuficiente) en nombre del *dominus* (el ratificante). La confirmación es la convalidación de un acto anulable por el titular de la acción de anulabilidad.
- b) Se ratifica un acto ajeno (el del *falsus procurator*) y se confirma un acto propio (el del confirmante). En otros términos, se ratifica un acto jurídico del cual no se es parte y se confirma un acto jurídico en el cual se es parte.
 - c) La ratificación supone la existencia de un acto válido pero ineficaz para el *dominus*. La confirmación supone un acto eficaz *ab initio* pero amenazado de destrucción para el caso de que la parte interesada solicite que judicialmente se declare nulo por adolecer de alguna causal de anulabilidad (error, dolo, etc.).
 - d) Por la ratificación el ratificante incorpora en su esfera jurídica los efectos de un acto en el cual no fue parte. Por la confirmación el confirmante suprime la amenaza de ineficacia definitiva del acto que confirma, el cual ya no podrá ser impugnado de anulabilidad.
 - e) El objeto de la ratificación es hacer que el acto afecte al ratificante; que éste asuma los efectos del acto ratificado. El objeto de la confirmación es impedir la ineficacia del acto anulable, como sucedería si es declarado nulo.

La Corte Suprema ha resuelto:

Cas. N° 738-99Cañete: *“Cuando el apoderado se excede de las facultades otorgadas, conforme a la regla del artículo 161 del Código Civil, en principio el acto resulta ineficaz frente a su representado; pero éste puede ratificarlo conforme a la norma del artículo 162 siguiente, de tal manera que sólo el representado y no otro puede objetar el acto jurídico efectuado en su nombre, así como también puede ratificarlo, como resulta de su simple interpretación gramatical, (...) el acto jurídico celebrado por el apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable y no puede ser alegada por otra persona que aquella en cuyo beneficio la establece la Ley”.*

Esta resolución suprema es errada en el extremo que declara que *el acto jurídico celebrado por apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable*; hay decisiones posteriores se expresan en el mismo sentido. Como hemos dicho antes, las causales de anulabilidad (nulidad relativa) del acto jurídico están previstas en el art. 221, las mismas que constituyen un número cerrado (*numerus clausus*), dentro de las cuales no figura el acto jurídico celebrado por el apoderado excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido.

Una cosa es el *acto jurídico anulable* que produce todos sus efectos en tanto no sea declarado judicialmente nulo (con lo que se reduce su eficacia a la nada) y otra, el *acto jurídico ineficaz* con relación al representado cuando el representante se ha excedido de las facultades que se le ha conferido o las ha violado o se ha atribuido una representación que nunca se le ha conferido. El acto anulable se puede convalidar mediante *confirmación* y el acto ineficaz por exceso de poder puede ser *ratificado*. El acto anulable es *inválido*; con la confirmación se cura de la enfermedad que hacía *inválido* al acto, es decir, se elimina los efectos de dicha invalidez. El acto celebrado por el representante excediéndose de los límites del poder es *válido* entre las partes que lo han celebrado e ineficaz (inoponible) con relación al supuesto representado; mediante la ratificación se elimina tal ineficacia.

La eficacia del acto anulable, pese a la invalidez, puede venir a ser definitiva por efecto de la prescripción de la acción de anulación o por efecto de la confirmación. Por la ratificación, el representado se apropia de los efectos del acto jurídico que le interesa no obstante que el representante ha actuado excediéndose del poder o sin poder. La ratificación suple a la falta o a la insuficiencia de poder, razón por la que se exige la forma prescrita con el carácter de solemne para el acto jurídico a ratificar. La ratificación es eficaz solamente si se realiza antes que el tercero y el representante resuelvan el acto jurídico. Con la ratificación se quita de en medio al supuesto representante y entra en su lugar, *ex tunc*, el supuesto representado; a partir de entonces, el acto jurídico ya no puede ser resuelto.

En términos más precisos, el acto celebrado por exceso de poder o falta del mismo no es un acto *anulable* sino un acto *inoponible* al falso representado. La inoponibilidad es una forma de ineficacia del acto jurídico más atenuada que la nulidad y la anulabilidad. La inoponibilidad expresa que el acto jurídico, por falta de ciertos «requisitos de eficacia», no se puede hacer valer contra ciertas personas; en el caso que nos ocupa, no puede ser oponible al supuesto representado. Se trata de una ineficacia relativa, es decir, el acto produce efectos frente a unas personas (entre tercero y representante) y no los produce para otros (para el representado). El acto anulable declarado nulo no produce efectos para nadie. El acto declarado judicialmente ineficaz (ineficacia *strictu sensu*) no surte efectos con relación a la persona vencedora en la acción judicial que promovió.

La ley no regula el caso de la *representación aparente* que genera el falso representante que hace aparecer como existentes poderes inexistentes, dando

lugar a que terceros, sin su culpa, confíen en un representante aparente. Es una subcategoría específica y calificada de representación sin poder, en la cual a la ausencia de poder representativo se superpone una apariencia creada por indicadores objetivos, aunque engañosos, que hacen aparecer como existentes los poderes inexistentes. El acto jurídico debería ser ineficaz porque ha sido celebrado por un sujeto no legitimado, pero vincula y es eficaz frente al falso representado porque *la apariencia subroga la legitimación ausente*⁶⁷².

En la representación aparente, el acto jurídico celebrado por el falso representante debe considerarse eficaz para el representado, en aplicación del principio general de la apariencia, por la cual quien crea una situación que genera en los terceros un determinado y legítimo convencimiento se adjudica las consecuencias que ella genera⁶⁷³. Ejemplo de la representación aparente es la *representación tolerada* que se da cuando un sujeto, sabiendo que otro actúa en su nombre sin que le haya conferido poder de representación, tolera tal situación; se considera que los efectos del acto jurídico estipulado por el falso representante recaen sobre el falso representado, porque si éste tolera que otro sujeto actúe en su nombre, quiere decir que a sabiendas ha contribuido a generar la situación de apariencia, por lo que las consecuencias del acto le deben ser atribuidas.

Fundamenta la eficacia de la representación aparente, la tutela de la confianza del tercero contratante, y también de los terceros subcontratantes, que adquiere derechos a título oneroso y de buena fe.

Sobre la base de lo expuesto, estimamos que se deben modificar los arts. 161 y 162, a cuyo efecto presentamos, para su debate, los proyectos siguientes:

Art. 161. Representación sin poder. *Un acto jurídico celebrado por un representante que actúa sin poder o excediéndolo es ineficaz con relación al representado.*

El representante está obligado, a su elección, al cumplimiento o al resarcimiento del daño causado a la otra parte como consecuencia de la confianza deposita en el poder de representación. El representante no responde si la otra parte conocía o debía conocer la falta de poder de representación.

El representante también es responsable por los daños causados al representado.

672 Roppo, Vincenzo, ob. cit., p. 292.

673 Bianca, Massimo, ob. cit., pp. 117 y ss.

Art. 162. Ratificación. *En la hipótesis prevista en el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado.*

La ratificación resulta de la manifestación expresa o de cualquier acto o comportamiento concluyente del representado que necesariamente importe una aprobación de lo que haya hecho el falso representante.

Luego de la ratificación, la actuación del representante se da por autorizada, con efecto retroactivo al día del acto, pero es inoponible a terceros que hayan adquirido derechos de buena fe con anterioridad.

La ratificación puede hacerse en cualquier tiempo, pero los interesados pueden requerirla, fijando un plazo para ello que no puede exceder de quince días; el silencio del representado se entenderá como negativa.

Hasta la ratificación del acto jurídico, la otra parte está legitimada para su revocación, a no ser que haya conocido la falta de poder de representación en el momento de celebrarse el acto. La revocación también puede ser declarada ante el representante.

Antecedentes normativos de estos proyectos: Código italiano, arts. 1398 y 1399; BGB, arts. 177, 178, 179; UNIDROIT, art. 2.2.9; Nuevo Código civil y comercial argentino, arts. 369, 370, 371 y 376.

61.19. Vicios de la voluntad en la representación

Artículo 163.- 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 este fuere viciada respecto de dicho contenido.

En coherencia con la separación entre sujeto que crea el acto jurídico (el representante) y sujeto que asume los efectos (el representado), se regulan los vicios de la voluntad, tomando en cuenta la voluntad del sujeto que actúa: el representante, por tanto, la anulabilidad del acto de apoderamiento es consecuencia de la existencia de la voluntad viciada del representante. La regulación legal solo se refiere a la voluntad del representado cuando este ha predeterminado el contenido del acto jurídico, en cuyo caso el representante prácticamente actúa como un mero *nunciatus*. En efecto, conforme a la norma del art. 163, el acto jurídico es anulable si está viciada la voluntad del representante. Pero si el contenido

del acto jurídico ha sido predeterminado por el representado, el acto es anulable solo si está viciada la voluntad de este.

Debido a que el representante es el creador del acto jurídico representativo con efectos para el representado, su declaración de voluntad (la del representante) tiene efectos jurídicos y es relevante en materia de vicios de la voluntad⁶⁷⁴. Esta es la razón por la que el art. 163 dispone que el acto jurídico es anulable por los vicios que afectan la voluntad del representante. Si este (ya sea representante legal o voluntario) ha actuado bajo los efectos del error, dolo, violencia o intimidación, el acto está viciado y, por tanto, es anulable. Si la representación es voluntaria, la declaración de anulabilidad del acto por vicios en la voluntad del representante se hará a solicitud del representado o también del representante si es que cuenta con poder para ello. Si la representación es legal, la declaración de anulabilidad se hará a petición del representante o también del representado cuando adquiera o recobre su capacidad.

Como expresa Bianca⁶⁷⁵, la voluntad constitutiva del negocio celebrado en ejercicio del poder de representación es exclusivamente la del representante. Así, para la celebración del contrato no basta que el representado haya decidido la realización del acto si luego el representante no hace la oferta o la aceptación. La validez del negocio presupone por tanto el íntegro y libre consentimiento

674 BGB: Art. 166. *Vicio de la voluntad; imputación del conocimiento.* (1) En la medida en que las consecuencias jurídicas de una declaración de voluntad se ven afectadas por vicios de la voluntad, o el conocimiento o deber de conocimiento de determinadas circunstancias, no se toma en consideración a la persona del representado sino la del representante. (2) Si en el caso de un poder de representación otorgado por negocio jurídico (poder) el representante ha actuado siguiendo las instrucciones dictadas por el poderdante, este no puede invocar la ignorancia por el representante de circunstancias que él mismo sí conocía. Lo mismo rige si se trata de circunstancias que el poderdante debía conocer, en la medida en que el deber de conocer se equipara al conocimiento.

Código italiano: Art. 1390. Vicios de la voluntad. El contrato será anulable si la voluntad del representante hubiera sido viciada. Pero cuando el vicio concierna a elementos determinados previamente por el representado, el contrato será anulable solamente si hubiera sido viciada la voluntad de este.

Código civil y comercial argentino: Art. 365. Vicios. El acto otorgado por el representante es nulo si su voluntad está viciada. Pero si se ha otorgado en ejercicio de facultades previamente determinadas por el representado, es nulo solo si estuvo viciada la voluntad de este.

El representado de mala fe no puede aprovecharse de la ignorancia o la buena fe del representante.

675 BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. III, p. 92.

prestado por el representante. El negocio es susceptible de anulación si la voluntad manifestada por el representante está viciada por dolo, error o violencia.

Pero si el contenido del acto jurídico ha sido previamente determinado, total o parcialmente, por el representado, en cuyo caso cobra importancia su voluntad, el acto será anulable solamente si existen vicios en la voluntad de este con respecto de dicho contenido.

Cuando el contenido del acto ha sido predeterminado totalmente por el representado, el representante, en realidad, actúa como un *nuncius*, de ahí que lo único que cuenta es la voluntad del representado.

La anulabilidad será rechazada, no obstante la voluntad viciada del representante, si este ha actuado cumpliendo instrucciones precisas dadas con anterioridad por el representado, debido a que en tal caso el margen de actuación del representante es mínima, de modo que los vicios existentes en su voluntad resultan irrelevantes, en caso contrario, se estaría favoreciendo al representado que se aprovecha de la ignorancia y buena fe del representante.

Si los vicios han recaído en la voluntad del tercero con quien el representante realiza el acto representativo, es obvio que dicho tercero puede demandar la anulación del acto.

61.20. Manifestación de calidad de representante

Artículo 164.- 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.

El poder es un acto unilateral de voluntad que para su existencia no requiere de la aceptación del representante. Pero la existencia del poder no es suficiente para que tenga eficacia, para ello se requiere de la aceptación expresa o tácita del representante; este es libre de aceptar o no la representación. Antes de la aceptación del poder no hay relación jurídica entre poderdante y apoderado, por lo que este no está obligado a nada frente a aquél. Producida la aceptación, de la representación surgen obligaciones para el representante y para el representado. En cuanto al representante, dos son los presupuestos necesarios para el ejercicio de la representación: que al tratar con los terceros *exhiba el nombre del representado* y que actúe *dentro de los límites de las facultades recibidas*. De ahí

que el art. 164 alude a dos de las obligaciones del representante en la celebración del *acto representativo*: debe actuar en nombre de su representado (*contemplatio domini*) y, cuando es requerido, debe acreditar sus facultades.

61.20.1. La *contemplatio domini*

El representante está obligado a ejecutar el encargo manifestando que lo realiza en nombre de su poderdante. A este obrar en nombre de otro (*agere alieno nomine*) se le denomina *contemplatio domini* para resaltar que el acto representativo no es para el representante sino para el representado y que por ello, tanto el representante como el tercero con quien celebra el acto, obran contemplándolo, esto es, teniendo presente al *dominus*. En el acto representativo, el representante manifiesta que procede en nombre de su representado y el tercero, a su vez, obra considerándolo como representante, por lo que los efectos se producen directamente en la esfera jurídico-personal del representado como si él mismo lo hubiera realizado. Es evidente que con la *contemplatio domini* se tutela al tercero que celebra el acto jurídico con el representante; no se vincula al tercero a una relación con un sujeto distinto de aquel con el cual celebra el acto jurídico si no se le pone en condición de saber que este será el efecto del acto.

La *contemplatio domini* puede ser expresa o tácita. Es tácita, por ej., cuando la cosa objeto del negocio es conocida por el *dominus* (*contemplatio ex re*) o cuando se desprende de otras circunstancias (*contemplatio ex facti circumstantiis*) que el negocio no es para quien lo celebra (así, la cocinera del hogar que hace las compras en el mercado)⁶⁷⁶.

La carga de probar que se actuó en nombre del representado corresponde a quien hace valer los efectos del acto jurídico en cabeza del representado: el mismo representado, interesado en apropiarse de esos efectos; o el representante, interesado en no resultar personalmente vinculado; o el tercero, interesado en vincular al representado. En la representación pasiva, la prueba está a cargo no del representante, sino del tercer autor del acto, al cual corresponde manifestar que este está dirigido al representante para el representado, destinatario sustancial de los efectos⁶⁷⁷.

676 ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 360.

677 ROPPO, *El contrato*, cit., p. 267.

Si el representante actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas del acto jurídico que celebra; para evitar esto, es necesaria una *contemplatio* expresa o tácita.

61.20.2. La acreditación de facultades

El poder está destinado al representante y al tercero con quien aquel celebra el acto representativo, pero el tercero toma conocimiento de su existencia gracias a la *contemplatio domini*. El tercero puede requerir al representante que acredite su calidad de tal y sus facultades. El apoderado acreditará su calidad de representante y sus facultades exhibiendo su poder. Al respecto, el art. 1393 del Código italiano dispone: "El tercero que contrate con el representante podrá exigir siempre que este justifique sus poderes y si la representación resultara de un acto escrito, que se le dé una copia firmada por él". La facultad de exigir que el representante justifique su poder es del tercero, facultad que puede o no ejercitarla, pero si no exige al representante que acredite su poder, no podrá sustraerse a las obligaciones que ha asumido frente al representado alegando desconocimiento del poder.

El representante está, pues, obligado a acreditar las facultades de que está investido según consten en el título del poder cuando es requerido por el tercero con quien realiza el acto jurídico. El medio más común de la acreditación de las facultades consiste en la exhibición del poder ante el tercero a fin de que tome conocimiento de su existencia y extensión.

La ley no prescribe una forma en la cual se debe efectuar la acreditación del poder, por lo que el representante se puede valer de cualquier medio idóneo para hacer conocer al tercero la existencia y extensión del poder. Naturalmente, si el poder ha sido otorgado por escrito o con inscripción en el registro público, la forma más idónea de acreditar la representación, y así lo exigirá el tercero que obra diligentemente, es presentando el documento que contiene el poder o una certificación del registro público.

Como es lógico, fuera de las dos obligaciones antes mencionadas, el representante que ha aceptado el poder está obligado:

- a) A actuar con lealtad y fidelidad hacia su representado
- b) A cumplir el encargo dentro de los límites del poder, con diligencia y responsabilidad;

- c) A cumplir en el ejercicio del poder con las instrucciones que le imparta su poderdante;
- d) A cuidar los bienes que le confió su representado para el ejercicio del poder y los recibidos del tercero en virtud de la representación, y, en todo caso, dar a estos bienes el destino para el cual le fueron entregados;
- e) A entregar al representado lo recibido de terceros;
- f) A informar a su representado de las vicisitudes o conflictos que se presenten durante el cumplimiento del encargo;
- g) Como todo aquel que colabora en la gestión de un negocio ajeno, el representante está obligado, una vez terminado el encargo, a rendir cuentas de su gestión; etc.

El apoderamiento implica un acto de confianza del representando que espera que su representante actuará de una manera diligente en la celebración del acto o actos jurídicos que le ha encomendado, lo que determina las obligaciones que pesan sobre el representado. Es propio de toda relación representativa que el representante actúe observando fidelidad y lealtad a su representado, ejecutando el poder en armonía con las facultades e instrucciones recibidas y subordinando su interés personal al del representado. La gestión encomendada debe realizarla dentro de los límites de las facultades que se le ha conferido y de acuerdo a las instrucciones recibidas; debe cuidar los bienes que se le confió para el ejercicio del poder y entregar al representado los recibidos de terceros como consecuencia del acto de apoderamiento; debe mantener en todo momento al representado al tanto del desarrollo de la gestión y debe comunicar la finalización del acto representativo.

Por su parte, el representado está obligado:

- a) A suministrar al representante los medios necesarios (sean de carácter económico o de información) para la ejecución del encargo;
- b) A asumir las obligaciones derivadas del acto representativo;
- c) A reembolsar al representante los gastos en que ha incurrido en el ejercicio del poder;
- d) A reparar los daños sufridos por el representante con ocasión del ejercicio lícito y diligente del poder.

Estas son obligaciones propias de la naturaleza de la representación voluntaria y legal.

61.21. Poder del dependiente

Artículo 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 seguridad en el tráfico comercial y la protección al consumidor que actúa de buena fe impone que se presuma *iuris et de iure* que el dependiente (trabajador manual o intelectual) que presta servicios, permanentes u ocasionales, en establecimientos abiertos al público donde se expenden bienes o servicios tiene poder de representación de su principal para realizar los actos que ordinariamente se realizan en ellos. De esta forma queda superado el tratamiento defectuoso del Código de comercio de 1902, que contempla tres formas de dependencia: factores (apoderados generales)⁶⁷⁸, dependientes (los que realizan determinados actos encomendados por el principal)⁶⁷⁹ y mancebos (encargados de la venta al por menor en los almacenes)⁶⁸⁰.

Por exigirlo la seguridad y celeridad en el tráfico, el que adquiere un bien o servicio en un establecimiento abierto al público, sea que este expendan artículos alimenticios, maquinarias, repuestos para maquinarias, artefactos eléctricos, gasolina, lubricantes de vehículos, servicios de reparaciones de bienes, lavado de vehículos, etc., sea que esté ubicado en lugar comercial o no, no tiene por qué

678 *Código de comercio: Art. 278.* Los factores negociarán y contratarán a nombre de sus principales; y en todos los documentos que suscriban en tal concepto, expresarán que lo hacen con poder o en nombre de la persona o sociedad que representen.

679 *Código de comercio: Art. 286.* Los comerciantes podrán encomendar a otras personas, además de los factores, el desempeño constante, en su nombre y por su cuenta, de alguna o algunas gestiones del tráfico a que se dediquen, en virtud de pacto escrito o verbal; consignándolo en sus reglamentos las compañías, y comunicándolo a los particulares por avisos públicos o por medio de circulares a sus corresponsales.

Los actos de estos dependientes o mandatarios singulares no obligarán a su principal, sino en las operaciones propias del ramo que determinadamente les estuviere encomendado.

680 *Código de comercio: Art. 288.* Los mancebos encargados de vender al por menor en un almacén público, se reputarán autorizados para cobrar el importe de las ventas que hicieren, y sus recibos serán válidos, expidiéndose a nombre de sus principales. Igual facultad tendrán los mancebos que vendan en los almacenes por mayor, siempre que las ventas fueren al contado y el pago se verifique en el mismo almacén; pero cuando las cobranzas se hubieren de hacer fuera de este, o procedan de ventas hechas a plazos, los recibos se firmarán necesariamente por el principal o su factor, o por apoderado legítimamente constituido para cobrar.

averiguar si el que lo atiende es el propietario, gerente o un simple trabajador, o un familiar o amigo del principal y la adquisición que hace no puede ser impugnada por falta o insuficiencia de poder. Siempre, naturalmente, que el adquirente actúe de buena fe. No obrará de buena fe, por ej., el que adquiere bienes en una tienda pagando el precio al que le entrega la mercadería sabiendo o debiendo conocer que en ese establecimiento hay un cajero donde se debe pagar el valor de los bienes o servicios adquiridos.

La presunción de representación del dependiente es un caso de *representación aparente*, no regulada expresamente en nuestro Código. La apariencia se refiere al poder de representación, el tercero cree que está contratando con el verdadero representante, cuando en realidad no es así. La representación aparente presenta diferencias con la del *falsus procurator*. Este obra atribuyéndose un poder que no se le ha conferido o excediéndose de las facultades conferidas, siendo el falso representado ajeno a tal situación. En cambio, en la representación aparente el representado tiene un papel decisivo en la creación de la apariencia; con sus actos determina que el tercero razonablemente crea que está contratando con un representante suyo.

Representación aparente. La representación aparente es una subcategoría específica y calificada de representación sin poder, en la cual a la ausencia de poder representativo se superpone una apariencia creada por indicadores objetivos, aunque engañosos, que hacen aparecer como existentes los poderes inexistentes⁶⁸¹. El acto jurídico debería ser ineficaz porque ha sido celebrado por un sujeto no legitimado, pero vincula y es eficaz frente al falso representado porque *la apariencia subroga la legitimación ausente*⁶⁸². Precisamente, la presunción de que el dependiente está imbuido de poder, a que se refiere el art. 165, es un caso de representación aparente.

681 Código civil y comercial argentino: Art. 367. *Representación aparente.* Cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente.

A tal efecto se presume que:

Quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de este;

los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan;

los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.

682 ROPPO, *El contrato*, cit., p. 292.

En la representación aparente, el acto jurídico celebrado por el falso representante debe considerarse eficaz para el representado, en aplicación del principio general de la apariencia, por la cual quien crea una situación que genera en los terceros un determinado y legítimo convencimiento se adjudica las consecuencias que ella genera⁶⁸³. Ejemplo de la representación aparente es la *representación tolerada* que se da cuando un sujeto, sabiendo que otro actúa en su nombre sin que le haya conferido poder de representación, tolera tal situación; se considera que los efectos del acto jurídico estipulado por el falso representante recaen sobre el falso representado, porque si este tolera que otro sujeto actúe en su nombre, quiere decir que a sabiendas ha contribuido a generar la situación de apariencia, por lo que las consecuencias del acto le deben ser atribuidas.

Fundamenta la eficacia de la representación aparente, la tutela de la confianza del tercero contratante, y también de los terceros subcontratantes, que adquiere derechos a título oneroso y de buena fe.

61.22. Acto jurídico consigo mismo

Artículo 166.- Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.

El ejercicio de la acción le corresponde al representado.

Constituye abuso del poder de representación, la actividad del representante que no persigue la satisfacción del interés del representado, sino el suyo propio o el de un tercero, o sea ejerce el poder de representación para un fin diverso para el cual fue conferido, originando un conflicto de intereses entre representante y representado; el representante actúa violando su deber de usar el poder en interés del *dominus*. El art. 166 regula una hipótesis específica de conflicto de intereses: la del acto jurídico que el representante concluye consigo mismo. El conflicto de intereses determina la anulabilidad del acto jurídico consigo mismo, a instancia del representado. Se excluye el conflicto de intereses cuando la ley o el representado autoricen el acto consigo mismo o cuando su contenido ha sido predeterminado por el representado.

683 BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. III, pp. 117 y ss.

El *acto jurídico consigo mismo* surge cuando una misma persona lo concluye actuando en nombre propio, de un lado, y, de otro, como representante de otra persona (*representación simple*); de este modo realiza el acto con eficacia para sí mismo y para su representado (por ej., interviene en un contrato de compraventa en calidad de representante del vendedor y, por derecho propio, como comprador, o el representante que encargado de tomar dinero en préstamo presta el suyo al representado, o facultado para colocar dinero en préstamo lo toma prestado para sí, o el comisionista que compra lo que le encargó vender su comitente, o autorizado para arrendar toma para sí en arrendamiento el bien de su representado); o bien cuando una misma persona actúa, simultáneamente, como representante de dos representados diferentes (*representación doble*) que quieren realizar actos que a la postre resultan convergentes, por ej., uno quiere vender y el otro comprar, y cada uno ha otorgado poder por separado a una misma persona, el apoderado de ambos celebra el contrato asumiendo roles diversos, como representante del vendedor, por un lado; y, por el otro, como representante del comprador.

Acto jurídico consigo mismo es el celebrado por una persona por sí sola, actuando, a la vez, como parte interesada y como representante de la otra (representación simple), o como representante de ambas partes (representación doble). Por regla, está prohibido el acto jurídico consigo mismo. El representante no puede celebrar un acto jurídico actuando, de una parte, en nombre propio, y, por la otra, como representante, o como representante de ambas partes, salvo que el representado o la ley lo autoricen⁶⁸⁴. En ambos casos el sujeto es el mismo, pero difiere la calidad con la que lo hace.

684 BGB: Art. 181. *Negocio consigo mismo.* Un representante, en tanto que no se le permita lo contrario, no puede celebrar un negocio en nombre del representado consigo mismo en nombre propio o como representante de un tercero, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación.

El Código italiano: Art. 1395. *Es anulable el contrato que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra parte, a menos que el representado lo hubiese autorizado específicamente o que el contenido del contrato hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. La impugnación podrá ser propuesta solamente por el representado.*

Código civil y comercial argentino: Art. 368. *Acto consigo mismo.* Nadie puede, en representación de otro, efectuar consigo mismo un acto jurídico, sea por cuenta propia o de un tercero, sin la autorización del representado. Tampoco puede el representante, sin la conformidad del representado, aplicar fondos o rentas obtenidos en el ejercicio de la representación a sus propios negocios, o a los ajenos confiados a su gestión.

En el acto jurídico consigo mismo se presenta un conflicto de intereses cuando el representante persigue satisfacer un interés propio o de un tercero que es incompatible con el interés del representado. Esta es la razón por la que el acto jurídico es anulable a instancia del representado. Para la anulación del acto no es necesario que se haya producido un daño efectivo, siendo suficiente el perfeccionamiento del acto jurídico consigo mismo. La existencia de un daño efectivo, naturalmente implica que el representado sea indemnizado por su representante, quien responde por responsabilidad contractual, y por el tercero, que responde por responsabilidad extracontractual.

La norma del art. 166 excluye la existencia un de conflicto de intereses y la anulación del acto jurídico consigo mismo, en tres casos:

- a) Cuando lo permita la ley;
- b) Que el representado lo hubiese autorizado específicamente;
- c) Cuando el contenido del acto jurídico hubiere sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.

Debido a que las partes sustanciales del acto jurídico consigo mismo, cuya manifestación más importante es el *autocontrato*, tienen normalmente intereses contrapuestos, y no pudiéndose convertir en juez quien es a la vez parte interesada y representante o apoderado de dos representados que tienen intereses diferentes, a petición del representado (en la representación simple) o de cualquiera de los representados (en la representación doble), se sanciona con la anulabilidad el acto jurídico consigo mismo. Por ej., otorgo poder para vender y mi apoderado en vez de buscar un comprador, el que mejor precio ofrezca, él mismo compra el bien; aquí, de un lado está mi interés en que se pague por el bien el mayor precio que sea posible y, otro lado, está el interés de mi representante consistente en pagar el menor precio posible; por esta razón la ley establece que este acto es anulable a mi solicitud.

En la doctrina no hay acuerdo sobre si el autocontrato es o no un verdadero contrato. Hablamos de autocontrato solamente refiriéndonos a la representación voluntaria y no a la legal, dado que en esta el poder no es otorgado por el representado, sino que es conferido por la ley. VALLIMARESCO considera al autocontrato como "un acto jurídico híbrido, que se asemeja al acto unilateral por el hecho de que se requiere una sola voluntad, y al contrato, por el hecho de que pone dos patrimonios en relación. La expresión acto jurídico consigo mis-

mo es, pues, una imagen destinada a expresar la idea de que una sola voluntad puede producir los mismos efectos de un contrato”⁶⁸⁵.

La mayoría de autores sostienen que no es un verdadero contrato porque en el autocontrato interviene la voluntad de una sola persona, lo que va contra la naturaleza del contrato, que es siempre bilateral o plurilateral, con independencia de los patrimonios que vincula, pues “todo acto jurídico que crea, modifica o extingue una obligación, pone en relación diversos patrimonios, pero no es por eso un contrato; para esto último se requiere algo más: lo que la doctrina clásica denomina el concurso de voluntades. El contrato se caracteriza no por sus efectos que son idénticos a los de los demás actos jurídicos, sino por su formación”⁶⁸⁶.

Alessandri⁶⁸⁷, apoyándose en las opiniones de Rümelin, Demogue, Barassi, Popesco-Ramniceano, Vallimaresco y Hupka, sostiene que “el *autocontrato* es un acto jurídico unilateral que produce efectos contractuales. El contrato es, por su esencia, un acuerdo de voluntades; sin él no lo hay ni puede haberlo. En el autocontrato, por mucho que se extrema la ficción, hay una sola voluntad: precisamente se le llama así porque excluye la concurrencia de voluntades. Según la teoría moderna de la representación, no es efectivo que el representante se limite a declarar la voluntad del representado; el acto se forma mediante su propia voluntad: El autocontrato se genera, por tanto, mediante la sola voluntad de su autor, si bien este actúa en un doble carácter”. Se trataría de un acto unilateral con efectos excepcionalmente contractuales.

De la Puente⁶⁸⁸ dice que no puede admitir que el llamado contrato consigo mismo pueda ser considerado como un contrato y estima que es conveniente establecer legislativamente que “en ejercicio de la representación puede el representante, por declaración unilateral de su propia voluntad, establecer entre su patrimonio y el de su representado, en el caso de la representación simple, o entre los patrimonios de sus representados, en el caso de la doble representación,

685 Citado por ALESSANDRI, Arturo, “La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XXVIII, Santiago de Chile, 1931, p. 11.

686 DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, cit., T. I, p. 109.

687 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De los contratos*, Temis/Editorial Jurídica de Chile, Santa Fe de Bogotá/Santiago, 1993, p. 141.

688 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios sobre el contrato*, Tesis (Doctor), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1976, p. 191.

efectos iguales a los que se obtienen mediante la celebración del contrato, esto es, que es posible crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

Sin embargo, en la realidad práctica, la figura del autocontrato se ha impuesto como un medio útil que facilita la contratación. Es cierto que el representante manifiesta su propia voluntad, pero es una voluntad determinada parcial o totalmente (caso en el que la voluntad del representado y del representante es prácticamente la misma) por la voluntad de su representado. El representante no hace lo que arbitrariamente él quiere, sino lo que quiere su representado o representados; la voluntad del representante depende de la voluntad del representado. De otro lado, en el contrato necesariamente tienen que concurrir dos voluntades o más, no puede haber contrato sin una oferta y una aceptación; en todo contrato, hay dos o más partes. En el contrato celebrado mediante representante, este es parte formal y parte sustancial es el representado. En el autocontrato hay siempre y necesariamente dos declaraciones de voluntad sustanciales, esto es, una oferta y una aceptación sustanciales y una o dos declaraciones formales, según que la representación sea simple o doble, que afectan dos patrimonios distintos. Si faculto a mi representante para que venda un bien de mi propiedad autorizándolo para que lo compre él mismo si desea y mi representante, mediante un autocontrato, lo compra, pregunto ¿Alguien puede afirmar que no soy el vendedor y mi representante el comprador? ¿Alguien puede sostener que no hay aquí dos voluntades sustanciales, la mía como vendedor, contenida en la declaración de mi representante, y la de mi representante como comprador por derecho propio? ¿Se le ocurre a alguien que esta compraventa pueda producirse con la autónoma voluntad de mi representante sin que sea decisiva mi voluntad? Mi representante manifiesta su voluntad expresando lo que yo quiero, el acto jurídico (la compraventa) es mío, los efectos son para mí porque esa es mi voluntad. La verdad es que mi representante en este ejemplo hace dos declaraciones de voluntad, una como mi representante (voluntad que está determinada, total o parcialmente, por mi voluntad) y otra por derecho propio arbitrariamente determinada por él. Pero, aun admitiendo la opinión de que en casos como el citado ejemplo hay una sola voluntad: la del representante, esa sola voluntad tiene dos aspectos: uno como representante y otro como titular del propio derecho que se ejercita. La misma argumentación vale para la doble representación. Si se admite, como lo hacen los que niegan que el autocontrato sea un contrato, que en el acto concluido mediante representante hay una parte formal (el representante) y otra sustancial (el representado), entonces por qué

definir al acto jurídico: "autocontrato" por sus elementos formales y no por sus elementos sustanciales. Lo correcto, como todo en Derecho, es definir al autocontrato por las partes sustanciales, cuya voluntad es decisiva para que surja el contrato y no por las partes formales cuya voluntad depende de la voluntad del representado; el representante es al fin y al cabo un mero instrumento para que el representado pueda llevar a cabo el acto jurídico que desea. Solo admitiríamos que el autocontrato no es un contrato, sino un acto unilateral cuando nos demuestren que el autocontrato se perfecciona con la sola voluntad del representante sin la participación de la voluntad del representado, lo que nos parece que no es posible, ya que el representante siempre ejercita un derecho ajeno, pues esa es la voluntad del titular de dicho derecho. Es evidente que el contrato consigo mismo es perfeccionado en realidad entre dos partes en sentido sustancial, aunque no en sentido formal. Por ej., si tengo poder de Juan para vender su casa y, al mismo tiempo, tengo poder de María para comprarle una casa (representación doble); si en ejercicio de estos poderes vendo la casa de Juan a María, ¿alguien puede sostener que en este contrato no hay un vendedor Juan y una compradora María? En fin, el debate está abierto, pero debatan ajustándose a la realidad social porque el Derecho es eso: realidad social, no es pura ficción.

El acto jurídico consigo mismo solamente es admisible en aquellos casos en los que la ley lo permite, o que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto esté determinado de modo que excluya toda posibilidad de conflicto de intereses entre las partes, por ej., A otorga poder a B para que venda un bien del primero por el precio de cien pagadero al contado, y B en vez de buscar un comprador en el mercado, él mismo compra el bien por los cien o por una cantidad mayor.

61.23. Autorización a los representantes legales

Artículo 167.- Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:

1. Disponer de ellos o gravarlos.
2. Celebrar transacciones.
3. Celebrar compromiso arbitral.
4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial.

En la representación legal, el representante es designado por ley. Por ej., los padres son representantes de sus hijos menores, los tutores son representantes de los menores que no se encuentran bajo la patria potestad, los curadores son los representantes de los mayores incapaces; la sociedad en liquidación tiene como representante a los liquidadores (art. 416 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades).

Para que el representante legal realice válidamente los actos contemplados en el art. 167, se requiere la autorización necesaria del juez o del consejo de familia, según el caso. Deben concurrir dos voluntades: la del autorizado (el representante legal) y la del autorizante (el juez o el consejo de familia) para que el acto pueda tener eficacia jurídica, de la que en otro caso carecería. El autorizante faculta al representante legal para realizar actos jurídicos en representación de su pupilo. Se trata de un complemento de la voluntad, necesario para que esta pueda crear actos válidos. El autorizado actúa en nombre de su pupilo y no del autorizante. Con la autorización se complementa la capacidad del representante legal; se legaliza su actuación. El juez o el consejo de familia otorgan un permiso al representante legal para que pueda actuar en la esfera jurídica de su pupilo. A diferencia de la *representación voluntaria* en la que la iniciativa radica en el representado, pudiendo revocarla en cualquier momento, en la *autorización* lo decisivo es la voluntad del autorizado (o sea del representante), dotada de iniciativa propia; el autorizante no toma la iniciativa, sino que se limita a corroborar la iniciativa del autorizado; la autorización una vez prestada es irrevocable, sin que la muerte del autorizante, su incapacidad o el cese en sus funciones puedan afectarla.

El art. 167 señala los casos en los que la actuación del representante requiere de una previa autorización:

- 1) *Actos de disposición o gravamen.* En general, el art. 167.1 dispone que los representantes legales (padres, tutores, curadores) requieren de autorización expresa para realizar actos de disposición o gravamen de los bienes del representado. El art. 447 prohíbe a los padres enajenar o gravar los bienes de los hijos o contratar en nombre de ellos excediendo los límites de la administración, salvo por causas de necesidad o utilidad previa autorización judicial. Conforme al art. 531, el tutor necesita de autorización judicial concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del consejo de familia para enajenar y gravar los bienes del menor⁶⁸⁹.

689 Estamos aquí frente a un *acto jurídico subjetivamente complejo*, en cual requiere de varias declaraciones de voluntad autónomas al servicio de un único interés.

- 2) *Transacciones.* 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 (art. 1302). Como se aprecia, la transacción implica un acto de disposición o abdicación de un derecho, pues las partes deben hacerse concesiones recíprocas, razón por la que los representantes de incapaces, para transigir requieren autorización que otorgará el juez oyendo al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo halle y lo estime conveniente (arts. 167.2 y 1307).
- 3) *Convenio arbitral.* El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. El convenio arbitral deberá constar por escrito, pudiendo adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (art. 13 del D. Leg. N° 1071). Debido a que el convenio arbitral implica un acto abdicativo del derecho de recurrir al órgano jurisdiccional ordinario sometiendo la causa a la decisión de árbitros, el inc. 3 del art. 167, dispone que el representante legal requiere de autorización judicial para celebrar convenio arbitral sobre bienes y derechos del representado.

El inc. 4 del art. 167 se refiere a otros actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial. Así, el art. 448 señala que los padres requieren de autorización judicial para realizar los siguientes actos en nombre del menor: 1) Arrendar sus bienes por más de tres años; 2) Hacer partición extrajudicial; 3) Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje; 4) Renunciar herencias, legados o donaciones; 5) Celebrar contrato de sociedad o continuar en la establecida; 6) Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio; 7) Dar o tomar dinero en préstamo; 8) Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración; 9) Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas; y, 10) Convenir en la demanda. El art. 531 dispone que el tutor requiere de autorización judicial concedida por necesidad y utilidad y con audiencia del consejo de familia para realizar actos de disposición o gravamen; y el art. 532 enumera, además, otros actos para los cuales el tutor requiere de autorización judicial. Por lo que se refiere a la curatela, el art. 602 dispone que el curador necesita de autorización judicial concedida por necesidad o utilidad, previa audiencia del consejo de familia, para realizar actos que excedan de la

administración. El proceso para la autorización para disponer de derechos de incapaces está regulado en los arts. 786 a 789 del CPC.

El representante legal puede ser removido. La *remoción* es la institución que faculta a quienes tienen interés para que puedan solicitar el relevo del representante. Por ej., los arts. 554 (causales de remoción del tutor), 557 (derecho del menor a pedir la remoción de su tutor), 614 (remoción del curador), 795 (remoción del albacea).

Dispositivos del Código que se refieren a la representación legal: a) Curatela (arts. 565, 576, 568); b) Tutela (arts. 527, 532); c) Sociedad conyugal (arts. 315, 294); d) Patria potestad (arts. 418, 419, 423.6); e) Personas jurídicas (art. 79); f) Registro de Personas jurídicas (art. 2028); g) Albaceazgo (art. 788); h) Mandato (arts. 1806, 1796); i) Administración Judicial: bienes del ausente (art. 54); j) Herencia indivisa (art. 851); k) Copropiedad (art. 972); l) Dependencia (arts. 165, 897).

El D. Leg. N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, en el art. 10, relativo a la representación de la persona jurídica, prescribe: "1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitraje y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales. 2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos".

62. EXTINCIÓN DEL PODER

El código no enumera las formas de extinción del poder. En cambio, para el mandato sí consigna expresamente en el art. 1808 que la renuncia y la revocación del poder extinguen el mandato.

Veamos a continuación algunas formas de extinción del poder:

- a) Revocación del poder.
- b) Remoción del representante (ejemplo, arts. 554, 557, 558, 614, 795)
- c) El cumplimiento del o de los actos encomendados en el apoderamiento. El Código contempla algunos casos. Por ej., arts. 796.2, 1801.

- d) Cesación de la causa fuente. Ej., cesación de la incapacidad: Cese de la curatela por rehabilitación del incapaz (art. 610), término de la curatela del penado (art. 611), cese de la curatela de bienes (art. 615), cese de la curatela de los bienes del concebido (art. 617), cese de la curatela especial (art. 618), cese de la patria potestad por matrimonio del menor de 18 años y mayor de 16, así como por cumplir la mayoría de edad (art. 461 incs. 2 y 3), cese de la tutela de los menores sujetos a patria potestad, cuando las causales que lo motivaron han cesado (art. 549 incs. 2, 3, 4 y 5).
- e) Muerte del representado o extinción de la persona jurídica. La muerte de la persona natural o la extinción de la persona jurídica conllevan la extinción de los poderes que hubieran otorgado. La curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte (art. 617). La extinción de la patria potestad por fallecimiento del hijo (art. 461.1), terminación de la tutela por fallecimiento del menor (art. 549.1)⁶⁹⁰.
- f) Muerte del representante o del representado (arts. 550.1, 461.1, 1801.3).
- g) Vencimiento del período de ejercicio (art. 796.1).
- h) Cuando el representante incumple con sus obligaciones (arts. 446, 463.3)¹.
- i) Cuando la ley lo dispone expresamente (ej., arts. 462, 463).
- j) Renuncia del representante, pero este debe continuar en funciones hasta su reemplazo, salvo impedimento grave que configure justa causa. El representante puede apartarse de la representación si notificado el representado de su renuncia, transcurre el plazo de 30 días sin haber sido reemplazado (art. 154).
- k) Cuando el acto de otorgamiento del poder es nulo (arts. 219, 163, 166).
- l) El poder para contraer matrimonio caduca a los seis meses de otorgado (art. 264).
- m) La Ley General del sistema concursal, Ley N° 27809, en su art. 82.c) establece que la representación legal (del deudor) le corresponde al liquidador designado por la Junta de Acreedores para tal efecto y, en consecuencia, quienes ejercían la representación legal del deudor hasta la fecha del acuer-

690 *Código civil español: Art. 1.738.* Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

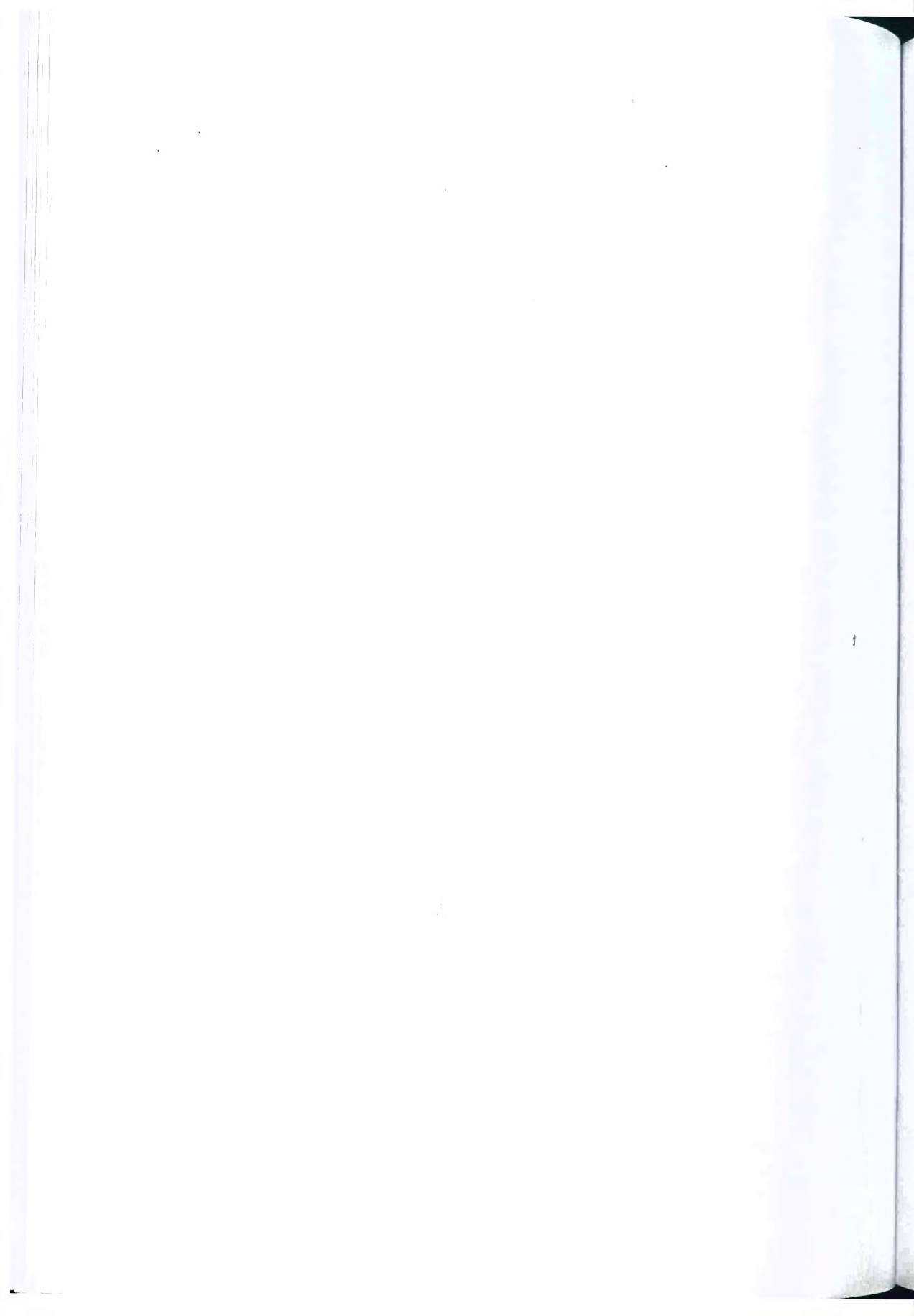
do de celebración del Convenio de Liquidación carecerán de representación procesal, sea el deudor demandante o demandado.

- n) Por la declaración de muerte presunta.
- p) Por la inscripción de la declaración judicial de ausencia del representado (art. 53) o del representante⁶⁹¹.
- o) Por la pérdida de capacidad del representante o del representado⁶⁹².

691 Art. 53. La declaración judicial de ausencia debe ser inscrita en el registro de mandatos y poderes para extinguir los otorgados por el ausente.

692 *Nuevo Código civil y comercial argentino*: Art. 380. *Extinción*. El poder se extingue:

- a. Por el cumplimiento del o de los actos encomendados en el apoderamiento;
- b. Por la muerte del representante o del representado; sin embargo subsiste en caso de muerte del representado siempre que se haya conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero;
- c. Por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse sin justa media causa.
- d. Por la renuncia del representante, pero este debe continuar en funciones hasta que notifique aquella al representado, quien puede actuar por sí o reemplazarlo, excepto que acredite un impedimento que configure justa causa;
- e. Por la declaración de muerte presunta del representante o del representado;
- f. Por la declaración de ausencia del representante;
- g. Por la quiebra del representante o del representado;
- h. Por la pérdida de capacidad exigida en el representante o en el representado.



CAPÍTULO IX

INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Con la palabra "interpretación" se indica a la operación tendiente a determinar el significado jurídicamente relevante del acto jurídico o del acuerdo contractual (cuando la interpretación es del contrato), en consideración a su función de autorregulación de intereses particulares, mediante un análisis de su contenido dispuesto por el otorgante u otorgantes, sin que la actividad hermenéutica desemboque en el arbitrio del intérprete.

63. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN. PROBLEMAS GENERALES

Antes de entrar al análisis de la interpretación del acto jurídico daremos, aunque sea en forma breve, algunos conceptos generales sobre la interpretación jurídica.

(1) *Concepto.*

La interpretación (del latín *interpretatio*) es una actividad lógica consistente en desentrañar el sentido y alcance de algo (un comportamiento, un texto literario, una pieza musical, una pintura, un texto religioso, una norma jurídica, un contrato, un testamento, etc.). Todo comportamiento humano va incorporando sentidos a la realidad. Cada vez que tomamos contacto con una realidad determinada intentamos sacar a luz el sentido que ella alberga.

Las normas jurídicas, sean legales, jurisprudenciales, consuetudinarias, negociales, jurisprudenciales, no operan por sí solas, sino a través de la interpretación o hermenéutica.

La *interpretación jurídica* es una actividad lógica que tiene por finalidad la búsqueda y determinación del significado y alcance del contenido de las normas jurídicas.

Las leyes y los actos jurídicos surten sus efectos solamente después que con la actividad hermenéutica se ha descubierto su verdadero sentido y alcance.

(2) *Necesidad de interpretar*

Existe la permanente necesidad de interpretar debido: a la compleja y cambiante realidad social; a los permanentes descubrimientos científicos, tecnológicos y humanísticos; a la globalización; a lo limitado del saber y del conocimiento como consecuencia de la imperfección del ser humano; a la transformación de los valores y actitudes asumidas frente a la vida; a las exigencias de claridad y explicación de las obscuridades, ambigüedades y lagunas de los textos; al deseo de explicitar lo que está implícito en los textos o en los hechos; a la sinonimia y polisemia de las palabras; a que el significado de un término puede ser diferente según cuál sea el contexto en el que se emplea, según la situación a que se refiere, según la particular forma de expresarse del que habla o del medio social al que pertenece; a que una proposición de un texto expresa un significado y otra expresa un significado opuesto o incompatible; en fin a la exigencia de dar contenido y sentido a los hechos, actos, expresiones, signos, etc. Encontrar el correcto significado de algo (una ley, un contrato, un testamento, etc.) es el fin de la interpretación.

Son muchos los factores por los cuales un mismo término puede ser entendido en un sentido por el hablante y en otro sentido por el oyente. Larenz⁶⁹³ nos presenta el siguiente ejemplo: "Alguien comunica por telegrama que le sean reservadas en un hotel "dos habitaciones con tres camas" para una determinada noche. El comunicante entiende por ello una habitación con dos camas y otra con una cama, esto es, tres camas en total. El hotelero, no obstante, entiende que aquél encarga dos habitaciones con tres camas respectivamente, esto es, seis camas en total. Así, reserva para el cliente las dos habitaciones más amplias con dos camas y en cada una de ellas hace colocar una cama adicional. Dado que todas las habitaciones están ocupadas, no admite después a otras personas que solicitaban alojamiento, y el cliente en cuestión llega al anochecer. Este quiere pagar solamente el precio por tres camas, dado que, según él, no ha encargado

693 LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, cit., p. 453.

más; el hotelero le carga en cuenta seis camas, pues, conforme al telegrama, la ha reservado por esa cantidad”.

La vida es constante movimiento y transformación, lo que implica que el Derecho no es estático sino dinámico, se tiene que actualizar permanentemente, especialmente a través de la interpretación, para adecuarse a las nuevas necesidades.

(3) *Objeto de la interpretación*

En el campo del Derecho, se interpretan, para entender su sentido y alcance, tanto de las normas legislativas, como las consuetudinarias, las jurisprudenciales, las negociales y las que están contenidas en los principios generales del Derecho.

La interpretación comprende la globalidad de la actividad jurídica constituye un dato ineludible de la experiencia jurídica. Sin interpretación no hay Derecho. En Roma, Pomponio dijo: “*constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci*” (el Derecho no puede existir, si no hay algún jurisconsulto que con su obra lo pueda mejorar cada día). El Derecho se mantiene vivo, vigente y eficaz mediante la interpretación con el fin de adecuar y adaptar el sentido de las normas jurídicas a las situaciones particulares. A diferencia de la interpretación histórica o artística que cumple una función puramente cognoscitiva, la jurídica cumple además, y fundamentalmente, una función normativa, es decir, con miras a regular conducta humana social.

Como alguien ha dicho, mediante la interpretación jurídica adquiere su verdadero sentido la realidad que queda convertida en realidad jurídica, puesto que convertir una verdad común en una verdad legal no es convertirla en una mentira, sino en hacerla más convincente.

(4) *Sujetos de la interpretación jurídica*

¿Quién interpreta? La actividad interpretativa puede ser realizada por sujetos muy diversos (jueces, legisladores, abogados, juristas, ciudadanos, etc.).

La interpretación jurídica es realizada por los jueces y los árbitros con miras a la solución de un conflicto jurídico; por los legisladores que tienen que interpretar una norma de jerarquía superior que les señala los límites formales y materiales dentro de los cuales pueden crear otra norma de menor jerarquía; por los abogados al dar un consejo profesional, emitir un informe, o al ejercer la defensa ante los tribunales; por los juristas que a nivel teórico se plantean cues-

tiones que intentan resolverlas mediante el Derecho; y, también, por cualquier individuo particular antes de tomar una decisión con efectos jurídicos. Todos ellos intentan aclarar el sentido de las normas jurídicas. El acto jurídico (acto negocial) también es una norma jurídica particular que necesita ser interpretada para descubrir su significado.

(5) *Prueba e interpretación*

No se debe identificar *prueba* con *interpretación*. La prueba se orienta a verificar, probar, que un hecho realmente ha acaecido o no; en cambio, por la interpretación se trata de entender el significado y alcance de las normas jurídicas o de los hechos y actos jurídicos⁶⁹⁴. Demostrada la existencia de una ley o de un acto o negocio jurídico, se fija su sentido y alcance mediante la interpretación.

(6) *Interpretación de la ley y del acto jurídico*

El fin perseguido con la interpretación del acto jurídico, especialmente del contrato, no es el mismo que se persigue con la interpretación de la ley. La interpretación de la ley es una interpretación dinámica, el juez al interpretar la ley hace un trabajo de refacción de la ley para adecuarla al momento y a las circunstancias en que debe ser aplicada. Contrariamente, la interpretación del acto jurídico es una interpretación estática, desde que el juez no tiene la posibilidad de modificar o de refaccionar el acto, puesto que no puede modificar la voluntad de la parte o partes que lo celebran. La obligación del juez de respetar la manifestación de voluntad precede necesariamente la interpretación del acto jurídico⁶⁹⁵.

El fin de la interpretación, sea de la ley o del acto jurídico, es siempre sacar a la luz el significado de una o más disposiciones (cada enunciado prescriptivo) de un texto normativo, el cual puede encerrar diversos significados, y es precisamente que a partir de ellos se puede establecer el significado compatible con todo el ordenamiento jurídico y los valores que lo fundamentan. La diferencia radica en que la voluntad de la ley es impersonal y abstracta, objetivada en la norma y precisada por todas las otras normas que existen en el ordenamiento jurídico, razón por la que de una misma disposición es posible que surjan diversas interpretaciones como consecuencia de la modificación de la realidad social. En cambio, la voluntad del acto jurídico es la propia del agente, objetivada en la

694 BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 218.

695 LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat*, cit., T. III, p. 134.

manifestación, la cual el intérprete debe respetar. El acto de interpretación de la ley requiere de medios técnicos distintos del acto de interpretación del acto jurídico, debido a la diversa naturaleza de estos dos actos, de la heteronomía (la ley) y de la autonomía (el acto jurídico)⁶⁹⁶.

La interpretación de la ley y la interpretación del acto jurídico tienen reglas y finalidades diversas. La ley crea reglas impersonales, generales, y abstractas, y como consecuencia se admite la analogía, la interpretación extensiva y la evolutiva; con la interpretación de la ley se busca esclarecer el significado objetivo de la disposición, que puede ser, incluso, diverso del significado que quiso darle el legislador. En una norma legal prevalece la interpretación objetiva y solo en un segundo momento se puede pasar a la subjetiva, consistente en reconstruir la voluntad del legislador. Contrariamente, el acto jurídico es el fruto de la voluntad concreta del sujeto o sujetos que lo han celebrado, razón por la que se da la máxima importancia a la interpretación subjetiva.

Cuando se afirma que una norma jurídica, de la clase que sea (ley, precedente judicial, costumbre, contrato, etc.), es clara o que presenta lagunas, anti-nomias, ambigüedades, siempre es como consecuencia de la interpretación previa de la norma en cuestión. Si se dice que no hay necesidad de interpretación porque el texto es claro, es porque se elige un significado en vez de otro. El viejo brocardo *in claris non fit interpretatio* debe rechazarse, pues solo se reduce la incertidumbre en cuanto más el texto sea claro y preciso.

(7) *Métodos o elementos de la interpretación*

Los métodos o elementos de interpretación son el gramatical o literal, el histórico, el lógico, el sistemático, el sociológico y el teleológico⁶⁹⁷. También son importantes, para la solución de los casos no previstos, el uso de los argumentos *a contrario*, *a maiore ad minus*, *a simili ad simile*, *a pari*. No existe una fórmula cerrada y rígida de interpretación jurídica.

696 TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto civile*, 7.ª. edizione, Cedam, Padua, 1953, p. 602.

697 El art. 3.1 del Título Preliminar español (Redactado por Decreto 1836/1974, del 31 de mayo; en desarrollo de la Ley 3/1973 de bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil) prescribe: Art. 3.1 normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

La interpretación de la ley es definida por Savigny⁶⁹⁸ como la “reconstrucción del pensamiento contenido en la ley”. Para la interpretación de la ley, Savigny formuló un canon de cuatro elementos de interpretación: el elemento *gramatical*, que tiene por objeto las palabras de que se sirve el legislador para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes. El elemento *lógico*, de descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes. El *histórico* tiene por objeto el estado del Derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer. Por último, el elemento *sistemático* tiene por objeto el lazo íntimo que une a las instituciones y reglas del Derecho en el seno de una vasta unidad. Según Savigny, “el estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la ley”. No son cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda escogerse según el gusto o capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley. Lo indispensable es no olvidar ningún de ellos, pues en algunas circunstancias se puede, sin que disminuya la importancia de la interpretación, omitir alguno, cuando su mención es inútil o pedantesca.

En contra de la opinión de Savigny, expresa Flume⁶⁹⁹, hoy se reconoce que el intérprete también está legitimado para una interpretación correctora del contenido de la Ley. Se atribuye a la interpretación una función de modificación en el sentido de concepto, emparentado con ella, de “*applicatio*” en la teoría del conocimiento. Sin embargo, la validez del canon de Savigny para la interpretación de la ley no resulta afectada por esa ampliación de las tareas de la interpretación. Se trata solamente de la traslación de ese canon a la interpretación correctora. En esta tarea tiene plena aplicación, en principio el elemento sistemático de la interpretación. Pues solamente a partir de la totalidad del ordenamiento jurídico fundamentarse una modificación del contenido de una ley particular, puesto que la totalidad del ordenamiento jurídico debe entenderse como realización de la idea del Derecho y solo de ella puede extraerse los criterios para la corrección de la Ley en la labor interpretativa. Según esto hay que distinguir tres clases de interpretación normativa de la ley: el entendimiento de la ley, la integración de lagunas, y la interpretación correctora de la ley. Agrega Flume, en vez de colocar

698 SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. I, pp. 149-150.

699 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, pp. 358 y ss.

en primer plano la interpretación correctora se debería ser consciente de que “la tarea principal” de la interpretación es, tanto hoy como ayer, la comprensión del sentido de la ley en su aplicación al caso concreto. El autor advierte que el intérprete no tiene el poder del legislador, sino que está limitado a subsanar una eventual incongruencia de la ley individual con el conjunto del ordenamiento jurídico, cuando de otra manera su aplicación fuera contra la idea del Derecho como esta ha quedado plasmada en el conjunto del ordenamiento jurídico.

El intérprete, según lo exija las circunstancias del caso, a fin de encontrar la solución más justa entre todas las posibles, se valdrá de uno, algunos o de todos los métodos de interpretación, empleándolos en forma conjunta y coordinada. Cada elemento de interpretación aporta algo a la actividad interpretativa que no pueden proporcionar los otros. Cualquiera sea el métodos o métodos utilizados siempre se buscará encontrar soluciones iguales para casos iguales y que los ciudadanos sepan de antemano cuál será la decisión que regirá sus asuntos (justicia predecible).

64. LA INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

El acto jurídico es el instrumento conferido por el ordenamiento jurídico a los particulares para dictar normas que regulen sus propios intereses. Precisamente, la *autonomía privada* es la potestad que tienen los individuos para darse normas a sí mismos que regulen sus relaciones jurídicas; los particulares tienen la potestad de constituir por sí y para sí su propio ordenamiento jurídico particular.

La interpretación del acto jurídico es la actividad realizada, de acuerdo a los métodos establecidos en el ordenamiento civil (básicamente en el Título IV del Libro II del Código), con la finalidad de determinar el significado jurídicamente relevante del acto, como autorregulación de intereses privados, resolviendo así las dudas sobre su existencia y las desinteligencias sobre su *contenido*. Se interpreta el contenido del acto jurídico, mediante el análisis amplio de sus cláusulas o estipulaciones, sin caer en arbitrariedad.

Con la interpretación del acto jurídico *contrato paritario* (negociado) se busca establecer el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual a que han llegado las partes mediante la manifestación de su intención común. En cambio, con la interpretación del *contrato por adhesión y del concluido mediante cláusulas generales de contratación*, la interpretación está orientada a morigerar

los efectos de la asimetría existente entre los proveedores de los bienes y servicios (parte fuerte de la relación, que determina el contenido del contrato) y los consumidores (parte débil, que se adhiere al contenido contractual fijado por la parte fuerte).

Tratándose de la interpretación de la ley es obvio que el contenido de esta y su vigencia no pueden ser determinados por aquellos a los que se les aplica, porque, de ser así, en caso de diferente comprensión por los afectados quedaría derogada como regulación general. Contrariamente, en la interpretación del acto jurídico, el sentido que le dan las partes en la manifestación determina la interpretación, es decir, que el contenido válido de la regla establecida por la manifestación de voluntad ha de ser entendido en el sentido efectivo que le han dado las partes en su manifestación. El acto jurídico debe ser interpretado a partir del modo en que lo comprendieron los que son partes en él. Si el declarante se equivoca pero el destinatario aprecia el error y reconoce el sentido en que el declarante ha querido emitir su declaración, entonces esta vale en el sentido querido efectivamente por el declarante porque ambos, declarante y destinatario, se encuentran en un sentimiento concorde. El destinatario obra de mala fe si acepta en su tenor literal una oferta formulada equivocadamente, a pesar de reconocer la efectiva voluntad del declarante, que no quiere concluir el contrato según ese sentido. Una manifestación de voluntad emitida erróneamente es válida conforme al efectivo sentido en el que la entendió el declarante, si el destinatario de la misma también la entiende efectivamente así. Flume⁷⁰⁰ escribe: "... en la interpretación de una declaración jurídico negocial –a diferencia de lo que sucede en la interpretación de la Ley- el sentido efectivo que le dan los partícipes en la declaración, como un hecho histórico, determina la interpretación, es decir, que el contenido válido de la regla establecida por la declaración ha de ser entendido en el sentido efectivo que le han dado los partícipes en la declaración. Solamente habrá lugar a la interpretación normativa de la declaración jurídico negocial cuando no pueda averiguarse en qué sentido ha sido establecida efectivamente la declaración, o cuando no se demuestre que los diferentes partícipes de la declaración, el declarante y el destinatario de la declaración o en el caso de un contrato, las partes contratantes, han estado de acuerdo en un mismo sentido”.

700 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, pp. 361-363.

Si el acto jurídico es la regulación de relaciones jurídicas privadas, es obvia la exigencia de interpretarlo para determinar el significado y alcance de su contenido, es decir, los derechos que las partes quisieron adquirir y las obligaciones que quisieron contraer. Existe la misma exigencia de la interpretación de la norma jurídica general y abstracta con la diferencia del carácter particular y concreto de la norma negocial. Con la interpretación del acto jurídico se atribuye un significado a la manifestación de voluntad con la cual se crea, modifica o extingue una relación jurídica. El objeto de la interpretación del acto jurídico es la manifestación de voluntad.

Además de determinar el significado del acto jurídico, la interpretación de la manifestación de voluntad puede tener también el propósito de determinar si el acto jurídico se ha celebrado o no. Por ej., interpretando la declaración de voluntad de aceptación de una oferta contractual se determinará si la aceptación es conforme o no con la oferta; si es conforme, el contrato se ha celebrado, en caso contrario no hay contrato. Interpretando ciertas estipulaciones o cláusulas del acto jurídico se puede establecer si las partes se han reservado el derecho de ponerse de acuerdo en el futuro sobre algunas otras estipulaciones aun no definidas.

Las palabras y las expresiones utilizadas en el acto jurídico pueden tener un significado según un punto de vista técnico jurídico y otro, totalmente distinto, según el lenguaje común, pensemos, por ejemplo, en la *promesa de contrato* que, en el lenguaje jurídico significa que las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo, en cambio, en el lenguaje común casi siempre se confunde con el *contrato definitivo*; o esas palabras o expresiones pueden variar según el contexto, las circunstancias, el lugar o el particular modo de expresarse de los individuos y de los particulares grupos sociales; o puede suceder que la manifestación de voluntad sea entendida de modo diverso por el declarante, por el destinatario de la declaración o por los terceros eventualmente interesados. Por estas razones el legislador ha dictado una serie de reglas para interpretar el acto jurídico y dirimir los eventuales conflictos e incertidumbres. Encontrar el correcto sentido y alcance del contenido del acto jurídico es el fin de la interpretación.

Como dice Trimarchi⁷⁰¹, también se debe considerar que cada proposición tiene una zona central de significado seguro y, en torno a esta, una penum-

701 TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, cit., p. 190.

bra de referencias inciertas. De lo que resulta una posibilidad de equivocación al momento de hacer una declaración; y puede suceder que las partes al momento de la declaración hayan entendido perfectamente sobre la hipótesis central a la cual está referida su declaración, sin que haya pasado por su mente la hipótesis marginal comprendida en la zona de penumbra, la cual emerge sucesivamente, lo que da lugar al surgimiento de contrastes, con la consiguiente necesidad de escoger entre los significados sostenidos por cada una de las partes en litis.

Se aprecia que el problema de la interpretación no se reduce a la búsqueda empírica de lo que el declarante entendía sobre lo que dice y de lo que el destinatario ha entendido, sino que requiere también una búsqueda jurídica entre los diversos significados posibles para lograr que las partes alcancen los fines prácticos que persiguen con la realización del acto.

La interpretación del acto jurídico es la técnica dirigida al conocimiento del contenido, sentido y alcance del acto, o sea de la regulación establecida por el agente o agentes que lo crean. En otras palabras, se trata de determinar el contenido del acto atribuyéndole su exacto significado que determine los deberes u obligaciones y los derechos que de él se derivan.

La interpretación del acto jurídico puede presentar según los casos dificultades mayores o menores, pero es siempre necesaria. La imperfección del ser humano y del lenguaje hace que la reproducción de la voluntad mediante la declaración no esté libre de confusión y dudas, por lo que la interpretación deviene en un quehacer necesario para aclarar las dudas y establecer su significado. Es inexacta la máxima tradicional que afirma *in claris non fit interpretatio*, "pues ya el decir que el tenor literal de un texto es tan inequívoco que hace superflua toda interpretación (doctrina del 'sentido claro'), descansa sobre una interpretación"⁷⁰².

Así como la interpretación de la ley consiste en entender no solo su expresión literal, sino sobre todo su espíritu, así, también, la interpretación del acto jurídico (norma jurídica particular) se funda sobre la necesidad de establecer, reconstruyendo a través del análisis de las declaraciones de voluntad y circunstancias que rodean a estas, el sentido de la regulación de los intereses privados de acuerdo a la efectiva intención de las partes.

702 ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 323.

Las fuentes romanas contienen una serie de criterios de interpretación del acto jurídico, enunciados por los juristas en ocasiones de pronunciar soluciones para casos prácticos, criterios generales que fueron recogidos por el Derecho justinianeo, los mismos que han devenido en cánones vinculantes en el Derecho moderno, que ha elaborado en términos racionales una teoría de la interpretación. El Libro II del Código civil contiene algunas de esas normas de interpretación.

Los criterios interpretativos varían según que el acto sea unilateral, en el cual la valoración está limitada a las declaraciones de un solo sujeto, o bilateral o plurilateral, en el que la investigación se orienta a la común intención de las partes; son distintos en los actos onerosos respecto de los gratuitos; en los actos *inter vivos* contrapuestos a los actos *mortis causa*.

En los actos jurídicos entre vivos, la interpretación está orientada a determinar el sentido real y concorde atribuido a la manifestación por quienes participaron en ella, aun cuando no coincida con el sentido literal de las expresiones. En la interpretación del testamento (acto *mortis causa*) solo importa que se cumpla la voluntad del testador; no se puede establecer una regulación contraria a la voluntad del testador. En el testamento los problemas de la interpretación y del error se agotan en la interferencia del principio de la autodeterminación con el problema de la forma; no hay lugar a una autorresponsabilidad del testador por fallas en la publicación de su disposición⁷⁰³.

Acerca del objeto de la interpretación la doctrina se encuentra dividida. Para unos es la voluntad (interpretación subjetiva que tiene su forma en el Código de Napoleón y en los que en él se inspiran), para otros es la declaración con la cual se forma el acto jurídico (interpretación objetiva seguida por un sector de la doctrina alemana). Existe también una teoría mixta de las dos anteriores acogida, principalmente, por el Código italiano de 1942. Nuestro Código civil expresa que el acto jurídico es manifestación de voluntad (art. 140). En la mani-

703 “En el testamento solo importa que se cumpla la voluntad del testador. Po eso sería absurdo hacer que el testamento valiera en un sentido objetivo obtenido por medio de “interpretación” si no respondiera al “pensamiento” del testador. No hay lugar a una autorresponsabilidad del testador por un fallo en la publicación de su disposición. Al comparar el testamento y los negocios jurídicos *inter vivos* se manifiestan de modo especialmente claro las consecuencias que se derivan de la esencia del negocio jurídico como acto de autodeterminación cuando no juega el principio de la autorresponsabilidad” (FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 397).

festación no solamente está comprendida la declaración de voluntad con la cual se forma el acto jurídico, sino también elementos extra formación del acto como son los comportamientos de las partes anteriores, coetáneos y posteriores a la creación del acto, así como todos aquellos hechos compatibles con la declaración con los cuales se pruebe la voluntad real, de alguna forma exteriorizada, del agente. Por consiguiente, adelantamos que nuestro ordenamiento civil opta por un sistema mixto de interpretación del acto jurídico. Desde ya hacemos presente que las palabras *voluntad* e *intención* son usadas como sinónimas.

65. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En la fase arcaica del Derecho romano dominada por el formalismo ritual, la técnica interpretativa se limitó al control de la conformidad de los actos concretos a los esquemas típicos impuestos por las *mores* o por las leyes.

Según el *ius civile*⁷⁰⁴, los actos jurídicos valen por su forma exterior consistente en el pronunciamiento de palabras solemnes o en el cumplimiento de gestos rituales. Carece de relevancia jurídica la determinación del querer no expresado en la forma ritual. Esta tiene carácter constitutivo y no solamente declarativa de la voluntad. De ahí que para el *ius civile*, los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia, intimidación), la causa y la simulación carecen de importancia. Estas anomalías del acto jurídico son corregidas más tarde por obra del pretor en aplicación de la equidad⁷⁰⁵.

En el Derecho clásico romano, la interpretación es típica y objetiva; en cambio, en el Derecho justiniano, se afirman métodos interpretativos orientados a indagar la voluntad del agente o agentes que crean el acto jurídico. Pero confrontando ambos ordenamientos: el clásico y el justiniano, encontramos que hay continuidad en el desarrollo de los principios interpretativos. De otra parte, la configuración de los actos jurídicos, aun privados del rigorismo sistemático y clasificatorio, es obra de los clásicos, puesto que los compiladores se limitaron a corregir algunas soluciones de los clásicos, acentuando la exigencia del análisis subjetivo del acto.

704 El *Ius civile* o Derecho quirritario era el conjunto de reglas que regularon las relaciones entre los ciudadanos romanos, que fueron conocidos en la Antigua Roma como quirrites.

705 En el tema sobre la evolución histórica de la interpretación seguimos a PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, cit., pp. 633 y ss.

El rigor del *ius civile* es atemperado por la función correctiva y equitativa que cumple el *ius honorarium*⁷⁰⁶; mientras que los principios del *ius gentium*⁷⁰⁷ tienden a introducir la libertad de formas negociales, privilegiando la común intención de las partes. La recepción de las normas del *ius gentium* por el *ius civile* y por el *ius honorarium* y la fusión de estos dos ordenamientos verificada en la época postclásica, determinó que el Derecho justineano adopte diversos métodos interpretativos, todos orientados al conocimiento de la regulación de intereses privados.

La interpretación clásica es típica y objetiva en el sentido de que las expresiones de la autonomía de la voluntad privada son valoradas de acuerdo con el juicio imperante en la conciencia social y agrupadas en figuras preconstituidas sobre la base de comunes caracteres objetivos, prescindiendo de la convicción personal de las partes, la cual no tiene importancia si difiere del criterio valorativo objetivo. El significado del acto es obtenido según los datos sugeridos de la experiencia, derivados de la conciencia social y no en conformidad al entendimiento subjetivo. En cambio, la interpretación justineana valora el carácter individual; en cuanto atribuye a la manifestación (declaraciones y comportamientos) de autonomía privada el significado, en la medida de lo posible, más acorde con la intención de las partes; el significado subjetivo prevalece sobre el objetivo.

Veamos algunos ejemplos de la orientación clásica de la interpretación: si el testador enajena la cosa que es objeto del legado, la enajenación vale como revocación del legado (D. 39,2,34), tal es el significado que este comportamiento asume objetivamente según una típica valoración social, pues, una diversa intención del mismo testador está privada de relevancia jurídica. Celso (D.33,10,7) aclara: "*non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere*", o sea que la declaración de quien crea un negocio no se debe entender según el convencimiento individual, sino según el significado que tiene en el uso común. Una declaración no expresada con las palabras adecuadas es inoperante.

Pero a los clásicos no les fue extraño el valor de la voluntad, ya que de ella se derivan los actos de autonomía privada, aun cuando la declaración prevalece sobre el *animus* y asume un valor objetivo compatible con el significado que

706 El *Derecho honorario* es el creado por el Pretor para ayudar, suplir o corregir el Derecho civil.

707 El *ius gentium* es el Derecho común a todos los pueblos sin hacer diferenciación entre ciudadanos romanos y extranjeros.

las palabras tienen en el uso corriente, recogido por la conciencia social. Para el Derecho clásico, el acto jurídico no corresponde a una categoría indefinida, en el sentido de reconocer a todos los actos de autonomía privada con la sola limitación de que correspondan a un fin útil socialmente, como lo entiende el Derecho moderno al definirlo como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. En el Derecho clásico, los actos jurídicos son solamente los típicos, debido a que están fijados en un número definido, cada uno de los cuales corresponde a una figura específica, caracterizada por la forma solemne, como la *spensio*⁷⁰⁸, la *stipulatio*⁷⁰⁹, la *nominis transcriptio*⁷¹⁰, la *acceptilatio*⁷¹¹, la *mancipatio*⁷¹², la *in iure cessio*⁷¹³, o bien desvin-

708 La *spensio* era un contrato verbal solemne que consistía en una interrogación seguida de una respuesta: prometes pagarme diez mil sestercios. Prometo.

709 La *stipulatio* (estipulación) era un contrato verbal y abstracto, en el que el futuro acreedor (estipulante) preguntaba al futuro deudor (promitente) si estaba dispuesto a prometer algo (a entregar alguna cosa o realizar algún servicio); apenas el deudor contestaba prometiendo, quedaba obligado a entregar la cosa o realizar el servicio prometido. Así, en la estipulación ¿prometes darme cien? Prometo; apenas pronunciadas las palabras surgía la obligación, sin indicar por qué ni con qué fin el acreedor se hacía prometer 100 y el deudor prometía entregarlos.

710 La *nominis transcriptio* era un contrato escrito y abstracto que se hacía mediante la transcripción en los libros contables de un paterfamilias o de un banquero. Hacía nacer una obligación mediante la sustitución de una obligación anterior por la nueva que derivaba de la anotación contable, es decir, se producía una novación de la obligación.

711 La *acceptilatio* era un acto jurídico mediante el cual el deudor, valiéndose de formas solemnes, preguntaba al acreedor si había recibido cuanto le prometió, y al acreedor respondía afirmativamente. Al principio era una forma de recibo, verbal y solemne. Luego se admitió que, con este cambio de pregunta y respuesta, la obligación se considerase extinguida, aunque el pago no se hubiese realizado.

712 La *mancipatio* era un contrato verbal, formal y solemne, el más arcaico del Derecho romano, surgió antes de la Ley de las doce tablas y de la aparición de la moneda, por el que se transmitía las *res Mancipi* conforme al Derecho civil romano: fundos rústicos y urbanos, los esclavos, los animales de tiro y carga y las servidumbres rústicas. Refiere Gayo, en su obra *Institutas*, que son necesarios seis testigos: cinco de ellos ciudadanos romanos púberes y uno que sostuviese la balanza de cobre, llamado el portador de la balanza (*librepens*). Para realizar la *mancipatio*, quien iba a recibir la propiedad de la cosa (*mancipatio accipiens*) se situaba en frente de los testigos, la agarraba y decía: "afirmo que esta cosa es mía según el Derecho romano y que la compro con este cobre y con esta balanza de cobre" (*per aes et libram*). Después, golpeaba la balanza con un fragmento de cobre sin acuñar y se lo entregaba a quien transmitía la cosa (*mancipio dans*), como si se pesara el precio, en recuerdo de la antiquísima *mancipatio*.

713 La *in iure cessio* era un modo de transmitir la propiedad de las cosas Mancipables y las no

culados de la forma solemne y caracterizados por la causa como la compraventa, la locación conducción, la sociedad, el mandato, el mutuo, el depósito y el comodato, o desvinculados de la forma y de la causa como el testamento, el legado y la manumisión. Solamente se reconocen a los actos de autonomía privada que correspondan a los tipos prefijados por el ordenamiento. El proceso formulario establece una coacción específica para cada tipo de acto.

Mientras en el Derecho clásico, voluntad y manifestación constituyen una unidad, en cuanto la manifestación tiene la función representativa de la voluntad, la concepción postclásica y justiniana entienden la voluntad y la manifestación como entidades separadas, por considerar que la manifestación es solamente un instrumento para expresar el querer; los efectos jurídicos están vinculados a la voluntad, sea expresa, tácita o presunta. Permanece la tipicidad de los actos, pero hay la posibilidad para la autonomía privada de modificar las figuras jurídicas contractuales en conformidad a los objetivos particulares prefijados; a propósito, vale el dogma bizantino de la *natura contractus* –que en lo procesal corresponde al de la *natura actionis*– que indica la flexibilidad de los esquemas de los contratos típicos y su adaptabilidad, mediante la introducción de pactos y cláusulas que alteran su contenido, en orden a la satisfacción de concretos intereses privados. En definitiva, el acto o negocio jurídico en el Derecho justiniano es un acto de autonomía privada que responde a esquemas libremente modificables por las partes, a los cuales el Derecho vincula los efectos presumiblemente queridos por ellas.

La tipicidad es eliminada del todo por el Derecho moderno, para el cual el acto jurídico es un instrumento al servicio de los intereses privados. Las personas son libres de celebrar cualquier acto jurídico típico (regulado) o atípico (no regulado), con tal que obren lícitamente.

En los contratos (*actos inter vivos*) existen, por lo menos, dos partes contrapuestas, por lo que el objeto de la interpretación es el de encontrar soluciones acordes a la justicia; mientras que en los actos *mortis causa* la interpretación está orientada a la sola declaración del disponente, por lo que hay la exigencia de indagar con mayor amplitud cuál fue su intención, aun cuando esta sea con-

mancipables. Se consideraba como un litigio imaginario, por el que el cedente y el que recibe se presentan ante el pretor: el adquirente dice “declaro que (la cosa a ceder) me pertenece” y el que la cedía respondía es verdad o simplemente se quedaba callado.

tradicha por la declaración. Según una corriente de opinión, los *actos mortis causa* deben interpretarse con referencia al pensamiento del disponente, pero prevalecieron las opiniones de Servio y Celso que aconsejan no separarse de la interpretación típica, pero ciertamente valorando la voluntad, mencionada con las expresiones *mens, opinio, sentitia* y *voluntas*, la cual debía entenderse desde la perspectiva de sus circunstancias exteriormente reconocibles y en conformidad a los datos inspirados por la experiencia común.

En la interpretación de los actos *inter vivos* prevalece la exigencia de tutelar la certeza del derecho y la confianza, lo que importa es la indagación de las declaraciones emitidas en un ambiente social. Encuentra aplicación la regla "*in conventionibus contrahentium voluntas potius quam verba spectari placuit*" (en las convenciones contractuales prevalece la voluntad de los contratantes respecto a las palabras); la voluntad no es considerada como una *intención individual* de un sujeto, sino que la indagación aprecia el *id quod actum est*, o sea, el intento práctico común de las partes reconocible mediante la declaración.

Reviste un significado particular la interpretación del acto en presencia de declaraciones ambiguas o lagunosas. El criterio que prevalece es el de la *conservación del acto* como regla interpretativa general, de aplicación más basta en los *actos mortis causa*, en los cuales, cuando la declaración puede ser entendida en varios significados, prevalece aquél que mejor refleje el pensamiento de una persona razonable, o sea como si esta se hubiese comportado en circunstancias análogas a aquellas en las cuales el disponente ha regulado sus propios intereses; si no es posible atribuirle un significado razonable a la declaración, el acto es ineficaz.

El sentido de la declaración según los datos habituales de la experiencia representa el criterio valorativo de los *actos inter vivos* y si con este criterio no es posible una reconstrucción de la voluntad común de las partes, se verifica un caso de disenso que impide el nacimiento del acto.

Por la *interpretatio contra stipulatorem*, el acto es interpretado en el sentido menos favorable a la parte constituyente –como en la estipulación la parte que interroga– porque a ella corresponde el deber de usar expresiones claras para la declaración y, en consecuencia, debe soportar los perjuicios derivados del incumplimiento de tal deber sobre la base del principio de la autor responsabilidad privada.

En resumen, en el Derecho clásico, la voluntad solo tiene valor en cuanto es expresada y no en cuanto *animus*, o sea en cuanto estado de ánimo interior.

La anomalía del acto se presenta cuando hay divergencia entre el significado que el sujeto atribuye a su declaración y el significado objetivo que resulta de la interpretación típica. Así, en el caso de "*ambiguitas in verbis*" en la disposición testamentaria, los clásicos se proponen una *voluntatis quaestio* inspirada en el principio del *favor testamenti*. Pero vale siempre la regla interpretativa enunciada por el D. 34,5,3: "*qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur*" (quien declara cosa diversa de la deseada ni dice aquello que expresan las palabras, ya que no lo desea ni aquello que dese, porque no lo expresa); el problema interpretativo se centra sobre la conformidad del significado subjetivo y el objetivo de la declaración. Por ej., si el testador indica una cuota menor respecto a aquella que pensaba, la disposición vale por esta cuota, en cuanto en lo más está contenido lo menos (D. 30, 15); mientras en el caso opuesto la disposición se reduce a la menor cuota conforme a la voluntad del disponente (D. 28,5,5,9); en el caso en el cual el testador entiende instituir heredero a una persona y menciona otra, o bien indica como objeto del legado un bien en vez de otro (D.28,5,9), en el Derecho clásico estas disposiciones son inválidas por la insanable incoherencia entre la voluntad y su representación, pero el Derecho justiniano tiende a salvar el negocio aun en el caso de incompatibilidad mediante una interpretación correctiva.

Más allá de los diversos criterios interpretativos del *acto inter vivos* y del *acto mortis causa*, el problema de fondo de la interpretación del acto jurídico en su perspectiva histórica, del Derecho arcaico al Derecho justiniano, es el relativo a la relación entre la "declaración" y la "determinación" del querer. Tomando como punto de partida la irrelevancia de la voluntad no expresada en forma ritual, sancionada por el antiguo *ius civile*, se habla del proceso de "emersión" de la *voluntas* de los *verba* como resultado de la elaboración cumplida por la jurisprudencia, tanto en las disposiciones testamentarias como en el ámbito contractual, cuyo punto de llegada es la concepción justiniana.

A partir de los *contratos verbis*, como la *sponsio* y la *stipulatio*, la técnica interpretativa alcanza un significativo desarrollo, al enunciarse algunos principios generales sobre el acto jurídico y elaborarse la técnica interpretativa. Con la difusión de la *stipulatio*, el *contrato verbis* se extiende del *ius civile* al *ius gentium*. Los contratos consensuales como la compraventa, la locación-conducción, la sociedad y el mandato se fundan en la práctica del *ius gentium* y son extraños al *ius civile*; en cambio, los *contratos verbis* dominan la escena histórica del Derecho arcaico hasta Justiniano. La *sponsio*, figura sobresaliente que fue base del antiguo

comercio, es de naturaleza abstracta y su esquema de la pregunta y la respuesta permitió utilizarla para múltiples finalidades de autonomía privada.

La primitiva figura de la *obligatio* es la *obligatio verbis*, o sea la que tiene su origen en los *contratos verbis*, los cuales tienen valor constitutivo en cuanto producen efectos jurídicos.

Pomponio define a la *stipulatio* como "*verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit*". La *conceptio verborum* (la más antigua *conceptio verborum* es la *sponsio*) se exterioriza en una *interrogatio* y en una *responsio* congruentes, con el efecto de generar la *obligatio*, la cual es *verbis contracta*, ya que nace de los *verba*, o sea de la pronunciación de determinadas palabras. La superación del Derecho clásico se produce con la abolición de la *sollemnitates verborum* y la consideración del consenso (Inst. 3,15,1) y de la causa en la *stipulatio*. Con el cambio definitivo del punto de apoyo de la *stipulatio* de los *verba* al consenso, la *conceptio verborum* no es más constitutiva de la *obligatio*.

La historia del contrato verbal sintetiza, en sus líneas generales, la evolución de la técnica interpretativa. Una técnica que tiene su origen en la fase arcaica, en la cual los negocios son impuestos por un formalismo que limita la tarea del intérprete a la averiguación de la existencia del negocio y el examen de su correspondencia a los esquemas legales. Se trata de una interpretación "típica" y "objetiva", que en la *sponsio* requiere el control del pronunciamiento de palabras rituales que identifican la *conceptio verborum* con la cual se regulan los intereses negociales. Superada la fase arcaica, la interpretación considera el aspecto formal de la declaración, pero no entendido como el elemento constitutivo del negocio, según la lógica del formalismo interno, sino como un medio de expresión del querer.

En la *sponsio* y sobre todo en la *stipulatio*, entendidas siempre desde la perspectiva de la *conceptio verborum*, las palabras son consideradas como medio de expresión de la voluntad, surgiendo como consecuencia el problema de la relación entre los *verba* y la *voluntas*. Con relación a las disposiciones testamentarias, la interpretación se funda en el principio del *favor testamenti*, presente también en los actos *inter vivos*, en el sentido de que en las relaciones contractuales prevalece la voluntad, no como *animus* interior, sino como el común convencimiento declarado. Así, es válida la *stipulatio* en la cual falte la interrogación, siempre que de la promesa resulte claro el contenido del acto, y en cuanto se presuma que tal

promesa se vincule a una propuesta precedente, aun cuando no sea expresada con la modalidad ritual. Es evidente que una solución como esta supera el aspecto formal del acto, privilegiando la *id quod actum est*, es decir, la regulación de intereses en cuanto sea conforme a la voluntad común de las partes.

Por la interpretación orientada a la reconstrucción del contenido negocial, o sea del *id quod actum est* referido al entendimiento de las partes, cuando la declaración es ambigua e incierta se hace prevalecer a la voluntad sobre la declaración formal, de acuerdo a la exigencia práctica de la conservación del negocio. Si hay incertidumbre por ambigüedad en la declaración, se presume que las partes han regulado sus intereses de acuerdo a los usos locales. Si no hay usos locales o estos son varios, el negocio vale de acuerdo a su contenido mínimo, es decir, se introduce la idea sancionada por el Derecho justiniano del *favor debitoris*, por el cual el monto de la deuda es interpretado a favor del deudor, y se valora la declaración ambigua *contra stipulatorem*, esto es, en daño del acreedor, a quien corresponde el deber de predisponer un esquema negocial claro y por tanto debe soportar el perjuicio derivado de la ambigüedad.

No obstante no haberse expresado en la declaración, se consideran elementos del acto a la condición y al término, lo que constituye, según el lenguaje moderno, una hipótesis de interpretación integrativa, por la que se consideran implícitas cláusulas inexpresadas, pero queridas y necesarias para la eficacia del negocio. Ej., en la estipulación para la construcción de una casa sin indicación del término de ejecución, el acto es integrado considerando el término necesario para la edificación según los datos de la experiencia común. La estipulación de dar "en un cierto lugar", sin indicación del término, es integrada considerando el tiempo necesario para que el promitente pueda dirigirse al lugar previsto. En la promesa a título de dote está implícita la condición de que se realice el matrimonio.

En tema de declaraciones ambiguas se aplica el criterio de la interpretación *contra stipulatorem* a que hace referencia el D. 34,5,26: "*Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatores est*" (Si se pregunta en la estipulación, de qué cosa se trata, la ambigüedad es valorada en contra del acreedor estipulante) y en el D.45,1,38: "*In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*" (En la estipulación que se interroga, de que cosa se trata, las palabras se interpretan en perjuicio del estipulante). Como el *stipulator* es la parte que interroga y que asume la iniciativa contractual, predisponiendo la formulación de la pregunta y la respuesta;

mientras el promitente se limita a adherirse a la propuesta, es razonable atribuir al estipulante la obligación de la claridad en la declaración y la responsabilidad por su inobservancia. La interpretación *contra stipulatorem* se aplica también a la venta y a la locación, en cuanto a que el vendedor y el locador son los responsables por la ambigüedad de la regulación negocial por haber tenido la iniciativa en la celebración del contrato.

La razón que justifica la interpretación *contra stipulatorem* es la de atribuir la responsabilidad por la ambigüedad de la regulación negocial a la parte que asume la iniciativa. Esta regla no se presta a dudas en la *stipulatio* en cuanto es siempre el *estipulator* que con su interrogación asume la iniciativa del contrato. Pero en la compraventa y en la locación-conducción, que son contratos con prestaciones recíprocas o sinalagmáticas, la iniciativa puede provenir de uno o de otro contratante, por lo que la interpretación será a favor del proponente. La regla de la interpretación en contra del estipulante está contenida en el art. 1401 de nuestro Código civil.

En el Derecho justiniano se afirma la regla del *favor debitoris*, según el cual, en caso de ambigüedad el negocio debe ser entendido en el sentido más favorable al deudor. La influencia de la ideología cristiana difundió el principio "*semper in dubiis benigniora preferenda sunt* (D. 50,17,56) orientado a favorecer al deudor. En caso de duda la obligación se entiende contratada por la cantidad menor (*ad id quod minimum est, redigenda summa est*: D, 50, 17.34); los clásicos llegaron al mismo resultado utilizando el criterio objetivo que sostiene que lo menos está comprendido en lo más.

El devenir histórico demuestra que no hay una radical y repentina divergencia, sino la continuidad de los métodos de interpretación y, en particular, la ausencia de una contraposición neta entre el Derecho clásico y el Derecho justiniano. Los criterios cognoscitivos que los juristas romanos adoptaron para la solución de casos prácticos, tienden a cristalizarse hasta devenir en *regulae iuris* en el Derecho justiniano, que luego fueron recepcionadas por el Derecho moderno.

No podemos dejar de anotar el rol fundamental de la regla de interpretación de *buena fe*, recepcionada en el art. 168 de nuestro Código civil, de indiscutida matriz romana. La idea de la *bona fides*, entendida como la lealtad y corrección de comportamiento, existió ya en el *ius civile* y basta pensar en institutos como la *fiducia* o el fideicomiso, pero se afirma como base del comercio

del *ius gentium*. La *bona fides* también se entiende como la confianza que una de las partes deposita en la otra. El Derecho moderno protege la buena fe confianza del destinatario de la declaración de voluntad.

66. SISTEMAS INTERPRETATIVOS

Se discute si el objeto de la interpretación es la manifestación o la voluntad de los sujetos que celebran el acto jurídico; obviamente esta discusión se encuadra en el ámbito del debate entre la teoría de la voluntad o subjetiva y la teoría de la declaración u objetiva.

Por regla, el otorgante del acto jurídico declara lo que “quiere” no lo que “no quiere”. Su declaración lo realiza mediante palabras, escritos, comportamientos mímicos, gestuales, acciones, omisiones, etc. La declaración es el continente, el vehículo mediante el cual se exterioriza la voluntad y esta es el contenido, lo exteriorizado o comunicado mediante la declaración. El acto jurídico se forma con la voluntad declarada. Voluntad y declaración constituyen una unidad y no dos elementos separados. Sin embargo, sucede con frecuencia que sin querer (por error, dolo, violencia, intimidación, la imprecisión del lenguaje que puede traicionar la voluntad del agente, etc.) o queriendo (se aparenta declarar como verdad una falsedad) el agente declara algo que no corresponde a su voluntad. Esta divergencia entre la voluntad y la declaración ha sido resuelta haciendo prevalecer unas veces a la voluntad (teoría de la voluntad o subjetiva) y otras a la declaración (teoría de la declaración u objetiva). Esto ha originado la creación del *sistema subjetivo de interpretación*, basado en la teoría de la voluntad, que considera que se debe indagar sobre la voluntad real del agente y no detenerse en la declaración, y el *sistema objetivo de interpretación*, fundado en la teoría de la declaración, para el cual lo que se interpreta es la declaración y no la voluntad interna del agente.

El sistema subjetivo está consagrado en los arts. 1136 a 1164 del Código civil francés de 1804; el objetivo en el art. 157 del Código alemán de 1900; el Código civil italiano de 1942 sigue un sistema mixto (arts. 1362 al 1371).

66.1. La interpretación subjetiva o de la voluntad

Para este sistema, denominado también interpretación psicológica, interpretación histórica, método clásico o tradicional, el objetivo central de la interpretación es llegar a determinar cuál es la voluntad real del agente, si el acto es

unilateral, o la real voluntad común, si es plurilateral. Este método, inspirado en el Derecho romano clásico, en el Derecho natural, desarrollado por Domat y Pothier, fue consagrado en el *Code Napoleon*, seguido por códigos como el de Chile, Colombia, Ecuador, Argentina⁷¹⁴.

El objeto primario de la actividad interpretativa es la voluntad real del agente o agentes otorgantes del acto jurídico. Si el objeto de la interpretación es el acto jurídico y este es la manifestación de voluntad, difícilmente se puede negar que la interpretación del acto jurídico no sea la actividad orientada a indagar la verdadera voluntad del agente, si el acto es unilateral, o la verdadera común intención de las partes, si el acto es plurilateral. El intérprete debe buscar lo que realmente quiere el declarante, su intención o pensamiento interior, porque el elemento central substancial que da vida al acto jurídico es la voluntad y no la declaración del agente. En los actos bilaterales y plurilaterales, el intérprete debe investigar la *voluntad común* de las partes, es decir, lo que ellas han querido conjuntamente, y no lo que hubiera querido una de ellas y la otra no la hubiera aceptado. Reconocida, a través de la interpretación, la voluntad interna real del sujeto, prevalece sobre la declaración. Esta es solamente el punto de partida de la interpretación para poder llegar a la voluntad real, o sea, a lo querido por el agente⁷¹⁵. Como señala el Código de Andrés Bello, que rige en Chile, Colombia y Ecuador, “*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”. La jurisprudencia de la Corte Suprema de

714 *Código francés*: 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). *Código brasileño*: En las declaraciones de voluntad se atenderá más a la intención que al sentido literal del lenguaje. *Código italiano*: Al interpretar el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total aun posterior a la conclusión del contrato. *Código alemán*: 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 la doctrina alemana ha establecido que la intención solo puede ser decisiva en cuanto haya sido declarada. El Código civil y comercial argentino establece: Art. 1061. *Intención común*. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.

715 En defensa de la teoría subjetiva y en contra de la objetiva, Célíce dijo: “No estamos dispuestos a aceptar una concepción que destruye toda relación entre el acto jurídico y su autor, ni a admitir que un acto maquina, la producción de un sonido, el trazado de algunas líneas, pueda tener un determinado valor, y que la voluntad del hombre no tenga ninguno (CÉLICE, Raymond, *El error en los contratos*, trad. de Camargo y Marín, Góngora, Madrid, s/f, p. 25).

Justicia colombiana, refiere Jaramillo⁷¹⁶, ha establecido que debe entenderse que “*es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual*”. El BGB alemán dispone: Art. 133. En la interpretación de una declaración de voluntad debe investigarse la verdadera voluntad y no atenerse al sentido literal de la expresión.

En la búsqueda de la voluntad real del agente, el intérprete no debe considerar solamente la declaración, sino que debe valorar el contexto social, el comportamiento de las partes previo, simultáneo y posterior al de la celebración del acto jurídico, la finalidad perseguida por las partes y todas las circunstancias que conduzcan a establecer la voluntad real. Se tendrá en cuenta las tratativas, aquello que las partes practicaban en sus precedentes relaciones recíprocas, las circunstancias que demuestren el particular modo de expresarse de una de las partes y la significación que siempre le atribuye la otra, la ejecución de actos anteriores celebrados entre las mismas partes y el comportamiento de estas en la ejecución del acto mismo que se está interpretando.

En materia de actos bilaterales o plurilaterales, y en especial del contrato, un primer y fundamental criterio impone interpretar las declaraciones según el significado atribuido por las partes en el momento del perfeccionamiento del acto, puesto que es la *común intención* de las partes la que origina el acto o negocio jurídico. Análogamente se debe proceder cuando se trata de negocios unilaterales *inter vivos*, si la declaración negocial ha sido entendida del mismo modo tanto por el declarante como por el destinatario de la declaración. Si se aplicara este principio de la interpretación subjetiva al Derecho peruano tendríamos que, por ejemplo, si las partes se han puesto de acuerdo para la compraventa de una cierta cantidad de acciones, sin especificar si se trata de acciones con derecho a voto (art. 95 de la Ley 26887) o de acciones sin derecho a voto (art. 96 de la Ley 26887), pero resulta que ambas entendieron referirse a las acciones con derecho a voto, el contrato tendrá valor según la común intención de las partes.

La interpretación subjetiva, que busca encontrar la común intención de las partes aun cuando no coincida con la declaración, es de aplicación no solamente cuando la declaración negocial sea objetivamente equívoca, como en

716 Jaramillo Jaramillo, Carlos J., *Panorama de la interpretación contractual. Lineamientos generales para la elaboración de una propuesta de un “Código latinoamericano de contratos”*, en Teoría General del Contrato, Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti, t. II, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 2012, p. 954.

el ejemplo propuesto, sino también cuando la declaración tenga un significado unívoco, según el común modo de entender de las gentes, pero que las partes concordantemente lo hayan entendido con un significado diverso. Al respecto el art. 1156 del Código francés dispone: *En los convenios se debe buscar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, más bien que detenerse en el sentido literal de los términos*; el art. 1362 del Código italiano, primer párrafo, prescribe: *En la interpretación del contrato se debe indagar cuál ha sido la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras*, o sea coloca como momento fundamental de la indagación la búsqueda de la voluntad común de los contratantes. En materia de testamentos, el Código alemán también se mantiene dentro del sistema subjetivo, pues en su art. 133 establece que *para interpretar una declaración de voluntad habrá de indagarse la voluntad real y no limitarse al sentido literal de las palabras*.

El principio por el cual el significado atribuido por las partes a la declaración debe prevalecer sobre el significado literal de la misma es aplicable también a los actos jurídicos formales. También aquí el intérprete debe tener en cuenta los elementos extrínsecos a la declaración formal, siempre que la intención así reconstruida constituya un posible significado de la declaración formal. En otras palabras, es necesario que la voluntad negocial, averiguada aun en base a elementos extrínsecos, haya encontrado una expresión, aun cuando sea imperfecta o impropia, en la forma prescrita por la ley. Esto es suficiente, puesto que queda satisfecho el requisito de la forma.

66.2. Crítica al sistema subjetivo

Defermon, al discutirse el Código civil francés en el Consejo de Estado, pretendió eliminar toda interpretación por el peligro de sustituir las ideas claras de los términos literales del acto por inferencias o presunciones de intención. Esta objeción se sigue haciendo a la teoría volitiva, a pesar de que Bigot-Prémeneu advirtió que el peligro era ilusorio, dado a que no hay lugar a interpretación sino en los casos en que evidentemente los términos expresen mal la verdadera intención de las partes⁷¹⁷.

La voluntad interna no manifestada es un fenómeno de conciencia que carece de la posibilidad de ser conocida por lo que no tiene relevancia jurídica⁷¹⁸.

717 DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 145.

718 BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 356.

Cuando el juez se esfuerza en descubrir una voluntad común que no ha sido expresada, una tal investigación tiene un carácter conjetural y adivinatorio; con frecuencia la voluntad probable que el juez cree descubrir no es más que una voluntad ficticia⁷¹⁹. En la práctica presenta inconvenientes insuperables, “dada la dificultad de probar el hecho psicológico interno, las intenciones (Lenel); y de no ofrecer seguridad en las relaciones jurídicas (Plank)”⁷²⁰. Las intenciones que no existen sino en las conciencias de las partes no entran en el dominio del Derecho, no pueden ser la base de un negocio jurídico, que por ser fuente de derechos y obligaciones quizá gravosas, debe tener un fundamento concreto, seguro y serio, condiciones que no pueden encontrarse en la simple intención⁷²¹.

66.3. La interpretación objetiva o de la declaración

El sistema de la interpretación objetiva, llamada también interpretación técnica o lógica, realista⁷²², considera que el objetivo hacia el cual se dirige la actividad del intérprete es la declaración en sí, con independencia de lo que realmente quiso el agente. El objeto de la interpretación es la declaración. Se interpreta el acto jurídico y no la voluntad del sujeto o sujetos que los celebraron; se analiza el resultado final de la manifestación, o sea el acto jurídico. La voluntad que permanece en la conciencia del individuo es intrascendente para el Derecho, no produce efectos jurídicos, por ser prácticamente imposible saber lo que realmente quiso el agente. En favor de esta tesis se sostiene que tutela la confianza depositada por el destinatario y los terceros en el tenor de la declaración, lo que se condice con la regla que impone la interpretación de buena fe del acto jurídico.

719 RIPERT Georges y Jean BOULANGER, *Tratado de Derecho civil*, T. IV, vol. I, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 286.

720 LEÓN BARANDIARÁN, *Comentarios al Código civil peruano. Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 41.

721 BORDA, *Manual de derecho civil*, cit., pp. 417-418.

722 No faltan quienes lo han denominado “interpretación integrativa”, en cuanto estaría orientada a determinar el significado del contrato aún más allá o en contra de la intención de las partes. Tal denominación no debe conducir a confundir la integración del contrato con la interpretación objetiva. La integración es una heterodeterminación legal del contrato, que prescinde completamente de la voluntad de los contratantes; en cambio, la interpretación objetiva mira a determinar el significado del contrato tal como las partes lo han celebrado (BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. III, p. 435).

El profesor uruguayo Orquidi⁷²³ escribe: "Los objetivistas apuntan a interpretar en atención al fin, a la función natural del contrato, enfocado lo declarado en forma abstracta. Se considera lo que hubiera entendido un tercero imparcial y de buena fe, sin que sean relevantes ni la voluntad interior ni los intereses particulares. Se da una importancia esencial a la declaración de voluntad: esta, vista por las partes o por terceros, genera una expectativa, crea una confianza en el destinatario que es preciso proteger".

Se hace prevalecer a la interpretación literal sobre todos los otros métodos de interpretación. Para determinar el contenido y alcance del acto jurídico, el intérprete debe otorgar a las palabras y expresiones su significado común, el significado con el cual son entendidas normalmente por los demás miembros de comunidad. El destinatario de la declaración confía en que es verdad lo que le dice el declarante porque así lo entiende cualquier otro miembro de la sociedad.

El primer expositor de esta teoría fue Erich Danz en su clásico libro titulado *La interpretación de los negocios jurídicos*, que apareció pocos meses después de promulgado el BGB alemán, reeditado treinta años después. Afirma este autor que hasta ahora la interpretación del negocio jurídico ha tenido una función análoga a la interpretación filológica, cuya finalidad es descubrir lo que quiso decir, lo que pensó el declarante. Algunas veces es imposible encontrar la intención común; lo más lógico es indagar cómo la conducta de las partes reflejada en el contrato es entendida por la generalidad de la gente. En el lugar de las partes, el juez debe colocar a dos hombres razonables, preguntándose cómo estos habrían comprendido e interpretado la declaración de voluntad, es decir, qué prestación habrían realizado esos hombres en el caso de que se trata. El juez solo debe preguntarse cómo entienden la generalidad de los hombres una determinada conducta. El juez debe amparar el fin económico perseguido con el negocio jurídico. El intérprete no tiene por qué preocuparse por determinar las intenciones internas del declarante, su misión es solo aclarar las declaraciones de voluntad para determinar los efectos jurídicos. De este modo, Danz objetivó la interpretación de la declaración de voluntad, apoyándose en lo estipulado por el art. 157 del Código alemán que dispone: *Los contratos han de interpretarse como lo exija la buena fe y atendiendo a los usos sociales*, en concordancia con el art.

723 Orquidi C., Gustavo, *Interpretación del contrato en el régimen uruguayo*, cit. de Jaramillo Jaramillo, Carlos J., ob. cit., p. 956.

119, según el cual la declaración viciada de error engendra los efectos jurídicos correspondientes a su sentido usual y no es nula.

Por su parte, Saleilles expresó: "Allí donde antes se hablaba de voluntad, hoy se habla de declaración. Allí donde antes se buscaba lo que se ha querido, hoy se busca lo que se ha declarado. Allí donde se establecía en principio que la voluntad, en su realidad psicológica, es soberana, se declara que la voluntad no es soberana sino en su forma jurídica. La teoría de los actos jurídicos del Código alemán ha dejado de ser una psicología jurídica, para ser una forma jurídica de la psicología. El Derecho ha conquistado su lugar frente a la psicología; y así lo quieren los intereses en juego, el crédito y la equidad general"⁷²⁴. De este modo, se presentaron a la teoría subjetiva y a la objetiva como métodos radicalmente opuestos.

Sin embargo, si el declarante o el destinatario de la declaración no han atribuido un mismo significado sino significados diversos a la declaración, surge el problema de establecer si se da o no prevalencia a uno de ellos.

La regla no puede consistir en hacer prevalecer siempre el significado dado por el declarante o el entendido por el destinatario de la declaración. Abstractamente las dos significaciones son igualmente merecedoras de protección jurídica. Pero hay que tener en cuenta que tanto el declarante como el destinatario deben actuar con diligencia; el declarante debe expresarse con claridad, sin crear equívocos, teniendo en cuenta la capacidad de entendimiento del destinatario y el destinatario debe actuar con diligencia para entender bien el sentido de la declaración, teniendo en cuenta el modo de expresarse del declarante. De ahí que entre los diversos significados atribuidos a la declaración por una o por otra parte, deberá prevalecer el que aparezca mejor justificado, y, por tanto, sea el más razonable⁷²⁵.

En la búsqueda del significado objetivamente más razonable, se aplica el principio por el cual en la duda, el acto o sus disposiciones singulares deben interpretarse en el sentido por el cual tengan algún efecto y no en el sentido por el que no tendrían ningún efecto (principio de la conservación del acto jurídico), así como la regla que hace prevalecer a la interpretación que más se adecua a las prácticas generales y la que atribuye prevalencia a la interpretación más conve-

724 Citado por DE GÁSPERI en DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 161.

725 TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, cit., p. 192.

niente a la naturaleza y objeto del acto. Si se trata de actos concluidos mediante cláusulas generales de contratación o de contratos por adhesión, se interpretan en contra del estipulante. Si el acto aún permanece oscuro, se interpretará en el sentido menos gravoso para el obligado, si es gratuito; y, si es oneroso, en el sentido de que se realice la equivalencia en las prestaciones.

66.4. Crítica al sistema objetivo

El acto no produce los efectos que las partes han querido, sino los efectos atribuidos por el Derecho a la declaración aun cuando esta difiera de la voluntad. Como dice De Gásperi⁷²⁶, “no hace falta mucho esfuerzo para comprender cuán contradictorio es que el Derecho objetivo confiera plena eficacia a una declaración aun cuando quien la hace no haya tenido conciencia de sus alcances, y le constriña a ejecutar una prestación que realmente no quiso llevarla a efecto”, agrega este autor, citando a Raymond Célice, que esta concepción destruye toda relación entre el acto jurídico y su autor; se admite que un acto maquinal, la producción de un sonido o el trazado de unas líneas, puedan tener un determinado valor, mientras que la voluntad del hombre no tiene ninguno.

66.5. Sistema mixto o intermedio

Para esta teoría, el objeto de la interpretación es tanto la voluntad del agente cuanto la declaración del mismo; puesto que voluntad y declaración son dos aspectos inescindiblemente conexos. Se interpreta la voluntad exteriorizada en la declaración.

Si se considera que el objeto de la interpretación es el acto jurídico (contrato, testamento, etc.) y este es la manifestación de voluntad del sujeto o sujetos que lo celebran; desde este punto de vista, tienen razón los sostenedores de la teoría subjetiva. Es también verdad, como sostienen los defensores de la teoría objetiva, que hablar de voluntad común en los actos bilaterales o plurilaterales es una ficción, ya que cada parte puede dar al acto un significado diverso. El objeto de la interpretación es la voluntad exteriorizada en la declaración. De otro lado, la teoría de la voluntad al pretender reconstruir todo el querer del agente frustra las expectativas de la otra parte y de los terceros. Viceversa, la teoría de la declaración, privilegiando a esta, envilece excesivamente el rol de la voluntad.

726 DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 170.

Nuestro ordenamiento jurídico civil contiene disposiciones orientadas a un análisis subjetivo, por ejemplo, si en un contrato se prueba que la común intención de las partes difiere de la declaración, prevalece la primera sobre la segunda, o sea la común intención (la voluntad) sobre la declaración (art. 1361), y disposiciones dirigidas a dar un sentido a la declaración considerada en sí misma (arts. 168, 169, 170). Por tanto, la teoría intermedia se coloca como un perfecto punto de equilibrio entre las dos tesis extremas.

En las dos tesis extremas, la subjetiva y la objetiva, el objeto y las posibles orientaciones de la actividad interpretativa del acto jurídico dependen de que este sea considerado como un acto de voluntad o como una mera declaración exterior. Si el elemento esencial del acto jurídico es la voluntad, el objeto de la interpretación es la voluntad negocial por tanto, toda la actividad interpretativa debe orientarse, valiéndose de todos los medios permitidos, a la búsqueda del interno querer, como hecho psíquico, del agente. Una concepción como esta no satisface porque descuida la exigencia de una tutela razonable de la confianza depositada en la declaración por el destinatario de la misma y en general por los terceros.

Si se considera al acto jurídico como una mera declaración exterior, el objeto de la interpretación se limita a lo que se ha expresado (art. 168), el intérprete no puede apreciar el sentido del acto de otro modo que no sea "en lo expresado" y solo "desde lo expresado", en vista a la expectativa que pueda suscitar en el mundo externo, y, por tanto, la actividad del intérprete se reduce a un juicio objetivo y extrínseco, sobre el significado del negocio, con la consecuencia, aún más grave que la anterior, de un eventual sacrificio de la real determinación de las partes de algún modo manifestada aun por actos extra formación del negocio, a la cual debería conducir una correcta interpretación.

Para superar los errores del sistema subjetivo y del objetivo, la interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del acto, considerando la función económica y social que cumple y la finalidad perseguida por la parte o partes. La función social y económica y la finalidad son los elementos vertebrados del acto jurídico como instrumento de autorregulación de intereses privados. Desde esta perspectiva, la interpretación debe orientarse directamente al contenido del acto, el mismo que constituye el punto de partida y el objeto de la valoración que el Derecho hace de la autorregulación de los intereses privados; por consiguiente, el contenido del acto jurídico debe ser revelado en su pleno significado, según una valoración comprensiva y equilibrada de los intereses

de las partes. La voluntad de las partes, que representa la fuente de la voluntad negocial, de un lado, y el comportamiento de ellas, como el conjunto de actos exteriores con los cuales se realiza el contenido, del otro, solamente pueden adquirir relevancia, según esta correcta perspectiva, como los elementos, si bien de peso determinante, a los cuales se vendrá a parar, cuando se trata de resolver los diversos problemas relativos a la indagación sobre el significado del acto⁷²⁷.

La discordia entre la tendencia subjetiva y objetiva es afrontada y resuelta con soluciones que varían según la diversa naturaleza de los actos, tutelando unas veces a la voluntad (teoría de la responsabilidad) y otras a la confianza (teoría de la confianza). Se toma en cuenta la diferencia existente entre el contrato, que es el fruto del acuerdo entre puntos de vista de cada una de las partes, y el testamento, que representa el acto de última voluntad del disponente.

El sistema mixto es seguido principalmente por el Código civil italiano que adopta como principio prevaleciente al sistema subjetivo (art. 1362) que se orienta a determinar el real significado del acto según el punto de vista de sus autores. Como sistema subsidiario, el objetivo (arts. 1367 a 1371) encaminado a atribuir un sentido al acto valorándolo de acuerdo a criterios objetivos extrínsecos. De este modo se compatibiliza la exigencia fundamental del respeto de la autonomía privada —que no debe ser sacrificada haciendo prevalecer sobre el punto de vista de las partes un juicio objetivo y abstracto— con la otra de atribuir al acto, un posible significado que valga para salvar la autorregulación de los intereses privados (principio de conservación del acto jurídico).

Las normas del Código italiano relativas a la interpretación subjetiva orientada a determinar el significado del acto según el punto de vista de sus autores están contenidas en los arts. 1362 a 1366. Se opta por la teoría subjetiva como principio rector de la interpretación del acto jurídico al establecer en la primera parte del art. 1362, que una correcta interpretación del contrato no se debe limitar al sentido literal de las palabras, sino que se debe indagar cuál ha sido la común intención de los contratantes. Lo que significa hacer prevalecer el espíritu que anima el acto frente a aquel sentido que resultare a primera vista del tenor literal. En caso de contraste entre la voluntad y la declaración, se debe indagar sobre la intención real de los contratantes. Como en el contrato hay por lo menos dos partes, el intérprete no se limita a indagar sobre la intención

727 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., pp. 180 y ss.

real de una de las partes, por ejemplo, del oferente, sino a determinar la intención común de ambas partes, es decir, debe averiguar sobre el contenido real del acuerdo. El intérprete en su actividad deberá, para evitar el peligro de imponer su propio juicio sobre el contenido real del acuerdo, apreciar el comportamiento total de las partes, aun posterior a la conclusión del contrato, lo que quiere decir que el intérprete podrá tener en cuenta, además de lo que resulte del sentido literal del contrato, cada elemento ofrecido por el comportamiento de los sujetos que puedan servir a los fines de establecer los términos reales del contenido del acto⁷²⁸.

Investigar la común intención de las partes no significa que la mera voluntad, aun no exteriorizada, deba tener eficacia jurídica, porque perdería su importancia práctica la manifestación de voluntad. "Significa que no solo por los medios proporcionados por la gramática o el diccionario, debe inferirse la voluntad real, sino por todos los que suministra el arte de la lógica. Es siempre necesario que la voluntad se manifieste; solo que poco importa que resulte del sentido literal de las palabras, y en general, *prima facie*, de los medios empleados para manifestarla, o que resulte en cambio, por la vía de inferencias, del conjunto de las diversas disposiciones, del fin práctico propuesto y de todas las circunstancias del hecho"⁷²⁹. La voluntad no manifestada carece de eficacia jurídica.

El sentido literal de las palabras usadas por las partes que han celebrado un acto jurídico se presenta como el primero de los instrumentos de la interpretación. Pero la actividad del intérprete no se limita a averiguar el sentido literal de las palabras, sino que debe buscar la intención común de las partes más allá del sentido literal de las palabras. Las palabras pueden traicionar la intención de los contratantes: por ejemplo, estos han escrito que uno quiere arrendar y otro recibir en arrendamiento el bien que el primero entrega al segundo; sin embargo, en el contrato no se hace mención a la renta arrendaticia. Si nos atenemos al sentido literal de las palabras (en el caso la palabra arrendamiento), concluimos que el contrato es nulo por falta de objeto (en este caso la renta arrendaticia). Sin embargo, averiguando más allá del sentido literal de las palabras, puede suceder que las partes querían la una conceder y la otra conseguir el goce gratuito

728 Ver SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit. p. 183.

729 COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, cit., p. 442.

del bien (contrato de comodato)⁷³⁰. La denominación que las partes den al acto tendrá relevancia en tanto corresponda al contenido de los pactos, en cambio cuando exista divergencia entre el significado de lo declarado y el contenido del acto, este se calificará de acuerdo con la naturaleza de la materia objeto del acto.

Trabucchi⁷³¹ manifiesta que cuando se dice que el objeto de la interpretación contractual es en sustancia una *quaestio voluntatis*, es necesario entender bien. *Quaestio voluntatis* no quiere decir búsqueda de la intención o el objeto íntimamente perseguido por uno o por otro contratante, sino que se debe dar relevancia a la manifestación de voluntad interna dentro de los límites de la confianza, la voluntad a interpretar es aquella que se revela con el comportamiento exterior. La voluntad contractual debe ser la que se revela a las partes de su propio comportamiento recíproco. Debe buscarse la intención común de los contratantes, no dando importancia a lo que una de las partes ha pensado respecto a lo que ha dicho, sino buscando aquello que frente a la declaración de una de las partes habrá pensado la otra, valorando razonablemente el contenido de cada propuesta.

¿Cómo descubrir, más allá de las palabras, la verdadera intención de las partes? El Código civil italiano facilita algunos criterios, como el histórico (art. 1362, apartado 2º) según el cual es necesario valorar el comportamiento de las partes en conjunto, incluso el posterior a la celebración del contrato. También se mencionan estos otros criterios lógicos de interpretación subjetiva: siempre con miras a obtener una correcta y equilibrada reconstrucción del contenido contractual, las cláusulas se deben interpretar las unas por medio de las otras, porque son lógicamente complementarias⁷³² (art. 1363), de este modo se conoce la intención de las partes teniendo en cuenta el acto jurídico en su conjunto, pues puede resultar que una cláusula aislada tenga un significado contrario a la voluntad de las partes cuando no es entendida a la luz de toda la reglamentación negocial; las expresiones generales se interpretarán restrictivamente de tal modo que comprenda solamente los objetos sobre los que las partes se han propuesto contratar (art. 1364); el acto se interpretará extensivamente cuando se ha expresado un caso con el fin de explicar un pacto, de tal modo que no se consideren

730 GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., v. I, p. 429.

731 TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, cit., p. 602.

732 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II., p. 484.

excluidos los casos no expresados que de acuerdo con la razón estén comprendidos en el pacto (art. 1365). Cierra el grupo de normas sobre la interpretación subjetiva el art. 1366 que dispone que el contrato debe ser interpretado de buena fe.

La buena fe es el punto de unión entre la orientación subjetiva y objetiva del proceso interpretativo. La *bona fides* romana se refiere al espíritu de cooperación de las partes contratantes, a fin de alcanzar sus recíprocas expectativas. La buena fe significa lealtad y claridad en el hablar por la confianza que genera en el destinatario⁷³³. En efecto, la buena fe impide que se pueda optar por una solución extrema, ya sea subjetiva u objetiva puras, por el peligro de que mediante conjeturas se llegue a sustituir la voluntad de las partes por una voluntad ficticia que existe solamente en la mente del intérprete (método subjetivo), o que sin tener en cuenta la imperfección del ser humano y del lenguaje se dé valor únicamente a lo expresado para la formación del acto aun cuando no revele la voluntad del agente (método objetivo).

Si no obstante la aplicación de las normas descritas subsiste cualquier duda sobre el contenido del contrato se aplican las reglas sobre la interpretación objetiva que prescinden de la intención de las partes, contenidas en los artículos 1367 a 1371 del Código italiano. Ante el dilema de optar entre dejar inoperante el contrato en todo o en parte o bien de eliminar la incerteza que perdura aplicando un criterio extrínseco a la autonomía de las partes, el legislador italiano ha optado por esta segunda alternativa mediante la previsión de diversos medios de interpretación objetiva que se aplicarán solamente cuando sea posible atribuir al contrato o a las cláusulas controvertidas un significado compatible con la finalidad perseguida por las partes. El art. 1367 afirma el principio de la conservación del contrato, al disponer que si persiste la duda sobre el significado del contrato o de alguna de sus cláusulas se debe interpretar en el sentido por el cual las disposiciones contractuales produzcan efectos jurídicos y no en aquel según el cual no tendrían ninguno. La *ratio* de esta norma reside en que si los contratantes se ponen de acuerdo sobre cualquier punto del acto es con el fin de que produzca algún efecto, por lo que se debe atribuir al acuerdo su significado útil. El art. 1368 prescribe que para entender las cláusulas ambiguas, debe hacerse referencia a lo que se practica en el lugar donde se ha formado el contrato. Según el art. 1369 las

⁷³³ ARANA COURREJOLLES, Carmen, *La interpretación del acto jurídico*, Cultural Cuzco, Lima, 1992, pp. 192-193.

palabras de varios sentidos deben entenderse en el sentido más conveniente a la naturaleza y al objeto del acto, es decir, se da relieve a la función económico-social objetiva del contrato específico y al destino económico del bien objeto del contrato. El art. 1370 consagra la regla de interpretación *contra stipulatorem* al establecer que las cláusulas dispuestas por uno de los contratantes se interpretan a favor de la otra parte.

Finalmente, el art. 1371, del citado Código italiano, establece un remedio extremo aplicable solamente cuando no sea posible obtener el significado del contrato aplicando las normas precedentes. Dispone este artículo que si persiste la duda, el contrato debe ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si es a título gratuito, y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes, si es a título oneroso. Una solución como esta se justifica solamente si con ella es posible llegar a la más verosímil reconstrucción del significado del contrato según sea gratuito u oneroso.

En el Derecho comparado varios textos normativos acogen ambos sistemas, el subjetivo y el objetivo, haciendo prevalecer el primero sobre el segundo o viceversa. Así, por ejemplo:

La Convención de Viena de Compra Internacional de Mercaderías, art. 8: "1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2. Si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte".

UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT): Art. 4.1. (Intención de las partes)

- (1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.
- (2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

Art. 4.2 (Interpretación de declaraciones y otros actos)

- (1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.

- (2) Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

Art. 4.3. (Circunstancias relevantes) Para la aplicación de los Artículos 4.1

y 4.2. Deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:

- (a) Las negociaciones previas entre las partes;
- (b) Las prácticas que las hayan establecido entre sí;
- (c) Los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato;
- (d) El significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y
- (e) Los usos.

Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos española del 2009:

“Art. 1278. Los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras. Si uno de los contratantes hubiere entendido el contrato o alguna de sus partes en un determinado sentido que el otro, en el momento de su conclusión, no podía ignorar, el contrato se entenderá en el sentido que le dio aquél. Cuando el contrato no puede interpretarse de acuerdo con lo que disponen los párrafos anteriores, se le dará el sentido objetivo que personas de similar condición que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias.

Para el Código civil peruano el objeto de la interpretación es la declaración (arts. del 168 al 170 y art. 1401), este es el principio rector, pero no como una tesis extrema que anule la voluntad, puesto que cuando se descubre que la declaración difiere del verdadero querer del agente, prevalece el querer interno, así sucede, por ejemplo, con lo regulado en el segundo párrafo del art. 1361, o cuando el agente ha declarado bajo los efectos del error o del dolo, casos en los que el objeto de lo que se interpreta es la voluntad. En otros términos, la interpretación de ninguna manera busca establecer la intención no objetiva del agente, sino el significado final del acto jurídico tal como resulta de la declaración, significado que puede ser diverso de la intención del agente, salvo que se pruebe la divergencia, caso en el cual prevalecerá la intención sobre lo declarado.

En la interpretación del acto jurídico siempre están presentes los aspectos objetivos y subjetivos. Por el aspecto objetivo, el acto jurídico tiene un significado en función de las circunstancias de la situación social en que se ha otorgado, de este modo se protege la confianza del destinatario de la declaración. Por el aspecto subjetivo, el acto jurídico no solamente tiene la significación que el ámbito social y la tradición le confieren, los que se derive de la naturaleza de la regulación, la personalidad de los otorgantes, sus relaciones precedentes que permitan hacer evidentes los resortes de la voluntad común.

67. NATURALEZA DE LAS NORMAS INTERPRETATIVAS

Frente a la concepción tradicional que considera que las normas sobre interpretación, llevan el sello del buen sentido y la equidad, son solamente máximas lógicas sugeridas por el legislador a los magistrados, meros consejos o directivas del criterio judicial o recomendaciones sin carácter obligatorio⁷³⁴, la doctrina moderna predominante reconoce que las normas sobre interpretación del acto jurídico son de carácter imperativo, cuyos criterios deben observarse ineludiblemente por el intérprete con el fin de dar solución a las diversas cuestiones que se presenten con relación a la determinación del sentido y alcance del acto. Como dice Betti, “no se debe inducir a creer que se trate de simples reglas técnicas destinadas a suministrar meros criterios orientadores que no tienen carácter preceptivo ni valor vinculante”⁷³⁵.

Por ser normas interpretativas de carácter imperativo y no dispositivo, deben observarse no solamente por los magistrados en los casos sometidos a su

734 Ver, entre otros, CARBONIER, Jean, *Derecho civil*, trad. de M. Zorrilla Ruiz, Bosch, Barcelona, 1971, T. II [El Derecho de las obligaciones y la situación contractual], p. 494; HENRI, MAZEAUD, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, cit., Parte II, vol. I, p. 374; GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones*, trad. de la 7.ª ed. italiana, Revista de Legislación, Madrid, 1909-13, n.º 182 y s.; JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, t. II, vol. II, Contratos, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Ejea, Buenos Aires, 1951, p. 176. LAFAILLE, Héctor, *Tratado de Derecho civil. Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1953, p. 341; DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, pp. 142-143.

735 BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., pp. 219 y s. Ver además, entre otros, LARROUMET, *Droit civil. Les obligations, le contrat*, cit., T. III, p. 134; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 179; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 601; MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II., p. 483; VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “Las normas de interpretación contenidas en el Código civil”, en *Revista Jurídica del Perú*, año XLVII, N.º 14, enero-marzo, Trujillo, 1998, pp. 19-20.

conocimiento, sino también por las partes que deben tenerlas en cuenta para determinar el significado del acto jurídico que han celebrado⁷³⁶, salvo, naturalmente, que estas de mutuo acuerdo decidan darle una significación diferente a la que resulte de aplicar las normas interpretativas, puesto que en ejercicio de su autonomía privada, con el acto jurídico, no solamente pueden crear relaciones jurídicas, sino que pueden modificarlas o extinguirlas.

Las normas interpretativas del acto jurídico solamente son obligatorias para las partes cuando estas no se puedan poner de acuerdo sobre un criterio diferente. La ley no puede dar lugar a que un acto jurídico sea interpretado en contra de como efectivamente lo entienden los que lo han celebrado. Sea el acto unilateral, bilateral o plurilateral, a nuestro entender, las normas interpretativas no son imperativas para el autor o autores del acto, quienes tienen la libre iniciativa individual para otorgar a sus actos la significación que deseen, persiguiendo cualquier interés social lícito que merezca tutela jurídica. De lo que se deduce que las normas interpretativas del acto jurídico son imperativas para los magistrados y cualquier tercero, pero no para el autor o autores del acto. Para estos serán imperativas solamente cuando el acto sea bilateral o plurilateral y no se pongan de acuerdo para dar al acto un significado diferente.

En resumen, las normas sobre interpretación del acto jurídico son imperativas para los magistrados y para cualquier otro tercero, pero para las partes solamente son imperativas si no hay acuerdo unánime diferente; las partes, en ejercicio de su autonomía privada, pueden darle la significación que quieran al acto jurídico que han celebrado con anterioridad con tal que no atenten contra normas imperativas (no interpretativas), el orden público o las buenas costumbres.

68. DESTINATARIOS DE LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN

Por su carácter imperativo, los destinatarios de las normas de interpretación son todos aquellos interesados en saber el significado y alcance de un acto jurídico: los magistrados, los árbitros de Derecho y otros funcionarios para poder resolver, dentro del límite de sus competencias, un conflicto derivado del acto jurídico sometido a su decisión; las partes, cuando no es posible que se pongan de acuerdo sobre criterios diferentes, para precisar sus derechos y obligaciones con miras a la ejecución, por ejemplo, del contrato que han celebrado; y cualquier ter-

736 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 179.

cero interesado en conocer el sentido y alcance de un acto jurídico. Por ejemplo, todos los que hacemos uso de los medios de transporte público tenemos interés en saber cuál es la significación y alcance de un contrato de seguro de responsabilidad civil celebrado por las empresas que se dedican a esta actividad.

69. CLASES DE INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

La interpretación del acto jurídico se clasifica en auténtica, judicial y doctrinal.

La *interpretación auténtica* o convencional es la realizada por las mismas partes mediante un acto jurídico sucesivo de fijación del significado del acto que han celebrado con anterioridad. Los actos bilaterales y plurilaterales son interpretados auténticamente con la manifestación de voluntad de todos los que son partes en ellos. La interpretación auténtica de los actos jurídicos unilaterales es realizada mediante la manifestación unilateral del otorgante.

No es prohibido a las partes la estipulación de un acto jurídico que tenga por objeto dar una interpretación precisa a un acto precedente celebrado entre las mismas⁷³⁷. Se trata en efecto de un acto por el cual se esclarece el significado, con valor únicamente declarativo. Si el acto jurídico nuevo se limita solo a interpretar el precedente, es calificado como acto con valor declarativo; en cambio, si la interpretación se resuelve en una verdadera modificación de la estipulación precedente, no obstante que se utilice el mismo *nomen iuris*, constituye en realidad una verdadera innovación respecto a la regulación de intereses precedentemente acordados, caso en el que tendremos un acto jurídico modificado.

La interpretación auténtica de los actos de autonomía privada es realizada mediante otro acto de autonomía privada, por lo que el intérprete puede separarse de los criterios hermenéuticos legales, lo que no está permitido a los magistrados y a los terceros. Como dice Betti⁷³⁸, "en el estricto ámbito de la autonomía privada el autor de la declaración unilateral *mortis causa* y las partes en

737 La opinión negativa parte del presupuesto que las partes no pueden derogar las normas interpretativas, por ser normas imperativas cuyo destinatario es el juez. Prescindiendo de la calificación de tales normas, si es verdad que el juez debe tener en cuenta la común intención de las partes, pero no podrá dejar de tener en cuenta la intención (manifestada en el contrato) de dar una determinada interpretación al acuerdo y de eximirse de la aplicación de las normas sobre la materia (FRANCESCHETTI, *Il contratto*, cit., p. 343).

738 BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 206.

el negocio bilateral son dueños de regular sus intereses como crean más conveniente, incluso con relación a un problema de inteligibilidad”.

La interpretación auténtica de un contrato puede ser contextual o sucesiva. La primera, forma parte integrante del contrato por tratarse de una declaración que completa, precisándolo, el contenido de la voluntad de las partes. La sucesiva, es el acto que tiene por fin asegurar el significado de un contrato que las partes ya han celebrado. Este acto puede perder su función interpretativa para asumir la de modificación del contrato originario. La alternativa entre interpretación y modificación carece de importancia para las partes, pero frente a terceros se debe aplicar el principio de tutela de los terceros que de buena fe han adquirido derechos sobre la base del significado aparente del contrato⁷³⁹.

La *interpretación judicial* es realizada por los magistrados y árbitros de Derecho, quienes en última instancia deben fijar el contenido, sentido y alcance del acto jurídico con estricta sujeción a los criterios interpretativos legales, con el fin de resolver el conflicto de intereses sometido a su decisión. La interpretación jurisprudencial es vinculatoria para las partes, para los terceros que tengan intereses derivados del acto interpretado, y para el magistrado que la emitió, dado a que para él es un precedente que aplicará a todos los casos futuros idénticos.

La *interpretación doctrinal* es realizada por terceros como una función de asesoramiento, por ejemplo, la opinión de un jurista sobre la significación y alcance de un acto jurídico. No tiene carácter vinculatorio para las partes ni para el intérprete, aunque sí puede tener influencia moral sobre terceros, especialmente sobre los magistrados, según el grado de prestigio del intérprete.

70. INTERPRETACIÓN, CALIFICACIÓN E INTEGRACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Hay que diferenciar la interpretación de la calificación y de la integración del acto jurídico.

La ejecución del acto jurídico no siempre es pacífica, se presentan problemas en cuanto a la determinación de su naturaleza (a qué clase de acto típico o atípico pertenece) con el fin de identificar el ordenamiento legal aplicable (calificación), o en relación al significado y alcance de sus estipulaciones o cláusulas

739 BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. III, p. 445.

(interpretación), o referentes a su contenido por presentar vacíos que hay que llenar (integración).

La interpretación, la calificación y la integración de un acto jurídico, en este orden, constituyen operaciones interrelacionadas entre sí, pero al mismo tiempo dotadas de autonomía conceptual y de su propia operatividad.

Como expresa Ordoqui⁷⁴⁰, que el tema de la integración “tiene un orden secuencial lógico que debemos tener en cuenta, siguiendo las enseñanzas de Betti cuando se pregunta qué es lo primero que hace el jurista:

- a) Etapa preparatoria: lo primero es tener ante sí la prueba de la existencia de una declaración, generalmente en un documento. Puede tener ante sí pruebas de tratativas negociales preliminares;
- b) Lo segundo que inmediatamente interesa es qué se deduce de esos hechos o documentos. O sea, qué dice ese documento o qué se deduce de esas tratativas y de allí se llega a la conclusión, luego de interpretar lo que está escrito, de que puede ser un contrato, lo que supone ya una calificación;
- c) Habiendo sido calificado de contrato, se pasa entonces a interpretar a la luz de las pautas de interpretación contractuales. Si advierte omisiones, procede a integrarlo”.

70.1. La interpretación del acto jurídico

La *interpretación* del acto jurídico, como hemos dicho, es una actividad encaminada, mediante un proceso de comprensión, a establecer su sentido y alcance jurídicamente relevante, resolviendo así las dudas sobre su existencia y las desinteligencias sobre su contenido. Así, la interpretación está orientada a realizar un amplio análisis del contenido del acto jurídico, con el fin de establecer cuáles son los derechos que las partes quisieron adquirir y cuáles las obligaciones que asumieron.

En esencia, la interpretación del acto jurídico quiere decir determinar el significado de aquello que las partes han dispuesto al regular sus intereses particulares.

740 Ordoqui Castilla, Gustavo, *Integración del contrato y constitución*, en Teoría General del Contrato, Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti, t. II, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 2012, p. 1073.

70.2. La calificación del acto jurídico

La *calificación* del acto jurídico está encaminada a establecer a qué clase o subclase de acto jurídico abstracto (típico o atípico) corresponde un acto jurídico concreto a fin de establecer la normatividad aplicable a este. Por ejemplo, si el caso de que se trate es un testamento, y, de ser así, si es ológrafo, cerrado o por escritura pública, o si es un contrato y en tal caso si se trata de una compraventa, una cuenta corriente bancaria, etc.

Por la *calificación* de un acto jurídico se determina su naturaleza jurídica, expresada en un *nomen iuris*, o sea encuadrar el acto jurídico concreto (real) en un determinado tipo abstracto (arrendamiento, *leasing*, hospedaje, leasing, etc.), lo que viene a constituir la premisa indispensable para determinar las normas jurídicas que le son aplicables. Por la calificación se identifica el abstracto tipo legal en cuyo supuesto normativo se ha de subsumir el acto jurídico concreto, a fin de aplicar a este la disciplina propia de aquél. Por ejemplo, si Ticio se obliga a ceder temporalmente a Cayo el uso de un bien por una cierta renta convenida (acto jurídico concreto), este acto se encuadra en el esquema legal correspondiente al contrato de arrendamiento (tipo legal abstracto: arts. 1666 y s. del C.C.).

Luego de fijados los hechos y establecido su significado y alcance mediante la interpretación, se adscribe el acto a una de las categorías negociales tipificadas (reguladas) por el ordenamiento jurídico, atribuyéndole los efectos que le son propios, o considerándolo como un acto atípico al cual se le aplicará las normas que regulan el acto típico que más le asemeja.

Si las partes no atribuyen ningún *nomen iuris*, como sucede con el acto jurídico tácito, la calificación se efectúa deduciéndola de los elementos de hecho. Por ejemplo, Ticio ha trabajado en la empresa de Cayo: ¿ha trabajado como dependiente, como sostiene Cayo, o como socio industrial, como pretende Ticio, al reclamar su participación en los beneficios empresariales?⁷⁴¹ En este caso, la calificación se efectuará atribuyendo relevancia jurídica calificadora a los hechos aportados por las partes.

En ocasiones, es la propia ley la que ofrece un criterio para calificar los hechos. Por ejemplo, el art. 1665 dispone que cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es compra-

⁷⁴¹ Ejemplo de GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., v. I, p. 436.

venta. Otro ejemplo, en el caso que el precio de transferencia de un bien se fije parte en dinero y parte en otro bien, el art. 1531 impone la calificación del contrato, a falta de intención manifiesta de los contratantes, como permuta cuando el valor de bien es igual o excede al del dinero; y de compraventa si es menor.

Cuando existe contradicción entre el *nomen iuris* dado por las partes al acto jurídico y su contenido, la calificación se deducirá del contenido. Por ejemplo, una de las partes contratantes declara vender y la otra comprar el edificio que la primera se obliga a construir a cambio de una retribución. Este no es un contrato de compraventa sino un contrato de obra; por consiguiente, se le aplican las normas que regulan el contrato de obra y no las de la compraventa.

Cuando en los actos jurídicos concurren elementos extraños a las categorías de los actos típicos o concurren elementos de diversos tipos legales, son calificados como actos atípicos. Para estos actos, el Código civil exige los mismos requisitos de validez que para los típicos, pero no contiene criterios para su completa regulación. Si estos actos atípicos son contratos se les aplica las normas sobre contratos en general (art. 1353). Cuando en un acto atípico se combinan elementos de dos o más actos típicos, estamos frente a un acto mixto, el cual se regulará integrando las normas de los contratos típicos a los que corresponden tales elementos. Por ejemplo, el contrato por el cual una de las partes se obliga a transferir la propiedad de un bien a cambio de que la otra pague una contraprestación: parte en dinero y parte con la construcción de una obra, será calificado como un contrato mixto de compraventa y de obra; la prestación del enajenante consistente en transferir la propiedad del bien estará sometida a las reglas de la compraventa; mientras que la parte de la prestación del adquirente consistente en pagar una suma de dinero, también se regulará por las normas de la compraventa y la parte de la prestación consistente en ejecutar una obra se regirá por las normas del contrato de obra⁷⁴².

742 La casación italiana es de opinión distinta, pues considera que los contratos mixtos se regulan por las normas del contrato al cual pertenece la prestación de valor preminente: "A fin de determinar la naturaleza jurídica exacta de un negocio jurídico complejo en el cual se hayan mezclado y combinando elementos del arrendamiento de obra (así se denomina en Italia al contrato de obra) y elementos de la venta, es preciso seguir el criterio de la prevalencia entre las prestaciones pactadas, y el negocio debe sujetarse a la disciplina unitaria de uno o del otro contrato, con base en la prevalencia de los elementos que concurren a constituirlo, el factor decisivo para establecer tal prevalencia lo proporciona el interés que ha movido a las partes, encontrándose ante una venta si han tenido interés en intercambiarse un bien por

El acto jurídico no es el nombre que le pongan las partes, propensas a utilizar términos jurídicos cuyo significado desconocen, sino lo que de su contenido y circunstancias se deriva. Las partes con sus expresiones pueden hacer una calificación errónea del acto o simular su naturaleza, para proceder, por ejemplo, a evadir el pago de impuestos. La calificación ha de hacerse de acuerdo a la voluntad real de las partes contenida no solamente en sus declaraciones con las cuales perfeccionan el acto, sino también en sus comportamientos anteriores, simultáneos y sucesivos y todos los otros elementos de hecho que contribuyan a determinar el sentido que las partes quisieron dar a sus declaraciones de voluntad. Con frecuencia, la interpretación es necesaria para llegar a una correcta calificación del acto jurídico, puesto que con la interpretación se busca establecer que cosa es lo que han querido las partes con sus declaraciones, si una promesa de contrato o un contrato definitivo, si un acto oneroso o un acto gratuito, si un acto conmutativo o un acto riesgoso, si un arrendamiento o un hospedaje o un comodato, si una venta o una permuta o un suministro, etc.

La interpretación, expresa Trabucchi⁷⁴³, está precedida de un complejo de operaciones orientadas a establecer, por los medios probatorios, el hecho de la declaración y la existencia de circunstancias precedentes, concomitantes o sucesivas. En el momento probatorio se verifica aquello que ha acaecido o no, aquello que es o que no es verídico. Enseguida, la interpretación indica el exacto significado de los elementos del hecho probados, esto es, el significado jurídico relevante. Finalmente, en un tercer momento, el hecho probado en su existen-

una suma de dinero, y solo por razones contingentes el vendedor se haya conformado en recibir una parte de la contraprestación bajo la forma del cumplimiento de un *opus*, mientras debe reconocerse la existencia de un contrato de arrendamiento de obra cuando el interés originario y fundamental de las partes haya sido el de realizar, y recibir, respectivamente, una obra, incluso cuando la contraprestación estuviese constituida por un bien, y la verificación correspondiente constituye una apreciación de hecho sustraída al examen de legitimidad, cuando esté conveniente y correctamente motivado (en el caso: un contrato tenía por objeto la transmisión de un bien inmueble a cambio de una contraprestación que estaba constituida en parte por el pago de una suma dinero y en parte por la construcción de una carretera por parte del adquirente, los jueces de instancia habían entendido predominante, con base en la valoración del correspondiente interés de las partes, el carácter traslativo del contrato, con el consiguiente sometimiento del mismo a la disciplina de la venta, excluyendo la aplicación del art. 1667 del C.C. italiano y del término de prescripción correspondiente; la *Corte suprema*, desde el principio del que se ha partido, entendió insensurable tal pacto" (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., v. I, p. 439).

743 TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, cit., p. 601.

cia y establecido su significado, es jurídicamente calificado como compraventa, mutuo, sociedad, etc.

70.3. La integración del acto jurídico

El acto jurídico, especialmente el contrato, obliga a las partes no solo en cuanto en él se haya expresado, sino también en todas las consecuencias que de él se derivan según la ley, o a falta de ley, de los usos y costumbres.

Junto a las disposiciones convencionales (fuentes autónomas de derecho) es necesario considerar, por tanto, todas aquellas consecuencias que encuentran su fundamento en la ley o en otras fuentes heterónomas.

Por la *integración* del acto jurídico se llenan las lagunas que presenta con las normas dispositivas que se consideran incluidas en el acto si no se ha dispuesto lo contrario, para determinar todos los efectos que habrá de producir⁷⁴⁴. Por ejemplo, si los contratantes no han dicho nada sobre el saneamiento por evicción o por vicios ocultos del bien transferido en propiedad, posesión o uso, se aplican las normas relativas a esta materia contenidas en el Código civil, arts. 1484 y ss. Por la interpretación se atribuye su significación y alcance al acto jurídico; en cambio, por la integración se llenan los vacíos que presenta para establecer todos sus efectos, puesto que el acto negocial obliga a las partes no solo en cuanto se haya expresado en él, sino también en todos sus efectos que se deriven de la ley.

Al establecerse, mediante la interpretación, el alcance del acto jurídico quedan fijados los efectos que las manifestaciones de las partes han introducido en el contenido del acto; a estos efectos derivados de la manifestación de volun-

744 UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT): Art. 4.8 (*Integración del contrato*)

Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.

Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

La intención de las partes;

La naturaleza y finalidad del contrato;

La buena fe y la lealtad negocial;

El sentido común.

rad, mediante la integración, se agregan los otros efectos dispuestos por la ley o también por la costumbre en los casos en que la ley se remite a ella.

Hay que concluir que previamente a la interpretación es la determinación, a través de los medios probatorios, de la existencia de la manifestación o manifestaciones de voluntad con las cuales se ha originado un acto jurídico, luego mediante la interpretación se establece su sentido y alcance, para después, a través de la calificación, adscribirlo a uno de los tipos o categorías de actos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Finalmente, las manifestaciones insuficientes, que presentan lagunas o vacíos, son completadas con las normas supletorias y a falta de ellas por las costumbres.

71. INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO EN EL CÓDIGO

(1) Concepto

La interpretación del acto jurídico es la actividad lógica, ejecutada según las pautas previstas en el Código, básicamente en las reglas establecidas en el Título IV del Libro II, que tiene por finalidad la búsqueda y determinación del significado y alcance jurídicamente relevante del contenido del acto según lo querido por las partes en el momento de su celebración.

Sustancialmente, la interpretación del acto jurídico quiere decir determinar el significado relevante jurídicamente de lo que las partes han dispuesto, mediante el análisis de la manifestación de voluntad y de las circunstancias en que es pronunciada.

En ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, los sujetos son libres de regular sus intereses particulares, siempre que no contravengan las normas legales de carácter imperativo. Los actos jurídicos son obligatorios en cuanto se haya manifestado en ellos. Sin embargo, debido principalmente a la imperfección del lenguaje y de ser humano, son frecuentes las discrepancias entre los otorgantes sobre el contenido del acto, de aquello que buscaban y por lo que se decidieron a obligarse. De ahí la necesidad de una actividad orientada a determinar los derechos y obligaciones establecidos por los otorgantes, de eso trata la *interpretación*; otra trata de determinar a qué clase de actos jurídicos se ajusta el celebrado, a fin de establecer las normas que le son aplicables, de ello se ocupa la *calificación*; y, finalmente, otra actividad está encaminada a completar el contenido normativo del acto en aquello que las partes han guardado silencio, en esto consiste la *integración*.

(2) Naturaleza de las normas de interpretación

Tradicionalmente la doctrina se interroga sobre la naturaleza de las normas de interpretación, en particular con el fin de determinar las consecuencias en caso de violación o inobservancia de las mismas por parte del juez.

Al respecto existen dos criterios:

- 1) según una primera tesis, que es la minoritaria, las normas en materia de interpretación del acto jurídico no son verdaderas reglas de Derecho positivo, sino simples criterios de lógica o de sentido común que el intérprete puede o no utilizar. Se sostiene también que las normas de interpretación son de carácter dispositivo y no imperativo, por tanto, el intérprete se puede apartar de ellas y guiarse por sus propios criterios;
- 2) la segunda orientación prevaleciente, en cambio, considera que son verdaderas normas imperativas. Por tanto, la inaplicación por el juez de una norma de interpretación para resolver el conflicto de intereses derivados del acto jurídico sometido a su decisión es causal para que la resolución judicial sea recurrida en casación ante la Corte Suprema de Justicia⁷⁴⁵.

Este segundo criterio es el que se impone, por cuanto las normas de interpretación del acto jurídico contenidas en la ley no son meros criterios orientadores sin carácter preceptivo, cuya aplicación se deja al buen criterio del juez, sino son normas de carácter imperativo para el juez⁷⁴⁶, para cualquier tercero,

745 CPC: Art. 384. El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

Art. 386. El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial.

746 “Existen normas jurídicas que gobiernan la interpretación de otras normas jurídicas; existen igualmente normas jurídicas que gobiernan la interpretación del contrato” (Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p.94). “Sobre su carácter jurídico y vinculante no puede dudarse. No son apotegmas lógicos; por el contrario, imponen criterios de política jurídica, deciden imperativamente casos de duda y ordenan cómo se ha de completar lo establecido en la regla negocial” (De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 94).

y también para las partes, cuando estas no puedan ponerse de acuerdo sobre el significado del acto jurídico que han celebrado.

Como las normas sobre interpretación del acto jurídico han sido dictadas en interés de los otorgantes, se concluye que cuando estos están de acuerdo en otorgarle al acto un determinado significado, tales normas no son obligatorias para ellos, puesto que la ley no puede dar lugar a que un acto se interpretado en contra de lo que efectivamente lo entienden los que los han celebrado. Se concluye que las normas interpretativas del acto jurídico son imperativas para los magistrados y cualquier tercero, pero no para el autor o autores del acto. Para estos serán imperativas solamente cuando el acto sea bilateral o plurilateral y no se pongan de acuerdo para darle un significado diferente, pues ellos, en ejercicio de su autonomía privada, pueden darle la significación que quieran al acto jurídico que han celebrado, modificarlo o extinguirlo, siempre que con ello no transgredan el ordenamiento jurídico.

(3) **Ámbito de aplicación**

Las normas de interpretación son de aplicación a toda clase de actos jurídicos unilaterales, bilaterales, patrimoniales, extrapatrimoniales, escritos o verbales, con manifestación expresa o tácita, salvo la existencia de normas específicas para determinados actos.

Para los actos jurídicos no negociales (extrapatrimoniales: reconocimiento de hijo, matrimonio, etc.), como sus efectos no provienen de la manifestación de voluntad, sino son fijados directamente por la ley, no hay un problema de interpretación de la voluntad o de la común intención de las partes, consiguientemente no son de aplicación las normas hermenéuticas del acto jurídico.

(4) **Objeto de la interpretación**

Si el acto jurídico es la manifestación de *voluntad* del otorgante o de la *común intención* de los otorgantes, según que el acto sea unilateral o bilateral (arts. 140 y 1362), no hay duda que el objeto de la interpretación es la voluntad o la común intención objetivadas en la manifestación, mas no la voluntad interna no exteriorizada.

El acto jurídico debe ser interpretado indagando cuál es la voluntad o la común intención del otorgante u otorgantes en el momento de la celebración del acto, estableciendo con precisión los derechos y obligaciones que han querido crear, regular, modificar o extinguir.

El objetivo de la interpretación es determinar el exacto significado que el acto jurídico tiene para las partes, a fin de conocer a qué se han comprometido realmente.

Sobre la base del principio de la confianza que debe gobernar las relaciones sociales, especialmente las económicas, y dado a que entre aquello que se quiere y aquello que se declara existe concordancia, el ordenamiento jurídico confiere relevancia a manifestación estableciendo que "se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes". La ley atribuye relevancia a la voluntad expresada por las partes, pero si la declaración es divergente de la voluntad (o de la común intención) y se prueba esta divergencia, prevalece la voluntad sobre la declaración (art. 1361); reza un antiguo aforismo: la letra mata y el espíritu vivifica. Si hay divergencia entre la voluntad y su declaración y las partes no están en grado de probarla, el acto jurídico produce sus efectos conforme a la declaración; la voluntad es entendida tal como está declarada.

(5) Sistema objetivo, subjetivo y mixto

En la esencia del acto jurídico está la voluntad jurídica manifestada (aquí no hablamos de voluntad psicológica). Los elementos esenciales de la voluntad jurídica son el discernimiento, la intención, la libertad (estos tres elementos integran la voluntad interna) y la exteriorización (voluntad de declarar). La voluntad interna y su declaración constituyen una unidad denominada voluntad jurídica. Al Derecho no le interesa la voluntad como hecho psicológico no exteriorizado (reserva mental) y, por tanto, sin ninguna trascendencia social.

El Derecho, por ser regulador de conducta humana social, solamente se preocupa de encausar la voluntad exteriorizada como acto social encaminado a producir consecuencias jurídicas (el Derecho no regula la vida psicológica del sujeto, como sus pensamientos, sentimientos, etc.). Pero es innegable que por error, dolo, violencia, por un lapsus, por la precariedad de las personas, por la serie de dificultades que presenta el lenguaje, o también adrede, el sujeto declare algo que no coincide con su voluntad real, ocasionando una divergencia entre la voluntad y su declaración.

Los que han tomado la decisión de celebrar un acto jurídico plasman su deseo en una manifestación de voluntad, cuyas estipulaciones regirán sus derechos y obligaciones. Estas estipulaciones pueden ser claras denotando la voluntad real

de las partes o pueden ser ambiguas, contradictorias, oscuras, de modo que no reflejan el sentido y alcance que las partes quisieron dar a sus declaraciones. Lo que dice la declaración de voluntad puede ser muy claro, pero lo que quisieron decir las partes puede no estarlo; por ello, la idea de que las expresiones claras no necesitan ser interpretadas (*in claris non fit interpretatio*) ha caído en descrédito.

Todo acto jurídico, unilateral, bilateral o plurilateral, formal o verbal, concluido expresamente o tácitamente, necesita de la interpretación para resolver las desinteligencias que se plantean en cuanto a su significación y alcance de su contenido.

Con la interpretación del acto jurídico se persigue reconstruir la voluntad realmente querida por la parte o partes, voluntad plasmada en la manifestación expresa o tácita (no la voluntad psicológica) y en las circunstancias que rodean su celebración, incluyendo el comportamiento anterior, posterior y coetáneo de las partes. Las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta son todos los acontecimientos y situaciones que puedan determinar el sentido de la manifestación, por ejemplo, la conducta global de las partes, sus manifestaciones en otros actos similares, el lugar y el tiempo de la declaración, la forma de conducirse de las partes en esta clase de negocios, las relaciones personales entre las partes, la publicidad de las ofertas en los medios de comunicación, afiches, volantes, que contribuyan a dar sentido y alcance a las manifestaciones como hechos sociales destinados a producir efectos jurídicos. Cuando el acto es bilateral o plurilateral, la voluntad individual de una de las partes no puede sobreponerse sobre la voluntad común porque en estos actos lo que vale es el consentimiento (o sea la confluencia de voluntades de todas las partes) y no cada una de las intenciones individuales.

La buena fe no admite que se haga prevalecer una indagación subjetiva que puede conducir a sustituir la voluntad de la partes por una voluntad ficticia producto de la apreciación conjetural del intérprete ni tampoco permite la supremacía de la teoría objetiva que puede llevar a amparar el error, el dolo, la usura, el abuso de la parte fuerte sobre la débil, sino que propicia una averiguación intermedia entre estos dos extremos. La interpretación no tiene por objeto únicamente a la declaración (teoría objetiva), no se agota en los estrechos límites de la declaración con la cual se crea el acto jurídico, no se limita al análisis gramatical de las expresiones usadas por los declarantes, sino que investiga y reconstruye la voluntad real, de alguna forma exteriorizada, de las partes tomando en consideración sus comportamientos anteriores (las tratativas y todo aquello

que esté destinado a integrarse en el texto definitivo del acto), simultáneos o sucesivos (teoría subjetiva)⁷⁴⁷.

Veamos algunos ejemplos:

- 1) De la declaración puede aparecer con toda precisión que las partes han celebrado un contrato de promesa de compraventa de mercaderías; sin embargo, se puede demostrar que antes de esta declaración o después se pagó parte del precio o se entregaron parte de las mercaderías, por lo que fijados los hechos de este modo, habrá que interpretar no un contrato de promesa de compraventa (por el cual el deudor se obliga no a transmitir la propiedad sino a celebrar el futuro contrato de compraventa) sino uno de compraventa (que es un contrato definitivo por el cual el deudor se obliga a transferir la propiedad de los bienes vendidos) porque esa es la voluntad real de las partes; al respecto es terminante el segundo párrafo del art. 1361 que dispone: *Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.*
- 2) Es frecuente en nuestro medio que los que se dedican a hacer préstamos con intereses usurarios hacen constar en el contrato de mutuo haber entregado al mutuuario una cantidad mayor a la realmente entregada; si se prueba esto, se ha reconstruido la voluntad verdadera de los contratantes que fue de dar y tomar en préstamo una cantidad menor; por tanto será esta voluntad real, y no la declarada, por ser falsa, el objeto de la interpretación, en aplicación del art. 1664 que establece: *Si en el mutuo se declara recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, el contrato se entiende celebrado por esta última, quedando sin efecto en cuanto al exceso.*
- 3) Si una persona que se encuentra en estado de necesidad vende su casa que tiene un valor de doscientos mil soles por el precio de noventa mil a un comprador que conociendo el estado de necesidad del vendedor se aprovecha de esta situación, el vendedor puede demandar la rescisión del acto jurídico compraventa por lesión, en aplicación del art. 1447 que prescribe: *La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovecha-*

747 El inc. 4 del art. 218 del Código de Comercio argentino, dispone: Los hechos de los contratantes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con el que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato.

miento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro; de las declaraciones de voluntad del vendedor y del comprador no aparece ni expresa ni implícitamente que haya una excesiva desproporción en las prestaciones, ni que el vendedor se encuentra en estado de necesidad, ni que el comprador se haya aprovechado de esta situación: estos son hechos extracontractuales que las partes deben probar y el intérprete valorar para reconstruir la verdadera voluntad común de los contratantes otorgándole su significado auténtico, que en este caso, conducirá a la rescisión del contrato.

En todo caso, se interpreta exclusivamente la voluntad manifestada (declaración con la que se forma el acto y comportamiento de las partes concorde con el modo de entender la declaración), esto es, exteriorizada de alguna forma expresa o implícitamente (tácita)⁷⁴⁸. Pero ello no quiere decir que la interpretación es solamente de la voluntad contenida en la declaración con la que se formó el acto jurídico, sino que la voluntad real hay que reconstruirla tomando en consideración todo otro comportamiento de las partes que no esté contenido en la declaración, pero que sea compatible con ella, para darle su verdadero sentido. Es claro entonces, que la interpretación del acto jurídico empieza por la declaración para la formación del acto, pero no se agota allí⁷⁴⁹, puesto que ello significaría en

748 “[A] una interpretación puramente gramatical y atomista que podría aislar la declaración del marco de las circunstancias socialmente relevantes en que fue emitida y a poner la letra por encima del espíritu, se contrapone otra interpretación que integra la declaración y la encuadra en el completo comportamiento recíproco y en el conjunto de las circunstancias en la que se desarrolla, esclareciendo el espíritu y el fin práctico en la conciencia de ambas partes” (BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 372).

749 Es de opinión distinta el Profesor Fernando Vidal Ramírez, quien coincidiendo con el Dr. Max Arias. Schreiber, dice que hay que 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 (...) el intérprete 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 tácita, aplicando al efecto las reglas del artículo 141 del Código civil, por lo que queremos enfatizar que no solo “lo expresado” por escrito puede ser objeto de la interpretación, pues lo que realmente es propio de la labor del hermeneuta es la manifestación de voluntad que queda materialmente plasmada” (VIDAL RAMÍREZ, “Las normas de interpretación contenidas en el Código civil”, cit. p. 16). El prestigioso profesor Vidal Ramírez, recalca: “El código ha definido una posición. Las relaciones entre la voluntad y su manifestación y la determinación del sentido

la práctica legitimar graves injusticias; para evitarlas se debe indagar cuál ha sido la voluntad, si el acto es unilateral, o la voluntad común (el acuerdo de las partes), si es bilateral o plurilateral, por todos los medios probatorios admitidos, aun los extrínsecos al acto. Por tanto, el intérprete, especialmente el juez, no queda entregado a una libre y subjetiva investigación psicológica, sino que la voluntad real debe ser probada, lo que implica que solamente vale para el Derecho la manifestación objetivada de la voluntad, como lo exige el art. 1361. Conocida la voluntad del agente o agentes se tiene que estar a ella, antes que al sentido literal de las palabras⁷⁵⁰, hacer lo contrario sería sacrificar la verdad frente a la falsedad, que es a lo que conduce cuando se afirma que la voluntad no puede ser apreciada de otro modo que no sea “en lo expresado” para la formación del acto jurídico.

Este sistema subjetivo de interpretación, como dice Betti⁷⁵¹ “atiende a dar relevancia al intento común de las partes frente al sentido literal de las palabras, entiende por tal la intención común, no la voluntad de cada una de las partes, que permanece inexpresada en la esfera interna de la conciencia, sino el concierto interno que se ha formado entre las partes en cuanto aparece como reconocible en su común o congruente declaración y conducta. Entendiéndose por ello que esta común o congruente declaración o conducta, interpretada por otro no según la muerta y abstracta letra de las palabras, sino según su espíritu, es interpretada en función del recíproco comportamiento de las partes de las que proviene y de la situación de hecho, en la que aparece en concreto encuadrada (...) la ley no se separa de los criterios objetivos (art. 1362 del Código italiano) cuando pone junto al sentido literal de las palabras la común intención de las partes, porque también esta común intención va genéticamente reconstruida en su objetiva reconocibilidad y por ello bajo la medida de aquellos criterios”.

La regla es que lo expresado para la formación del acto jurídico revela la voluntad real del agente, por lo que si las expresiones usadas son claras en cuanto

de esta se rigen por lo declarado, sin que la referencia al principio de la buena fe atenúe el criterio objetivista” (VIDAL RAMÍREZ, “Las normas de interpretación contenidas en el Código civil”, cit., p. 15).

750 Al respecto es interesante el art. 1560 del Código civil chileno que establece: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Andrés Bello, con esta disposición, modificó y clarificó sustancialmente al art. 1156 del Código de Napoleón que expresa: “En los convenios se debe buscar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, antes que atenerse al sentido literal de las palabras”. Para el Código chileno, la intención debe ser claramente manifestada, conocida.

751 BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 356.

a revelar la voluntad del agente, se estará al sentido literal de las palabras, pero si de estas apareciera que la declaración no coincide con la voluntad se buscará ésta por sobre lo expresado en la literalidad de las palabras⁷⁵².

Ningún ordenamiento jurídico importante opta por un sistema de interpretación objetivo o subjetivo puro, sino que toman en consideración los dos elementos con los que se forma el acto jurídico: la voluntad y la declaración, haciendo prevalecer a uno de ellos⁷⁵³. Tan peligroso es un sistema subjetivo puro como un sistema objetivo puro de interpretación del acto jurídico.

752 A este respecto, el art. 1197 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación Argentina de 1991 que dispone: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma si las circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración y fueron aceptadas por la otra, o lo hubieran sido de haberse exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución. Los contratos deben celebrarse, ejecutarse e interpretarse de buena fe y de acuerdo con lo que, verosíblemente, las partes entendieron, o pudieron entender obrando con cuidado y previsión. Para la interpretación: 1) se tomará especialmente en cuenta la literalidad de los términos utilizados, cuando proceda la interpretación restrictiva; 2) en los otros casos se tomará especialmente en cuenta: a) la finalidad económica del contrato, de acuerdo con lo que fue la intención común de las partes al contratar; b) la intención de cada una de las partes al contratar en cuanto la otra parte la hubiera conocido, u obrando con la debida diligencia hubiera debido conocerla; c) el sentido que razonablemente hubiera dado a la manifestación de cada una de las partes una persona en la situación y de las condiciones de la otra; d) los actos de cada parte anteriores a la conclusión del contrato, incluidas las tratativas preliminares y las prácticas antes establecidas entre ellas y en sus otros negocios, con cuyo mantenimiento hubiera razonablemente podido contar la otra parte; e) la conducta de las partes después de concluido el contrato, y en particular la vinculada con su ejecución; f) los usos y costumbres del lugar de celebración del contrato. Las cláusulas del tipo de las previstas en el art. 1157, incs. 1 y 2, no constituyen usos y costumbres, aunque sean de práctica. 3) en los contratos predispuestos: a) las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales aunque estas no hayan sido canceladas; b) las cláusulas incorporadas prevalecen sobre las preexistentes; c) las cláusulas ambiguas serán interpretadas contra el predisponente; d) si el no predisponente fuese una persona física, la interpretación se hará en sentido favorable para él. Se presumirá su liberación si es dudosa la existencia de una obligación a su cargo; cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación se estará a la que le sea menos gravosa".

753 Como dice De Gásperi: "(...) aun cuando ambos sistemas legislativos señalan al juez normas distintas de interpretación, los resultados a que ambos métodos conducen son tangenciales en cuanto toman en consideración los dos elementos que entran en la formación del acto jurídico, con la diferencia puramente teórica relativa al valor de cada uno de ellos: la sublimación del fenómeno psicológico con el abatimiento de su manifestación, por la teoría volitiva, y la exaltación del hecho exterior con sumisión del proceso interior de la voluntad, por la teoría de la declaración, de suerte que (...) no se observa ninguna diferencia entre este sistema y el de la voluntad interna" (DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 170).

En Derecho no hay nada químicamente puro. El sistema subjetivo procedente de un texto de Papiniano (*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*) fue recogido en la fórmula de Pothier, la cual expresa: “*Se debe en las convenciones buscar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, más bien que atenerse al sentido literal de las palabras*”. Esta fórmula se consagró en el *Code Napoleon: Art. 1156. En los convenios se debe buscar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, antes que detenerse en el sentido literal de los términos*. De aquí fue derivado al art. 1131 del Código italiano de 1865 y luego al Código de 1942, arts. 1362-1365, y por otros códigos inspirados en el francés y en el italiano de 1942. También el Código civil alemán (de 1900) se inspira en el texto de Papiniano al establecer: Art. 133. *En la interpretación de una declaración de voluntad debe investigarse la verdadera voluntad y no atenerse al sentido literal de la expresión*.

En Latinoamérica, el Código más antiguo, el de Andrés Bello (Código chileno, art. 1560; Código colombiano, art. 1618; Código ecuatoriano, art. 1603) dispone: “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”. En el mismo sentido del Código francés, el art. 510 del Código boliviano y el art. 708 del Código paraguayo. El Código civil y comercial argentino, el más nuevo, prescribe: Art. 1061. “*El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe*”. En México, el Código civil para el Distrito Federal señala: Art. 1851. “*Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas*”.

Comentando el Código italiano, con relación a la interpretación del contrato, Roppo⁷⁵⁴ expresa que la interpretación subjetiva busca el *significado correspondiente a la “común intención de las partes”* (art. 1362); apunta a verificar lo que concreta y efectivamente las partes han querido en relación al reglamento contractual. Si con la interpretación subjetiva no se llega a determinar la concreta y efectiva común intención de las partes, entran en juego las reglas de la interpretación objetiva para atribuir al contrato un *significado que la ley considera objetivamente adecuado*. “Entre las dos clases de reglas existe una jerarquía.

754 ROPPO, *El contrato*, cit., pp. 438-439.

Antes se aplican las reglas de interpretación subjetiva, solo después, y solo en caso de que estas no hayan tenido éxito para develar la común intención de las partes, se pasa a aplicar las reglas de interpretación objetiva. La primacía de estas últimas refleja el *papel prioritario de la voluntad de las partes en la construcción del reglamento contractual*".

En la interpretación del contrato, el intérprete debe colocarse en una situación que supere el interés particular de cada parte contratante, para establecer la voluntad común, expresa o implícita, que determinó el consentimiento del cual se derivan los derechos y las obligaciones.

El derogado Código civil peruano de 1852 dispuso: Art. 1277. *Para la mejor inteligencia e interpretación de las cláusulas dudosas de un contrato, debe investigarse cuál fue la intención de las partes al celebrarlo. Concurreren 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 contribuyen al mismo fin.* El también derogado Código civil de 1936 no contenía ninguna disposición sobre interpretación del contrato. El vigente Código de 1984 no consagra el sistema subjetivo de interpretación. El art. 1361 de este Código prescribe que *los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.*

El sistema objetivo expuesto por Danz y contenido en el art. 157 del Código alemán de 1900, es atenuado por el art. 133 del mismo código que expresa: *"En la interpretación de una declaración de voluntad ha de investigarse la voluntad real y no atender al sentido literal de la expresión"*, y por la doctrina sentada por Enneccerus⁷⁵⁵, para quien, el descubrimiento de la voluntad real o interna no es la finalidad de la interpretación, pero debe ser investigada en la interpretación. El objeto de la interpretación es la declaración de voluntad, no la voluntad que no ha llegado a tener expresión. Pero la interpretación de la declaración no debe desatenderse de la voluntad real, sino que debe ser investigada partiendo de la declaración y demás circunstancias que interesan para la interpretación.

755 ENNECCERUS / KIPP / WOLFF, *Tratado de derecho civil*. Derecho de obligaciones, cit., T. I, vol. 1.

Nuestro Código civil adopta como principio general, rector, de interpretación el sistema objetivo, lo que está bien, puesto que toda interpretación tiene que empezar por el análisis de la declaración o declaraciones de voluntad con la que se forma el acto jurídico, pero en modo alguno puede desdeñar el sistema subjetivo como un principio subsidiario, dado que la voluntad real del agente no solamente se evidencia con la declaración con la cual se forma el acto jurídico, sino también con los comportamientos compatibles con tal declaración, sean anteriores, coetáneos o sucesivos e inclusive con el silencio de las partes, sus necesidades, sus posibilidades, el ambiente social en el cual se desenvuelven, etc. Si el Código adoptara el criterio objetivista a ultranza, sin ninguna atenuación, sería un pobre Código puesto solamente al servicio de la parte más fuerte, propiciaría la usura, la expoliación de la parte débil, el dolo. El criterio objetivo, garantía de seguridad en el tráfico jurídico, tiene que tener una válvula de escape que priorice la voluntad real debidamente probada (art. 1361), a fin de que se abra paso la justicia como finalidad última del Derecho.

El Proyecto de la Comisión Reformadora de 1975 acogió la mayoría de las reglas del sistema mixto de interpretación⁷⁵⁶: si los términos del acto jurídico son claros, se estará al sentido literal de sus cláusulas; si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente del agente, prevalecerá esta sobre aquéllas; la interpretación fáctica, o sea apreciando el comportamiento total del agente (art. 9); la interpretación sistemática (art. 10); la interpretación restrictiva de las expresiones generales (art. 11); la interpretación extensiva de los casos ejemplificativos (art. 12); la interpretación de buena fe y de acuerdo a los usos (art. 14); en la duda debe estarse por la conservación del acto (art. 15); las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el sentido más conforme a la naturaleza y objeto del acto (16); la interpretación en contra del estipulante (art. 17); si el acto jurídico continúa siendo oscuro, deberá este ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuese a título gratuito, y en el sentido de que realice la armonización equitativa de los intereses de los agentes, si fuese a título oneroso (art. 18). En el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981 se mantienen estas mismas reglas sin modificaciones sustanciales⁷⁵⁷. Los autores

756 *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código civil*, Publicación del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, pp. 7-8.

757 Ver *Código civil. I, Antecedentes legislativos, comparación con el Código de 1936*, compilación de Delia Revoredo de Debaque, Okura, Lima, 1985, pp. 161 y ss.

del mencionado proyecto enfatizaron que debe preferirse, en primer lugar, las normas de interpretación subjetiva, y después las normas sobre interpretación objetiva.

De los proyectos de las comisiones reformadoras de 1975 y de 1981 es objetable la interpretación analógica de los actos jurídicos. La analogía es de aplicación a la ley, que por formar parte del ordenamiento jurídico, está interrelacionada con todas las otras normas que integran dicho ordenamiento, razón por la que una disposición es posible de diversas interpretaciones según que se modifique los principios informadores o las otras normas del ordenamiento, admitiéndose la posibilidad de recurrir a la analogía para llenar las lagunas. Pero la voluntad negocial es una voluntad puntual, propia del agente, por lo que no se admite la interpretación analógica; si el acto presenta lagunas, éstas se llenan con el Derecho de reserva (normas dispositivas) o, en su caso, con las costumbres.

No obstante la incuestionable utilidad de estas normas de interpretación contenidas en el proyecto de la Comisión Reformadora, con excepción de la norma sobre interpretación analógica que no es de aplicación al acto jurídico, sino a la ley, la Comisión Revisora suprimió la mayoría de ellas, quedando solamente las que están contenidas en los arts. 168, 169, 170 y 1401 del Código vigente de 1984. Seguidamente nos ocupamos de estos y otros criterios interpretativos.

72. INTERPRETACIÓN LITERAL. INTERPRETACIÓN DE BUENA FE

Artículo 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.

Concordancias: CC. Art. 1362

El artículo 168 contiene dos reglas de interpretación de los actos jurídicos: la interpretación literal y la interpretación de buena fe.

72.1. Interpretación literal

"Art. 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él"

Probablemente el método (o estilo) hermenéutico más antiguo es el *literal* o gramatical o filológico, debido a que la primera actitud del intérprete fue la de atenerse a las palabras orales o del texto escrito de la norma. Este fue el método propio de los glosadores⁷⁵⁸ que recurrieron a la sinonimia y a la etimología de las palabras.

El acto jurídico como norma particular que es, constituye una realidad morfológica y sintáctica que el intérprete debe analizar desde el punto de vista gramatical o literal para captar su significación y alcance. Si luego de ser interpretado resulta que los términos utilizados son claros en cuanto revelan sin lugar a dudas la voluntad real del agente, se estará al sentido literal de las estipulaciones; las expresiones que traducen inequívocamente la voluntad del agente no pueden ser rechazadas por el intérprete⁷⁵⁹.

La averiguación del sentido literal de la declaración es el punto de partida de toda interpretación y, en caso de que la desinteligencia sobre el sentido del acto subsista, determina el marco dentro del cual deben operar los otros crite-

758 Los glosadores de las Escuelas de Pavia y Bolonia, cuyo principal iniciador fue Irnerio, quien hacia el año 1100 se dedicó a comentar el *Corpus iuris civiles*, poniendo breves notas - glosas- entre las líneas con el fin de explicar el sentido de las palabras y de las conexiones existentes entre los distintos pasajes. Más tarde las glosas fueron colocadas al margen o a continuación de cada párrafo del *Corpus iuris*.

Los glosadores partieron de la creencia de que en el *Corpus iuris* se encontraba todo el Derecho civil, de allí que su labor a partir de la glosa se limita a penetrar en el verdadero sentido de las palabras, olvidando los principios que informaron el sistema jurídico.

Los glosadores fueron seguidos por los postglosadores que pretendieron adaptar la doctrina de los primeros a las necesidades de la época. Sobresalen las figuras de Bartolo, Baldo, Cino, entre otros, quienes utilizando los textos romanos y los comentarios de los glosadores y consultando la jurisprudencia de los tribunales franceses y alemanes, apartándose de las palabras, trataron de conseguir, extraer de los textos concretos, normas o principios generales, por medio de un proceso de abstracción con el propósito de dar solución a los múltiples problemas que planteaba la vida en las florecientes nuevas ciudades entregadas preferentemente a actividades del comercio internacional.

759 Ley 29946, Ley del contrato de seguro: "Art. IV. En la interpretación del contrato de seguro se aplican las reglas siguientes: (...) Sexta. Las condiciones especiales prevalecen sobre las condiciones particulares y estas prevalecen sobre las generales. Las cláusulas manuscritas o mecanografiadas predominan sobre las impresas. Séptima. La cobertura, exclusiones y, en general, la extensión del riesgo así como los derechos de los beneficiarios, previstos en el contrato de seguro, deben interpretarse literalmente. Octava. Las restricciones a la libre actividad del asegurado deben formularse expresamente e interpretarse literalmente".

rios. El elemento gramatical o literal, como recurso hermenéutico, nos enseña el contenido y alcance del acto jurídico de acuerdo con el significado de las palabras. Este procedimiento que pareciera tan sencillo, presenta en la práctica serios inconvenientes, en vista a que el significado de las palabras y de otros signos usados como medios de expresión puede variar según el contexto, o según las circunstancias o el modo de expresarse de las personas o de los grupos sociales. Puede suceder, por eso, que la declaración negocial no tenga un significado unívoco, por lo que puede ser entendida en un sentido por el declarante y en otro por destinatario y por los terceros eventualmente interesados en ella.

La impropiedad de las palabras usadas por el agente o agentes, la variación del significado con el tiempo y los lugares, los varios significados que puede tener una misma palabra, la sinonimia y la polisemia son características de todo lenguaje; toda expresión lingüística, debido a razones semánticas o sintácticas, es susceptible de tener varias significaciones. Las partes que celebran un acto jurídico pueden atribuir a las palabras su significado corriente o un sentido que no tienen o que es contrario al indicado por el diccionario. Muchas veces no hay uniformidad de criterios sobre el sentido de una palabra, ni en el uso social ni en el ámbito jurídico. Frente al conflicto entre la letra y espíritu de los textos habrá que estar a lo que mejor revele la voluntad real de las partes. Por tanto, el acto jurídico no puede ser interpretado solamente de acuerdo con lo que se haya expresado en él, optando así por un sistema objetivo a ultranza sin ninguna atenuación, puesto que si los términos del acto jurídico son claros, no dejan duda sobre la voluntad real del agente, se estará necesariamente a su sentido literal, pero si esos términos son contrarios a la voluntad del agente, tiene que prevalecer esta⁷⁶⁰ porque en caso contrario no solo se estaría amparando la mala fe, sino que se desnaturalizaría la finalidad del Derecho que tiende a la realización de la justicia, reduciéndolo a un conjunto de normas coercitivas que en nada se diferencian de las normas dadas al interior de una banda de delincuentes. La voluntad real del agente o la voluntad común de las partes cuando el acto es bilateral o plurilateral debe ser reconstruida apreciando el comportamiento anterior, simultáneo y posterior a la conclusión del acto (art. 218, inc. 4º del Código de Comercio argentino, art. 1362, segundo párrafo del Código italiano).

⁷⁶⁰ Esta doctrina está contenida en un fragmento de Papiniano, en los artículos: 1156 del Código francés, 218 del Código de Comercio argentino, 133 del Código alemán, 18 del Código Federal suizo de las Obligaciones, 1362 del Código civil italiano, 85 del Código brasileño.

Demolombe enseña que el intérprete debe considerar todas las circunstancias que concurran a esclarecer la verdadera intención de las partes: su posición, sus cualidades, sus relaciones anteriores, la naturaleza de la convención, la comparación y combinación de las diferentes cláusulas, los motivos que han podido determinar a una y otra parte a contratar, ya que la interpretación es, sobre todo, una obra de discernimiento y de experiencia, de buen sentido y buena fe.

Veamos un ejemplo de Pothier y otro de Schneider y Fick:

- (i) Ejemplo de Pothier: “Vos habíais alquilado de mí un pequeño departamento de una casa, el resto del cual ocupaba yo. Os he renovado el contrato en estos términos: Doy en alquiler a X, ‘mi casa’ por tantos años, por el precio establecido en el precedente arrendamiento. ¿Estaríais autorizado a pretender que os he alquilado toda mi casa? No, pues, aunque los términos: ‘a mi casa’, en su sentido gramatical, significan la casa entera, y no un simple departamento, es visible, sin embargo, que nuestra intención no ha sido sino la de renovar el alquiler del departamento; y esta intención, de la que no puede dudarse, debe prevalecer sobre los términos del contrato.
- (ii) Schneider y Fick, en sus notas al Código Federal suizo de las Obligaciones, ejemplifican: ‘Se escribe en un contrato de alquiler que: “Está permitido tener perros’. Por otra parte, y en las demás cláusulas del contrato, se ve que el propietario se ha esforzado por todos los medios posibles de impedir que se produjeran ruidos en la casa. También ha probado por testigos que tiene miedo horrible a los perros, y que, por esta razón, ha prohibido a los otros inquilinos el tenerlos. De esta suerte, si el juez queda convencido de que las partes han olvidado escribir la palabra: “No... está permitido, etc.” y que la voluntad común de ellas han sido la de renunciar a la introducción de tales animales en el inmueble, deberá interpretar el contrato en un sentido contrario a su texto y decir que él debía contener las palabras: ‘No está permitido tener perros’⁷⁶¹.

A las expresiones se le ha de dar el sentido común, propio y usual, el significado que las manifestaciones suelen suscitar de acuerdo con el sentir corriente en el círculo social del agente y en conformidad con los usos del tráfico⁷⁶², a fin

761 En DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p 146.

762 BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 373: “(...) la buena fe exige que las palabras no sean tomadas a la letra, sino entendidas según el espíritu y la intención, de

de que el acto produzca los efectos prácticos perseguidos, pues es el concepto común de las expresiones, y no el técnico, el que revela la voluntad de las partes, excepto cuando el acto ha sido realizado por técnicos en determinada rama del saber, caso en el cual a las palabras se les dará su significado técnico, pues este será el que revele la voluntad real común de las partes.

Las palabras deben entenderse en el sentido que les asigne el uso general, salvo que la ley les asigne un significado específico distinto al del uso general, o que ese significado haya sido establecido por el acuerdo de las partes, o que surja de los usos y de las prácticas del lugar de celebración del acto, salvo que su aplicación no resulte razonable. Las mismas reglas de interpretación literal se aplican a las conductas y comportamientos que revelen en forma indubitable la existencia de la voluntad de las partes⁷⁶³.

Las expresiones usadas en la celebración de un acto jurídico pueden aparecer claras y unívocas; sin embargo, la verdadera intención de las partes no siempre puede coincidir con lo expresado, por ejemplo, por ignorancia se puede declarar que se está celebrando un contrato de 'arrendamiento' cuando en realidad es uno de "leasing"; la verdadera intención, el resultado práctico, que persiguen las partes contratantes, no es celebrar un contrato de arrendamiento, sino uno de *leasing*; en casos como este se dará al acto su verdadera significación derivada de su naturaleza, contenido y circunstancias, aun cuando dicha significación no coincida con la declaración.

La jurisprudencia italiana ha establecido que los cánones legales de interpretación del contrato son gobernados por un principio jerárquico (cas. civ. 5595/2014); a los fines de la búsqueda de la común intención de los contratantes, el primer y principal instrumento está representado por el sentido literal de las palabras y de las expresiones utilizadas, con la consiguiente prohibición

otro, en interés del destinatario, se requiere que a las palabras les sean atribuidas el significado normal según la conciencia social y los usos del tráfico".

763 Código civil y comercial argentino: Art. 1063. *Significado de las palabras*. Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato.

Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta.

del recurso a criterios interpretativos, cuando la voluntad común de las partes emerge de modo cierto e inmediato de las expresiones usadas y sea totalmente clara la prohibición de la búsqueda de una voluntad diversa (Cas. civ. 14842/2016)⁷⁶⁴.

También establece la jurisprudencia italiana, que si bien los criterios hermenéuticos son gobernados por un principio de jerarquía interna, en virtud del cual los cánones estrictamente interpretativos prevalecen sobre aquellos interpretativos-integrativos, para determinar los primeros resultados por sí solos suficientes para hacer evidente la “*la común intención de las partes estipulantes*”, hay, sin embargo, la necesidad de reconstruir esta última sin “*limitarse al sentido literal de las palabras*”, sino apreciando el “*completo comportamiento*” de los contratantes, lo que significa que el dato textual del contrato, aun revistiendo una importancia central, no es necesariamente decisivo para los fines de la reconstrucción del acuerdo, ya que el significado de la declaración negocial no es un *prius*, sino el éxito de un proceso interpretativo que no puede obtenerse del tenor literal de las palabras, sino debe considerarse todos sus posteriores elementos, textuales y extra textuales, indicados por el legislador (Cas. civ. 14432/2016): la adopción de criterios integrativos no puede conducir a la dilatación del contenido negocial mediante la individualización de derechos y obligaciones diversos de aquellos expresamente contemplados en el contrato o mediante la heterointegración del contenido negocial expresamente previsto por los contratantes, ni aun si tal adecuación se presente, en abstracto, idóneo para contemporizar sus intereses (Cas. civ. 10896/2016).

En resumen, si los términos del acto jurídico son claros y no dejan duda sobre la voluntad del agente o agentes que lo celebraron se estará al sentido literal de sus estipulaciones⁷⁶⁵, conclusión a la que se arribará luego de la actividad

764 Caringella, Francesco y Valerio de Gioia, *Compendio di Diritto civile*, IV edizione, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2016, p. 518.

765 Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi, Academia de Pavia): Art. 39. *Análisis del texto contractual y evaluación de los elementos extrínsecos al acto*.

1. Cuando las declaraciones contractuales son de tal naturaleza que revelan de manera clara y unívoca la intención de los contratantes, el contenido del contrato debe ser deducido de su sentido literal, teniendo en cuenta el texto contractual en su conjunto y en concordancia con las diferentes cláusulas interpretando las unas por las otras.
2. En lugar del sentido común de los términos utilizados, es el sentido que los contratantes han expresamente declarado quererles atribuir lo que prevalece, o en su defecto, la

interpretativa; es sumamente perverso por arbitrario que el intérprete imponga su voluntad sobre la voluntad de la parte o partes del acto con el fin de perjudicarlos, como ocurre en nuestros medio con ciertos árbitros y jueces. Si se prueba que la declaración no responde a la voluntad, prevalecerá esta sobre aquélla. Para determinar la voluntad del agente o agentes se debe apreciar su comportamiento total, considerando las prácticas establecidas entre ellos si las hay, las negociaciones preliminares, aun el comportamiento posterior a la celebración del acto jurídico y todas las circunstancias pertinentes del caso.

Por lo expuesto, se puede modificar el art. 168, a cuyo efecto proponemos el siguiente texto para su discusión:

Art. 168.- Si los términos del acto jurídico son claros y no dejan duda sobre la voluntad del agente, se estará al sentido literal de sus estipulaciones.

Si se prueba que las palabras son contrarias a la voluntad del agente, prevalecerá esta sobre aquéllas.

Se presume que la declaración expresada en el acto responde a la voluntad del agente y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Se debe apreciar el comportamiento del agente, anterior, simultáneo y posterior a la celebración del acto, y todas las circunstancias que contribuyan a determinar su voluntad.

72.2. Interpretación de buena fe

"Art. 168.- El acto jurídico debe ser interpretado (...) según el principio de la buena fe".

"Art. 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe (...)".

aceptación técnica o en vigor en los usos y costumbres mercantiles que sea conforme a la naturaleza del contrato.

3. Siempre que el examen del texto contractual suscite dudas que no sean susceptibles de ser superadas por una evaluación global del mismo, hecha respecto de las declaraciones o de los comportamientos de las partes, aun posteriores a la estipulación del contrato pero en una cierta manera compatibles con su texto, este último debe ser interpretado conforme a la intención común de los contratantes que tengan relación con las partes.
4. En cualquier caso, la interpretación de contrato no debe llevar a un resultado que sea contrario a la buena fe o al buen sentido.

El acto jurídico debe negociarse, celebrarse, interpretarse y ejecutarse de acuerdo con la buena fe.

Si las partes deben comportarse de buena fe en el momento de las tratativas y en el del perfeccionamiento del acto jurídico, la interpretación y la ejecución del mismo deben sujetarse al mismo principio que lo inspiró.

El principio de la buena fe es el alma de las relaciones sociales y el principio rector de la interpretación jurídica. Buena fe significa honradez, sinceridad, corrección, lealtad, cooperación con la otra parte con quien se negocia, celebra o ejecuta un acto jurídico, sensibilidad a sus razones, salvaguarda de sus intereses, comportamiento solidario, recíproco.

El Estado constitucional de Derecho encuentra su fundamento en los principios generales, estén o no consagrados en la Constitución. Los principios generales, entre ellos el de buena fe, fundamentan la elaboración de las normas jurídicas, tanto las generales como las particulares; no puede haber norma jurídica sin un principio que la inspire. Los principios generales obligan al legislador y a los que celebran actos jurídicos como si los hubiesen querido.

En una primera acepción, la *buena fe es el principio general informador de todo el ordenamiento jurídico*, incluido el acto jurídico, o sea todo el Derecho se edifica, se funda, sobre la base de *principios generales*, entre ellos el de la buena fe. Como principio general, la buena fe es la aplicación particular de otro principio más general "*alterum no laedere*" (no hacer daño a otro) al cual está vinculado. Los principios generales, entre ellos la buena fe, fundamentan o sustentan todo el ordenamiento jurídico.

En una segunda acepción, la buena fe es un principio general de *integración* del ordenamiento jurídico honrando el principio de su plenitud hermética. A falta de ley o de costumbres, los vacíos (lagunas) que presenta el ordenamiento jurídico se integran con los principios generales, entre los que figura la buena fe. Lo mismo sucede en el acto jurídico, cuando no hay regulación se complementa con los principios generales.

En una tercera acepción, que es la que interesa a este estudio, la buena fe constituye una *regla de interpretación del acto jurídico*. No es el caso de falta de regulación negocial, sino de estipulaciones o cláusulas confusas que deben ser aclaradas o corregidas a fin de determinar lo que las partes, de acuerdo con la buena fe, quisieron verosímilmente decir al regular sus intereses.

El BGB prescribe: Art. 157. "*Interpretación de los contratos*. Los contratos deben interpretarse según las reglas de la buena fe conforme a los usos del tráfico". En los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales es conforme con la buena fe que el acto jurídico valga en el sentido en que efectivamente fuera entendido. Flume, comentando el BGB, escribe: "El precepto del art. 157 nunca debe dar lugar a que un negocio jurídico sea interpretado en contra de como efectivamente lo entienden de común acuerdo los que lo realizan, por alegar que ese entendimiento efectivo de la correspondiente regla sea contrario a la buena fe y las partes debieran haber establecido otra reglamentación que fuera conforme a ella. La reglamentación jurídico negocial es reconocida por el Ordenamiento jurídico tal como ha sido establecida, excepto que no sea válida por ser contraria a las buenas costumbres o por contrariar una prohibición legal. El que tiene que interpretar un negocio jurídico, nunca es dueño del mismo, de modo que pueda establecer en lugar de la regla fijada por la autonomía privada, otra distinta, cuyo contenido determine él según lo que debía haber establecido los que han actuado jurídico negocialmente".

Solo si los agentes del acto jurídico actúan conforme al principio de vivir honestamente (Ulpiano) pueden calcular las consecuencias de sus actos y, consecuentemente, están obligados a cumplir el acto jurídico (los deberes u obligaciones derivados del acto) completa y oportunamente en cambio, el actuar deshonesto de una de las partes determina que la otra no quede obligada porque en vez de acuerdo, para perfeccionar el acto jurídico de que se trate, solamente hay desacuerdo. El agente que ha obrado de buena fe no puede quedar obligado por la mala fe del otro.

La buena fe como modelo de conducta ético social tiene un aspecto negativo o de veto, en cuanto rechaza una conducta deshonesto (ej., no defraudar); y otro positivo en cuanto impone una conducta de colaboración con los demás para que puedan alcanzar los fines que persiguen (v. gr., obrar con diligencia, con previsión). El principio de la buena fe, a veces, está mencionado expresamente en las normas como regulador de ciertas situaciones (art. 168); otras veces lo está en las normas de reenvío, v. gr., cuando se dice que "cada uno está obligado a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe" (Código suizo de 1912, art. 2); y aun cuando no viene explicitado en normas, constituye el fundamento de todo ordenamiento jurídico, con la salvedad de que en ocasiones es excluido en salvaguarda de otros principios que en determinadas circunstancias se consideran superiores (ej., art. 950, primer párrafo).

Resulta contrario al fin social y económico de los actos jurídicos prescindir del principio de la buena fe, tanto para crearlos como para interpretarlos y ejecutarlos, por cuanto el Derecho positivo no puede tutelar actitudes reñidas con los fines sociales y económicos para cuya consecución nos confiere derechos subjetivos. La buena fe de las partes es el principio rector base para la interpretación de los actos jurídicos, “el que necesariamente debe considerar el intérprete en la valoración de la conducta de los manifestantes de la voluntad y de sus destinatarios”⁷⁶⁶. La *buena fe lealtad* se debe no solo durante el período de formalización del acto jurídico, sino también en el de negociación, ejecución o, en su caso, en el de disolución, para evitar que se frustré el fin perseguido o que se perjudique indebidamente a la otra parte.

El aspecto activo de la buena fe, o sea la *buena fe corrección y lealtad*⁷⁶⁷ preside toda la vida del acto jurídico, desde la fase pre negociada hasta la postnegociada; y el aspecto pasivo de la buena fe, es decir, la *buena fe creencia o confianza (fiducia)*⁷⁶⁸ protege al destinatario de la declaración de voluntad en su creencia sobre el sentido de la declaración, siempre que haya obrado con diligencia, atendiendo a las circunstancias del caso. Hay que suponer que el destinatario de la declaración solo entendió o pudo entender lo que a través de la declaración conoció o pudo conocer, en tanto no se pruebe que conocía que la intención del declarante era otra, en cuyo caso prevalecerá la voluntad real sobre la declarada (art. 1361).

La *buena fe subjetiva* es de tono individual e intelectual, consiste en la creencia o ignorancia que tiene el sujeto de la relación jurídica de estar actuando con corrección y lealtad de comportamiento, de que no está dañando un interés

766 VIDAL RAMÍREZ, “Las normas de interpretación contenidas en el Código civil”, cit., p. 17.

767 La faz activa de la buena fe está contemplada en el art. 1175 del CC italiano que prescribe: El deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección, en relación al principio de la solidaridad corporativa. En la relación del Guardasellos que acompañó al proyecto del Código se dice que el contrato debe cumplirse de buena fe y con las consecuencias que la equidad, el uso y la ley derivan, debiendo las partes guardar “estilo moral, espíritu de lealtad, hábito de viril firmeza, de claridad y coherencia, fidelidad y respeto a los deberes que, según la conciencia general deben ser observados en sus relaciones entre los coasociados”.

768 La buena fe debe ser entendida en el sentido que “se debe acoger, de entre los posibles significados de la declaración, aquel que el destinatario, razonablemente, podía y tenía que atribuirle, sobre la base de reglas comunes del lenguaje y del particular modo de comunicar y de entenderse con la otra parte” (RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, cit., p. 359).

ajeno; ausencia de dolo o culpa, ignorancia o error que el agente no puede superar con una diligencia normal. Este actuar del sujeto es considerado honrado y justo, de buena fe; no obstante, su ignorancia o error, lo que permite atribuir al acto jurídico sus efectos que le son normales. La *buena fe subjetiva* se refiere también a la creencia del destinatario de la declaración de voluntad, quien fía y confía –habida cuenta de todas las circunstancias objetivas– en que esta corresponde al querer real del declarante. En este caso el acto jurídico es válido aunque no esté de acuerdo con la voluntad real del declarante, puesto que el Derecho no puede amparar a quien con su declaración crea situaciones productivas de errores o falsas interpretaciones.

Como refiere Scognamiglio⁷⁶⁹, la buena fe constituye una regla favorable, y no contraria, a una interpretación subjetiva bien entendida. En conformidad con ella, se actúa una serie de casos en los cuales, de otro modo, por la falta de un criterio de composición de los conflictos sobre el significado del contrato, se tendría que recurrir a un criterio de interpretación extrínseco al acto (la interpretación objetiva), sacrificando eventualmente, por la mala fe de una de las partes, la común y real determinación de ambas.

La *buena fe objetiva* es entendida como un modelo de conducta social imperante en una comunidad; un comportamiento de fidelidad típico o deber general de corrección, de honestidad, probidad, confianza, sinceridad y lealtad. Este estándar de conducta social sirve para interpretar corrigiendo el sentido de la declaración o integrándola y aun sustituyendo la propia voluntad (ejemplo, la conversión del acto jurídico). Las partes del acto jurídico están obligadas a actuar en forma diligente y prudente, según el modo normal y propio de gentes honestas, probas y decentes que no buscan crear confusiones u obscuridades para sacar provecho de ellas. La buena fe objetiva supone conferir al acto jurídico el significado que le atribuirían personas normales y leales, aunque en el acto concreto, las partes no estén de acuerdo con ello en absoluto.

Según el criterio de interpretación de buena fe objetiva, el acto jurídico puede tener un significado diferente del texto literal cuando este significado es diverso del significado que le darían personas honestas. Como dice Galgano⁷⁷⁰, con este criterio, se combate aquellas posturas capciosas de los que invocan, en

769 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 185.

770 GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., v. I, p. 432.

su propia ventaja, aquello que dice el contrato textualmente o que textualmente no dice. Por ejemplo, la entidad pública A vende un área de terreno al constructor B, estableciéndose en una cláusula contractual que los edificios que sean elevados en esa área solo podrán ser enajenados, durante los diez años siguientes a la firma del contrato, a bancos, compañías de seguros o entidades públicas. Con esta limitación temporal, el ente público vendedor persigue evitar que se interpongan especuladores en la comercialización de los inmuebles y el consiguiente incremento de los precios. Luego de celebrado el contrato B advierte que no se contempla ninguna limitación a la enajenación del área, y, antes de ser construida, la enajena a la inmobiliaria C. Una interpretación textual del contrato da la razón a B, dado que la limitación comprende solamente a las futuras edificaciones. La interpretación de buena fe da la razón a A, puesto que la calificación profesional de B hace suponer que él adquirió la propiedad del área para construir y vender con posterioridad las construcciones, y que la inesperada reventa del área frustraba la finalidad de la cláusula. La interpretación según la buena fe lleva a afirmar la existencia de una limitación implícita, de diez años, de enajenación del área.

Tanto en su sentido subjetivo como objetivo, la buena fe es una regla de conducta a la que deben adecuar su comportamiento los que son parte en un acto jurídico: el declarante exterioriza su voluntad con sinceridad y responsabilidad y el destinatario, actuando diligentemente, fía y confía en esta declaración. El intérprete debe atribuir al acto jurídico el sentido que corresponde a un acto realizado por personas honestas y correctas, cuyo comportamiento es razonable y acorde con el sentido común, con el actuar normal en el tráfico jurídico, esto es, la conducta observada es la debida y esperada y, por tanto, conforme al Derecho, a la justicia y a la equidad. Además, la buena fe tiene una función integradora del contenido del acto jurídico (sirve para completar los efectos) y otra correctora (ejemplo, impide que se produzcan algunos efectos) del acto jurídico. La buena fe es el principio o criterio hermenéutico fundamental para individualizar el significado de la declaración de voluntad. Como dice Carnelutti⁷⁷¹, la buena fe del agente puede atribuir al acto efectos que este no tendría en otro caso y la mala fe quita al acto efectos que tendría de no ser así.

771 CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho*, 2.ª ed., trad. de F. J. Osset, Editorial, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 345.

El Código italiano prescribe: "Art. 1366. *Interpretación de buena fe*. El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe". La Casación italiana ha calificado a esta disposición como una norma de clausura, idónea para ser aplicada solo cuando las otras normas de interpretación objetiva y subjetiva no son suficientes para interpretar correctamente el acuerdo. Además, ha considerado que el criterio de la buena fe no autoriza al juez a sustituir la voluntad declarada de los contratantes por una presunta e hipotética voluntad de las mismas obtenidas utilizando el referido criterio⁷⁷². Con la interpretación de buena fe se protege la confianza asegurando al destinatario de la declaración el significado y alcance del contenido del contrato, tal como él ha podido percibirlo razonablemente, o tal como él ha estado en condiciones de representárselo, considerando todas las circunstancias que han servido de contexto a la celebración del contrato. Trasladado al testamento, el principio de buena fe sigue desempeñando el papel de criterio hermenéutico de racionalidad que le atribuye el art. 1366 (del Código italiano, equivalente al art. 168, *in fine*, del Código peruano)⁷⁷³, aplicable también al testamento, para hacer evidente la voluntad del testador sobre la base de la exacta consideración e interpretación de las circunstancias del caso que puedan brindar elementos útiles para evitar dar a las disposiciones testamentarias significados contradictorios. La interpretación del contrato con arreglo a la normalidad, razonabilidad, lealtad o equidad, se extiende a todo acto de autonomía privada y, en consecuencia, al testamento, el cual debe ser interpretado del modo razonablemente más conforme con la voluntad e intenciones del testador⁷⁷⁴.

Con la interpretación de buena fe se protege la confianza asegurando al destinatario de la declaración el significado y alcance del contenido del acto jurídico, tal como él ha podido percibirlo razonablemente, o tal como él ha estado en condiciones de representárselo, considerando todas las circunstancias que han servido de contexto a la celebración del acto jurídico.

En la interpretación del contrato *prevalece el criterio objetivo sobre el subjetivo de buena fe*, es decir, la declaración debe ser interpretada según un criterio

772 FRANCESCHETTI, *Il contratto*, cit., p. 347.

773 *Código italiano: Art. 1366. Interpretación de buena fe. El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe. Código peruano: 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.*

774 FERRI, *El negocio jurídico*, cit., pp. 414 y ss.

objetivo que se fundamenta en la recíproca lealtad de los contratantes, se tutela la recíproca confianza que tiene cada una de las partes en la declaración de la otra, todo ello sobre la base de que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose que la declaración expresada en el contrato corresponde a la voluntad común de las partes, quienes también se presume que han actuado con recíproca lealtad, solamente si se prueba que la declaración no coincide con la voluntad se recurrirá al criterio subjetivo de buena fe (art. 1361). El art. 1362 manda que los contratos se negocien, celebren y ejecuten según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, y el art. 168 ordena que el acto jurídico, del cual el contrato es una de sus principales manifestaciones, se interprete según el principio de la buena fe. Con este principio, como indica Rescigno⁷⁷⁵, se protege la confianza, entendida en el sentido de que “se debe escoger, de entre los posibles significados de la declaración, aquel que el destinatario, razonablemente, podía y tenía que atribuirle, sobre la base de reglas comunes del lenguaje y del particular modo de comunicar y de entenderse con la otra parte”.

En cambio, con relación al testamento, prima el criterio subjetivo de buena fe. La tarea del intérprete, como señala Ferri⁷⁷⁶, frente a una disposición testamentaria, consiste en “identificar el propósito exacto del testador. Para lograr ello no solo hay que tomar en consideración la declaración negocial con las motivaciones eventualmente expresadas en la misma, también hay que evaluar la declaración negocial a la luz de la personalidad del autor (y nos sentimos tentados de anotar ‘a la luz de su historia personal’), de su cultura, de sus aspiraciones; no hay que tener en menos, finalmente (y tal cual enseñaba ya Pomponio), sus vicios y virtudes, que pueden resultar de elementos (hechos, documentos) ‘extrínsecos’ al mismo testamento”.

En materia de actos jurídicos, la buena fe significa que las declaraciones de voluntad deben responder a motivaciones serias, deben ser la consecuencia de una conducta responsable, de modo tal que el destinatario de la declaración no se vea defraudado en la confianza que ha depositado, obrando diligentemente, en las expresiones del declarante. La buena fe preside no solamente la interpretación del acto jurídico, sino también su negociación, celebración y ejecución, o sea que gobierna la conducta de las partes desde antes que nazca el acto jurídico

775 RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, cit., p. 413.

776 FERRI, Giovanni Battista, *El negocio jurídico*, cit., p. 407.

hasta su extinción y abarca no solamente al acto jurídico privado, sino también al acto público o administrativo. Por estas razones creemos que el principio de la buena fe debe estar regulado en un artículo aparte; en nuestra opinión, de preferencia en el Título Preliminar del Código que diga: “*Art... Los actos jurídicos deben negociarse, celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe*”.

73. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Artículo 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Concordancias: CC. Arts. 224, 1400

En el sentido del art. 169 las cláusulas del acto jurídico se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del conjunto del acto⁷⁷⁷. La norma impone al intérprete del acto jurídico a no limitarse a una consideración atomística de las estipulaciones o cláusulas, ni aun cuando realice una interpretación sobre la base del sentido literal de las palabras, puesto que el acto jurídico constituye siempre un todo unitario, en

⁷⁷⁷ Código de Andrés Bello (Código chileno, art. 1564; Código colombiano, art. 1622; Código ecuatoriano): “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”. Código italiano: Art. 13. *Interpretación total de las cláusulas*. Las cláusulas del contrato se interpretarán las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del conjunto del acto.

Principios UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT): Art. 4.4 (*Interpretación sistemática del contrato*). Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto.

Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos española del 2009: Art. 1280. 1. Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas ellas. La interpretación de acuerdo con la cual las cláusulas de un contrato sean lícitas y produzcan efecto deberá preferirse a aquéllas que las haga ilícitas o las prive de efectividad. 2. La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

el ámbito del cual cada expresión está referida al íntegro del texto negocial del cual es parte. Solo haciendo un análisis conjunto de las estipulaciones, más allá del texto literal, se puede establecer el significado exacto del acto, o sea determinar los derechos que las partes persiguen adquirir y las obligaciones que desean contraer.

La norma del art. 169 tiene su origen en la sexta regla de interpretación de Pothier que expresa: “Una cláusula debe ser interpretada por las otras cláusulas contenidas en el acto, sea que estas la precedan o la sigan”. Celso dijo: “*Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliquota particula ejes proposita, judicare vel respondere*” (D. I,3, fr. 24).

En toda técnica de interpretación no se pueden segmentar las estipulaciones del acto, sino que la oscura o las oscuras, como forman parte de un todo unitario, deben ser interpretadas las unas por las otras, a fin de darle sentido a la completa manifestación de voluntad, evitando contradicciones que pueden surgir de una interpretación singular de la cláusula o cláusulas en particular.

La interpretación sistemática o contextual no se refiere solo a las relaciones entre cláusulas o estipulaciones, entendidas como unidades elementales del texto del acto jurídico, sino también a relaciones entre elementos de una misma cláusula o estipulación, cuyas específicas palabras o proposiciones son interpretadas a la luz de las otras palabras o proposiciones que lo componen. Se refiere también a textos que no son cláusulas propiamente dichas como son los anexos de un contrato (inventarios de bienes, mapas, fotografías, etc.). También debe extenderse a las relaciones entre el acto jurídico a interpretar y, de existir, al acto o actos jurídicos vinculados, que sirvan para ilustrar al primero⁷⁷⁸.

La interpretación sistemática (o contextual o interdependiente) parte del hecho de que el acto jurídico es una unidad coherente de sentido, un todo integral, una unidad indivisible, hallándose sus estipulaciones concatenadas las unas con las otras, cuya significación es una, evitándose así las contradicciones o antinomias. La interpretación de una cláusula aislada puede dar como resultado una significación contraria a la voluntad real de las partes, lo que no sucedería si dicha cláusula es interpretada a la luz de toda la reglamentación del acto, como un conjunto orgánico y no como una suma de cláusulas o estipulaciones.

778 ROPPO, *El contrato*, cit., p. 443.

El acto jurídico no es una suma de estipulaciones o cláusulas, estas no están yuxtapuestas sin ninguna interrelación, sino, como se desprende del art. 169, constituyen un todo coherente y orgánico, no son contradictorias sino interdependientes, por lo que han de interpretarse las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del conjunto. Por eso, las estipulaciones dudosas, equívocas o ambiguas se interpretan atribuyéndolas el sentido que resulte del conjunto de todas, o lo que es lo mismo, las expresiones dudosas se interpretan por medio de los términos claros y precisos, de tal modo que el sentido atribuido corresponda al contexto general del acto.

Si en el acto jurídico existieran estipulaciones contradictorias, mediante la interpretación habrá que armonizarlas, si ello no fuera posible y la cláusula contradictoria es accesoria o separable habrá que sacrificarla para mantener la vigencia del acto jurídico (principio de la conservación del acto).

74. INTERPRETACIÓN FINALISTA

Artículo 170.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

La interpretación finalista o funcional, contenida en la norma del art. 170, cuyo fin es determinar el significado de las expresiones polisémicas a la luz de la causa del acto jurídico, se inspira en la tercera regla de interpretación de Pothier que establece: *“Cuando en un contrato los términos son susceptibles de dos sentidos, se los debe entender en el sentido que más conviene a la naturaleza del contrato”*. Pothier se basó en la sentencia de Juliano (D., 17, fr.27) que dispone: *“Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur quoe reigerendoe aptior est”*. Está consagrada en el art. 1158 del Código civil francés, el cual dispone: *Las frases que puedan interpretarse en doble sentido, deben considerarse en aquel que se halle más conforme con la materia del contrato.*

En el mismo sentido, el Código de Andrés Bello (Código chileno, art. 1563; Código colombiano, art. 1621; Código ecuatoriano, art. 1606) dispone: *“En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”*.

El Código italiano prescribe: Art. 1369. Expresiones con varios sentidos. *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.*

El art. 1855 del Código civil para el Distrito Federal de México, señala: *Las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.*

El artículo 1.286 del Código civil español dispone: “*Las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato*”.

Estas normas referidas a la interpretación del contrato son las fuentes del art. 170 del Código patrio, referido a la interpretación finalista del acto jurídico, del cual el contrato es una de sus manifestaciones más relevantes.

También el segundo párrafo del art. 1066 del Código civil y comercial argentino adopta este criterio de interpretación: Art. 1066. Principio de conservación. “*Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato*”.

Las expresiones utilizadas que tengan varios sentidos deben ser entendidas en el sentido más adecuado a la naturaleza y objeto del acto jurídico, es decir, las palabras o expresiones plurívocas deben interpretarse de acuerdo a las razones prácticas (causa fin) perseguidas por las partes con su celebración. Como señala Bianca⁷⁷⁹, la interpretación de buena fe, la literal, la global y la sistemática están inescindiblemente conectadas con la interpretación funcional del contrato, o sea con la interpretación dirigida a encontrar el significado del contrato en coherencia con la causa concreta del acto.

El significado que las partes han acordado no puede ser adecuadamente aprehendido si no se tiene en cuenta las razones prácticas perseguidas con el acto, o sea su causa concreta. Es la causa la que justifica el contrato y su respectiva regulación, y por tanto permite esclarecer el significado de la declaración y de los comportamientos de las partes, para superar las incoherencias, ambigüedades o incoherencias del texto.

779 BIANCA, C. Massimo, *Diritto civile*, t. 3. *Il contratto*, 2da, edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 432.

La interpretación se traduce –dice Bianca- en una operación circular en la cual la declaración y los comportamientos de las partes concurren a indicar la causa del contrato y esta, a su vez, concurre a esclarecer el significado.

Las expresiones polisémicas deben entenderse en el sentido más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto jurídico, es decir, a las razones prácticas perseguidas por la partes con su celebración. Se impone valorar la naturaleza, el objeto y la causa del acto. Habrá interpretaciones diferenciadas por la clase de actos jurídicos, por el objeto de la prestación (bienes, servicios, abstenciones), por la causa (actos onerosos, de prestaciones recíprocas, de garantía, etc.).

Los sujetos realizan actos jurídicos para que produzcan efectos y no para que no los produzcan⁷⁸⁰. En otros términos, la finalidad que persiguen con la realización del acto jurídico es la obtención de algún resultado práctico, algún fin económico o social, el mismo que cuando es perseguido por dos o más partes (acto jurídico bilateral o plurilateral) es necesaria la recíproca lealtad entre ellas para alcanzarlo. Esta finalidad tiene un valor decisivo en la interpretación del acto jurídico, ya que este no es una mera literalidad, sino una unidad de propósitos⁷⁸¹, por lo que la interpretación no puede ser un proceso puramente subjetivo, puesto que una vez perfeccionado el acto jurídico, cobra una cierta autonomía, e impone sus propias exigencias, por lo que si algunas de sus expresiones tienen varios sentidos (expresiones ambiguas), en la duda, deberá entenderse en el más conforme a la naturaleza y objeto del acto (art. 170⁷⁸²), o sea, el acto jurídico se interpreta en el sentido según el cual el acto sea válido y eficaz y no en el sentido según el cual sería inválido o ineficaz. El hecho de que entre dos posibles significados se atribuye al acto jurídico el significado según el cual produzca efectos, no puede conducir a que necesariamente se atribuya al acto un significado aun cuando este no exista porque la norma no autoriza la sustitución de la voluntad del agente por otra inexistente.

780 Código español: Art. 1284. Si alguna cláusula de los contratos admite diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.

Código civil y comercial argentino: Art. 1066. *Principio de conservación*. Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darle efectos. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato.

781 DE COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, cit., p. 284.

782 El art. 170 reproduce el art. 1369 del Código italiano, sustituyendo la palabra “contrato” por la de “acto”. El art. 1158 del Código francés dispone: *Los términos susceptibles de dos sentidos deben ser tomados en el sentido que más conviene a la materia del contrato*.

En los actos jurídicos patrimoniales, juega papel importante la finalidad perseguida por el agente o agentes, es decir, se debe dar la importancia debida a la función económica y social del tipo de acto jurídico de que se trate y al destino económico de los bienes y servicios materia del acto, razón por la que el *principio de conservación del acto* aconseja que, en caso de duda, el acto y cada una de sus cláusulas se interpreten en el sentido según el cual produzca efectos y no en el que no los produzca. Del mismo modo, cualquiera sea la generalidad de las expresiones del acto jurídico, no debe entenderse comprendidos en él efectos diferentes de los perseguidos por los interesados (estas dos últimas hipótesis deben constituir otras reglas de interpretación, pero como nuestro Código no las contiene, las mencionamos como una interpretación extensiva del art. 170).

75. LA INTERPRETACIÓN CONTRA EL ESTIPULANTE

Artículo 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.

Concordancias: CC. Arts. 168, 169, 170

Esta regla está contenida en el Digesto 35,18: *in stipulationibus cum quaeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt* (cuando en las estipulaciones se duda qué es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante), lo que está justificado por cuanto es el estipulante el que formula el esquema del contrato; mientras que el otro contratante se limita a una manifestación adhesiva. Constituye la séptima regla de interpretación de Pothier que expresa: *En la duda, una cláusula debe interpretarse contra aquel que ha estipulado alguna cosa, y en descargo del que ha contraído la obligación*. También figura en la fórmula de los comentaristas, según la cual, en la duda, las disposiciones de un acto se interpretan contra aquel en favor de quien son hechas, “porque no se puede imputar sino a él mismo no determinar mejor la naturaleza de la ventaja que se propone obtener”; la interpretación se hace contra quien pudo y debió hablar claro: *interpretatio facienda est contra cum qui clarius loqui potuisset ac debuisset*⁷⁸³.

783 Cfr. REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones generales predispuestas*, cit., p. 588.

Esta regla de interpretación ha sido recepcionada: en el art. 1162 del Código francés: *En caso de duda, se interpreta el pacto en contra del que haya estipulado, y en favor del que haya contraído la obligación*; en el art. 1.288 del Código español: *La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*; en el art. 1304 del Código uruguayo: *En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de su falta de explicación*; en el art. 1370 del Código italiano: *Las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en formularios dispuestos por uno de los contratantes se interpretarán, en caso de duda, a favor del otro*; en el art. 423 del Código brasileño de 2002: *Cuando en el contrato de adhesión hay cláusulas ambiguas o contradictorias, se debe adoptar la interpretación más favorable al adherente*⁷⁸⁴. En el Código civil y comercial argentino: Art. 987. *Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente*. En el mismo sentido el art. 518 del Código boliviano, entre otros⁷⁸⁵.

Las *cláusulas generales de contratación* son redactadas previa y unilateralmente por una de las partes del contrato en forma general y abstracta, con el fin de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros actos particulares, con elementos propios de ellos (art. 1392). En cambio, el contrato es por *adhesión* cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas en formularios por la otra parte, declara su voluntad de aceptar (art. 1390).

En estos contratos, la voluntad del estipulante, o sea del empresario proveedor de bienes y servicios (parte fuerte de la relación), se impone sobre la del consumidor (débil jurídico), quien tiene que someterse a las cláusulas predispuestas unilateralmente por el empresario, lo que impide la averiguación de la común intención de las partes; de ahí que la actividad interpretativa ha de rea-

784 Código brasileño del 2002, art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

785 UNIDROIT: Art. 4.6 (*Interpretación contra proferentem*) Si los términos de un contrato dictado por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

lizarse con criterios predominantemente objetivos y con estricto rigor, dado a que el predisponente está en la obligación de redactar el contrato de tal forma que el destinatario comprenda fácilmente el significado y alcance del contenido contractual.

Conforme al art. 1401, en caso de duda sobre su significado, las cláusulas generales de contratación y los contratos celebrados con formularios se interpretan en contra del predisponente (*contra proferentem* o *contra stipulatorem*), o sea, en el sentido más favorable al adherente⁷⁸⁶. En el mismo sentido, Unidroit⁷⁸⁷ en el art. 4.6 prescribe: "Art. 4.6 (interpretación *contra proferentem*). Si los términos de un contrato dictado por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte".

Como tanto en los contratos concluidos mediante cláusulas generales como en los por adhesión el contenido contractual es redactado por una sola de las partes denominada *predisponente*, sin participación del otro contratante, es lógico que a ella se le atribuya la responsabilidad por las obscuridades, falta de claridad, imprecisiones o ambigüedades, puesto que estaba en sus manos el expresarse en forma adecuada, o sea, idónea, clara, suficiente, seria, inequívoca, de fácil comprensión por el destinatario, razón que justifica que el contrato sea interpretado en su contra y en favor de la otra parte, quien lo único que hace para poder contratar es someterse a las estipulaciones del contrato estándar que casi siempre no lee, o si lo lee no lo entiende por su redacción técnica o abigarrada, o si lo entiende no tiene la posibilidad de obtener su modificación.

Es el predisponente el que tiene que asumir los riesgos de la defectuosa manifestación de voluntad, por cuanto dispone de todos los medios a su alcance para evitar expresarse con claridad y precisión, sin caer en dudas y ambigüedades. La regla *contra proferentem* es una aplicación del principio de la buena fe con

786 Casación N° 1426-98-Lima, del 30.09.1998: "[No] existiendo mora en el pago total o parcial de la prima, se encontraba vigente la cobertura del seguro y se tiene que pagar el siniestro (...). Que, en cuanto al argumento de que se había cambiado el número de matrícula de la nave, por lo que la póliza quedaba anulada o invalidada, hay que tener en consideración que la matrícula es para la identificación del bien asegurado, pero en este caso no hay discusión sobre ello, porque las partes están de acuerdo en que la nave siniestrada fue la comprendida en la póliza de seguro, materia de la acción y porque de acuerdo con el artículo 1401 del Código civil, las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan en caso de duda, a favor de la otra".

787 International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).

que debe actuar el estipulante, manifestando su voluntad de manera comprensible para ser reconocidas fácilmente por el destinatario.

El contratante fuerte, en tanto predisponente del contenido contractual, debe redactar el contrato en forma comprensible, delimitando con precisión sus obligaciones y las del adherente; caso contrario, él será el único responsable de sus ambigüedades, falta de claridad, obscuridades, por lo que resulta equitativo y razonable que el contrato sea interpretado en contra de sus intereses, o sea en favor del adherente como parte débil excluida de los mecanismos de participación en la formación del contenido contractual (interpretación *favor debilis*). Si la interpretación no fuera en contra del estipulante se estaría favoreciendo la arbitrariedad, el abuso, la negligencia, cuando no el dolo en la prerredacción contractual.

El principio de la interpretación *favor debilis* está consagrado expresamente en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, cuya normatividad de carácter imperativo se orienta a proteger al consumidor como parte débil de la relación jurídica, debido principalmente a que no tiene ninguna participación en la regulación del contenido contractual. Con el fin de superar las diferencias de poder de las partes en la génesis del contrato, generalmente materializadas en las cláusulas vejatorias, el art. V.2 del Título Preliminar de este Código dispone: “*Principios*. El presente Código se sujeta a los siguientes principios: [...] 2. Principio pro consumidor. En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En protección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor”.

Es en aplicación del principio de la *buena fe* con que debe obrar el predisponente⁷⁸⁸ y en protección de la *buena fe confianza* del destinatario del formulario o de las cláusulas generales (quien fía y confía en lo expresado por el predisponente) que se sanciona al primero por haber infringido su deber de expresarse comprensiblemente.

788 Ante la falta de claridad, generadora de conflicto entre las partes, debe imputarse al redactor, con fundamento en su torpeza o malicia, las consecuencias de no hablar claro (FONTANARROSA, Rodolfo, *Derecho comercial argentino. Contratos*, 3.ª ed., Víctor López de Zavalía, Buenos Aires, 1969, T. I, p. 157).

En el Derecho romano el estipulante es quien formula el contenido del contrato, mientras que el promitente se limita a manifestar su adhesión. Cosa similar sucede con la contratación moderna masiva (para responder a la comercialización masiva de bienes y servicios producidos en forma estandarizada o no) en la que el redactor de las cláusulas generales de contratación o del formulario del contrato por adhesión es el que formula el esquema del contrato, en tanto que el consumidor de los bienes y servicios ofrecidos en esta forma no tiene otra alternativa que producir su manifestación adhesiva o no contratar. Al igual que en las estipulaciones del Derecho romano, en la contratación moderna masiva, los textos, en caso de duda, han de interpretarse en contra del estipulante (*interpretatio contra stipulatorem* o *contra proferentem*), o sea, a favor del consumidor (*in dubio pro consumidor*)⁷⁸⁹. El que redacta las cláusulas generales o el formulario está en la obligación de hablar claro, sin incurrir en ambigüedades o imprecisiones, puesto que si así lo hace, debe soportar las consecuencias de su mala fe o de su negligencia, interpretándose las cláusulas dudosas u oscuras en sentido contrario a sus intereses.

El antecedente del art. 1401 es el art. 1370 del Código civil italiano que consagra el principio *interpretatio contra stipulatorem* al establecer que *las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en formularios predispuestos por uno de los contratantes se interpretan, en la duda, a favor del otro*. De este modo se impone al que redacta el contrato la obligación de hablar claro (*clare loqui*). El estipulante debe expresarse en forma clara e inequívoca de tal forma que sea entendido fácilmente por el destinatario; en caso contrario, debe asumir las consecuencias, con indiferencia de que haya o no mediado dolo en su proceder, interpretándose el contrato en favor del adherente.

789 *Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571), Artículo II: Finalidad*. El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código.

Ley de Defensa del Consumidor de Argentina (Ley N° 26.361), Artículo 3: [...] En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor.

Codice del Consumo italiano, Artículo 35: [...] 2. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione piú favorevole al consumatore.

La obligación de hablar claro, distinta de la obligación de lealtad, se encuentra en general a cargo de todo contratante, en el sentido que quien no emite una declaración contractual claramente inteligible corre el riesgo de sufrir una interpretación no conforme al significado que quiso expresar. Pero en lo que se refiere al predisponente, la inobservancia de la obligación de hablar claro tiene una diversa y precisa consecuencia negativa (interpretación *contra* el autor del texto) que lo diferencia respecto a la obligación general y que se justifica en la particular exigencia de tutela del adherente⁷⁹⁰.

En el Derecho angloamericano, dice Rezzónico, la interpretación contra el redactor se decide según el principio (*rule of construction*), asentado en la máxima latina *verba chartarum fortius accipiuntur contra proferentem*: las palabras de los documentos escritos se interpretan con mayor rigor contra la parte que los usa (*the words of written documents are construed more forcibly against the part using them*)⁷⁹¹.

Cuando el predisponente es una empresa bancaria, de seguros, de transporte aéreo, marítimo o terrestre, agentes marítimos, agencias de aduanas, empresas que proveen servicios públicos de agua, luz, teléfono, gas, administradoras privadas de fondos de pensiones, entre otras grandes empresas distribuidoras de productos o prestadoras de servicios, estas cuentan con preparación y asesoramiento técnico, económico y legal, por lo que tienen todos los medios a su alcance para revisar prolijamente el contenido contractual librándolo de toda obscuridad, con redacción fácil y claramente legible, razón por la que deben asumir las consecuencias si han incurrido en equívocos o cuando la oscuridad se debe a la redacción abigarrada del contrato o con letra menuda o al abuso del lenguaje técnico. En situaciones como estas, dada la manifiesta desigualdad jurídica y económica entre predisponente y consumidor o usuario, por principio, solo las expresiones claras deben tener efectos vinculantes para el consumidor.

Si bien es cierto que la disposición normativa del art. 1401 se refiere solamente a los contratos concluidos mediante cláusulas generales de contratación y a los contratos por adhesión, su aplicación debe extenderse a todos los casos en

790 BIANCA, *Diritto civile*, cit., T. III, p. 440.

791 ANSON, William Reynell y GUEST, Anthony Gordon, *Anson's Law of Contract*, 26.^a ed., Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 160.

los cuales el texto del contrato o de alguna de sus cláusulas haya sido predispu-
esto por una de las partes y la otra solamente haya aceptado.

76. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Esta regla de interpretación, no contenida en nuestro Código, constituye la octava regla de Pothier: *Por muy generales que sean los términos en que aparezca redactado un contrato, no comprenderá este más cosas que aquellas sobre las cuales las partes se propusieron contratar*. El art. 1163 del Código francés: *Por generales que sean los términos en los que un convenio es conocido, este convenio no comprende sino las cosas sobre las cuales aparece que las partes se han propuesto convenir*. Código italiano: *Art. 1364. Expresiones generales.- Por generales que fueren las expresiones usadas en el contrato, este no comprende sino los objetos sobre los que las partes se han propuesto contratar*.

Por la denominada interpretación restrictiva, por muy comprensivas que sean las expresiones generales usadas por las partes, debe prevalecer la determinación concreta y precisa de las partes⁷⁹². El acto no comprende los objetos sobre los cuales las partes no se han propuesto regularlos. Por ejemplo, si en una transacción (art. 1302) las partes establecen que como consecuencia del acuerdo a que han llegado, en adelante no se podrán exigir entre ellas ninguna otra pretensión; obviamente, las pretensiones a las cuales se han referido en la transacción son solamente las concernientes a la cuestión controvertida, y no a las otras relaciones que eventualmente surjan entre ellas.

La interpretación restrictiva puede provenir de la ley o del convenio de las partes en los contratos paritarios. El Código civil y comercial argentino señala: Art. 1062. *Interpretación restrictiva*. Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo respectivamente.

792 Ley N° 29946, Ley del contrato de seguro: "Art. IV. En la interpretación del contrato de seguro se aplican las reglas siguientes: (...) Novena. Las cláusulas que imponen la caducidad de derechos del contratante, asegurado o beneficiario, deben ser de interpretación restrictiva en su alcance y en los hechos que tienden a acreditar su procedencia. Su redacción debe ser clara, simple y precisa".

77. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

Esta regla, que tampoco está contenida en nuestro Código, constituye la décima regla de Pothier: *Cuando en un contrato se expresa un caso, para explicar una obligación, no debe deducirse que se ha querido restringir la extensión que el convenio produce de derecho, en los casos no expresados.* El Código francés: Art. 1164. *Cuando en un contrato se ha expresado un caso para la explicación de la obligación, no por ello se refuta haber querido restringir el entendimiento que el compromiso de derecho tiene sobre los casos no expresados.* Código italiano: Art. 1365. Indicaciones ejemplificativas. *Cuando en un 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.* De este modo los legisladores franceses e italianos han reconocido la posibilidad de interpretar extensivamente los acuerdos contractuales, posibilidad que encuentra un límite en el objeto y finalidad perseguidos por los contratantes.

Si en el acto jurídico se ha hecho referencia a un caso concreto con el fin de explicar alguno de sus efectos, no se consideran excluidos los casos no expresados (sean similares o no al ejemplo propuesto) a los que, de acuerdo a la razón y las circunstancias, pueda extenderse el contenido de dicho acto. Por el solo hecho de haber mencionado un caso como ejemplo para explicar algunos de los efectos del acto no puede quedar restringido su contenido al ejemplo propuesto, sino que tiene que comprender todos los casos que las partes se han propuesto convenir.

Por ejemplo, si en un contrato de compraventa de bien inmueble se especifica que el bien vendido se encuentra libre de cargas y gravámenes a favor de terceros, como hipoteca, embargos; en la expresión “libre de cargas y gravámenes” debe entenderse comprendidos, aun cuando no estén mencionados, otros derechos de terceros como las servidumbres.

78. INTERPRETACIÓN CONSERVADORA DEL ACTO JURÍDICO

Esta regla de interpretación del acto jurídico no ha sido acogida por el Código peruano. Constituye la segunda regla de Pothier. El correspondiente pasaje de Ulpiano dice: *Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commo-dissimum est id accipi quo res de qua agitur in tuto sit.* Está consagrada en el art. 1157 del Código francés: *Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos se debe entender en el sentido que ella pueda producir algún efecto, y no en el sentido*

en el cual ella no pueda producir ninguno. El art. 1367 del Código italiano titulado: Conservación del contrato, dispone: *En la duda, el contrato o cada una de sus cláusulas deben interpretarse en el sentido en que puedan tener algún efecto y no en aquel según el cual no tendrían ninguno.* Este texto del Código italiano está recogido en el art. 15 del Proyecto de la Comisión que se encargó del estudio y revisión del Código de 1936. El primer párrafo del inc. 3 del art. 218 del Código de Comercio argentino expresa que *las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero.*

Se prefiere que el acto jurídico sea eficaz antes que ineficaz. En la duda, se prefiere que las cláusulas o estipulaciones tengan algún efecto antes que ninguno. Por ej., cuando el texto ambiguo tiene tanto un significado según el cual el objeto del acto sería ilícito, como otro por el cual sería lícito, este segundo prevalece porque salva al acto jurídico de la nulidad. El significado del acto jurídico determinado por la interpretación conservativa no puede ser desmentida por la real voluntad del agentes o agentes que lo otorgaron.

La razón del principio de la conservación del acto jurídico reside en que las partes con su celebración tienden siempre a conseguir algún resultado práctico social o económico (salvo el caso de un acto jurídico no serio) y no para que no produzca ningún resultado. De ahí que debe propenderse por la interpretación según la cual el acto produzca efectos jurídicos, antes que por aquella por la cual no tendría ningún efecto. El resultado de la interpretación debe garantizar el resultado útil del acto. Frente a la duda, el intérprete debe optar por la validez de tal modo que subsista la eficacia del acto.

79. INTERPRETACIÓN SEGÚN LOS USOS

El art. 1368 del Código italiano establece: *Prácticas generales interpretativas. Las cláusulas ambiguas se interpretarán de acuerdo con lo que se practique generalmente en el lugar en que el contrato haya sido concluido. En los contratos en que una de las partes sea empresario, las cláusulas ambiguas se interpretarán de acuerdo con lo que se practique generalmente en el lugar donde esté la sede de la empresa.*

Esta regla de interpretación (ausente de nuestro Código), como expresa Scognamiglio⁷⁹³, se refiere a la hipótesis en la cual las cláusulas contractuales que resultan ambiguas (de un tenor equívoco o contradictorio) deben interpretarse

793 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 188.

teniendo en cuenta la práctica observada en el lugar en el cual el contrato ha sido concluido. Aquí se hace referencia en sustancia a los usos interpretativos –que la jurisprudencia italiana los ha definido como las prácticas generalmente observadas– los mismos que pueden variar de un lugar a otro, razón por la que la ley hace explícita referencia al lugar del contrato, con arreglo a la plaza. El criterio territorial del lugar de la conclusión del contrato no rige cuando una de las partes es un empresario. En esta hipótesis –en homenaje a la exigencia de una mayor tutela de tales sujetos– se establece que la interpretación de las cláusulas ambiguas se hará con arreglo a los usos del lugar donde la empresa tiene su sede, lugar que puede ser distinto de aquel en el que el contrato se concluyó. Con una regla como esta se asegura al empresario una uniformidad en la interpretación de los contratos por él celebrados en lugares diversos y satisface exigencias propias de un sistema masivo de producción y distribución de bienes y servicios. Las partes pueden estipular en el contrato un lugar diverso al señalado por la ley.

Una cosa son los usos *normativos* como fuente formal supletoria del Derecho que sirven para integrar las lagunas de la ley y otra los usos *interpretativos* que son las estipulaciones o cláusulas de uso que se incorporan en el acto jurídico; estos usos se fundan en las prácticas generales. Como estos usos tienen el mismo valor de la voluntad negocial, son derogables de las leyes dispositivas; mientras el uso normativo (costumbre) las deroga solamente si la ley expresamente lo permite⁷⁹⁴.

En el Derecho nacional, la Ley N° 29946, Ley del Contrato de Seguro, dispone: “Art. IV. En la interpretación del contrato de seguro se aplican las reglas siguientes: (...) Quinta. El uso y la práctica generalmente observados en el comercio en contratos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre mercantil, prevalecen sobre cualquier sentido que se pretenda dar a las palabras”. Conforme a esta norma el uso y la costumbre mercantil prevalecen sobre la interpretación literal.

80. INTERPRETACIÓN EN FAVOR DEL DEUDOR E INTERPRETACIÓN EQUITATIVA

Esta regla está contenida en el Código italiano: *Art. 1371.- Reglas finales. Cuando a pesar de la aplicación de las normas contenidas en este capítulo, el contrato continúe siendo oscuro, deberá este ser entendido en el sentido menos gravoso*

794 TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, cit., p. 604.

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 oneroso. Esta norma no está contenida en nuestro Código. La Comisión Reformadora del Código civil de 1936 la consignó en el Título del Proyecto de Código civil en los siguientes términos: Art. 30. *Cuando a pesar de la aplicación de las normas contenidas en este título, el acto jurídico continua siendo obscuro, deberá este ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuese a título gratuito, y en el sentido que armonice la armonización equitativa de los intereses de los agentes, si fuese a título oneroso.* El Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi, Academia de Pavia) dispone: Art. 41. *Expresiones oscuras. Cuando, a pesar de la aplicación de las reglas contenidas en los artículos precedentes, el contrato permanece oscuro, debe ser interpretado, si es a título gratuito, en el sentido menos gravoso para el que se obliga y, si es a título oneroso, en el sentido que mejor realice una composición equitativa de los intereses de las partes.*

Sin duda se trata de la última *ratio* del proceso interpretativo, a la cual se recurrirá si persiste la duda después de haber agotado las otras vías de interpretación. Si el acto es gratuito, debe ser entendido en el sentido menos gravoso para el deudor, por ejemplo, si se trata de una donación, su significado se adecuará de tal forma que el donante haga el mínimo sacrificio. En cambio, si el acto es oneroso se propenderá a que se realice una equitativa armonización de los intereses de las partes, v. gr., en una compraventa se buscará establecer la equivalencia de las prestaciones, es decir que el precio corresponda, más o menos, al valor real de cambio que el bien vendido tiene en el mercado.

Con respecto al contrato de seguro, Ley N° 29946 establece: “Art. IV. En la interpretación del contrato de seguro se aplican las reglas siguientes: (...) Tercera. Los términos del contrato que generen ambigüedad o dudas son interpretados en el sentido y con el alcance más favorable al asegurado. La intermediación a cargo del corredor de seguros no afecta a dicha regla ni a la naturaleza del seguro como contrato celebrado por adhesión”. De acuerdo con esta norma, las cláusulas ambiguas o dudosas se interpretan en el sentido más favorable al asegurado.

Como estos criterios de decisión son en cierta medida arbitrarios, se debe procurar que la solución a la cual se llegue corresponda a la más verosímil reconstrucción del significado del acto, según sea gratuito u oneroso.

CAPÍTULO X

MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO

81. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se afirma la existencia de tres tipos diversos de elementos en los actos jurídicos: esenciales, naturales y accidentales.

1) *Elementos esenciales*

Los elementos esenciales (*essentialia negotii*), llamados también requisitos de validez, elementos de existencia, elementos de validez, como su propia denominación lo sugiere, son aquellos datos necesarios que tienen la función constitutiva del acto jurídico. Los elementos esenciales son: la manifestación de voluntad, la capacidad, el objeto, la causa fin y la forma solemne. Son elementos necesarios para que el acto jurídico llegue a existir válidamente, sin que la autonomía privada pueda soslayarlos. El art. 140 los denomina requisitos de validez. La falta de uno solo de ellos determina la nulidad absoluta del acto jurídico (art. 219).

Además de estos elementos *comunes* a todo acto jurídico, hay los elementos esenciales *específicos* de cada acto jurídico en particular, por ejemplo, son elementos esenciales específicos de la compraventa el *bien* que se transfiere en propiedad y el *precio* en dinero; de la donación son elementos esenciales específicos el *ánimo de liberalidad* del donante y el *bien* que se transfiere en propiedad; son elementos esenciales específicos del arrendamiento el *bien* que se cede en uso y la *merced conductiva* o renta. Son los elementos de identificación de cada acto jurídico singular.

Siendo elementos que están en la esencia misma del acto jurídico, no pueden faltar para que el acto exista válida y eficazmente.

2) *Elementos naturales*

Son elementos naturales (*naturale negotii*) los que el ordenamiento jurídico los considera integrando el contenido del acto jurídico, pero que la partes pueden eliminar sin afectar su validez.

Estos elementos están en la naturaleza del acto, pero no son de su esencia, por lo que las partes los pueden ampliar, reducir o excluir del acto. Por ejemplo, son elementos naturales del contrato la obligación de saneamiento por evicción y por vicios ocultos; esto quiere decir que en los contratos de transferencia de la propiedad, posesión o uso de un bien, aun cuando los contratantes nada hayan dicho sobre la obligación de saneamiento por evicción o por vicios ocultos del bien, el transferente siempre está obligado a ello, salvo que se le haya liberado de tal obligación (arts. 1484 y s.).

Los elementos naturales identifican el *contenido legal* del acto jurídico; contenido que se introduce mediante normas dispositivas supletorias.

3) *Elementos accidentales*

Los elementos accidentales (*accidentalia negotii*) denominados así porque no están en la esencia ni en la naturaleza del acto jurídico, sino que son elementos meramente eventuales que se incluyen en un determinado acto jurídico por voluntad de las partes, por tanto, no inciden en la validez del acto, sino en su eficacia. Independientemente de la condición (evento incierto y futuro del cual se hace depender la eficacia del acto jurídico), el plazo (evento cierto y futuro del cual se hace depender la eficacia del acto) o el cargo, el acto jurídico existe válidamente si no adolece de vicios estructurales, salvo que su validez se vea perjudicada como consecuencia de que la condición suspensiva es ilícita o imposible (art. 171) o depende de la exclusiva voluntad del deudor (art. 172).

Los *accidentalia negotii* caben tan solo en la medida en que los efectos jurídicos del acto jurídico no están sujetos a normas imperativas⁷⁹⁵. Las consecuencias de un elemento accidental prohibido no son siempre las mismas. a) hay casos en que pierde eficacia todo el acto jurídico; así es cuando un contrato se somete a condición suspensiva que depende de la voluntad exclusiva del deudor,

795 Von TUHR, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. II, *Los hechos jurídicos*, trad. de Tito Ravá, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid - Barcelona, 2005, P. 177.

caso en el que el contrato es totalmente ineficaz por nulo (art. 172); b) existen otros en que solo es nulo el elemento prohibido, en tanto que el acto jurídico en su conjunto sigue siendo válido y eficaz; así, la condición resolutoria ilícita o imposible se considera no puesta (segundo párrafo del art. 171); c) en otros casos la cláusula o estipulación prohibida es sustituida por una disposición legal; así, si el plazo del arrendamiento de duración determinada excede de diez años, se entiende reducido a dicho plazo (art. 1688).

Entre los elementos accidentales figuran las denominadas modalidades del acto jurídico: la condición, el plazo y el modo. No son necesarios para que el acto jurídico cumpla su función social y económica; no afectan la *validez*, sino la *eficacia* del acto, a menos que su validez se vea perjudicada porque la condición suspensiva es ilícita o imposible o cuando depende la exclusiva voluntad del deudor (arts. 171 y 172). No obstante, el plazo y la condición pueden estar impuestos por el ordenamiento jurídico, en cuyo caso ya no son elementos accidentales sino esenciales.

Estructuralmente y de forma necesaria no tiene por qué ser sometido a modalidades ningún acto jurídico, pero las partes en ejercicio de su autonomía privada pueden incorporar en el acto estos elementos complementarios.

Las modalidades tradicionales (la condición, el plazo y el modo o cargo) no son los únicos elementos accidentales (*accidentalia negotii*) del acto jurídico, pues hay otros como las arras, la cláusula penal, la cláusula de exclusividad, etc. Sin embargo, por tradición, la doctrina y la legislación, con la expresión "modalidades del acto o negocio jurídico", se refieren solamente a la condición, al plazo y al modo.

Del estudio de estos tres elementos accidentales nos ocuparemos a continuación.

82. MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO

Las modalidades son elementos accidentales del acto jurídico que modifican sus efectos normales, tornándolos inciertos (condición), o limitándolos en el tiempo (plazo), o limitando la ventaja económica del beneficiario de una de liberalidad (cargo)⁷⁹⁶.

796 "La manifestación de voluntad toma un carácter especial desde que por sí misma llega a limitarse esta misma: Se verifica esto por la unión de la condición, del término y del *modus*" (SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. II, p. 227).

Como expresa Savigny⁷⁹⁷, “La manifestación de voluntad toma un carácter especial desde que por sí misma llega a limitarse esta misma: se verifica esto por la unión de la condición, del término y del modus... Dichas restricciones tienen su aplicación más importante en los contratos y en los testamentos”.

La condición y el plazo no afectan la existencia y validez del acto jurídico, sino el comienzo o el fin de su eficacia, según que sean suspensivos o resolutorios.

Con el modo se incide sobre un aspecto de la regulación de intereses, con la condición y el plazo se abarca la regulación en su totalidad, incidiendo sobre la operatividad del mismo. De otro lado, mientras que con el plazo la eficacia del acto jurídico es cierta, solo que se posterga (término inicial) o limitada en el tiempo (término final), en cuanto está sujeta a una fecha precisa o a un evento el cuyo verificarse es cierto, pero es incierto el momento en que se verificará, con la condición la eficacia del acto permanece eventual, en cuanto se hace depender del verificarse o no un evento futuro e incierto.

A las modalidades del acto jurídico se les denomina elementos accidentales porque pueden existir o no; su existencia depende de que las partes, sin estar obligadas, los hayan añadido al acto jurídico. Se les llama también “auto-limitaciones de la voluntad” por cuanto las partes al adicionar estos elementos al acto que celebran, restringen los efectos que en otro caso tendría su voluntad. También se les conoce como “elementos accesorios”. La condición y el plazo son accidentales o accesorios en cuanto son extraños a la estructura del acto, pero una vez que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, los añaden al acto que celebran, dejan de ser extraños, para devenir en elementos que tienen una importancia análoga a la de los elementos esenciales (requisitos de validez), puesto que de ellos se hace depender la eficacia del acto, es decir, son requisitos de eficacia del acto. Por ej., compro un automóvil usado a condición de que supere la inspección técnica; si no supera la inspección técnica, podré entender legítimamente que la compraventa no me vincula. No sucede lo mismo con el modo o cargo que una vez incorporado en el acto no pierde su naturaleza de accesorio; no es requisito de eficacia del acto.

797 Savigny, M.F.C. de, *Sistema del Derecho romano actual*, trad. por M. Ch. Guenoux, versión castellana por Jacinto Mesía y Manuel Poley, t. II, F. Góngora y Compañía, Editores, Madrid, 1879, p. 227.

Los requisitos de eficacia o modalidades del acto jurídico pueden ser legales o voluntarios. Las *modalidades legales* no son elementos accesorios o accidentales, sino que tienen que concurrir necesariamente para que el acto sea eficaz. El plazo puede estar impuesto por la ley, por ej., el art. 1423 prescribe que cuando las partes no han establecido el plazo del contrato de opción, dicho plazo será de un año. También la condición puede estar impuesta por la ley (condición legal o *conditio iuris*), cuando la misma ley subordina la eficacia del acto a la verificación de un evento incierto y futuro, por ejemplo, el art. 1564 establece que el contrato de compraventa de bien futuro está sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia; el art. 1572 dispone que la compraventa a prueba se considera hecha bajo la condición suspensiva de que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado. La condición y el plazo legales son elementos esenciales del acto jurídico, y no elementos accidentales.

Las *modalidades voluntarias* son elementos accesorios o accidentales, no se precisa de su concurrencia para que el acto produzca sus efectos, salvo que las partes lo hayan dispuesto así para un acto concreto. Al acto jurídico al cual se le ha añadido una modalidad se le denomina "acto modal", que se contrapone al "acto jurídico puro" (*purum*), libre de modalidades.

Veamos algunos ejemplos: A transfiere gratuitamente a B la propiedad de un bien; este es un contrato de donación pura. A se obliga a donar un bien a B si es que este opta su título profesional el próximo mes de diciembre; este es un contrato de donación bajo condición. A dona a B cincuenta cabezas de ganado, obligándose a entregar diez cabezas de ganado por mes; este es un contrato de donación sujeto a plazo. A dona a B una casa, con la obligación del donatario B de pagar una pensión mensual a C por un año; esta es una donación con cargo.

La declaración de voluntad modal es menos amplia que la declaración de voluntad pura. Es que con las modalidades del acto jurídico una de las partes pone límites a los efectos de su declaración de voluntad, haciendo que dichos efectos dependan de un evento incierto y futuro (condición), o que esos efectos se produzcan desde o hasta un momento determinado (plazo), o se limita el valor de una atribución patrimonial gratuita (cargo).

Las modalidades no se pueden añadir a todo tipo de actos jurídicos, pues hay actos que por razones de intereses superiores, de estabilidad, seguridad o morales, son esencialmente puros, y de eficacia inmediata y definitiva; la ley prohíbe que estén sometidos a modalidades (se llaman *actus legitimi*), ya que los

efectos están predeterminados por la ley, sin la intervención de la autonomía de la voluntad privada. Son actos que se quieren puramente o no se quieren, como, por ej., el matrimonio, el reconocimiento de hijo extramatrimonial⁷⁹⁸, la adopción⁷⁹⁹; la aceptación y renuncia de la herencia⁸⁰⁰, el endoso de los títulos valores a la orden⁸⁰¹.

Sección I: La condición

83. ACEPCIONES

La palabra condición tiene varias acepciones:

- a) Designa a las cláusulas o estipulaciones de un acto jurídico (ej., se habla de las condiciones de un contrato);
- b) Indica a los requisitos o circunstancias que debe reunir un acto (ej., el precio es condición para que exista compraventa);
- c) Se usa para indicar la situación jurídica de una persona (ej., se dice que tiene la condición de padre, de acreedor, de accionista);
- d) Se emplea también la palabra condición para referirse a las “cláusulas generales de contratación” redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el fin de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares (art. 1392). En este sentido se habla de “condiciones generales del contrato”;
- e) Se utiliza para referirse a la circunstancia bajo la cual algo acontece, por lo que se supone que las circunstancias condicionan el acontecimiento.

798 Art. 395. El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.

799 Art. 381. La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.

800 Art. 677. La aceptación y la renuncia de la herencia no pueden ser parciales, condicionales, ni a término. Ambas son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión.

801 *Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287): Art. 35°. Incondicionalidad del endoso. 35.1.* El endoso no puede sujetarse a modalidad alguna. Todo plazo, condición y modo se consideran no puestos, salvo lo dispuesto en el último párrafo del artículo 131°. 35.2. El endoso parcial se tiene por no hecho y no surte efectos jurídicos.

- f) En Derecho penal y en Derecho de la responsabilidad civil, se habla de condición en el sentido de causa; se pregunta si un acto u omisión es condición de un resultado y por ello el acto u omisión es punible o determina la responsabilidad civil.
- g) En sentido técnico, se denomina *condición* a una de las modalidades del acto jurídico, concretamente, a la cláusula por la cual se supedita el nacimiento o la cesación de los efectos del acto a que suceda o no suceda un hecho futuro e incierto. Jurídicamente este es el concepto propio de condición; en los cuatro primeros casos, se habla de condición en sentido impropio.

La condición como modalidad tiene dos significados: cláusula condicional y hecho condicionante. A la cláusula o estipulación por la cual se inserta en el acto jurídico una condición mediante la cual se suspende o se elimina los efectos negociales se le denomina *cláusula condicional*; y al hecho futuro e incierto al cual la cláusula condicional subordina el nacimiento o la cesación de los efectos del acto jurídico se le llama *hecho condicionante*.

Es a la condición voluntaria como modalidad del acto jurídico a la que nos referimos en adelante.

84. DEFINICIÓN

La condición es el evento futuro e incierto (natural o humano), establecido arbitrariamente por la voluntad del agente (conditio facti), de cuya verificación o falta de verificación se hace depender el surgimiento (condición suspensiva) o la cesación (condición resolutoria) de la eficacia de un acto jurídico, o de una o algunas de sus cláusulas o estipulaciones.

En otros términos, la condición es el evento futuro e incierto de cuya verificación las partes hacen depender la producción o la eliminación de los efectos del acto jurídico al cual accede⁸⁰².

802 “Se llama condición (*conditio*) la restricción que une arbitrariamente la existencia de una relación de derecho a un acontecimiento futuro e incierto. Sus caracteres esenciales resultan principalmente en los casos en que llegan a faltar y en donde, desde entonces, hay una condición aparente, pero no real” (Savigny, ob. cit., t. II, p. 228).

En el Derecho Común⁸⁰³ se distinguía entre: el *dies incertus an, certus quando* (ej., cuando Marco cumpla 18 años) del *dies incertus an, incertus quando* (ej., cuando Helena contraiga matrimonio). El evento futuro es incierto en ambos casos, pero el momento vinculado a él es conocido en el primero y desconocido en el segundo.

Cuando el propio acto jurídico dispone que sus efectos (o alguno de ellos) se produzcan o extingan con la verificación de un evento futuro e incierto, se dice que es “condicional” o “*sub condicio*”, o “bajo condición”, o “condicionado”, o “subordinado”.

Al evento futuro incierto del cual se hace depender la eficacia del acto, se le llama hecho “condicionante”. Puede consistir en un suceso natural (si no hay *sequía*, te presto mil para que coseches tu fundo) o humano (te arriendo mi casa por el plazo de un año, pero si antes del año *viajas* a Europa me la devuelves). Que la condición es “establecida arbitrariamente por el agente” quiere decir que el agente, en ejercicio de su autonomía privada (libertad), sin estar obligado y sin que este evento sea necesario para que el acto cumpla con su función económica y social, lo incluye como parte integrante del contenido del acto. De la “verificación” o “no verificación” del acontecimiento puesto como condición, según que la condición sea positiva o negativa, se hace depender la eficacia o ineficacia del acto.

Puede suceder que las partes establezcan como condición una pluralidad de eventos, en tal caso se habla de condición *acumulativa* cuando todos los eventos deben realizarse para que la misma se considere cumplida; o de condición *alternativa* cuando se considera cumplida con la verificación de uno solo de esos elementos.

La condición incide en la eficacia del acto jurídico, pero no en su existencia ni en su validez.

La condición puede referirse a todo el acto jurídico, caso en el que está en juego la totalidad de sus efectos; o puede referirse a determinados pactos (cláusulas o estipulaciones), caso en el que solo estos están subordinados al hecho condicionante.

803 En la Baja Edad Media (siglos XII a XV) se denominó Derecho Común al formado por el *Corpus Iuris Civilis*, el *Corpus Iuris Canonici* y al elaborado por los juristas sobre estos cuerpos jurídicos (escuela de glosadores y comentaristas). En la actualidad se denomina así al Derecho civil.

85. REQUISITOS

Son requisitos o caracteres de la condición:

85.1. La incertidumbre

Es requisito fundamental de la condición que el hecho del cual se hace depender la eficacia del acto sea *incierto*, de realización insegura, o sea que puede o no llegar a verificarse, v. gr., una sequía, un accidente, la obtención de un título profesional, un ulterior viaje. Si el hecho ocurrirá fatalmente (ej., si Pedro muere) se está en presencia de un plazo y no de una condición. La incertidumbre es la que determina el *estado de pendencia*, pues no se sabe si la condición se cumplirá o no se cumplirá de tal modo que es incierta la existencia o la extinción de las consecuencias del acto⁸⁰⁴. No hay condición si el acontecimiento no es incierto, es decir, si ha de verificarse o no (condición necesaria o imposible) infaliblemente⁸⁰⁵.

La incertidumbre es la característica que distingue a la condición del plazo; este, aunque incierto es siempre fatal, en cambio, la condición es siempre contingente, puede ocurrir o no. Si el evento del cual se hace depender la eficacia del acto se refiere a un hecho que ocurrirá con certeza, no será condición sino plazo (ej., cundo muera Ticio).

No es relevante que sea cierto o incierto el momento en cual debe verificarse el evento puesto como condición; pero si la verificación del evento futuro puesto como modalidad fuese seguro que va a llegar, habrá plazo y no condición⁸⁰⁶. Cuatro son los casos clásicos:

- 1º *dies incertus an incertus quando* (ej., el día del matrimonio de Ticio);
- 2º *dies incertus an certus quando* (ej., cuando Ticio adquiriera su mayoría de edad; esto es, cuando Ticio cumpla dieciocho años);
- 3º *dis certus an incertus quando* (ej., cuando muera Ticio);
- 4º *dies certus an et quando* (ej., el 28 de julio del año dos mil veinte).

804 Salvat dice que en los contratos condicionales, "es la existencia misma del vínculo contractual y de las obligaciones y derechos derivados de él, lo que resulta incierto" (SALVAT, Raymundo, *Derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2.ª ed., TEA, Buenos Aires, 1954, T. III, p. 309).

805 SAVIGNY, ob. cit., p. 228.

806 TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, cit., p. 155.

Es indiscutible que con frecuencia el condicionamiento lleva en sí una determinación de tiempo; como expresa Enneccerus⁸⁰⁷ “los juristas romanos señalan, por tanto, con razón que en este caso existe tanto *dies* como *condicio*, que el *dies (incertus)* contiene a la vez una condición, y la condición a su vez un *dies (incertus)*. La teoría del Derecho común, que examina los cuatro casos, recalca justamente que solo el llamado *dies certus an et quando* (por ejemplo, un día del calendario) y el *dies certus an incertus quando* (por ejemplo, el día de la muerte de uno) son términos puros; mientras que el *dies incertus an certus quando* (el decimosexto aniversario del nacimiento de una persona) y el *dies incertus an incertus quando* (el día en que tú serás oficial) contienen tanto un plazo como una condición”. Pero en el lenguaje moderno, “la determinación de tiempo es limitación, añadida a una declaración de voluntad, cuyo sentido es que un efecto jurídico solo deba empezar (término inicial) con la llegada de un acontecimiento futuro y cierto o solo deba durar (término final) hasta la llegada del mismo”.

De los cuatro casos señalados, los dos primeros son hipótesis de condición y los dos últimos establecen un plazo.

Es incierto un hecho del cual, con la ayuda de los instrumentos de conocimiento y con la experiencia razonable de las partes, no se está en grado de asegurar si sucederá o no, aunque una previsión segura podría obtenerse con técnicas sofisticadas a las que las partes no tienen acceso. La incertidumbre puede referirse a la ocurrencia del hecho o solamente al momento, al modo o a la medida en que tal hecho ocurra. Si es cierto que el hecho no ocurrirá, la condición es imposible. Si es cierto que el evento futuro ocurrirá, no es condición sino plazo, v. gr., cuando Juan muera. Pero ello no quita que la incertidumbre del momento en que se verificará un hecho cierto no sea condición, por ej., si Juan muere dentro de los próximos seis años.

Se debate sobre si la condición requiere de una incertidumbre objetiva o subjetiva. En su acepción *objetiva*, la incertidumbre no depende del conocimiento o desconocimiento del agente, sino de la misma naturaleza del evento puesto como condición; el evento es de realización insegura para todos. En su noción *subjetiva* el cumplimiento de la condición es inseguro solamente para los otorgantes del acto; se admite que el hecho pasado, cuya existencia ignoren las partes, puede ser condición.

807 ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, T. I, vol. II, Segunda Parte, cit., p. 654.

La doctrina y la legislación predominante adoptan la acepción objetiva de incertidumbre. Pocas son las legislaciones que aceptan la incertidumbre subjetiva, por ej., el art. 1169 del Código francés, el art. 1407 del Código uruguayo, el art. 1.113 del Código español; el art. 772 del anterior Código de Bolivia; el Código boliviano vigente desde el 2 de abril de 1975, en su art. 494 opta por la objetiva.

Albaladejo⁸⁰⁸ criticando el art. 1.113 del Código español dice: El código – art. 1113–, desafortunadamente, exige “suctso futuro o incierto o suceso pasado que los interesados ignoren”. “Sin embargo, es evidente que ni aun un precepto legal puede cambiar la naturaleza de las cosas”. Huelga hablar de acontecimiento futuro, basta exigir que sea incierto, “puesto que si el acontecimiento es pasado o presente, podrá ser desconocido por el sujeto, pero no incierto: luego la incertidumbre ya implica la futuridad”.

Las legislaciones que aceptan la *incertidumbre subjetiva*, hace notar Boffi⁸⁰⁹, no pueden diferenciar la *condición* de la *reserva*, esta consiste en la supeditación de los efectos del acto a un hecho presente o pasado, subjetivamente incierto, y la condición exige que la supeditación sea con referencia a un hecho futuro y objetivamente incierto.

Como sostiene Barbero⁸¹⁰, con referencia a la legislación italiana, “nuestro conocimiento puede encontrarse en incertidumbre también respecto del pasado y respecto del presente mismo: incertidumbre meramente *subjetiva*, pero que no impide que un determinado efecto esté negocialmente subordinado a la existencia o no de determinadas circunstancias presentes o pasadas. Ejemplo: te dono estos bienes si es verdad que tu padre ha muerto en la guerra. Aquí, en rigor, no se puede hablar de ‘condición’, ya que el evento condicionante, si puede ser subjetivamente incierto, no es, por lo demás, futuro, y nuestra ley no admite la *conditio in praesens vel in praeteritum collata*”.

Observamos que si bien la condición no puede consistir en un hecho pasado o presente, sí constituye condición el conocimiento que se pueda llegar a tener sobre si ese hecho pasado o presente ha acaecido realmente o no. La con-

808 ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 237.

809 BOFFI BOGGERO, Luis María, “Condición”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. III, Driskill, Buenos Aires, 1979, pp. 678-679.

810 BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, p. 569.

dición no es el evento pasado o presente, sino su conocimiento futuro. Se trata de llegar a saber si un hecho pasado ha acaecido o no, o si un hecho presente está acaeciendo o no, por ej., te dono estos bienes si llegamos a saber que es verdad que tu padre ha muerto en la guerra. Como expresa Galgano⁸¹¹: “El advenimiento futuro debe consistir en un evento que, en el momento de la perfección del contrato, no haya todavía sucedido; mas puede también consistir en la verificación futura de un hecho que ya puede haber sucedido, del cual sin embargo no se tiene todavía noticia o no se tiene certidumbre cuando se perfecciona el contrato, como en el caso en el que sea deducida como condición la suerte de una cosa dada por perdida (aquí el evento puede ser verificado en el momento del contrato, pero en aquel momento todavía no se sabe si se ha verificado o no), o bien cuando, como sucede frecuentemente en las contrataciones inmobiliarias, la eficacia del contrato se subordina a futuras comprobaciones de las situaciones jurídicas del inmueble objeto del contrato, (también aquí la comprobación futura se refiere a situaciones presentes en el momento de la estipulación)”.

El Código peruano no dice expresamente si opta por la acepción objetiva o subjetiva de condición, pero no por eso, sin interpretación alguna, podemos aplicar a raja tabla el principio: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* para sostener que el Código acoge ambas teorías sobre la incertidumbre: la objetiva y la subjetiva, lo cual, a nuestro entender no estaría mal. Pero, el Código al establecer por principio que la condición es irretroactiva (art. 177) (son irretroactivos los hechos futuros, no los pasados) y al hablar de plazo para la condición negativa (art. 175), implícitamente está exigiendo que la condición debe consistir en un hecho venidero incierto para todos y no solamente para los otorgantes del acto. Luego, de una interpretación sistemática del código resulta que no es relevante que el hecho puesto como condición sea incierto para las partes, porque lo que se requiere no es una incerteza subjetiva, sino objetiva, referida al evento en sí considerado y no al conocimiento que puedan tener las partes. No se puede hablar de condición cuando el evento consista en un hecho pasado o presente.

Sin embargo, cuando el evento consista no en un hecho pasado o presente sino en la verificación futura de este hecho del cual no se tiene todavía noticia o certidumbre de su acaecimiento, se tendrá que determinar, teniendo en cuenta la

811 GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., v. I, p. 155.

naturaleza del acto y sus circunstancias, si las partes, en ejercicio de la autonomía privada, lo han incorporado como *condición* o como *reserva*. Si el conocimiento futuro de un hecho que ya puede haber sucedido ha sido incluido por las partes en el acto jurídico como reserva, sus efectos son retroactivos (art. 1360); en cambio, si ha sido incluido como condición, sus efectos son irretroactivos (art. 177). Es válido el acto jurídico por el cual las partes han reservado alguna estipulación hasta la verificación futura de un hecho que ya puede haber sucedido, pero que ignoran o no tienen certidumbre, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha. Es de aplicación al caso, el art. 1360 que establece: “Es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, en cuyo caso opera retroactivamente”.

Cuando al acto se incorpora como condición un hecho pasado o presente hay que determinar cuál es su sentido, esto es, si la condición es el hecho o es su conocimiento. Si las partes han querido subordinar los efectos a la confirmación de si el hecho pasado o presente ha ocurrido realmente o no, no cabe duda de que se trate de una condición, con incertidumbre meramente subjetiva, por ejemplo, me encargaré de la alimentación de María si es verdad que su padre ha fallecido en el incendio.

La incertidumbre puede ser en el “sí” o en el “cuando”. Puede ser incierto el “sí” y cierto el “cuando”, v. gr., si Juan aún vive en el año 2020.

Los efectos del acto jurídico sometido a condición están en la incertidumbre, la cual no puede tener una duración exageradamente larga. No hay problema cuando la incertidumbre del hecho se puede disolver en un tiempo definido o indefinido, pero razonablemente breve. En cambio, cuando la duración de la incertidumbre es indefinida y no razonablemente breve, las partes deben vincular la condición a un plazo. Si no se ha fijado plazo, pueden solicitar al juez que fije la duración (art. 182).

85.2. La futuridad

El hecho al que se sujeta el nacimiento o la cesación de los efectos del acto jurídico debe ser futuro. La futuridad es una característica de la condición que está en estrecha vinculación con la incertidumbre. Por regla, el hecho puesto como condición para que sea incierto debe ser *futuro*.

El hecho presente o pasado puede ser desconocido, pero no es incierto. Aunque las partes ignoren que el hecho ya ocurrió (incertidumbre subjetiva) el

acto produce sus efectos desde su celebración. Hay incertidumbre objetiva de la condición solamente cuando se trate de un evento futuro. Si el evento ya se ha realizado o está ocurriendo en el presente, aun cuando las partes lo ignoren (ej. si la independencia del Perú ha sido declarada el 28 de julio de 1821), el acto jurídico se constituye válidamente como un acto puro porque no existe incertidumbre sobre su eficacia *ab initio*. Sin embargo, como se anticipó, cosa distinta es que el evento futuro puesto como condición consista en el *conocimiento* futuro de un hecho presente o pasado que se ignora que haya acaecido. Esta doctrina ha sido consagrada en el Código civil y comercial argentino: Art. 343. "*Alcance y especies*. Se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto. Las disposiciones de este capítulo son aplicables, en cuanto fueran compatibles, a la cláusula por la cual las partes sujetan la adquisición o extinción de un derecho a hechos presentes o pasados ignorados". A la condición consistente en el conocimiento futuro de hechos presentes o pasados se le conoce como condición impropia.

Hay que concluir que la condición consiste en un evento que al momento que se celebra el acto todavía no ha sucedido o que estando sucediendo o habiendo sucedido se ignora o no se tiene certidumbre de su acaecimiento.

El Código peruano no contiene un artículo como el 1353 del Código italiano que dispone: "Las partes pueden subordinar la eficacia o la resolución del contrato o de un pacto singular a un acontecimiento futuro e incierto". Sin embargo, como hemos dicho, el carácter futuro del hecho puesto como condición aparece implícitamente del art. 175 del Código patrio que habla de un plazo para el cumplimiento de la condición negativa y del art. 177 que dispone que la condición es irretroactiva, salvo pacto en contrario. Materialmente es imposible que un hecho pasado sea irretroactivo o retroactivo al momento en que se celebra el acto jurídico; de retroactividad o irretroactividad solamente se puede hablar de los hechos futuros.

No obstante, si se puede hablar de retroactividad o irretroactividad del conocimiento en el futuro de la verificación de un hecho pasado o presente del cual las partes no conocen o no están en posibilidad de conocer si ha ocurrido. Es condición un hecho objetivamente cierto por estar referido al pasado o al presente, pero subjetivamente incierto, debido a que las partes ignoran si ha ocurrido o no, razón por la que tienen interés en subordinar la eficacia del acto a la confirmación de si ha ocurrido o no. Con la interpretación del acto jurídico se

determinará si el conocimiento de un hecho presente o pasado, en orden al interés de las partes, constituye o no una verdadera y propia condición. La regla es la incertidumbre objetiva, pero no se puede desdeñar la incertidumbre subjetiva, tanto más cuando la verificación de la ocurrencia de un hecho pasado o presente exige de reconocimiento no simple.

85.3. Es establecida arbitrariamente

La condición voluntaria (llamada también *conditio facti*) es pactada arbitrariamente por las partes de un acto jurídico, haciendo depender su eficacia o resolución de un hecho futuro e incierto.

Siendo la condición un elemento voluntario del acto, "se distingue de todos los elementos requeridos por la ley, así para la existencia como para la eficacia de ciertos actos jurídicos, y por eso se llaman en contraposición condiciones legales"⁸¹².

La *conditio iuris*, impuesta por la ley y no por voluntad de las partes, no es propiamente una condición, sino un requisito o elemento esencial requerido para que el acto tenga eficacia (por ej., la muerte del testador es *conditio iuris* para que el testamento produzca sus efectos; antes del fallecimiento del testador el testamento es ineficaz por disposición de la ley, y no por voluntad del testador).

La condición legal se diferencia de la voluntaria porque es dictada por la voluntad del legislador y no por la voluntad de las partes del acto jurídico. En línea de principio, la disciplina de la condición legal tiende a coincidir con el de la condición voluntaria, salvo los oportunos condicionamientos legales a su función de requisito normativo de la eficacia del acto.

85.4. Debe ser extraña a los requisitos de validez del acto

Es requisito del evento deducido como condición que sea extraño respecto al perfeccionamiento del acto jurídico.

Las partes en el perfeccionamiento del acto jurídico pueden hacer referencia en forma de condición a los elementos o requisitos de validez que integran el acto jurídico, pero en tal caso solo impropriamente se puede hablar de condición. Faltaría el requisito de la accidentalidad, debido a que se configuraría

812 COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, cit., p. 459.

como evento condicionante un elemento esencial o requisito de validez, como tal, infaltable en la estructura del acto jurídico.

85.5. Debe ser incoercible

El hecho condicional, a diferencia del cargo, debe ser incoercible, es decir, no se puede coaccionar su cumplimiento por vía judicial.

86. FUNCIÓN DE LA CONDICIÓN

Con la condición, no es el acto jurídico (que existe ya desde su celebración), sino su eficacia o resolución la que se subordina a la verificación de un evento futuro e incierto. Entendida esta eficacia *sub conditio* desde una doble perspectiva, o sea, en el sentido de que al verificarse la condición el acto jurídico adquiere eficacia (condición suspensiva), o bien que el acto extingue su eficacia (condición resolutoria)⁸¹³. El acto jurídico sujeto a condición, si ha cumplido el procedimiento de su perfeccionamiento, es un acto que existe válidamente, vincula a las partes, a menos que la condición suspensiva sea ilícita o imposible (art. 171) o que dependa de la exclusiva voluntad del deudor (art. 172), casos en que la condición invalida al acto jurídico.

El acto jurídico sujeto a condición o a plazo, es un acto que ha cumplido su procedimiento de formación, es un acto que vincula a las partes y genera deberes instrumentales a cargo de las partes y, es además, un acto válido, a menos que su validez se vea perjudicada por un defecto de la condición, como alguno de aquellos previstos en los artículos 171 y 172 del Código Civil.

Dijo Savigny⁸¹⁴ que “la voluntad ‘se autolimita’ en la declaración de voluntad por medio del establecimiento de una condición. De hecho se trata de una

813 IX Pleno Casa torio Civil (Cas. N° 4442-2015.Moquegua): “75. La condición es un evento futuro e incierto de cuya verificación se hace depender la eficacia del contrato. Podemos distinguir entre condición suspensiva y condición resolutoria: (i) La condición suspensiva es aquella que determina que el contrato no produzca sus efectos (o alguno de ellos) sino hasta que se verifique el evento futuro e incierto puesto como condición, recién a partir de este momento el contrato producirá sus efectos (o alguno en particular): el contrato ineficaz deviene en eficaz; (ii) La condición resolutoria es aquella que determina que el contrato deje de producir sus efectos una vez que se haya verificado el evento futuro e incierto puesto como condición: el contrato eficaz deviene en ineficaz. En este momento nos interesa detenernos en la primera, es decir, en la condición suspensiva”.

814 Cit. de FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 804.

autolimitación. Al fijar una condición, se limita la aplicabilidad de la reglamentación negocial. En caso de condición suspensiva aquélla solo se aplica si se cumple la condición, y en caso de condición resolutoria deja de valer al cumplirse la condición". "Cuando Savigny habla de la autolimitación de la 'voluntad', señala Flume, la 'voluntad' como agente del negocio jurídico con el negocio jurídico. Apoyada en el negocio jurídico, la condición es la limitación negocial de la operatividad del negocio.

En efecto, la verificación o no de la condición no incide en el perfeccionamiento del acto jurídico condicional, porque este es completo en todos sus elementos desde el momento en que es celebrado. La condición no es un añadido como un requisito para la conclusión del acto jurídico, sino que es un añadido a su contenido para limitar sus efectos. La verificación o no de la condición no afecta al proceso de formación del acto jurídico, sino que decide la suerte de sus efectos, puesto que determina un *estado de pendencia*, o sea, de incerteza sobre la eficacia del acto, que perdura hasta cuando el evento previsto es posible que se verifique y se extingue cuando es cierto que tal evento ya no puede verificarse.

El efecto de la condición se produce automáticamente, por impulso de la voluntad declarada con la cual se ha incorporado en el acto dicha condición; por tanto, no es necesaria ninguna ulterior actividad del sujeto, para que la verificación del evento puesto como condición produzca el efecto que, según los casos, le es propio⁸¹⁵.

Si la *condición se verifica*, el acto válido pero ineficaz pendiente la condición, despliega todos sus efectos cuando es *suspensiva*; y si es *resolutoria*, el acto, que era eficaz pendiente la condición, se torna ineficaz.

Si la condición *no se verifica*, si es *resolutoria* la condición, la eficacia del acto queda firme, deja de estar supeditado a la eventualidad de que se transforme en ineficaz; y si la condición es *suspensiva*, el acto válido no despliega su eficacia, no produce sus efectos propios, tornándose en un acto ineficaz en forma irreversible y permanente.

87. MOMENTO EN EL QUE PUEDE SER ESTABLECIDA

La condición forma parte del contenido de la declaración voluntad con la cual se otorga un acto jurídico; por eso, de ordinario la condición se establece

815 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 460.

en el momento de celebrar el acto jurídico, pero también puede ser incorporada mediante una determinación posterior para modificar el contenido del acto limitándolo, siempre que se observe la forma solemne cuando es exigida por la ley para el acto en sí.

Albaladejo⁸¹⁶ dice que la condición no puede establecerse después de emitida la declaración de voluntad, y que “cuando después de celebrar un negocio puramente, se dice que se le somete a condición, realmente se celebra un nuevo negocio con contenido igual al primero, pero sometido a condición”. Desde una perspectiva teórica, dudamos de la opinión del jurista español, ya que el hecho de que la condición se establezca en el momento de celebrarse el acto jurídico, si bien constituye la hipótesis más frecuente, pero no es la única porque nada impide que las partes, en ejercicio de la autonomía privada, puedan modificar un acto incondicionado en otro condicionados o viceversa, y esto es correcto puesto que el acto jurídico es también modificación de una relación jurídica ya existente. En la práctica se han dado casos como el siguiente: A vende a B un terreno de mil metros cuadrados, la venta es *ad corpus* (por el todo), habiéndose diferido la entrega del bien; ulteriormente se ha convenido que A transfiere la propiedad a condición de que B done la cantidad de cien metros cuadrados a C, quien se encuentra viviendo allí por varios años, quedando inalteradas todas las otras estipulaciones de la compraventa. La compraventa pura se ha modificado por una compraventa condicional.

Al margen del debate teórico sobre si la condición solamente se puede establecer en el momento de celebrarse el acto jurídico, o si también es posible que se establezca con posterioridad a la celebración, modificando el acto, siempre que exista el asentimiento de todos los que son parte en él y no se perjudique los derechos de terceros, lo que en la práctica se debe buscar es que se realice la voluntad de las partes sin dificultades.

88. PONIBILIDAD DE LA CONDICIÓN

La autonomía de voluntad privada permite, por regla, someter a condición cualquier acto jurídico. Sin embargo, como la incorporación de una condición a una reglamentación negocial provoca inseguridad respecto del nacimiento (en

816 ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 241-242. También BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, p. 580.

la condición suspensiva) o la subsistencia (en la condición resolutoria) de la relación jurídica regulada por el acto jurídico, hay actos que son incompatibles con la condición porque por su naturaleza o por disposición de la ley, son actos puros, o simples, o *actus legitimi*, con el efecto de que si se les ha impuesto una condición, se la tiene por no puesta (*pro non scripta habetur*). La ponibilidad de la condición es la regla y la no ponibilidad, la excepción.

La condición puede afectar a la totalidad del contenido del acto o a una o más de sus cláusulas singulares, de manera que se quiera en parte puro y en parte condicionado. Se puede someter a condición las obligaciones o los derechos de una de las partes y no las obligaciones y los derechos de la otra.

El Derecho romano estableció que la condición no es ponible a una serie de negocios del *ius civile* comprendidos dentro de los *actus legitimi*, o sea, aquellos negocios referidos en la Ley de las XII Tablas o que han sido configurados por la jurisprudencia pontificia o laica. La razón por la cual los *actus legitimi* son incompatibles con la condición y también con el término ("*actus legitimi qui non recipiunt diem vel condicionem*": D. 50,17,77) reside en su naturaleza, por cuanto están orientados a la constitución de regulación de intereses cuya eficacia es inmediata y definitiva. Pomponio (D. 50,17,77) afirma que la ponibilidad de condiciones y de términos a los *actus legitimi* "*in totum vitatur*", o sea que determinan su total invalidez, y señala una serie de *actus legitimi*: la *acceptilatio* (remisión de deuda), la *emancipatio* (emancipación), la *datio tutoris* (dación de tutor), la *hereditatis aditio* (adición de herencia) y la *servi optio*⁸¹⁷.

En el Derecho moderno, por principio, todos los actos pueden ser sometidos condición, salvo aquellos que por su naturaleza repugnan ésta limitación, principalmente porque en ellos está interesado el orden público como ocurre con el matrimonio⁸¹⁸, la adopción (art. 381), el reconocimiento de hijo (art. 395), la aceptación y la renuncia de la herencia (art. 677); si a estos actos se ha agregado una condición, debe tenerse por no puesta. Igualmente, el endoso de un título valor a la orden debe ser puro y simple, toda condición se considera no

817 PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, cit., p. 544.

818 El art. 108 del Código italiano establece: *La declaración de los esposos de tomarse respectivamente como marido y mujer no puede ser sometida ni a término ni a condición. Si las partes agregan un término o una condición, el oficial del estado civil no puede proceder a la celebración del matrimonio. Si no obstante esto el matrimonio se celebra, el término y la condición se tienen por no puestos.*

puesta (art. 35 de la Ley N° 27287), la aceptación de una letra de cambio es pura y simple (art. 129 de la Ley N° 27287), etc.

89. EXTENSIÓN

La condición puede afectar a todo el contenido del acto jurídico o solamente a alguna o algunas de sus estipulaciones y no otras (v. gr., en una promesa de compraventa, el enajenante promitente estipula una promesa de venta incondicionada; mientras que el adquirente promisorio sujeta su obligación a la verificación de las condiciones que debe reunir el bien objeto del contrato), en cuyo caso, el acto jurídico en parte es puro y en parte es condicional. El art. 1353 del Código italiano dispone: “las partes pueden subordinar la eficacia o la resolución del contrato o de un pacto singular a un acontecimiento futuro e incierto”.

En un contrato, la condición se puede pactar en interés exclusivo de una sola de las partes contratantes, la cual es libre de aprovecharse o de renunciar a ella, sin que la otra parte pueda obstaculizar su voluntad. La renuncia puede producirse antes o después de verificada la condición.

90. CLASES DE CONDICIONES

La condición puede consistir en hechos naturales (la muerte, las inundaciones, etc.) o en hechos humanos materiales o intelectuales, estos pueden referirse a una o a todas las partes que celebran el acto jurídico o bien a un tercero. Cuando se refiere al comportamiento de una de las partes pueden surgir problemas atinentes a la condición potestativa⁸¹⁹.

819 Con ejemplos, Savigny, señala las siguientes combinaciones: “I *Condiciones necesarias*: A. *Positivas*: a) Físicamente necesarias: Si el sol sale el día de mi muerte, o si yo soy inmortal. b) Jurídicamente: Si, en general, Ticio debe tener capacidad de derecho. B *Condiciones negativas*: a) Físicamente necesarias. Si Ticio no sube a la luna. b) Jurídicamente necesarias: Si Ticio, mi único heredero, no reclama después de mi muerte las sumas que le debo; Si Ticio no hace antes de su pubertad un testamento válido, o adquiere la propiedad de las iglesias de mi parroquia”.

“II. *Condiciones imposibles*: A. *Positivas*: a) Físicamente imposibles: Si Ticio sube a la luna. A esta clase pertenecen, naturalmente, las condiciones que implican contradicción en sí (condiciones perplexas). b) Jurídicamente imposibles: Si Ticio hace antes de la edad de la pubertad un testamento válido o se convierte en propietario de las iglesias de mi parroquia. B. *Negativas*: a) Físicamente imposibles: si Ticio es inmortal. b) Jurídicamente imposibles: Si Ticio a la edad de catorce años no es todavía púbero en la época de mi muerte, o si Ticio en la misma época

La gran variedad de hechos naturales o humanos, de los que las partes se pueden valer para condicionar los efectos del acto jurídico que celebren, da lugar a un gran número de clasificaciones de la condición. Además de los hechos que como condición las partes libremente pueden incorporar al acto jurídico que celebren, existen también las condiciones preestablecidas por la ley, las cuales no constituyen una modalidad, pero no podemos dejar de tratarlas para diferenciarlas de la condición voluntaria.

90.1. Condición legal (*conditio iuris*) y condición voluntaria (*conditio facti*)

La “condición legal”, o “*conditio iuris*”, o “condición de Derecho”, está preestablecida por el ordenamiento jurídico, independientemente de la voluntad de las partes; como dato necesario para la eficacia del acto, “sea por juzgarla necesaria por la naturaleza de las cosas, o por presumirla en la intención de las partes”⁸²⁰. Integra el presupuesto normativo complejo para que se produzca el efecto jurídico. Aquí se habla de condición en sentido impropio, pues no tienen la calidad de modalidad del acto jurídico en sentido técnico jurídico porque no es establecida arbitrariamente por el sujeto sino que es impuesta por la ley, no como un elemento accesorio sino como un dato inseparable del acto para que produzca sus efectos. Constituye una condición objetiva de eficacia del acto jurídico y es casi siempre suspensiva. Por ej., la muerte del testador es el dato necesario para que el testamento produzca sus efectos (art. 686); el tercero beneficiario de un contrato en el cual no es parte, para poder exigir el derecho estipulado en su favor, es condición que haga conocer a las partes contratantes su voluntad de hacer uso de ese derecho (art. 1458); la donación hecha por razón de matrimonio está sujeta a la condición de que el casamiento se realice (art. 1646); la compraventa a prueba se considera hecha bajo la condición suspensiva de que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado (art. 1572); la compraventa de bien futuro está sujeta a condición suspensiva de que el bien llegue a existir (art. 1534).

Las “condición voluntaria” (denominada también “*conditio facti*”, “condición de hecho” o “condición propia”) es la expresión de la autonomía privada de

carece de toda capacidad de derecho”. No siendo las condiciones necesarias, el acto al que se unen permanece válido como si no hubieran sido impuestas (SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. II, pp. 253 y ss.).

820 DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 305.

los particulares que lo establecen arbitrariamente. Esta es la condición propia en sentido técnico jurídico. Son los sujetos (agentes o partes), y no es la ley, los que supeditan los efectos del acto al cumplimiento de un evento incierto y futuro.

En la categoría de las condiciones *iuris* o requisitos legales de eficacia – dice Scognamiglio citando a Scialoja, Cariota-Ferrara y Falzea– se pueden comprender todos los hechos o actos (ej., la autorización), extrínsecos al contrato, que la ley considera decisivos para su eficacia; a los cuales se deben agregar, los elementos que son esenciales para la eficacia –el objeto, el sujeto– en cuanto la ley admite que puedan útilmente sobrevenir (ej., el objeto en la venta de la cosa futura). De afinidad con la condición *voluntaria* puede hablarse solamente desde la perspectiva de la incidencia de tales eventos sobre la eficacia del contrato. Pero, puesto el acento sobre su estructura, el carácter diferencial se nota fácilmente, ya que en la condición en sentido propio se asiste a una peculiar determinación de la autonomía contractual para una mejor satisfacción de los intereses privados; en cambio, las condiciones *iuris*, son el fruto de especiales disposiciones normativas que limitan la autonomía de las partes, subordinando la operatividad a la verificación de los eventos, a los cuales la ley atribuye valor determinante en función de intereses extraños a las partes.

Si en el acto jurídico las partes reproducen la condición legal y entre ambas hay coincidencia, la legal absorbe a la voluntaria. Pero si la voluntaria dice algo más y diferente que la legal, tiene relevancia la voluntaria. En cambio, si la voluntaria dice algo menos que la legal, rige solamente esta.

Tanto la condición legal como la voluntaria son requisitos de eficacia del acto, ambas dan lugar a la pendencia de los efectos del acto. Pero la *conditio iuris* proviene de la ley, es un elemento extrínseco (*ab extra*), lógico, objetivo del acto; y la *conditio facti* es establecida por la voluntad del sujeto, está contenida en la declaración de voluntad, por eso, es un elemento intrínseco (*ab intus*), voluntario, accidental⁸²¹. La condición legal puede consistir en un evento cierto o incierto, y la voluntaria consiste en un evento necesariamente incierto. La legal es expresa y la voluntaria puede ser expresa o tácita.

Desde una perspectiva lata, las condiciones pueden ser legales y voluntarias; y bajo una faz estricta, propia, ellas son exclusivamente voluntarias. De esta última nos ocupamos en adelante.

821 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 467.

90.2. Condición suspensiva y condición resolutoria

La condición suspensiva da lugar al *nacimiento* y la resolutoria a la *extinción* de un derecho.

La *condición suspensiva* o *inicial* supedita la eficacia del acto a la realización del hecho previsto como condición (ej., te dono mi automóvil si te recibes de abogado).

En realidad en un acto jurídico sometido a condición suspensiva existe una doble eficacia: de un lado están los efectos *iniciales* o *preliminares* que se producen por la existencia misma del acto, por ejemplo, pendiente la condición suspensiva el adquirente puede realizar actos conservatorios (art. 173); y del otro, están los efectos *finales* dispuestos por las partes, los que llegarán a tener existencia solamente si es que se verifica la condición. Es a estos efectos finales a los que nos referimos cuando hablamos de condición suspensiva.

El acto jurídico sujeto a condición suspensiva existe si se ha perfeccionado cumpliendo los requisitos de validez previstos por la ley (art. 140), es vinculante entre las partes que lo celebraron, y genera derechos y deberes u obligaciones que entrarán en vigor solo si se verifica la condición. El acto jurídico es *ineficaz* hasta que el hecho condicionante se verifique, si es que se verifica; solo si se verifica el hecho puesto como condición, el acto jurídico deviene en *eficaz*.

La *condición resolutoria* deja en suspenso la extinción de la eficacia del acto jurídico. Este produce normalmente los efectos que le son propios, pero cesa de producirlos si se verifica la condición (ej., te concedo el uso de mi departamento mientras no tenga otro hijo). El acto jurídico es eficaz hasta que el hecho condicionante se produce, si es que se produce. Si el hecho previsto como condición se produce, el acto jurídico deviene ineficaz, o sea se resuelve.

El Derecho romano clásico –como dice Pastori⁸²²– reconoció sin reservas la condición suspensiva que tiene el efecto de diferir la entrada en vigor del reglamento negocial hasta cuando la condición se verifique. No se reconoció la condición resolutoria cuya verificación determina el fin de la regulación de intereses, es decir, el negocio es inmediatamente productivo de efectos, pero al verificarse el evento futuro e incierto, esos efectos cesan de producirse. Para alcanzar los fines prácticos de la condición resolutoria admitida por la dogmática moderna, se

822 PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, cit., pp. 547-548.

recurrió al pacto de resolución, como en el caso de la *lex commissoria*, por ejemplo, se pactaba que la compraventa deviene ineficaz si el comprador no paga el precio en el plazo establecido. Juliano consideró que este negocio es puro, pero junto a él se estipula un *pacto de resolución con condición suspensiva contraria*, así, al verificarse el evento puesto como condición devenía en operante el pacto de resolución y cesaban los efectos del negocio (D. 18,2,1). Pero en la hipótesis de la *lex commissoria*, el pacto de resolución opera solamente si el vendedor declara valerse de él, en cambio, la condición resolutoria opera *ipso iure*. Otra figura con la cual se lograba los efectos de la condición resolutoria, mediante el recurso al pacto de resolución, era la *in diem addictio*, es decir, el caso de la compraventa sujeta a la condición de que el vendedor dentro de un cierto tiempo obtenga una oferta más ventajosa (D. 18,2,1), y el *pactum displicentiae*, que era la venta a prueba, en cuanto sus efectos están condicionados a que el comprador dentro de un cierto tiempo declare que son de su agrado (D. 19,5,20).

En el Derecho moderno, hay autores⁸²³ que consideran que solamente existe la condición suspensiva; que la división de la condición en suspensiva y resolutoria no tiene, en el fondo, nada de real. Afirman que la condición resolutoria también es suspensiva, porque está en suspenso la resolución de la obligación; en otras palabras, está en suspenso la ineficacia del acto. Para Laurent, el contrato celebrado bajo condición resolutoria es puro y simple, pero la resolución es en él condicional. El comprador bajo condición resolutoria es deudor de la cosa bajo condición suspensiva, y el vendedor es acreedor bajo condición suspensiva. El vendedor tiene todos los derechos que pertenecen al acreedor condicional, como pedir medidas conservatorias de su derecho.

La distinción entre condición suspensiva y resolutoria es clara. La primera da lugar al nacimiento y la segunda a la extinción de la eficacia del acto. En la suspensiva está pendiente la eficacia y en la resolutoria está pendiente la ineficacia del acto. No se puede confundir la situación del acreedor bajo condición suspensiva con la del deudor bajo condición resolutoria.

El caso de duda sobre si la condición es suspensiva o resolutoria es una cuestión de interpretación del contenido de la cláusula o estipulación condicional, si el sujeto o sujetos que han celebrado el acto jurídico han entendido hacer

823 LAURENT, François, *Principes de Droit civil français*, Bruylant-Christophe & Cie, París, 1887, T. XVII, pp. 49 y 125; MACARDÉ, Victor, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, Delamotte, París, 1945, T. IV, p. 458.

dependen el nacimiento de los efectos del acto de la verificación de la condición, esta es suspensiva, la cual después de todo constituye la hipótesis más frecuente y que mejor responde a la finalidad del recurso al mecanismo condicional; por el contrario, si las partes han querido derivar del cumplimiento de la condición la cesación de dichos efectos, la condición es resolutoria.

90.3. Condiciones propias y condiciones impropias

Las *condiciones propias* consisten en eventos inciertos, futuros, posibles y lícitos. En cambio, las *condiciones impropias* son eventos o sucesos necesarios, imposibles, ilícitos, presentes o pasados. También son impropias las condiciones legales.

La denominada condición *necesaria* no es condición sino plazo, por cuanto se establece una limitación en el tiempo en cuanto al momento en que comienzan o terminan los efectos del acto (por ej., te doy cien si después del día viene la noche). No hay condición porque falta la incertidumbre.

La condición es *imposible* cuando el evento puesto como condición no se puede verificar por motivos de índole natural (ej., si mi caballo canta; si construyes un edificio de 10 pisos en 3 días; si retorna la nave que se sabe naufragada). En este caso, como en la condición necesaria, falta la incertidumbre sobre el inicio o cese de los efectos del acto.

La condición es *lícita* o *ilícita* según sea conforme o contraria a normas imperativas, al orden público o las buenas costumbres.

La condición ilícita consiste en cierta conducta que no puede llevarse a cabo por estar prohibida por el ordenamiento jurídico. Por ej., si te dedicas al contrabando, si robas a Ticio, si compras la Plaza de Armas de Lima, si contraes matrimonio con tu hermana, son condiciones ilícitas por contravenir normas imperativas; la condición consistente en que se abrace una determinada fe religiosa, que se cambie o no de residencia, que se contraiga o no matrimonio con determinada persona y semejantes, son ilícitas por atentar contra el orden público, puesto que lesionan libertades irrenunciables de la persona. No es ilícita la condición, cuando el suceso ilícito se contempla con el fin de evitarlo (ej., se dona algo bajo la condición resolutoria de que el donatario no robe)⁸²⁴. La concepción de condición ilícita no es absoluta y constante, sino que depende de la

824 ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 260.

política legislativa, de los criterios valorativos imperantes en las diversas épocas de la historia de la sociedad. En Roma, para Augusto, en el contexto de la legislación demográfica inspirada por él, es ilícita la condición consistente en impedir el matrimonio o tener hijos (D. 35,1,72), y no aquella consistente en contraer matrimonio, que también limita la libertad matrimonial (D. 35,1,63). Análoga consideración se puede hacer para la condición de votar al mar el cadáver, lícita en época pagana (D. 28,7,27), e ilícita en el Derecho justiniano que se adecúa a un espíritu de piedad para con los difuntos.

Las condiciones consistentes en eventos presentes o pasados que el sujeto no sabe aún que están acaeciendo o que han acaecido, no son verdaderas condiciones porque no hay pendencia sino ignorancia de la realidad, por lo que el acto es eficaz sin ellas. El suceso presente o pasado no es incierto, lo que es incierto es si llega o no a ser conocido. Si se pone como condición este segundo supuesto si estamos frente a una condición propia⁸²⁵, por ej., se pone como condición la verificación futura de la suerte que ha corrido un bien dado por perdido. Aquí se trata de la verificación futura de un evento que ya puede haber sucedido en el momento del acto, pero del cual todavía no se tiene noticia o no se tiene certidumbre si se ha verificado o no.

En las condiciones legales falta la arbitrariedad, y en las necesarias, imposibles, de presente o de pasado, falta la incertidumbre.

Las *condiciones suspensivas* imposibles o ilícitas invalidan el acto, y las *condiciones resolutorias* imposibles o ilícitas se consideran no puestas (art. 171). En el primer caso, el acto está destinado a no tener efectos, por ello, es nulo; en el segundo, por el contrario, el acto está destinado a no perder nunca su eficacia, por tal razón se le considera como un acto puro (no sujeto a condición).

90.4. Condiciones: potestativa, casual y mixta

Según que el hecho condicional dependa o no de la voluntad de los interesados, las condiciones se dividen en potestativas, casuales y mixtas. Es potestativa cuando su cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad de una de las partes; es casual cuando se trata de un hecho ajeno a la voluntad de las partes y es mixta cuando su cumplimiento depende en parte de la voluntad de las partes y en parte de factores extraños.

825 ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 256.

La *condición potestativa* (condición facultativa) depende de la voluntad de una de las partes de la relación jurídica (te presto mil si quiero; te doy cien si haces testamento a favor de Ticio; te vendo mi casa si decido trasladarme a otra ciudad).

Hay que distinguir la *condición potestativa propia* (o *potestativa ordinaria*⁸²⁶ o *potestativa simple*) de la *condición meramente potestativa* (o arbitraria, o puramente potestativa). La primera hace referencia a un “hecho” voluntario, cuyo cumplimiento, sin poder considerarse como una condición casual, presente algún interés apreciable para el agente que incline su voluntad en un sentido o en otro; hay una voluntad actual, aunque condicionada, de adquirir el derecho o de asumir la obligación (ej., te compro el vino si me gusta; te vendo el bien si asumes el préstamo con hipoteca sobre el mismo bien, te vendo mi casa bajo la condición suspensiva de que decida trasladarme a otra ciudad; tomo en arrendamiento tu negocio bajo la condición de que decida dedicarme al comercio). La *condición meramente potestativa* consiste en la pura voluntad del sujeto, en su mero arbitrio, más allá de cualquier juego de intereses y de conveniencia; no hay una voluntad actual de adquirir el derecho o de asumir la obligación (ej., si me animo a vender mi casa; si considero que es justo o razonable) o de un evento voluntario del todo irrelevante que pueda ejecutar u omitir sin ninguna consecuencia para él, por ej., si doy un paseo por el parque; te vendo mi casa a condición que decida venderla. Aquí declaro que “quiero si querré”, que equivale a decir que “por ahora no quiero”. El deudor no está obligado sino cuando lo quiera, quedando el acreedor a merced del arbitrio de aquél, razón por la que es nulo el acto jurídico sujeto a condición meramente potestativa.

Como expresa Uribe-Holguín⁸²⁷, “que alguien se obliga si le antoja viajar, no tiene ninguna validez; pero que se obligue si viaja para atender un negocio, o para hacerse un examen médico, o para visitar un pariente, son condiciones facultativas válidas; y no son mixtas, si ocurre que el negocio puede atenderse sin el viaje, que el futuro deudor no intenta hacerse ver de médico determinado o que el pariente permanecerá donde está, haya viaje o no lo haya. En todos los casos de condición válida citados es el futuro deudor quien decide libremente;

826 TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, cit., p. 251; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., v. I, p. 157.

827 URIBE-HOLGUÍN, Ricardo, *De las obligaciones y del contrato en general*, Temis, Bogotá, 1982, p. 38.

pero no podrá hacerlo por mero capricho, sino atendiendo a las razones o juicios que tenga para elegir”.

La condición suspensiva meramente potestativa que dependa de la mera voluntad del deudor determina la nulidad del acto jurídico (art. 172), pues si digo “te doy cien si yo así lo decido” es como estipular un acto en broma; en todo caso, la otra parte quedaría sujeta al mero capricho de la persona con quien contrata, lo cual es posible en forma de oferta irrevocable o de pacto de opción, pero no como condición. El art. 1174 del Código civil francés dispone que “toda obligación es nula cuando ha sido contraída bajo una condición potestativa por parte de quien se obliga”. En cambio, la condición meramente potestativa que dependa de la sola voluntad del acreedor, no anula el acto, debido a que nada impide que la adquisición de un derecho dependa del arbitrio de futuro titular.

Según el art. 344 del Código civil y comercial argentino es nulo el acto jurídico “que depende exclusivamente de la voluntad del obligado”. Será válida –dice De Gásperi⁸²⁸ citando a Massé y Vergé–, mi obligación de pagar una suma dada “si voy a Buenos Aires” porque, en este caso, hay un vínculo de derecho, y me encuentro colocado entre la obligación de no ir a Buenos Aires o de pagaros la suma prometida. Por el contrario sería nula la obligación de venderos tal cosa “si me decido a venderla”.

En ejercicio de la autonomía de la voluntad, a un mismo evento se le puede atribuir la calidad de condición y de objeto de la relación jurídica. Por ej., se puede pactar que el precio (objeto de la relación compraventa) es condición suspensiva de eficacia del contrato, con la consecuencia de que, derogando el principio consensual, la propiedad del inmueble vendido no pasa al comprador hasta que no haya pagado el precio. Galgano⁸²⁹ refiere que frente a esta hipótesis se puede estar inducido a juzgar nulo el contrato, por cuanto sujeto a condición meramente potestativa. Pero a bien observar, se trata de la condición potestativa simple, y no meramente potestativa, ya que hay en juego, como ha revelado la casación italiana “una valoración de conveniencia” del comprador, al cual se le concede contractualmente la elección de pagar el precio, dando eficacia al contrato, o no pagarlo, haciendo al contrato ineficaz. De otra parte, estando sujeto el contrato a condición suspensiva, el vendedor no transfiere la propiedad y no

828 DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 303.

829 GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., v. I, p. 164.

está constreñido, en caso de falta de pago del precio, a ejercitar la acción de resolución del contrato.

La *condición casual* es cuando su cumplimiento depende de la pura casualidad o de la voluntad de un tercero (si no hay sequía; si tu abuelo vive hasta cien años; si tu hijo llega a ser abogado). El hecho previsto como condición es completamente ajeno a la voluntad de las partes del acto jurídico.

La *condición mixta* es cuando su cumplimiento depende en parte de la voluntad de las partes pero también de factores extraños (Te dono cien si viajas a Roma, cosa que no depende solamente de tu deseo de viajar; si obtengo ganancias de tal negocio, lo que no depende solamente de mi deseo de realizar el negocio).

90.5. Condición positiva y condición negativa

La condición puede ser positiva o negativa según que el evento puesto como condición comporte o no una modificación de la realidad existente⁸³⁰.

La *condición positiva* consiste en que se verifique un hecho que modifique el estado actual de la realidad, sin importar la forma gramatical en que es expresada (ej., te doy cien si apruebas todos los cursos, o te doy cien si no te desaprueban en ningún curso; te doy cien si contraes matrimonio, o te doy cien si no permaneces soltero). La *condición negativa* consiste en que no se verifique un hecho, de tal modo que no cambie el estado actual de la realidad (ejemplos: te dono este bien si Juan no contrae matrimonio; te doy cien si permaneces soltero; te doy cien si te quedas con el único hijo que tienes).

Para la condición negativa se puede establecer un límite de tiempo dentro del cual debe producirse su cumplimiento, pero si el límite no se ha previsto, se considera cumplida cuando ya no es posible que se produzca la modificación del estado de facto contemplado (D. 45,11,15).

830 En la doctrina se citan con frecuencia los siguientes ejemplos del Derecho romano: Condiciones positivas: “*si navis ex Asia venerit*” (si la nave llega de Asia), “*Si Capitolium ascenderit*” (si subes sobre el Capitolio –Palacio de la municipalidad de Roma–). Condiciones negativas: “*si servum non manumiseris*” (si no es manumitido el esclavo), “*si non nupseris*” (si no contraes matrimonio).

“La condición puede tener por objeto la existencia o la inexistencia de un hecho (condición positiva o negativa)” (SAVIGNY, ob. cit., t. II, p. 231).

90.6. Condición simple y condición compleja

La *condición simple* consiste en un suceso único (ej., si te dan la beca). La *condición compleja* está integrada por varios sucesos (ej., te doy el préstamo si te quedas a vivir en Lima, reconoces a tu hijo y aceptas el trabajo que te ofrezco).

En la condición compleja, la pluralidad de hechos puede estar establecida en vía *alternativa*, caso en el que basta que se produzca uno solo para que la condición quede verificada. O pueden estar establecidos la pluralidad de hechos en vía *acumulativa*, caso en el que los efectos del acto jurídico se producirán (condición suspensiva) o cesarán (condición resolutoria) cuando se han verificado todos los hechos puestos como condición.

Si varios sucesos se ponen *alternativamente* como condición, no hay condición compuesta sino simple, basta que se verifique uno de ellos (ej., te vendo el fundo si optas el título de ingeniero agrónomo o de veterinario).

90.7. Condición perpleja

La *condición perpleja* es la que tiene una contradicción interna que no permite establecer lo que quiere el declarante. Hace ininteligible y contradictoria consigo misma la declaración de voluntad al extremo de privar al acto de un apreciable contenido volitivo. Si no se puede establecer, con una interpretación razonable, cuál fue la voluntad del sujeto se invalida el acto. Por ej., te instituyo mi heredero si mueres antes que yo⁸³¹; “*si Titius heres erit, Seius heres esto*” o bien “*si Seius heres erit, Titius heres esto*” (Si Ticio es heredero, sea heredero Seyo; si Seyo es heredero, sea heredero Ticio)⁸³²; instituyo como mi único heredero universal a Ticio, si instituyo como mi heredero a Cayo⁸³³.

90.8. Condición expresa y condición tácita

La incorporación de la condición en el acto jurídico puede ser expresa o tácita. No es necesario que la condición se declare expresamente, siempre que se infiera indubitadamente de la actitud o circunstancias de comportamiento de los agentes que se quiso el acto *sub conditio* (art. 141). De allí que la existencia de la condición no se presume sino que debe ser probada por quien la invoca.

831 ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 259.

832 PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, cit., p. 558.

833 COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, cit., p. 469.

Solo se admite la condición tácita si surge del acto sin lugar a ninguna duda, de lo contrario el acto jurídico debe considerarse, por regla, como puro y simple, puesto que las modalidades son excepciones a la regla.

90.9. Condición unilateral y condición bilateral

En los actos jurídicos bilaterales, como la mayoría de contratos, la condición puede ser bilateral, que es la puesta en interés de ambas partes; o puede ser unilateral, que es la puesta en interés exclusivo de una de las partes.

En la condición unilateral, la parte en cuyo exclusivo interés está puesta, es libre de decidir si se vale de ella o no. La verificación o ausencia de la condición no produce automática e inevitablemente la eficacia del acto jurídico, sino que depende de la decisión de la parte en cuyo interés ha sido puesta, quien puede renunciar a la condición. Por ej., la venta condicionada a que el comprador obtenga un financiamiento bancario, si el banco niega el financiamiento la condición falta, el contrato sería ineficaz. Pero si el comprador obtiene el dinero para pagar el precio por otros medios es razonable que el contrato sea eficaz como si la condición no existiera. El vendedor no tendría ningún interés legítimo para invocar la condición, puesto que su único interés es que se le pague el precio, sin importarle el medio por el cual el comprador obtiene el dinero (un financiamiento bancario o de otra institución, la venta de otro bien, etc.). Lo mismo, la compra de un terreno condicionada resolutoriamente a si es negada la licencia que se está tramitando para levantar una determinada edificación, verificada la condición (la licencia es negada) no es razonable insistir en la resolución del contrato si el comprador ha tomado la decisión de dar al bien otro destino.

La renuncia a la condición puede ser antes o después de verificada, siempre que no perjudique los derechos de terceros adquirentes pendiente la condición.

En cambio, la condición puesta al servicio de ambas partes (bilateral) opera automáticamente, salvo acuerdo distinto de las partes.

91. PENDENCIA Y CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

La pendencia de la condición es el periodo comprendido entre la celebración del acto jurídico y la verificación o no de la condición. La característica de la pendencia de la condición es la incertidumbre.

La condición pasa por dos períodos de tiempo: el primero es el que sigue inmediatamente a la celebración del acto y se extiende por el tiempo que sea incierta la verificación del evento puesto como condición (*conditio pender*: condición pendiente); mientras perdure la incertidumbre sobre la verificación o no de la condición se dice que esta *pende*, encontrándose las partes en una situación de expectativa. El segundo es el momento en que se produce una situación de certeza, o porque el evento se ha verificado (*conditio exist*: condición cumplida) o porque el evento no se ha verificado, falta la condición (*conditio deest*: condición fallida).

Sobre el derecho del acreedor durante la fase de la pendencia, la doctrina se encuentra dividida. Para unos, el acreedor es titular de un derecho verdadero e indiscutido, si bien no pleno, al menos un derecho condicionado⁸³⁴. Para otros, el acreedor tiene un “mera expectativa” en vista a que el nacimiento del derecho se encuentra supeditado al cumplimiento de la condición⁸³⁵. Nos inclinamos por esta teoría de la expectativa debido a que el derecho nace solo si se verifica la condición, y el acreedor lo adquiere solo a partir del momento en que se verifica la condición, si es que se verifica. La expectativa es la posición de quien no tiene el derecho, pero lo tendrá si se verifica la condición, por ej., celebrada la venta bajo condición suspensiva, el comprador tiene una expectativa respecto a la propiedad del bien (no tiene el derecho de propiedad, que por ahora pertenece al vendedor); y el vendedor tiene una expectativa respecto al precio (no tiene el derecho al precio, pero lo tendrá solo si se verifica la condición). También tiene una expectativa quien enajena un derecho bajo condición resolutoria; mientras tanto lo ha perdido, pero lo readquirirá si la condición se verifica. El cumplimiento de la condición es la causa eficiente del derecho del acreedor; el derecho no puede existir antes de su causa, salvo que se haya convenido que la condición

834 MESSINEO (*Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 463) dice que el sujeto no es titular solamente de una expectativa, sino de un derecho condicionado; la eficacia preliminar es uno de los pocos poderes que emanan del derecho adquirido. Cfr. también BOFFI BOGGERO, “Condición”, cit., p. 686; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y L. BARDE, *Traité Théorique et pratique de Droit civil. Des obligations*, Recueil, París, 1906, p. 45; DEMOLOMBE, C., *Cours de Code civil*, Lahure, París, 1880, T. 25, n° 360; CAPITANT, *Introducción al estudio del Derecho civil*, cit., p. 316; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, cit., T. 4, n° 334.

835 POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, cit., n° 218; BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 402; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, cit., p. 157.

tendrá efectos retroactivos. Fundamentamos nuestra afirmación en la irretroactividad de la condición (art. 177), y en el derecho de repetición de lo pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria (art. 173).

En la fase de la pendencia de la condición suspensiva, el derecho del acreedor queda en suspenso, su nacimiento está supeditado a que se verifique la condición. El adquirente bajo condición no es titular de un derecho que no sabe si llegará o no a existir, sino que se encuentra en un estado de expectativa; es titular de una expectativa o esperanza. La expectativa es un derecho preliminar o instrumental, que está tutelado por la ley; el titular de la expectativa puede preservarla mediante los actos conservatorios, como el reconocimiento judicial de un documento privado, la interrupción de la prescripción. Esta expectativa se convertirá en derecho si se verifica el evento puesto como condición. La tutela de la expectativa consiste en que se faculta al sujeto a realizar actos conservatorios (escriturar el acto, inscribirlo en el registro público correspondiente, solicitar judicialmente medidas cautelares, etc.) en vista a que no se vea disminuido el derecho que se le ha atribuido en caso de que se verifique la condición; también está facultado para realizar actos de administración, los que permanecen válidos aunque se cumpla la condición. El *titular actual* (la contraparte del titular de la expectativa) tiene un *derecho precario* porque lo perderá si se verifica la condición. El titular del derecho precario es la contraparte del titular de la expectativa, o sea, el enajenante del derecho bajo condición suspensiva, y el adquirente del derecho bajo condición resolutoria. Por ej., en la venta bajo condición suspensiva el titular actual del derecho de propiedad es el vendedor (pero es un derecho precario, porque lo perderá si se cumple la condición) y el comprador es titular de una simple expectativa; y en la venta con condición resolutoria, el titular actual del derecho de propiedad es el comprador (aunque su derecho es precario porque lo perderá si se verifica la condición), y el titular de la expectativa de readquirir el derecho de propiedad es el vendedor.

Si la condición es resolutoria, pendiente la condición el acto es eficaz, el titular del derecho puede ejercitarlo, el derecho le pertenece, pero el transferente bajo condición se encuentra en una situación expectante de poder readquirir ese derecho si es que se verifica el evento; tiene la expectativa o esperanza de poder readquirir ese derecho (ej., te cedo mi oficina, pero si no obtienes tu título profesional el próximo diciembre me la devuelves), por lo que también puede realizar actos conservatorios en vista a la realización del evento puesto como condición.

Durante la pendencia, el derecho puesto bajo condición puede ser transferido *inter vivos* o *mortis causa*, pero sin que se modifique el estado de pendencia originaria, puesto que nadie puede transferir un derecho que no tiene o uno mejor que el que tiene. Al respecto, el Código italiano prescribe: Art. 1357. Actos de disposición, pendiente la condición. *El que tenga un derecho subordinado a una condición suspensiva o resolutoria podrá disponer de él, estando pendiente esta; pero los efectos de cualquier acto de disposición quedan subordinados a dicha condición.*

La expectativa del derecho se tutela, principalmente, con la posibilidad de oponer a terceros el respectivo título de adquisición. Una enajenación bajo condición suspensiva no es traslativa del derecho, pero el adquirente ve salvaguardada su expectativa ya que, al verificarse la condición, su adquisición prevalece sobre los actos de disposición realizados por el enajenante mientras la condición no se había verificado. La oponibilidad del acto jurídico al adquirente está subordinada a que el adquirente bajo condición suspensiva haya realizado los actos conservatorios pertinentes, por ejemplo, si se trata de la enajenación de un inmueble registrado, será necesario que el adquirente haya inscrito el acto en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 2014)⁸³⁶.

Como señala Bianca⁸³⁷, “del principio de la conservación de los efectos se sigue que los actos de disposición del titular de la expectativa son igualmen-

836 CC. Art. 2014. “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los título archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”. Según esta norma, para aplicar el principio de la buena fe registral deben concurrir copulativamente los requisitos siguientes: 1) que el adquirente lo haga a título oneroso; 2) que el adquirente actúe de buena fe tanto en el momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como en el momento de la inscripción del mismo, buena fe que se presume mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro; 3) que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se trate; 4) que el adquirente inscriba su derecho; y 5) que de los asientos registrales ni de los títulos inscritos resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante (Cas. 695-99-Callao). Por tanto, el que adquiere un inmueble registrado, bajo condición suspensiva, y no inscribe su derecho, este no podrá ser opuesto al que adquiere el mismo bien a título oneroso y de buena fe.

837 BIANCA, Massimo, *Derecho civil. 3. El contrato*, trad. de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 572.

te oponibles a los terceros que deriven su causa del enajenante, siempre que se observen las cargas relativas de oponibilidad del contrato; la ley (art. 1357 del Código italiano) prevé expresamente, a este propósito, que el titular del derecho sometido a condición suspensiva puede disponer de él mientras la condición se encuentre pendiente, pero los efectos se subordinan a que la condición misma se verifique". La solución en el Derecho nacional es la misma, pues nada impide que el enajenante o el adquirente bajo condición enajenen el bien objeto del acto jurídico bajo condición que han celebrado, con conocimiento del adquirente de tal circunstancia, caso en el que el derecho de este estará subordinado a la verificación o no de la condición.

Siempre durante la pendencia, cada parte o sus herederos deben comportarse de buena fe, de tal modo que no causen daño a la otra parte por la desaparición o disminución del derecho que adquiriría si la condición se verifica. El Código italiano establece: Art. 1358. Comportamiento de las partes durante el estado de pendencia. *El que se ha obligado o ha enajenado un derecho bajo condición suspensiva o lo ha adquirido bajo condición resolutoria, mientras pende la condición, debe comportarse de acuerdo con la buena fe para conservar íntegros los derechos de la otra parte.* La misma regla es aplicable al Derecho peruano como resultado del art. 1362, en cuanto establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe, entendida como la razonable sensibilidad a los intereses de la contraparte, a fin de conservar íntegros sus intereses regulados en el acto condicional, y como la leal cooperación con la contraparte para maximizar las ventajas y disminuir las cargas y los riesgos derivados del acto jurídico, incluso más allá de cuanto se ha explicitado en el acto jurídico.

Las partes deben abstenerse de cualquier acto u omisión destinados maliciosamente a impedir o precipitar la verificación del evento. Si la parte a quien afecta el cumplimiento de la condición impide de mala fe que se verifique el evento, se tiene por cumplida la condición; y si la parte interesada en el cumplimiento de la condición, provoca su realización de mala fe, se considera a la condición como no cumplida.

De la fase de la pendencia de la condición se pasa a la fase de cumplimiento o incumplimiento de la condición. Cumplida la condición, si es suspensiva, el acto deviene en eficaz, subsistiendo como un acto puro, y si la condición es resolutoria, el acto deja de ser eficaz.

Si el evento no se verifica en el plazo convenido, o, a falta de plazo, deviene en cierto que ya no se verificará, falta la condición (no se cumple la condición). La falta de cumplimiento de la condición, si es suspensiva, determina la ineficacia definitiva del acto, y si es resolutoria, el acto se purifica, subsistiendo como un acto puro que nunca ha estado sujeto a condición.

92. LA CONDICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

92.1. Condiciones impropias

Artículo 171.- La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto.

La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas⁸³⁸.

(1) Concepto

El Código no contiene una definición de condición como modalidad del acto jurídico.

La condición es una modalidad de los actos jurídicos consistente en una estipulación por la cual las partes subordinan el nacimiento o finalización de su eficacia (efectos condicionados) a un evento futuro e incierto (hecho condicionante)⁸³⁹.

El art. 171 distingue entre condición *suspensiva* y condición resolutoria:

838 CC 1936: Art. 1104.- La condición físicamente imposible y la de no hacer una cosa imposible no vician el acto. La condición jurídicamente imposible y la ilícita dejan sin efecto el acto jurídico subordinado a ellas.

839 BGB: Art. 158. *Condición suspensiva y resolutoria.* (1) Si un negocio jurídico se celebra bajo una condición suspensiva, la eficacia que depende de la condición tiene lugar cuando la condición se cumple. (2) Si un negocio jurídico se celebra bajo una condición resolutoria, la eficacia del negocio jurídico finaliza con el cumplimiento de la condición; en ese momento queda restablecida la situación jurídica anterior.

Código civil y comercial argentino: Art. 343. *Alcance y especies.* Se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto.

Las disposiciones de este capítulo son aplicables, en cuanto fueran compatibles, a la cláusula por la cual las partes sujetan la adquisición o extinción de un derecho a hechos presentes o pasados ignorados.

1) La condición suspensiva determina que el acto jurídico no produzca sus efectos (todos o alguno de ellos) hasta que se verifique el evento futuro e incierto puesto como condición, recién a partir del momento de su verificación el acto jurídico producirá sus efectos; el acto ineficaz deviene en eficaz; 2) La condición *resolutoria* determina que el acto jurídico deje de producir sus efectos una vez que se haya verificado el evento futuro e incierto puesto como condición; el acto jurídico eficaz deviene en ineficaz.

(2) Características del hecho condicionante

Son caracteres del hecho condicionante:

a) *debe ser incierto.*

Es requisito fundamental que el hecho del cual se hace depender la eficacia del acto sea *incierto*, o sea que puede o no llegar a verificarse, v. gr., una sequía, la obtención de un título profesional, un ulterior viaje. Si el hecho ocurrirá fatalmente (ej., si Pedro muere) se está en presencia de un plazo y no de una condición.

La incertidumbre es la característica que distingue a la condición del plazo. Si el hecho puesto como modalidad, aunque incierto en cuanto al momento en que ha de ocurrir, ocurrirá infaliblemente estamos frente al plazo (ej., cuando muera Juan). En cambio, si el hecho previsto como modalidad, aunque sea cierto el momento en que ha de ocurrir, sí es que llegara a ocurrir, estamos ante la condición; esta siempre contingente, puede ocurrir o no (ej., cuando Juan cumpla su mayoría de edad).

b) *debe ser futuro.*

El hecho al que se sujeta el nacimiento o la finalización de los efectos del acto jurídico debe ser futuro. Esta característica está en estrecha vinculación con la incertidumbre. Por regla, el hecho puesto como condición para que sea incierto debe ser *futuro*.

Hay *incertidumbre objetiva* de la condición solamente cuando se trate de un evento futuro. Si el evento puesto como condición ya ha acaecido o está ocurriendo en el presente, el acto jurídico se constituye válidamente como un *acto puro*, porque no existe incertidumbre sobre su eficacia *ab initio*. Sin embargo, hay *incertidumbre subjetiva* de la condición cuando el hecho futuro consista en conocimiento futuro que se tenga sobre un hecho presente o pasado que las partes ignoran que haya acaecido. Se debe concluir que la condición consiste en un evento que al momento que se celebra el acto todavía no ha sucedido o que

estando sucediendo o habiendo sucedido se ignora o no se tiene certidumbre de su acaecimiento.

De acuerdo con esta conclusión por demos definir a la condición diciendo: “*La condición es la cláusula o estipulación de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan el nacimiento o la finalización de su eficacia a un hecho futuro e incierto, o al conocimiento de un hecho presente o pasado ignorados*”.

Sin embargo, el carácter futuro del hecho condicionante aparece implícitamente del art. 175 del Código que habla de un plazo para el cumplimiento de la condición negativa y del art. 177 que dispone que la condición es irretroactiva, salvo pacto en contrario. Materialmente es imposible que un hecho pasado sea irretroactivo o retroactivo al momento en que se celebra el acto jurídico; de retroactividad o irretroactividad solamente se puede hablar de los hechos futuros. No obstante, es posible hablar de retroactividad o irretroactividad del conocimiento en el futuro de la verificación de un hecho pasado o presente ignorado por las partes. La regla es la incertidumbre objetiva, pero no se puede desdeñar la incertidumbre subjetiva, tanto más si la verificación de la ocurrencia de un hecho pasado o presente exige procedimientos complicados.

c) *debe ser establecida arbitrariamente por las partes*

La condición es pactada arbitrariamente por las partes, para limitar los efectos normales de su manifestación de voluntad, haciéndolos depender el nacimiento o extinción de sus efectos de un evento incierto y futuro.

La *conditio iuris*, impuesta por la ley y no por voluntad de las partes, no es propiamente una condición, sino un requisito esencial para que el acto tenga eficacia (por ej., la muerte del testador es *conditio iuris* para que el testamento produzca sus efectos).

d) *debe ser incoercible*

El hecho condicional debe ser incoercible, es decir, no susceptible de compulsión por la vía judicial,

(3) Clasificación de las condiciones

a) *Condición suspensiva y resolutoria*

La más importante es la que distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias. Las primeras son las que dan lugar al nacimiento y las segundas a la extinción de la eficacia del acto jurídico.

La condición es *suspensiva* cuando la eficacia del acto jurídico depende del acaecimiento (o falta de acaecimiento) del hecho puesto como condición (te dono mi biblioteca si te recibes de abogado; te presto cien si no llueve la próxima temporada). El acto jurídico es *ineficaz* hasta que el hecho puesto como condición (hecho condicionante) se verifique, si es que se verifica. Solamente si ese hecho se verifica, el acto jurídico deviene *eficaz*, o sea produce sus efectos (efectos condicionados)⁸⁴⁰.

Con la condición *suspensiva* se tutela contra el riesgo que un evento, esperado por una o por ambas partes del acto jurídico como de su propio interés, no se verifique o se verifique demasiado tarde. Por ej., la compra de un terreno es condicionada suspensivamente al hecho de que la Municipalidad otorgue la licencia correspondiente para levantar una determinada edificación. Hasta que la licencia no sea dada, no hay obligación de transferir la propiedad ni de pagar el precio. Si la licencia se da se producen estos efectos del contrato. Si la licencia es negada por la Municipalidad, la compraventa queda definitivamente ineficaz, como si el contrato no se hubiera celebrado. Para entender cómo la condición neutraliza el riesgo, consideremos la posición del comprador si el contrato fuera incondicionado: él habría adquirido la propiedad y pagado el precio de un terreno que después se revela inútil para sus fines⁸⁴¹.

840 IX Pleno Casatorio Civil (Cas. N° 4442-2015-Moquegua):

“76. Dentro del control de eficacia (o exigibilidad) en los procesos de otorgamiento de escritura pública, es posible analizar la presencia de una condición suspensiva en el programa contractual, siempre que la parte demandada alegue la falta de verificación del evento futuro e incierto puesto como condición. Como se ha visto, la condición suspensiva puede determinar que el contrato no produzca ninguno de sus efectos o solamente alguno de ellos como podría ser la obligación de elevar a escritura pública el contrato. Respecto a esta última posibilidad es usual encontrar que las partes han convenido que la obligación de elevar a escritura pública el contrato, que tiene a su cargo una parte, se ejecutará una vez que la otra parte haya ejecutado una contraprestación a su cargo (por ejemplo, se supedita la obligación de elevar a escritura pública el contrato, que tiene a su cargo el vendedor, al hecho de que el comprador pague el precio de venta o una parte del mismo). Recuérdese que la condición suspensiva “tutela contra el riesgo que un evento, esperado por las partes (o por una parte) como de su propio interés, no se verifique o se verifique demasiado tarde” y, en este caso, ese evento sería el recibir la contraprestación (por ejemplo, el pago del precio).

77. Pues bien, si lo que se ha supeditado a una condición suspensiva es el efecto específico consistente en la obligación de elevar a escritura pública el contrato y el demandante no logra acreditar la verificación del evento puesto como condición, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil).”

841 ROPPO, *El contrato*, cit., p. 565.

Por el contrario, la condición es *resolutoria* cuando el acto apenas celebrado produce sus efectos, pero deja de producirlos si se cumple el hecho puesto como condición (ej., te vendo mi automóvil, pero la venta quedará resuelta si el Parlamento aprueba la anunciada ley que prohíbe la importación de automóviles). En otros términos, el acto jurídico con condición resolutoria es *eficaz* hasta que el hecho puesto como condición (hecho condicionante) se verifique, si es que se verifica. Si el hecho condicionante se verifica el acto será *ineficaz*; se resuelve (hecho condicionado).

Con la condición *resolutoria* se tutela contra el riesgo de que un evento, temido por una o por ambas partes del acto jurídico como contrario a sus intereses, se realice. Por ej., un funcionario público compra una casa ubicada en la ciudad donde actualmente trabaja, pero teme que sea trasladado a trabajar a otra ciudad, en cuyo caso decaería su interés en la adquisición. La venta es condicionada resolutoria a la eventual transferencia laboral. Si este hecho no se verifica la venta queda definitivamente eficaz; pero si el comprador es transferido, la venta se resuelve (la propiedad regresa al vendedor, quien debe devolver el precio si ya fue pagado). Si la compra no hubiese sido condicionada, el comprador se encontraría con una adquisición definitiva de una casa que ya no le sirve. Con la condición resolutoria el riesgo queda neutralizado⁸⁴².

Si se verifica la condición suspensiva, el acto jurídico, hasta ese momento ineficaz, se convierte en eficaz, o sea comienza a producir sus efectos; y si la condición no se cumple, el acto es definitivamente ineficaz. Si se realiza la condición resolutoria, el acto jurídico, hasta ese momento eficaz, cesa de producir sus efectos; y si la condición no se realiza, el acto es definitivamente eficaz.

Un mismo evento puede ser deducido como condición y como objeto de un acto jurídico. Por ej., en la compraventa de inmuebles, derogando el principio de la consensualidad (arts. 1529 y 949), se puede estipular que el pago del precio es condición suspensiva de la eficacia del contrato, si se conviene que la propiedad no pasa al comprador hasta que no haya pagado el precio. Las partes han tipificado al pago del precio (objeto del contrato de compraventa) como condición suspensiva de la eficacia del contrato. Si el comprador paga el precio, el contrato es eficaz, si no paga, el contrato es ineficaz. La casación italiana del 14.2.1983 ha resuelto: "ninguna incompatibilidad de principio puede entender-

842 ROPPO, *El contrato*, cit., p. 566.

se subsistente entre condición y ejecución de una prestación esencial, como es el pago de precio respecto del contrato de compraventa, sino que es admisible deducir esta última como evento condicionante, por acuerdo entre las partes o por voluntad de la ley⁸⁴³. Mediante esta condición *potestativa* (hay una valoración de conveniencia que determina la voluntad del comprador), no *meramente potestativa*, se concede al comprador la potestad de pagar o no pagar el precio, y también se tutela el interés del vendedor, quien ante la falta de pago del precio no se ve constreñido a ejercitar la acción de resolución del contrato.

En conclusión, la condición suspensiva se diferencia de la resolutoria:

- 1) La condición suspensiva determina que el acto jurídico no produzca todos o algunos de sus efectos hasta que se verifique el evento futuro e incierto puesto como condición, recién a partir de este momento el acto jurídico será eficaz; el acto jurídico ineficaz deviene en eficaz.
- 2) La condición resolutoria determina que el acto jurídico deje de producir sus efectos una vez que se verifica el evento futuro e incierto puesto como condición; el acto jurídico eficaz deviene en ineficaz.

b) *Condición lícita e ilícita*

La condición *lícita* consiste en un evento que no es contrario al ordenamiento jurídico, o sea no transgrede normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres (ej., te vendo mi casa si logras que el banco te preste el dinero).

La condición *ilícita* es contraria al ordenamiento jurídico, esto es, contraviene normas imperativas, el orden público o a las buenas costumbres. Así, establecer un beneficio en favor de un casado con la condición de que contraiga nuevo matrimonio⁸⁴⁴. Esta condición es ilícita por contravenir el art. 241.5 del

843 GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., v. I, p. 164.

844 Savigny reaclaza la clasificación de las condiciones imposibles en físicas, jurídicas e inmorales, según que la imposibilidad proceda de las leyes de la naturaleza, del Derecho o de las buenas costumbres. Lo que distingue a la condición imposible es la falta de certidumbre del acontecimiento. En la doctrina se coloca en la misma línea a los actos prohibidos por las reglas de Derecho y por la ley moral. "Siendo enteramente libres estos últimos, permanecen siempre inciertos, lo cual es un elemento esencial de la condición que falta a las imposibles. Pero la confusión de las ideas procede principalmente de que en esta doctrina se reúnen bajo el nombre de imposibilidades jurídicas dos casos muy diferentes; el testamento o el matrimonio de un impúbero es, jurídicamente, imposible; el robo es siempre posible, pero prohibido por las reglas del Derecho. En cuanto al testamento o al matrimonio, sabemos que tales he-

Código civil que prohíbe el matrimonio de los casados. La condición ilícita no puede producir resultados porque lo contrario sería fomentar la inmoralidad.

La condición impuesta al donatario de no emplear la cantidad que se le dona en hacer tratar médicamente a su padre que se encuentra enfermo, es ilícita por ser contraria a las buenas costumbres, pues, induce al hijo ingrato a faltar a sus deberes primarios básicos. Atentan contra las buenas costumbres, las condiciones que inducen a la realización de acciones inmorales, a dado a que la autonomía de la voluntad debe ejercerse respetando los mínimos éticos aceptados en una sociedad. La condición impuesta a la donataria para que previa inseminación artificial alumbré un ser humano de sexo masculino, contradice los principios éticos que integran el concepto de la dignidad humana, que no permite hacer todo lo que técnicamente es posible. La adquisición de un departamento condicionado resolutoriamente que otros departamentos del mismo edificio sean adquiridos por personas de una determinada etnia; en una sociedad civilizada no es tolerable el racismo.

Contradican el orden público, por lesionar libertades irrenunciables del ser humano, por ej., las condiciones consistentes en que una persona abraza una determinada confesión religiosa, o que contraiga matrimonio con determinada persona, o de habitar siempre en un lugar determinado. No se puede enajenar la libertad, por cuanto esta está fuera del comercio.

La condición no es ilícita porque el evento en sí es ilícito, sino por propender fines ilícitos al establecerla. Giorgi⁸⁴⁵ dice: "Hay ciertos hechos ilícitos que, por lo demás, no dan ningún carácter inmoral al contrato, por la manera condicional con que se pone. Un ejemplo: es inmoral el hecho de abrir una casa de prostitución; pero si suponemos que alguno vende una casa bajo la condición resolutoria o penal, si el comprador abre una casa de prostitución, ¿dónde está la inmoralidad de contrato? Por el contrario, hay algunos hechos que, lícitos para quien los considera únicamente en su naturaleza, dan, sin embargo, un carácter ilícito al contrato a que se unen. Os arriendo un piso de mi casa por cien liras mensuales, pero si os reunís con vuestra esposa, de la que estáis actualmente separado, deberéis pagarme el triple".

chos no habrían tenido nunca lugar; respecto al robo, no puede afirmarse nada" (SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. II, p. 262)

845 Citado por DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 306.

Es ilícita la condición que estimula la realización de acciones ilícitas, y es lícita la condición que persigue evitar acciones ilícitas. Así, no puede ser ilícita la condición por la que un testador para apartar a una persona de una vida inmoral, le deja en legado una suma con la condición de retirarse a vivir en un lugar determinado. Tampoco puede ser ilícita la condición consistente en que uno de los contratantes radique en el lugar donde debe desempeñar sus tareas. No hay nada de malo que en un contrato, una de las partes se obligue a gestionar un negocio condicionado resolutoriamente al hecho de sufrir un robo. En casos como estos, al instituir la condición no se persigue obtener fines ilícitos. No se puede privar por completo de su libertad a una persona, pero si se puede limitar su libertad en su propio beneficio. El hecho puesto como condición puede ser ilícito, pero, sin embargo, la condición es lícita. Al contrario, puede suceder que el hecho puesto como condición es lícito, pero la condición es ilícita, por ej., es lícito que una persona contraiga matrimonio, pero es ilícita la condición de que contraiga matrimonio con determinada persona.

La condición es ilícita cuando incentiva a las partes a cometer un ilícito (ej., se dona un bien a condición de que el donatario cause algún daño a otra persona), o cuando obtienen ventajas de un hecho ilícito (se traspasa un negocio bajo la condición de que el cedente mediante extorsión saque del mercado al comerciante competidor), o cuando coacta las libertades fundamentales de la persona (el hecho condicionante es la conversión a una determinada fe religiosa, el retiro del partido político en que milita, el matrimonio con determinada persona)⁸⁴⁶.

846 En el Derecho romano, a parte de las condiciones cuyo objeto es en sí una acción vergonzosa, existía un gran número de casos en que una acción toma el carácter de inmoral: a) la condición de un celibato perpetuo, por disposición de una ley Julia; b) la prohibición de contraer matrimonio con una persona determinada; c) el divorcio desde el momento en que se impone, igual que el celibato, como condición para ciertas ventajas pecuniarias. En efecto, el divorcio era a los ojos de los romanos un mal real cuya tolerancia no podía justificarse sino por una necesidad moral. Escitar al divorcio por consideraciones interesadas debía pasar naturalmente como un acto inmoral; c) La sumisión a la voluntad de un tercero para la elección del marido como condición de una recompensa pecuniaria; ; d) toda pena convencional cuya naturaleza afecte a la libertad que debe existir en materia de matrimonio; e) la condición impuesta a un legatario de habitar siempre en un lugar determinado o de someter la elección de su domicilio a la voluntad de un tercero; f) la pena convencional a la que se somete una persona en caso de que no instituya heredero a una determinada persona; g) la condición de que una persona cambie de religión (SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. II, pp. 268 y ss.).

El hecho condicionante es ilícito por coactar la libertad de una de las partes o cuando estas coactan la libertad de un tercero, pero es lícito cuando no afecta la libertad de terceros, por ej., cuando el contrato entre A y B esté condicionado a que el tercero C contraiga matrimonio, o se desafilie de su partido político, o abrace una determinada fe religiosa, o se someta a una determinada cirugía estética, sin que la parte beneficiada ejerza ninguna coacción.

La norma del art. 171, al igual que un gran sector de la doctrina y de la legislación comparada, distingue entre ilicitud (ej., matar a una persona) e imposibilidad jurídica (ej., vender una vía pública). En nuestra opinión esta distinción es innecesaria, puesto que toda conducta ilícita es imposible jurídicamente. La ilicitud (o imposibilidad jurídica) siempre está referida a la conducta humana que puede ser lícita o ilícita según sea conforme o contraria al Derecho. Veamos algunos ejemplos de imposibilidad jurídica citados por la doctrina: vender el puerto de Venecia que es un bien nacional y, por tanto, *extra commercium*⁸⁴⁷; comprar la vía pública⁸⁴⁸; contraer matrimonio antes de los catorce años⁸⁴⁹; hipotecar una cosa mueble⁸⁵⁰. El art. 1354 del Código italiano, el art. 1116 del Código español y el art. 530 del Código argentino disponen que las condiciones imposibles y las contrarias a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres invalidan el acto. De otro lado, hay consenso en sostener que son condiciones ilícitas las que consisten en hechos prohibidos por normas imperativas. Son normas imperativas las que prohíben vender los bienes nacionales que están fuera del comercio, contraer matrimonio antes de los catorce años, hipotecar un bien mueble. Luego, los ejemplos mencionados constituyen hipótesis de condiciones ilícitas. Es ilícito o jurídicamente imposible (realmente puede ser posible) tanto que un sujeto mate a otro, como que un niño de diez años contraiga matrimonio, o que se venda un bien nacional que está fuera del comercio. Llambías⁸⁵¹ dice que no ha de confundirse la imposibilidad con la ilicitud, por-

847 TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, cit., p. 156.

848 ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 252.

849 BOFFI BOGGERO, *Teoría general del hecho jurídico*, cit., p. 680.

850 LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho civil, Parte general*, cit., T. II, p. 366.

851 Llambías no solamente distingue entre condiciones ilícitas y condiciones jurídicamente imposibles, sino también entre condiciones ilícitas y condiciones ilegítimas. Las ilícitas se refieren a hechos reprobados por la ley, y las ilegítimas contemplan a hechos lícitos tales como vivir en cierta ciudad, cambiar de religión, contraer matrimonio (ob. cit., pp. 366 y 368). Observemos que las denominadas "condiciones ilegítimas" no son lícitas como dice

que aquélla alude a hechos no punibles; sin embargo, los ejemplos de condición imposible que él menciona: la venta de una cosa fuera del comercio o la hipoteca de una cosa mueble, son sancionados por el Código argentino con la nulidad del acto por estar prohibidos por la ley. Establecer una prohibición sin sancionar la conducta contraria con una pena (como es, por ej., la nulidad del acto), no puede ser. Toda conducta humana que es contraria al Derecho, esto es, a normas imperativas (lo son las prohibitivas), al orden público y a las buenas costumbres es ilícita. Todo comportamiento humano o bien es conforme (lícita) o bien es contrario (ilícita) al ordenamiento jurídico, por lo que es un despropósito (muy difundido) el clasificar al comportamiento humano en lícito, ilícito e imposible jurídicamente. En tal virtud, conviene modificar el art. 171 de tal forma que haga referencia solamente a las "condiciones ilícitas o imposibles", eliminando la expresión "jurídicamente imposible", porque lo imposible jurídicamente es lo ilícito⁸⁵².

c) *Condición posible y condición imposible*

La condición es posible cuando el hecho condicionante es posible que ocurra físicamente y es imposible cuando el hecho condicionante no puede suceder por motivo de índole natural (ej., cuando el caballo comience a cantar), caso en el que falta en ella la incertidumbre. Como dice Savigny⁸⁵³, lo que distingue a las condiciones imposibles es la falta de uno de los caracteres esenciales de la condición verdadera, la incertidumbre del acontecimiento, ya que no dejan lugar alguno a la libertad humana ni a la casualidad.

La imposibilidad de la condición comprende la imposibilidad *objetiva*, absoluta (para todos), del evento puesto como condición (ej., si tocas el cielo

Llambías, sino ilícitas por ser contrarias a normas imperativas que protegen derechos fundamentales del ser humano. La Constitución peruana establece que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión (art. 2.3), a elegir su lugar de residencia (art. 2.11), a contraer o no matrimonio, puesto que su fundamento radica en la dignidad del ser humano (art. 3).

852 En este sentido el art. 1354 del Código italiano establece: Art. 1354. Condiciones ilícitas o imposibles. *Es nulo el contrato al que se le haya puesto una condición, suspensiva o resolutoria, contraria a normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. La condición imposible anula el contrato si fuera suspensiva; si fuera resolutoria se tendrá por no puesta. Si la condición ilícita o imposible fuese puesta a un pacto singular del contrato, se observarán respecto de la eficacia del pacto las disposiciones de los párrafos precedentes, quedando firme lo dispuesto por el art. 1419.*

853 SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. II, p. 262.

con la mano: *si digito coelum tetigeris*; si los marcianos vienen a vivir a la tierra) y la imposibilidad *subjetiva*, relativa, esto es, con relación a la persona que debe contribuir a la verificación del evento. En cada caso concreto se tendrá que determinar si la condición es o no imposible. Así, por ejemplo, no será imposible la condición consistente en que un deudor pague una suma de dinero que no dispone porque el dinero no es imposible de obtenerlo y cualquiera puede pagar por el deudor; pero si será imposible la condición consistente en que un pastor de ovejas, que ha visto aviones solamente de lejos, pilotee un avión *mirage*.

La condición imposible no es tal en sentido técnico jurídico, dado que le falta la incertidumbre. Es una condición impropia. Así, por ejemplo, si prometo arrendarte mi casa si trazas un triángulo sin ángulos, no hay ninguna incertidumbre sino la absoluta certeza de que jamás podrás trazar un triángulo sin ángulos (se sabe que la condición no se cumplirá), la promesa es definitivamente ineficaz, de lo que sigue que contrato de arriendo no habrá. Aquí, la palabra condición es usada en su sentido impropio.

El suceso contemplado como condición suspensiva tiene que ser lícito y posible, ya que de lo contrario se estará celebrando un acto inválido porque el que pone como condición suspensiva un suceso ilícito (ej., si matas a Paulo) o imposible (ej., si corres con tus pies a trescientos kilómetros por hora; si trazas un círculo cuadrado) realmente no quiere celebrar acto alguno. Si ante la insistencia de Juan para que le preste mil, declaro que le presto si mata a su padre, es evidente que no quiero celebrar el contrato de préstamo, pero existe la posibilidad de que condiciones como esta puedan servir para incentivar conductas ilícitas. Si digo te dono un bien si mi perro comienza a hablar, es mucho más evidente que no quiero hacer donación alguna.

Según el art. 1354, primer párrafo del Código italiano, la condición ilícita, suspensiva o resolutoria, puesta en un contrato, lo hace nulo (*vitiatur et vitiant*). Con una norma como esta que sanciona con la nulidad a todo acto jurídico, cuya eficacia está subordinada a una condición ilícita, sea suspensiva o resolutoria, se persigue desalentar toda conducta ilícita. En cambio, el Código peruano (art. 171) dispone que la condición suspensiva ilícita determina la nulidad del acto (*vitiatur et vitiant*) y la condición resolutoria ilícita se tiene por no puesta (*vitiatur, sed non vitiant*). Tratándose de la condición resolutoria ilícita, entre desalentar toda conducta ilícita y conservar el acto, se ha optado por conservar el acto jurídico.

Tanto la ilicitud como la imposibilidad de la condición suspensiva invalidan todo el acto jurídico (art. 171, primer párrafo). La ilicitud y la imposibilidad de la condición no se limitan a anular la cláusula o estipulación condicional, en cuyo caso permanecería válido y eficaz el acto jurídico, libre de condición, sino que anulan todo el acto jurídico. Pero si la condición ilícita o imposible se refiere a una o más disposiciones, la invalidez de estas no perjudica a las otras, siempre que sean separables (art. 224, primer párrafo), o sea, solamente son nulos los efectos subordinados a condición ilícita o imposible; la nulidad no alcanza a los otros efectos no condicionados. También hay que tener presente que si la condición ilícita o imposible se refiere a una disposición accesoria, la invalidez de esta no afecta a la disposición principal (art. 224, tercer párrafo).

En cambio, el suceso ilícito o imposible contemplado como condición resolutoria se considera como no puesto, *pro non scripta habetur* (art. 171, segundo párrafo). La solución es coherente con la voluntad de las partes, porque, como ya hemos explicado antes, el que impone una condición resolutoria ilícita o imposible es porque quiere que el acto jurídico sea puro, no condicionado. La solución es incuestionable tratándose de la condición resolutoria imposible, porque disponer que los efectos del acto jurídico dejarán de producirse si se verifica un evento imposible, que se sabe que nunca acaecerá, no reviste ninguna seriedad. Si la condición resolutoria es imposible de cumplirse, los efectos del acto son definitivos. Siendo cierto que el hecho condicionante no se producirá nunca, la solución tiene que ser en el sentido que los efectos del acto no sufran condicionamiento, o sea que la condición resolutoria se considere no puesta.

La condición ilícita o imposible que subordina la eficacia de una estipulación singular del acto no puede afectar la eficacia de las otras estipulaciones siempre que sean separables, o cuando las cláusulas nulas son accesorias, o son sustituidas por normas imperativas. El acto jurídico puede vivir sin la cláusula nula.

Por las razones expuestas consideramos conveniente modificar el art. V del TP y el art. 171, a cuyo efecto proponemos los siguientes textos:

Art. V.- Es nulo el acto jurídico contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

Art. 171.- Es nulo el acto jurídico al que se le haya puesto una condición ilícita suspensiva o resolutoria.

La condición imposible anula el acto si es suspensiva; si es resolutoria se tiene por no puesta.

Si la condición ilícita o imposible subordina la eficacia de una estipulación singular del acto, se aplican las disposiciones precedentes y el art. 224.

Con relación a los actos *mortis causa*, el art. 689 dispone: “Las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley”. En los actos de última voluntad, los efectos de la condición ilícita e imposible son diversos, por la preocupación de alterar lo menos que sea posible la voluntad del difunto, dado que se trata de un acto que no puede ser rehecho; por eso el art. 689 dispone que la condición ilícita (contraria a normas imperativas) no anula el acto testamentario que permanece válido, sino que solamente se tiene por no puesta (*vitiantur sed non vitiant*)⁸⁵⁴.

Pero el art. 689 no dice nada con relación a la condición imposible, por lo que en aplicación de las normas generales sobre la condición, la imposible invalidaría el acto testamentario, cuando, por lógica, la solución debe ser la misma que para la condición ilícita, esto es, que se tenga a la condición por no puesta, permaneciendo el testamento válido. Al respecto el Código italiano, fuente principal del Código peruano, aunque algunos pretenden negarlo, en su art. 634 dispone: “Art. 634. Condiciones imposibles o ilícitas. - *En las disposiciones testamentarias se consideran no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, salvo lo establecido en el art. 626*”, esto es, salvo que la condición ilícita puesta expresamente constituya el único motivo que ha inducido al sujeto a otorgar el acto, en cuyo caso el testamento es nulo. Dice el citado art. 626 “*El motivo ilícito hace nula la disposición testamentaria, cuando resulta del testamento y es el único que ha determinado al testador a disponer*”.

d) *condición casual, potestativa y mixta*

Es casual cuando se trata de un hecho completamente ajeno a la voluntad de las partes, como un hecho de la naturaleza o de un tercero. El cumplimiento de la condición no está bajo el poder de las partes. Es válida una condición que dependa únicamente de la casualidad (ej., si nieve la próxima temporada; si se casa María).

854 TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, cit., p. 156.

Comentando el Código de Napoleón, los Mazeaud⁸⁵⁵ señalan: “La condición *potestativa* es aquella que *depende de la voluntad de una u otra de las partes* (art. 1.170). Es *puramente potestativa* cuando *depende de la exclusiva voluntad de una de las partes*; es *simplemente potestativa* cuando el acontecimiento *depende a la vez de la voluntad del deudor y de circunstancias de las que no es dueño*: os vendo mi casa si me instalo en tal ciudad; el acontecimiento depende de mi voluntad y de la posibilidad de encontrar alojamiento. La condición *mixta* *depende, a la vez, de la voluntad del deudor y de la de un tercero*: “si me caso”.

Es potestativa cuando su cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad de una de las partes (ver comentario al art. 172)

Es mixta cuando su verificación depende en parte de la voluntad de las partes y en parte de factores extraños.

La condición que depende de la exclusiva voluntad del deudor (condición puramente potestativa) determina la nulidad del acto jurídico (art. 1762). La condición que depende a la vez de la voluntad del deudor y del interés que este pueda tener en el acto (condición simplemente potestativa) y la condición mixta son válidas. También es válida la condición puramente potestativa y la simplemente potestativa por el lado del acreedor.

e) *Condición propia e impropia*

Las *condiciones propias* consisten en eventos inciertos, futuros, posibles y lícitos.

En cambio, las *condiciones impropias* son eventos o sucesos necesarios, imposibles, ilícitos, presentes o pasados. También son impropias las condiciones legales.

La denominada condición *necesaria* no es condición sino plazo, por cuanto se establece una limitación en el tiempo en cuanto al momento en que comienzan o terminan los efectos del acto (por ej., te doy cien si después del día viene la noche). No hay condición porque falta la incertidumbre.

e) *Condición positiva y condición negativa*

La condición es positiva o negativa según que el hecho condicionante comporte o no una modificación de la realidad existente.

855 Mazeaud, Henri, León y Jean, ob. ct., Parte Segunda, vol. III, p. 299.

La condición positiva consiste en que se verifique un hecho que modifique el estado actual de la realidad, sin importar la forma gramatical en que es expresada (ej., te doy cien si apruebas todos los cursos, o te doy cien si no te desaprueban en ningún curso). La condición negativa consiste en que no se verifique un hecho, de tal modo que no cambie el estado actual de la realidad (ej., te doy cien si te quedas con el único hijo que tienes).

f) *Condición expresa y condición tácita*

La condición puede ser establecida expresa o tácitamente. Es decir, no es necesario que la condición se incorpore expresamente en el acto jurídico, siempre que se infiera indubitadamente de la actitud o de las circunstancias de comportamiento de los agentes que otorgó el acto sujeto a condición.

La existencia de la condición tácita no se presume sino debe ser probada por quien la invoca. Si la condición tácita no surge de manera clara de una actitud o circunstancia de comportamiento del agente o agentes, el acto jurídico debe considerarse puro y simple en razón de que las modalidades constituyen elementos accesorios.

g) *Condición simple y condición compleja*

La condición simple consiste en un suceso único (ej., cuando cumplas 18 años de edad). El hecho condicionante es complejo cuando está integrado por varios sucesos (ej., te doy el préstamo si te quedas a vivir en Lima y reconoces a tu hijo).

Cuando la condición es compleja, nacerá o se extinguirá la eficacia del acto jurídico cuando se verifiquen todos los sucesos puestos como condición.

Si varios sucesos se ponen *alternativamente* como condición, no hay condición compuesta sino simple, basta que se verifique uno de ellos para que nazca o finalice la eficacia del acto jurídico.

h) *Condición perpleja*

La condición perpleja es la que tiene una contradicción interna que no permite establecer lo que quiere el declarante. Si no se puede establecer, con una interpretación razonable, cuál fue la voluntad del sujeto se invalida el acto (ej., te instituyo mi heredero si mueres antes que yo).

(4) Condiciones prohibidas

El art. 171 distingue entre las condiciones que comunican la nulidad a todo el acto jurídico y aquellas otras que solamente deben tenerse por no puestas.

Son condiciones prohibidas: a) las contrarias a normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (condiciones ilícitas); b) las imposibles; c) las que dependen de la exclusiva voluntad del deudor.

Por lo que se refiere a la *condición ilícita*, establece que la condición suspensiva ilícita invalida, se entiende, todo el acto jurídico y no solamente la cláusula o estipulación condicional. En cambio, la condición resolutoria ilícita se considera no puesta, es decir, el acto jurídico subsiste como un acto puro.

Están prohibidas las condiciones ilícitas, por cuanto no es admisible contravenir normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. Así, no es admisible una condición suspensiva ilícita como ofrecer una cantidad de dinero a otro para que robe o mate, la excepción es el contrato de seguro, v. gr., un tercero, la compañía aseguradora, se obliga a indemnizar los daños causados por el culpable de un accidente de tránsito; no se puede restringir el lugar de residencia o domicilio, salvo que sea temporal, v. gr., por razones laborales; no se puede prohibir la libertad de conciencia y culto; no se puede supeditar a una condición el derecho casarse o no. Si la condición ilícita es suspensiva, el contrato es nulo, y si es resolutoria, se tiene por no puesta.

El art. 172 prescribe que la condición suspensiva potestativa que depende de la exclusiva voluntad del deudor determina la nulidad de todo el acto jurídico (ver comentario a este artículo).

En cuanto a la *condición imposible*, el art. 171 dispone que la condición suspensiva imposible invalida el acto jurídico, por ejemplo, te vendo mi casa si mi caballo comienza a cantar, como el caballo jamás va a cantar, o sea la condición nunca se va a cumplir, es lógico que la ley establezca que esta condición invalida el acto jurídico, pues es evidente que quien pone esa condición no quiere obligarse. Contrario sensu, si la condición suspensiva consiste en no hacer una cosa imposible no perjudica la validez del acto jurídico, por ejemplo, te vendo mi caballo si mañana no caminas sobre las aguas valiéndote solamente de tus dos pies, es lógico que la ley no establezca que esta condición no invalida el acto jurídico, porque una persona jamás va a caminar sobre las aguas valiéndose so-

lamente de sus pies, pues es manifiesto que quien pone esta condición quiere obligarse sin someter su obligación a condición alguna. De otro lado, la condición resolutoria imposible se tiene por no puesta, debido a que el obligado no ha tenido la intención de desobligarse⁸⁵⁶.

De lo expuesto, y considerando que la condición jurídicamente imposible no es otra cosa que la condición ilícita, se extrae las conclusiones siguientes:

Es nulo el acto jurídico sometido a condición suspensiva contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres (condición ilícita).

- a) Es nulo el acto jurídico sometido a condición suspensiva potestativa que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.
- b) Es nulo el acto jurídico sometido a condición suspensiva imposible.
- c) Se considera no puesta la condición resolutoria contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres (condición ilícita).
- d) Se considera no puesta la condición resolutoria imposible.
- e) La condición suspensiva que consiste en no hacer algo imposible no afecta la validez del acto jurídico.

(5) Momento de la apreciación de la licitud y de la posibilidad

Artículo 1404.- La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.

Antecedentes Normativos: CC italiano: Art. 1347.

Concordancias: CC Arts. 171, 178, 1534.

856 Código civil y comercial argentino: Art.344. *Condiciones prohibidas.* ES nulo el acto sujeto a un hecho imposible, contrario a la moral y a las buenas costumbres, prohibido por el ordenamiento jurídico o que depende exclusivamente de la voluntad del obligado.

La condición de no hacer una cosa imposible no perjudica la invalidez de la obligación, si ella fuera pactada bajo modalidad suspensiva.

Se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil.

La licitud o la posibilidad de la prestación o la posibilidad del bien, derecho, servicio o abstención que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciará al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo. Si antes de cumplida la condición o de vencido el plazo ha desaparecido la ilicitud o la imposibilidad, por ej., al haberse suprimido la prohibición legal o por haber devenido moral lo que era inmoral, o porque el deudor adquiere el derecho de disposición sobre los bienes objeto del contrato, no hay razón para que se afecte la validez y eficacia del contrato.

El contrato sujeto a condición o a plazo no es nulo por el mero hecho de que, en el momento de su perfeccionamiento, el objeto es imposible o ilícito. La imposibilidad originaria del objeto no impide el perfeccionamiento del contrato, y la aplicación, en su caso, de los remedios del incumplimiento, tales como la resolución y la indemnización, con la única salvedad de la pretensión de cumplimiento.

En cada situación de hecho se determinará si la imposibilidad física originaria es *perpetua*, caso en el cual no hay contrato por falta de objeto, o *temporal*, en cuyo caso la imposibilidad invalida el contrato si permanece hasta el momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.

El art. 308 del BGB alemán establece: «*La imposibilidad de la prestación no impide la validez del contrato, si dicha imposibilidad puede ser suprimida y el contrato se ha concluido para el caso de que la prestación se haga posible. Si es prometida una prestación imposible bajo condición suspensiva o bajo señalamiento de un término inicial, es válido el contrato si la imposibilidad desaparece antes del cumplimiento de la condición o del término*».

En el fondo no hay diferencia entre el art. 1404 del Código civil peruano y el 308 del alemán, pues éste cuando en su primer párrafo hace referencia al «*contrato concluido para el caso de que la prestación se haga posible*», está regulando un contrato sujeto a condición suspensiva o a plazo.

La solución que presenta el ordenamiento civil es justa y realista, puesto que la imposibilidad física es relativa en el tiempo, debido a que los vertiginosos avances científicos hacen pronto posible lo imposible, y, de otro lado, lo que hoy es ilícito mañana puede ser lícito. La imposibilidad o la ilicitud no afectan la validez del contrato celebrado bajo condición suspensiva o sujeta a plazo suspensivo, siempre que la imposibilidad o la ilicitud desaparezcan antes de cumplirse la condición o de vencerse el plazo.

La imposibilidad y a la ilicitud *originaria*, que permanece hasta el momento de la verificación de la condición o del vencimiento del plazo, invalida el contrato. En cambio, la imposibilidad o la ilicitud sobreviniente a la celebración, que permanece hasta el momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo, resuelve el contrato.

92.2. Condición potestativa

Artículo 172.- Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

El evento incierto y futuro puesto como condición puede deberse a fuentes diferentes. Si la verificación del evento depende solo de la voluntad de uno de los sujetos del acto jurídico, la condición es *potestativa*; si depende de un hecho ajeno a la voluntad de una de las partes (del caso fortuito, fuerza mayor, o de la voluntad de un tercero), la condición es *casual*; y si la verificación del evento depende en parte de la voluntad del agente y en parte de un hecho ajeno a su voluntad, la condición es *mixta*.

La condición suspensiva potestativa que depende de la exclusiva voluntad del deudor invalida el acto jurídico, puesto que la misma contrasta con la seria determinación de las partes de dar vida a una regulación vinculante de intereses mediante el acto jurídico, es que con una condición de este nivel las partes no han tenido la intención de obligarse, por ej., te pago si es que quiero o te pago si decido refaccionar mi casa.

Se afirma en el Digesto 18,1,7: "*neque debet in arbitrium rei conferri an sit obstrictus*" (no se debe dejar al arbitrio del deudor el hecho de que él mismo se obligue), por ejemplo, "*dabo tibi centum si voluero*" (te daré cien si quiero). El art. 1.256 del Código español dispone que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". El Código italiano en su art. 1355 expresa: "Art. 1355. *Condición meramente potestativa.*- Es nula la enajenación de un derecho o la asunción de una obligación subordinada a una condición suspensiva que la haga depender de la mera voluntad del enajenante o, respectivamente, de la del deudor". Messineo⁸⁵⁷ expresa que esta

857 MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., T. II, p. 462.

solución se justifica en consideración a que si 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. No es nula la enajenación, o la asunción de la obligación, si depende de la voluntad del acreedor, puesto que aquí el deber de cumplimiento es indiscutible y nada prohíbe que el acreedor renuncie a su derecho.

Se distingue entre *condición meramente potestativa* portadora de la nulidad y *condición potestativa propia* que no da lugar a la nulidad.

La *condición potestativa propia* depende de la voluntad de la parte dominada por intereses conectados con la esfera del acto y que no se agoten en el interés de liberarse del acto a costo cero. Por ej., la fianza de A en favor del banco por la deuda de la sociedad X está subordinada al futuro ejercicio, por parte de A, de la opción de adquisición de acciones que lo convertirán en accionista mayoritario de X. No hay razón para no considerar válido el compromiso de fianza.

La *condición meramente potestativa* depende de la voluntad de la parte y responde a intereses del todo ajenos al acto o bien no corresponde a ningún interés que no sea aquel que el de liberarse del vínculo contractual a costo cero, por ej., te pago si quiero⁸⁵⁸. La falta de una voluntad seria de obligarse, determina la nulidad del acto.

Del texto del art. 172 se sobreentiende que es nulo el acto jurídico que está subordinado a condición *suspensiva meramente potestativa* de parte del deudor (“que dependa de la exclusiva voluntad del deudor”), dado que el deudor no se puede obligar y desobligar al mismo tiempo. Falta la voluntad de obligarse de quien dice “te venderé mi casa si deseo”; una estipulación de esta naturaleza equivale a un acto inexistente. Naturalmente la condición meramente potestativa de parte del acreedor (que dependa de la sola voluntad del acreedor) no afecta la validez del acto jurídico, puesto que el acreedor puede hacer uso de su derecho de cobrar su crédito o renunciar a él, salvo que se trate de un derecho indisponible.

La sanción de nulidad del acto jurídico sujeto a condición suspensiva potestativa que dependa de la exclusiva voluntad del deudor, encuentra su razón de ser en la circunstancia de que no nace para las partes un vínculo efectivo, dependiendo la eficacia del acto de la mera voluntad del deudor.

858 ROPPO, *El contrato*, cit., pp. 572-573.

De la interpretación *a contrario* del citado art. 172 se desprende que la condición *suspensiva potestativa propia* (consistente en un hecho voluntario del deudor que no pueda considerarse como una condición casual, por ej., te compro la novela si prosigo con mis estudios de literatura; te vendo mi casa bajo la condición suspensiva de que decida trasladarme a vivir a otra ciudad) no hace nulo al acto jurídico. La eficacia del acto no depende de la mera voluntad del deudor sino que entran en juego sus intereses o conveniencias, "los cuales, aunque quedando a la exclusiva valoración del interesado, actúan sobre su voluntad y, es más, la determinan"⁸⁵⁹.

Igualmente, por interpretación *a contrario* del art. 172, se deduce que la condición *meramente potestativa resolutoria* no determina la nulidad del acto. Esto debido a que no pone en duda la eficacia del acto, sino que solamente pone en duda la subsistencia de dicha eficacia (ej., la compraventa con pacto de retroventa, art. 1586). Sin embargo, la seriedad de los compromisos negociales puede conducir en ciertos casos a la nulidad del acto jurídico sometido a condición resolutoria meramente potestativa que dependa de la exclusiva voluntad del deudor, v. gr., A afianza bajo la condición resolutoria de que si quiere puede apartarse del compromiso. En casos como este puede dudarse de que haya nacido la relación jurídica.

No estamos frente a una condición potestativa, sino a un caso de separación en los que la ley permite pactar que una de las partes tiene la facultad de apartarse del acto jurídico por su sola decisión, incluso inmotivada y arbitraria, por ej., en los contratos preparatorios con arras de retracción en los que su disolución está vinculada a la mera voluntad de una de las partes (art. 1480); en el contrato de comodato sin plazo de duración el comodatario debe restituir el bien cuando lo solicite el comodante (art. 1737).

92.3. Condición pendiente

Artículo 173.- Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios.

El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente esta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios.

859 Casación italiana del 25.1.1983 (citado por GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., v. I, p. 158).

El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria⁸⁶⁰.

92.3.1. Concepto

Mientras la condición suspensiva no se ha cumplido, el acto jurídico no produce los efectos que está destinado a producir, pero, pendiente la condición, las partes tienen legítimas expectativas que pueden preservarlas mediante el ejercicio de actos conservatorios sustanciales (ej., elevar a escritura un documento privado) o procesales (ej., la formación de inventario judicial de bienes).

Mientras la condición resolutoria no se ha cumplido, el titular del derecho bajo condición (el adquirente) puede ejercerlo, pero, pendiente la condición, la contraparte (el transferente), como tiene la expectativa de recuperar ese derecho, tiene la facultad realizar actos conservatorios, a fin de que si la condición se cumple su derecho no sea una mera ilusión.

En otros términos, hay pendencia de la condición (*conditio pendet*), mientras el hecho condicionante no se ha verificado, pero puede verificarse todavía; en tanto que la condición está pendiente, los efectos del acto no nacen todavía; si la condición es suspensiva, o nacen, aunque no en forma definitiva, si es resolutoria. Cuando la condición se cumple, se producen los efectos del acto, si la condición es suspensiva, o cesan de producirse si es resolutoria. Si la condición no se cumple, los efectos no se producen definitivamente, si la condición

860 *CC de 1936: Art. 1106.*- El acreedor puede antes del cumplimiento de la condición, ejercitar las acciones conducentes a la conservación de su derecho. El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiese pagado.

Código civil y comercial argentino: Art. 347. *Condición pendiente.* El titular de un derecho supeditado a condición suspensiva puede solicitar medidas conservatorias.

El adquirente de un derecho sujeto a condición resolutoria puede ejercerlo, pero la otra parte puede solicitar, también medidas conservatorias.

En todo supuesto, mientras la condición no se haya cumplido, la parte que constituyó o transmitió el derecho debe comportarse de acuerdo con la buena fe, de modo de no perjudicar a la contraparte.

Nota. Este artículo del Código argentino, en sus dos primeros párrafos, prácticamente repite el art. 172 del Código peruano. Pero agrega un tercer párrafo, aplicando el principio de buena fe a las condiciones pendientes, estableciendo que, en tanto la condición no se ha cumplido, la parte que constituyó o transmitió un derecho bajo condición debe comportarse de buena fe tratando de evitar daños a la contraparte.

es suspensiva, o dejan definitivamente de estar amenazados de cesación, si es resolutoria.

Cuando el acto jurídico se celebra bajo condición, la reglamentación establecida para el caso de cumplimiento de la condición solo rige si la condición se cumple. La regulación legal para el tiempo que transcurra hasta que la incertidumbre desaparezca, hasta que el suceso incierto erigido en condición se cumpla o la condición no se dé, ha de entenderse como la regulación de los *naturalia negotii* del acto jurídico condicional. La regulación legal relativa al período de tiempo de pendencia de la condición se dirige exclusivamente al caso de cumplimiento de la condición⁸⁶¹. En el Derecho comparado, como el alemán, existen normas que garantizan que, al cumplirse la condición, la reglamentación negocial establecida condicionalmente entre en vigor y no quede superada o sin objeto por acontecimientos ocurridos en el tiempo de pendencia⁸⁶². En aplicación del principio de buena fe (arts. 1321 y 1362), mientras la condición, suspensiva o resolutoria, no se ha cumplido, el deudor debe comportarse de acuerdo con la buena fe, de modo de no dañar a la contraparte. El deudor que durante la pendencia de la condición incumple su obligación condicional, debe indemnizar a su acreedor los daños que le ha causado con tal incumplimiento, en el caso que la condición se cumpla.

Pendiente la condición, suspensiva o resolutoria, la ley faculta al sujeto acreedor bajo condición a realizar actos conservatorios de su expectativa, en vis-

861 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 818.

862 BGB: Art. 160. *Responsabilidad durante el período de pendencia*. (1) Quien tiene un derecho sometido a condición suspensiva, en caso de cumplimiento de la condición, puede exigir a la otra parte el resarcimiento del daño si, durante el período de pendencia, esta ha frustrado o perjudicado mediando culpa el derecho sometido a condición. (2) Tiene la misma pretensión, bajo los mismos presupuestos en caso de negocio jurídico celebrado bajo condición resolutoria, aquél en favor del cual se reestablece la situación jurídica anterior.

Art. 161. *Ineficacia de las disposiciones realizadas durante el período de pendencia*. (1) Si alguien ha dispuesto de un bien bajo condición suspensiva, cualquier disposición posterior que se efectúa sobre el mismo bien durante el período de pendencia será ineficaz cuando la condición se cumple, en la medida en que tal acto frustre o perjudique el efecto dependiente de tal condición. A este tipo de disposición se equipara la disposición que durante el período de pendencia se realiza en el curso de la ejecución forzosa o derivada de embargo, o que ha llevado a cabo el administrador concursal. (2) Lo mismo rige, en caso de condición resolutoria, para las disposiciones de la persona cuyo derecho se extingue con el cumplimiento de la condición. (3) Se aplican por analogía las disposiciones en favor de aquellos que adquieren derechos de un no titular.

ta de que no se vea afectado en su derecho en caso de que se verifique la condición. Esos actos conservatorios pueden consistir, por ejemplo, en escritura los actos verbales, en elevar a escritura pública los actos celebrados en documentos privados, en inscribirlos en los registros públicos, en solicitar medidas cautelares y, si es posible, que se anoten en registro correspondiente (registro predial, registro de personas jurídicas, etc.).

92.3.2. *Pendencia de la condición suspensiva*

Pendiente la condición suspensiva el acto jurídico no produce los efectos típicos que le son propios dispuestos por las partes (efectos finales). Pero produce otros efectos previos, o anticipados, o instrumentales respecto a los efectos típicos, en cuanto tendientes a asegurar que si la condición se cumple tales efectos típicos se producirán, evitando que se frustren.

Hay autores que consideran que mientras la condición suspensiva no se ha cumplido, el acto jurídico no ha nacido y no produce los efectos jurídicos que está destinado a producir⁸⁶³. Esta afirmación es contradictoria, porque si el acto no existe no puede estar destinado a producir efectos y si hay efectos negociales, aun cuando sean conservatorios, es porque el acto existe. El acto cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva existe, pero sus efectos solamente nacerán si la condición se cumple, caso contrario quedará definitivamente ineficaz. Porque el acto sujeto a condición suspensiva existe, por eso se habla, por ejemplo, que el titular del derecho supeditado a condición suspensiva puede realizar actos conservatorios, o que el acto será nulo cuando está sometidos a condición suspensiva, imposible o ilícita, o a condición que dependa exclusivamente de la voluntad del deudor.

Como los efectos del acto condicionado se producen solo con el cumplimiento de la condición, durante la pendencia no nace o no se extingue la eficacia del acto jurídico, según que la condición sea suspensiva o resolutoria. Por ejemplo, en la compraventa condicionada no existe la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien y del comprador de pagar el respectivo precio, y si lo hubieren hecho, tienen derecho a la repetición puesto que han pagado algo que no deben.

863 Así, Benavente, María Isabel, *Comentarios al Capítulo 7- Modalidades de los actos jurídicos*, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 562.

La tutela de la legítima expectativa de la parte interesada en el cumplimiento de la condición determina la obligación de la contraparte de abstenerse de realizar actos dirigidos a impedir que el acreedor obtenga el derecho definitivo si es que se verifica la condición. Así, el deudor durante la pendencia no debe determinar la imposibilidad de su prestación para el caso de que se cumpla la condición, por ej., provocar el perecimiento del objeto de la prestación condicionada. El art. 1358 del Código italiano establece: “*Comportamiento de las partes durante el estado de pendencia.*- El que se ha obligado o ha enajenado un derecho bajo condición suspensiva o lo ha adquirido bajo condición resolutoria debe, mientras pende la condición, comportarse de acuerdo con la buena fe para conservar íntegros los derechos de la otra parte”. El deudor bajo condición al realizar actos de disposición o administración debe actuar de modo de preservar el bien objeto de su prestación en vista a la expectativa de la otra parte.

Ya los romanos consideraron que durante la pendencia existe una legítima expectativa de la parte interesada en el cumplimiento de la condición, o sea una particular situación jurídica determinada por la pendencia. Esto es cuanto se expresa en la Instituta 3,15,4, que a propósito de la obligación condicionada habla de *spes debitum iri* (“esperanza de que surja el débito”), y el D. 45,3,26, que en el tema de la *stipulatio* con condición afirma: *ex presenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit* (“la estipulación adquiere vigor desde el presente, aunque permanezca en suspenso la pretensión que de ella se deriva”) ⁸⁶⁴.

El que adquirirá el derecho (al que podemos llamar derecho definitivo) si es que la condición se cumple es titular de una expectativa de derecho (derecho condicional). La expectativa es de la misma naturaleza que el derecho definitivo. Si este es de naturaleza patrimonial, la expectativa también lo es y forma parte del patrimonio del titular. Si el derecho definitivo es transmisible, la expectativa también es transmisible *inter vivos* y *mortis causa*, quedando el adquirente sometido al eventual cumplimiento de la condición. En nuestro Código no hay una norma como la contenida en el art. 1357 del Código italiano que dispone: *Actos de disposición pendiente la condición.*- *El que tenga un derecho subordinado a una condición suspensiva o resolutoria podrá disponer de él, estando pendiente esta; pero los efectos de cualquier acto de disposición quedan subordinados a dicha condición.* El titular del derecho bajo condición puede disponer de él mientras

864 PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, cit., p. 552.

la condición se encuentra pendiente, pero los efectos se subordinan a la verificación de la condición. La misma solución se da para el titular del derecho sometido a condición resolutoria, es decir, los actos de disposición se ven afectados si se verifica la condición.

Por disposición expresa del art. 173, "pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios"; tales como, por ejemplo, solicitar el reconocimiento del documento privado que contiene al acto jurídico, elevarlo a escritura pública, inscribirlo en el registro respectivo, interrumpir la prescripción, participar en los procesos de insolvencia, solicitar medidas cautelares y, de ser posible, la anotación preventiva de estas en el registro correspondiente.

92.3.3. *Pendencia de la condición resolutoria*

Los efectos del acto jurídico se producen como si fuese puro, pero si la condición se cumple, esos efectos cesan de producirse. Si se ha pactado la retroactividad de la condición (art. 177), si es que lo permite la naturaleza de la prestación, los bienes, derechos u otras situaciones jurídicas vuelven al estado anterior inmediato al de la celebración del acto.

La expectativa de los sujetos del acto bajo condición resolutoria es opuesta a la que tienen en caso de pendencia de la condición suspensiva, por lo que lo dicho para esta tiene aplicación para aquélla: Si la condición es suspensiva se crea para el adquirente eventual una expectativa de adquisición, y si es resolutoria también se crea para el transferente una expectativa de poder readquirir el derecho transferido. El acreedor tiene una expectativa de adquisición, si la condición es suspensiva, o de readquisición, si es resolutoria. En ambos casos, el acreedor es titular de un derecho futuro eventual, contingente o expectatio. Así, por ejemplo, el comprador bajo condición suspensiva, tiene la expectativa de adquirir definitivamente la propiedad del bien; por el contrario, quien enajenó bajo condición resolutoria, tiene la expectativa de readquisición de lo enajenado.

Pendiente la condición, el deudor *subconditione* tiene la obligación de comportarse de buena fe en orden a la conservación de los derechos del acreedor para el caso de que la condición se verifique, y el acreedor *subconditione* tiene derecho a realizar los actos conservatorios a fin de asegurarse la realidad de los efectos si se verifica la condición, como son las medidas cautelares, las anotaciones preventivas e inscripciones, la prueba anticipada, etc.

Pendiente la condición resolutoria, el acto es eficaz y, por consiguiente, las partes deben cumplir sus obligaciones. El acreedor es titular del derecho adquirido, pero se trata de un derecho cuya titularidad está sujeta a la eventual resolución del acto, pues, solo será definitivo si la condición no se cumple.

Si el acreedor sobre el bien que recibe de su deudor pendiente la condición resolutoria ha constituido derechos e garantía (hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, etc.) o lo ha enajenado, tales derechos están llamados a resolverse si se verifica la condición en aplicación del principio de que nadie puede transmitir un derecho mayor que el que tiene.

Si las partes no han constituido garantías en tutela de sus expectativas, el adquirente bajo condición suspensiva o el enajenante bajo condición resolutoria pueden realizar actos conservatorios. El Código italiano prescribe: Art. 1356. "*Pendencia de la condición*. Pendiente la condición suspensiva, el adquirente de un derecho podrá realizar actos conservatorios. El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria podrá, pendiente esta, ejecutarlo; pero el otro contratante podrá realizar actos conservatorios". Según este artículo, que es el antecedente del art. 173 del Código patrio, el adquirente de un derecho bajo condición suspensiva puede realizar actos conservatorios de su expectativa, como también los puede cumplir el enajenante de un derecho bajo condición resolutoria.

La realización de actos de conservación, escribe Bianca⁸⁶⁵, "en sentido propio, se refiere a la posibilidad de obtener providencias judiciales, es decir, obtener la imposición de una caución, o incluso la concesión de un secuestro de conservación. Toda vez que la condición es una cláusula contractual, se deja a las partes la previsión de las garantías suficientes, de tal forma que la posibilidad de una cautela judicial se debe entender limitada a las hipótesis en las que se presente una situación de peligro que haga temer a la parte, fundadamente, el no conseguir o no recuperar el propio derecho".

Tan igual como en la condición suspensiva, el acreedor bajo condición resolutoria, puede, segundo la clase de derecho sometido a condición, realizar actos conservatorios, como solicitar el reconocimiento judicial del acto jurídico, elevarlo a escritura pública, inscribirlo en el registro correspondiente, interrumpir la prescripción, participar en procesos de insolvencia, solicitar medidas cautelares, solicitar la anotación de estas en el respectivo registro, etc.

865 BIANCA, *Derecho civil. 3. El contrato*, cit., p. 573.

92.3.4. Repetición de lo pagado

El titular de la expectativa no siendo aún titular del derecho al cual tiende aquélla, no puede ejercerlo, razón por la que el deudor *subconditione* tiene derecho a repetir lo pagado antes de que se verifique la condición.

92.3.5. Cese del estado de pendencia

Con el *cumplimiento* de la condición automáticamente cesa el estado de pendencia y el acto se vuelve *ipso iure* puro y eficaz, si la condición era suspensiva o cesan de producirse los efectos que se venían produciendo, si era resolutoria.

El *incumplimiento* de la condición, al igual que el cumplimiento, pone fin al estado de pendencia de la condición y extingue los derechos expectaticios. Si la condición es suspensiva, el acto queda definitivamente ineficaz; no produce ningún efecto para siempre. Si la condición es resolutoria desaparece la posibilidad de cesación de los efectos; el acto queda definitivamente eficaz.

El Código guarda silencio sobre el incumplimiento de la condición (condición frustrada). Con relación al *incumplimiento de la condición suspensiva*, el art. 548 del derogado Código argentino de Vélez Sársfield disponía: "Si la condición no se cumple, la obligación es considerada como si nunca se hubiera formado; y si el acreedor hubiere sido puesto en posesión de la cosa que era el objeto de la obligación, debe restituirla con los aumentos que hubiere tenido por sí, pero no los frutos que haya percibido". Con referencia al *incumplimiento de la condición resolutoria*, el art. 554 del mismo Código argentino establecía: "No cumplida la condición resolutoria, o siendo cierto que no se cumplirá, el derecho subordinado a ella queda irrevocablemente adquirido como si nunca hubiese habido condición". Estas normas no se repiten en el Código civil y comercial argentino.

El *Esboço* de Freitas en su art. 630 dispone: "Las condiciones positivas se juzgarán no cumplidas: 1° no habiendo plazo señalado para el cumplimiento, cuando el hecho o la acción, de que dependía la adquisición o resolución del derecho, se hacen imposibles; 2° habiendo plazo señalado para su cumplimiento, cuando dentro de ese plazo el hecho no ha sucedido o la acción no fue ejecutada; o cuando, antes de terminar el plazo, el hecho o la acción se hacen imposibles"; y en el art. 631 prescribe: "Las condiciones negativas se juzgarán no cumplidas: 1° no habiendo plazo señalado para su cumplimiento, cuando la *existencia del hecho o de la acción se hace necesaria*; 2° habiendo plazo señalado para su cumplimiento,

cuando dentro de ese plazo sucedió el hecho o la acción fue ejecutada, o cuando, antes de terminar el plazo, la existencia del hecho o de la acción se hace necesaria”.

Hemos transcrito estos dispositivos del Derecho extranjero, que por obvias que parezcan las soluciones que presentan, pueden servir de ayuda para resolver problemas concretos.

92.4. Indivisibilidad del cumplimiento de la condición

Artículo 174.- El cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible.

Cumplida en parte la condición no es exigible la obligación, salvo pacto en contrario⁸⁶⁶.

La condición se *cumple* cuando el evento del que se hace depender la eficacia del acto jurídico se hace realidad. Cumplida la condición el acto jurídico deviene en puro y simple, a partir de allí el titular del derecho consolida su situación y puede ejercerlo, según la naturaleza del acto.

La condición *no se cumple* cuando consta que el suceso erigido como condición no se realiza. Si la condición es suspensiva, el acto se considerará como si nunca se hubiese celebrado; y si la condición es resolutoria, el acto se disuelve, termina su eficacia.

Cuando se ha puesto por condición dos o más eventos futuros e inciertos, hay que determinar si se trata de varias condiciones alternativas o disyuntivas (cada evento constituye una condición), o de una condición conjuntiva (todos los eventos integran el presupuesto normativo condicional –condición compleja–).

Si se trata de varias condiciones alternativas, basta que una de ellas se verifique totalmente (indistintamente cualquiera de ellas) para que la condición quede cumplida, y el acto devenga en un acto puro. Pero si los eventos han sido puestos para que operen conjuntamente, todos deben realizarse totalmente para que la condición se considere cumplida, basta que uno de ellos deje de cumplirse para que falte la condición.

866 CC de 1936: Art. 1107.- 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.

El art. 628 del Proyecto de Freitas establece: "Si fueren impuestas dos o más condiciones en un solo acto o disposición, la necesidad del cumplimiento de todas o de una de ellas, se resolverá por la intención que las partes o disponentes manifestaren y no por la partícula conjuntiva o disyuntiva que hayan empleado". En efecto, las condiciones disyuntivas llevan la partícula "o" y las conjuntivas, la partícula "y"; pero puede suceder que se use una partícula con el significado de la otra, como el ejemplo de Pothier: "Si él muere sin hijos, o sin testamento". Es evidente que la disyunción *o* ha sido usada en su sentido copulativo, en el sentido de que se deben cumplir las dos condiciones⁸⁶⁷.

La condición conjuntiva es indivisible aunque consista en un hecho divisible o en varios hechos, salvo pacto en contrario cuando la prestación condicionada es divisible. Por ejemplo, prometo darte 50 (prestación) si el banco me presta 100 (condición); si el banco me presta solo 50, no estoy obligado a darte 25, salvo que así esté pactado. El evento en que consiste la condición (hecho condicionante), divisible o no, debe verificarse por entero para que la prestación condicionada, también divisible o no, sea exigible. Si la condición se ha verificado solamente en parte no es exigible la prestación objeto de la obligación, salvo que exista pacto en contrario.

El hecho condicionante puede ser simple o complejo, según que las consecuencias del acto se supediten a la verificación de un solo evento singular o de varios eventos que deben realizarse conjuntamente. Si los varios eventos deben producirse conjuntamente para que se dé por cumplida la condición, no se puede hablar de varias condiciones sino de una condición compleja. Hay varias condiciones cuando los efectos del acto se hacen depender de varios eventos alternativos, cada evento constituye una condición, bastando que se cumpla una sola de ellas para que el acto sea eficaz (si la condición es suspensiva) o devenga en ineficaz (si la condición es resolutoria). Sea que baste un solo evento de los varios puestos alternativamente, o que deban acaecer todos los eventos conjuntamente, "es indispensable siempre que uno de los hechos condicionantes en el primer caso, y todos los hechos condicionantes en el segundo caso, se cumplan totalmente"⁸⁶⁸.

867 DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 326.

868 LEÓN BARANDIARÁN, *Acto jurídico*, cit., p. 239.

Tanto la prestación condicionada como el *hecho condicionante* pueden ser simples o complejos. El hecho condicionante es simple cuando está dado por un solo evento (v. gr., si viajas a Roma), o es complejo cuando está integrado por varios eventos (ej., si obtienes el título de abogado en el presente año, con calificación sobresaliente, y te quedas a trabajar en Lima, en la oficina de tu padre). El hecho condicionante, sea simple o complejo, puede ser *divisible* (ej., si el banco te presta mil; si te recibes de abogado y vas a trabajar al Cusco; cuando sean encontradas las diez personas perdidas en la selva) o *indivisible* (ej., si te donan un caballo). A su vez, la prestación subordinada a la verificación de la condición, llamada *prestación condicionada*, también puede ser *divisible* (ej., te doy cien) o *indivisible* (ej., te doy el caballo). El hecho condicionante y la prestación condicionada pueden ser *simples e indivisibles*: ej., te dono el caballo (prestación) si aprendes equitación (condición); o *complejos y divisibles*: ej., te doy cien (prestación) si encuentran a las diez personas desaparecidas (condición); o la prestación puede ser divisible e indivisible la condición: ej., te doy cien (prestación) si Juan vive hasta los cien años con buena salud (condición); o la prestación indivisible y divisible la condición: ej., pinto tu retrato si mis dos hijos que se encuentran en el extranjero vienen a Lima para navidad; te vendo mi automóvil si el Banco me presta cincuenta mil dólares para comprarme un vehículo último modelo.

El cumplimiento de la condición es *indivisible* aun cuando el hecho o los hechos conjuntos que la integran (que son objeto de ella) sean divisibles e independientemente de que la prestación condicionada sea divisible o indivisible; cumplida en parte la condición, no hace nacer en parte la eficacia del acto. Si se ha cumplido parte del hecho o de los hechos conjuntos, objeto de la condición, no nace la obligación condicionada; por tanto no es exigible, salvo naturalmente que exista pacto en contrario. Por ej., A se obliga a pagar diez mil a B si encuentran vivas a las diez personas desaparecidas. La prestación de A de pagar los diez mil es divisible, y es también divisible el hecho condicionante complejo puesto como condición, porque pueden encontrar vivas solamente a algunas de las personas desaparecidas; pero el cumplimiento de la condición es indivisible, pues basta que no encuentren viva a una de las diez personas para que la condición no se cumpla y no nazca la obligación de pagar los diez mil ni ninguna otra suma, salvo pacto diferente. Si la condición se cumple totalmente, el efecto condicionado surge también en su totalidad.

Una cosa es la indivisibilidad del cumplimiento de la condición y otra la divisibilidad o la indivisibilidad del hecho o hechos que constituyen el conteni-

do u objeto de la condición, y otra la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación condicionada. La condición es algo externo al acto jurídico, la prestación es el objeto de la obligación que es, a su vez, objeto del acto.

Se llama prestación a lo que tiene que dar, hacer o no hacer el deudor para satisfacer el interés del acreedor. La conducta humana que es prestación no es condición y al contrario. Por ej., Juan promete dar cien a Pedro si escala el Huascarán; la conducta de Juan consistente en dar los cien es prestación y no condición, y la conducta de Pedro de escalar o no el Huascarán es condición y no prestación. Otro ejemplo, te doy cien si decido viajar a Nueva York, mi conducta consistente en viajar a Nueva York es condición y mi conducta consistente en pagarte los cien es prestación condicionada.

Es errónea la doctrina que siguiendo a Pothier sostiene que la condición puede consistir en una prestación. Por ej., De Gásperi⁸⁶⁹ expresa: "La condición se reputa pendiente cuando consistiendo ella en una prestación divisible, como por ejemplo, una suma de dinero, se hiciese un pago parcial". Como es erróneo que el art. 174 diga que "el cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible". Una expresión así resulta en su conjunto ininteligible. Si, como hemos demostrado, el cumplimiento de la condición es indivisible, aunque el evento o eventos en que consiste (que son objeto de ella) sean divisibles, y no siendo posible confundir el evento condicionante con la prestación condicionada, surge la necesidad de modificar la primera parte del art. 174 de tal forma que diga: *El cumplimiento de la condición es indivisible, aunque su objeto sea divisible.*

92.5. Cumplimiento de la condición negativa

Artículo 175.- 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 realizarse⁸⁷⁰.

869 DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 327.

870 *Código civil de 1936: Art. 1105.-* Si la condición es de que no se verifique cierto acontecimiento dentro de un término, se entiende cumplido desde que pasa el término o llega a ser cierto que no puede realizarse.

El Código regula el cumplimiento de la condición negativa, pero omite referirse al cumplimiento de la condición positiva, a la cual no podemos dejar de mencionar en este estudio como el *contrario sensu* del art. 175.

Se dice que la condición se cumple cuando el evento previsto como condición se verifica plenamente, y que falta la condición (o que la condición no se cumple) cuando ese evento no se verifica. El cumplimiento o incumplimiento de la condición puede ser real (de hecho) o ficto (art. 176, primer párrafo).

La *condición positiva* se cumple cuando se realiza íntegramente el hecho condicionante positivo; y no se cumple cuando dicho hecho condicionante no se verifica o existe la certeza de que no se podrá verificar. La *condición negativa* se cumple cuando no se realiza el hecho condicionante negativo o existe la certeza que no se realizará; si el hecho condicionante negativo se verifica, la condición se incumple.

Si se ha establecido un plazo para el cumplimiento de la condición, se entenderá cumplida solamente si el evento se verifica (si la condición es positiva) o no se verifica (si la condición es negativa) durante dicho plazo.

Conforme al art. 175, si se ha fijado un plazo para la verificación de la condición negativa hay que esperar su vencimiento para determinar si se cumple o no. Si vencido el plazo *no* se realiza el acontecimiento en que consiste la condición se tiene por cumplida (ej., se promete una prestación si Juan no viaja a Europa el próximo mes de diciembre y ha pasado el mes de diciembre sin que Juan viaje a Europa). También se tiene por cumplida cuando antes del vencimiento del plazo es indubitable que no sobrevendrá (en el ejemplo, citado, Juan fallece antes del mes de diciembre).

La fuente primigenia del art. 175 es el art. 1177 del Código francés que dispone: "*La obligación contraída bajo la condición de que un evento no se verifique dentro de un tiempo fijo, queda cumplida si expira el tiempo sin que el evento se verifique. Lo mismo deberá decirse, si antes de cumplirse el plazo hubiese certeza de que el evento no se verificará*".

Según el *contrario sensu* del art. 175, si la condición consiste en que se verifique cierto acontecimiento (condición positiva) dentro de un plazo se entenderá por no cumplida desde que se vence el plazo sin que el evento se realice, o desde que llegue a ser cierto que no puede realizarse. El art. 1176 del Código francés, prescribe: "Cuando una obligación es contraída bajo la condición de

que un evento sucederá dentro de un término fijo, se considera sin efecto esta condición luego que haya expirado el término sin haberse verificado el suceso. Si no hay término determinado, puede verificarse siempre la condición, y no se considerará sin efecto mientras no se sepa de cierto que el suceso no se verificará". Por ej., A promete arrendar un departamento a B, si este dentro de un mes consigue trabajo, y ha pasado el mes sin que B obtenga un puesto de trabajo o B fallece antes de que se venza el mes. La condición caduca en razón de la certidumbre de que el evento previsto no se producirá⁸⁷¹.

El Código omite regular el caso en el que las partes no hayan fijado plazo dentro del cual debe verificarse el evento puesto como condición. Ante tal situación hay que distinguir entre que si el evento es o ya no es posible de verificarse.

Si no se hubiere establecido un plazo y es indudable que el evento no se verificará, se tendrá por cumplida la condición negativa y por incumplida la condición positiva.

La regla que establece que condición se tendrá por cumplida cuando fuere indudable que el acontecimiento no sucederá es aplicable solamente a la condición negativa porque esta no verificación del acontecimiento puesto como condición comporta lo establecido por las partes para que la condición se considere como realizada. Pero cuando la condición es positiva no se aplica la mencionada regla, pues la condición no puede considerarse cumplida, "puesto que lo que las partes han querido es que solo se considere producida la condición cuando tal acontecimiento tenga lugar"⁸⁷².

Si no se ha establecido un plazo para el cumplimiento de la condición, mientras el evento sea posible de verificarse, la condición, sea positiva o negativa, puede cumplirse en cualquier momento, salvo que se trate de una condición que en parte depende de la voluntad deudor, en cuyo caso el juez fijará un plazo dentro del cual debe cumplir la condición. Si la condición depende exclusivamente de la voluntad del deudor, el acto jurídico es nulo (art. 175).

Pothier⁸⁷³ sentó el principio que dice: "si la condición no encierra ningún tiempo prefijado, en el cual deba cumplirse, puede ella ser cumplida en cualquier

871 *Code civil*, Dalloz, París, 1990-1991, p. 173.

872 LEÓN BARANDIARÁN, *Acto jurídico*, cit., pp. 235-236.

873 Citado por DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 322.

tiempo que sea, y no se dirá que falta hasta que sea cierto que no ocurrirá". Pothier estableció una excepción a este principio cuando manifiesta que "se aparta de esta regla, cuando la condición consiste en alguna cosa que debe hacer aquél respecto del cual me he obligado bajo esta condición, y que tengo interés que se haga; como si yo hubiera prometido a mi vecino 'darle una suma si derriba un árbol que me perjudica'; porque en este caso, puedo emplazar a aquel en cuyo favor me he obligado, para que se le fije un cierto tiempo dentro del cual debe cumplir la condición, y no siéndolo así, para que se me descargue pura y simplemente de mi obligación". El principio de Pothier, pero no la excepción, es recogido en la segunda parte del art. 1176 del Código francés que dispone: "Si no hay tiempo determinado, puede verificarse siempre la condición, y no se considerará sin efecto mientras no se sepa de cierto que el acontecimiento no se verificará".

Inspirados en el principio y en la excepción de Pothier, consideramos que es necesario que se legisle disponiendo que si no se hubiere establecido plazo, mientras el evento sea posible de verificarse, la condición puede cumplirse en cualquier momento, salvo que se trate de condición potestativa mixta que en parte depende de la voluntad del deudor, en cuyo caso el juez fijará el plazo dentro del cual debe cumplirse la condición. Por ej., un contrato de compraventa en el cual se establece que el precio lo pagará el comprador con un préstamo a gestionar ante un determinado banco (lo que es frecuente en la práctica); aquí hay una condición potestativa mixta puesto que la obtención del préstamo depende en parte de la gestión que realice el comprador ante el banco y en parte de que el banco tome la decisión de otorgarlo. Como el comprador no puede postergar indefinidamente el pago del precio, a solicitud del vendedor, el juez debe fijarle un plazo para que realice las gestiones con el fin de obtener el préstamo ante la entidad de crédito y si no lo obtiene dentro de ese plazo, no hay venta, no solo porque no hay la condición, sino, sobre todo, porque falta un elemento esencial de la compraventa como es el precio.

Pothier⁸⁷⁴ afirma que si la condición consiste en alguna cosa que depende del deudor, y que interesa a aquel en cuyo provecho la obligación ha sido contratada, como si alguno se obliga "a darme una cierta suma si no hace derribar de su heredad un árbol que perjudica a mis viñas", puede el deudor ser emplazado para que se le condene a pagarme la suma estipulada en el caso de no derribar el árbol

874 Citado por DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 321.

en el tiempo que le haya fijado el juez; y si en este tiempo no lo hace, se tendrá por cumplida esta condición negativa, y podrá, en consecuencia, ser condenado a pagar la suma prometida por él bajo esta condición.

La opinión contraria⁸⁷⁵, que no compartimos, sostiene que quien contrata bajo condición potestativa, *in faciendo aut in non faciendo*, tiene todo el tiempo de su vida para determinarse a cumplirla, cuando el tiempo del cumplimiento no ha sido fijado. Si el pintor X se obliga a pagarme una suma si él no hace mi retrato, la condición puede quedar en suspenso hasta la muerte del pintor; prometo una suma a X, mi vecino, si él derriba de su heredad un árbol que molesta a mi vista, si no se admite que el juez señale un plazo para el cumplimiento de la condición, se podría decir que he asumido una deuda a cargo de los herederos de mis herederos, si dentro de cien años, los herederos de los herederos de X derriban el árbol de que se trata. En otros casos no habrá problema de duración indefinida de la condición, ya que por la naturaleza de las cosas la condición dentro de un limitado tiempo devendrá en irrealizable, por ejemplo, te pago una suma si adiestras a mi caballo, dentro de pocos años el caballo ya no es posible de adiestrar.

92.6. Cumplimiento e incumplimiento malicioso

Artículo 176.- Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida.

Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento.

Las partes deben comportarse de buena fe durante la pendencia de la condición de modo que ni el deudor pueda impedir ni el acreedor pueda provocar de mala fe (esto es dolosa o culposamente) la verificación de la condición porque, en caso contrario, estarían incumpliendo con la obligación que han asumido el uno frente al otro, hecho que la ley sanciona considerando, según el caso, cumplida o no cumplida la condición. Nadie puede alegar el cumplimiento o

875 TOULLIER C.- B. M. y J. -B. DUVERGIER, *Le Droit civil français*, Hatchuel, París, 1843, T. VI, pp. 658 y ss. (citado por DE GÁSPERI y MORELLO, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, p. 325).

no cumplimiento de un evento puesto como condición cuando él ha impedido o provocado ese evento de una forma contraria a la buena fe. Ante cualquier actuación de la mala fe que provoque el cumplimiento o incumplimiento de la condición es de aplicación la regulación del art. 176.

La norma que establece que *si el deudor de mala fe impide el cumplimiento de la condición, esta se considera cumplida*, contenida en el primer párrafo del art. 176, fue enunciada en el D. 50,17,61: *in iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset* (el Derecho civil ha acogido la opinión, por la cual cada vez que el interesado en la no verificación de la condición actúe de modo que la condición no se verifique, se considera como cumplida). En otros términos como lo señala el art. 345 del Código civil y comercial argentino: *“El incumplimiento de la condición no puede ser invocado por la parte que, de mala fe, impide su realización”*. Cuando el evento condicional no se cumple por dolo o culpa de la parte obligada (bajo condición), se impide a esta invocar el incumplimiento para sustraerse de su obligación.

La norma del primer párrafo del art. 176 dispone un caso de *ficción de cumplimiento* de la condición como sanción a la mala fe del que impide su cumplimiento: *Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida*. En el mismo sentido el BGB, en primer párrafo del art. 162 dispone: *“Si la parte a quien perjudica el cumplimiento de la condición impide de forma contraria a la buena fe su cumplimiento, se tiene por cumplida la condición”*. El elemento de la culpa está presente en el supuesto de hecho subjetivo del art. 162. En la justificación del anteproyecto se dice respecto del obligado condicional: *“comete un ilícito que justificadamente trae consigo la ficción del cumplimiento solo si, a propósito, impide o hace fracasar el cumplimiento de la condición en contra de la finalidad del negocio jurídico, por consiguiente, de forma desleal”*. En los Protocolos se dice acerca del supuesto de hecho subjetivo: *“Se estaba de acuerdo en que la intención del actuante no tiene que estar dirigida directamente a impedir la condición, sino que basta con que, en consciente infracción de un deber, se intervenga indirectamente en la marcha de la condición”⁸⁷⁶*.

876 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 841.

El derogado Código de 1936 estableció: Art. 1111. "Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición, por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida. Se considerará al contrario, como no verificada, si se ha llevado a efecto de mala fe, por la parte a quien aprovecha su cumplimiento". La fuente de este artículo es el art. 162 del Código alemán. A su vez, el art. 162 del BGB y el art. 1111 del Código peruano de 1936, son los antecedentes del art. 176 del Código vigente. Según estas normas no se puede impedir ni provocar de mala fe, por ninguna de las partes, el cumplimiento de la obligación, las partes deben abstenerse de forzar la verificación o no verificación de la condición, lo que significa que si la falta de cumplimiento o la provocación para el cumplimiento de la condición proviene de un hecho extraño, de un caso fortuito o de la voluntad de un tercero, no se aplicará la norma del art. 176.

Si el obligado impide de mala fe la realización de la condición, se considera cumplida, por ej., prometo darte 100 si optas el título de abogado antes del 30 de diciembre; y sabiendo que te han fijado el 15 de diciembre como fecha para el examen de fin de carrera, logro que los miembros del jurado no concurran; la condición se considera cumplida y debo pagarte los 100. Mi accionar de mala fe es contrario a los intereses perseguidos con el acto jurídico condicionado.

Para que se considere ficticiamente verificada la condición deben concurrir tres requisitos: 1) que la parte en cuyo detrimento habría de realizarse resulte beneficiada con la ausencia de la condición; 2) que esta parte actúe de mala fe provocando la ausencia de la condición; y, 3) que el interés de la otra parte sea lesionado por la ausencia de la condición. La ficción de considerar verificada la condición constituye una sanción para la parte que deliberadamente impidió la verificación de la sanción.

Si faltan estos requisitos no es de aplicación la norma del primer párrafo del art. 176. Por ej., A que vive y trabaja en Lima, compra a B una casa ubicada en la ciudad de Cajamarca, bajo la condición resolutoria de que la empresa para la cual trabaja lo transfiera a la sede de dicha ciudad, eventualidad no deseada pero temida por A. Si la condición no se cumple por los buenos oficios de B que logra que la empresa empleadora confirme a A en su puesto en Lima, A no puede hacer valer la resolución del contrato, por cuanto no se dan los elementos del supuesto de hecho de la norma del primer párrafo del art. 176. Tampoco B puede hacer valer la ausencia de condición imputable al accionar de A que logra que su empleadora no lo transfiera a Cajamarca. La ausencia de la condición neutraliza el riesgo contra el cual el acto jurídico ha sido condicionado.

De acuerdo con la norma del art. 176, al impedimento de mala fe del cumplimiento de la condición por la parte a quien perjudicara es sancionado teniendo por cumplida la condición. Al contrario, se considerará no cumplida la condición, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento. La solución resulta obvia, puesto que nadie puede alegar el cumplimiento o el incumplimiento de un suceso cuando él ha provocado o impedido ese suceso de una forma contraria a la buena fe⁸⁷⁷.

La ficción de falta de condición (2do. Párrafo del art. 176) exige los mismos requisitos de la ficción de cumplimiento de la condición (1er párrafo del art. 176). Por ej., si la adquisición de un inmueble fue condicionada resolutoriamente a la revocación de la licencia de funcionamiento de un determinado negocio, y la revocación (condición) se produce por maniobras del enajenante, es razonable considerar como no cumplida la condición, situación que beneficia al adquirente que conserva el interés en el inmueble.

Como señala Enneccerus, comentando el art. 162 del BGB, fuente del art. 176 de nuestro Código, solo en un caso ha lugar a una ficción de cumplimiento de la condición: cuando el cumplimiento es impedido de un modo contrario a la buena fe por la parte a quien era desventajosa, la condición se considera cumplida. De igual modo, a la inversa, la condición se considera no cumplida, cuando su cumplimiento es provocado en contra de la buena fe por la parte a la que produce ventaja. Agrega este autor, "depende de la intención de las partes el concluir el negocio, constituyendo por tanto una cuestión de interpretación, si era lícito a la parte impedir el cumplimiento de la condición, o en su caso provocar este cumplimiento, o si semejante conducta es contraria a la buena fe. Si se trata de condiciones puramente potestativas, solo habrá lugar a la aplicación del art. 162 en supuestos especiales (por ejemplo, interrupción sin motivo alguno de un acto iniciado). No se requiere que la evitación o la provocación de la condición haya sido de propósito. Basta la evitación o provocación culposa (intencionales o negligentes) de la condición en virtud de conducta contraria a la buena fe".

Por el principio de la buena fe, una de las partes no puede escudarse en el cumplimiento o no cumplimiento de un acontecimiento puesto como condición, si ella misma ha provocado o impedido su verificación en forma contraria a la buena fe. Por el contrario, si por la naturaleza del acto jurídico y por las

877 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, P. 835.

consecuencias que respecto a él tenga el cumplimiento o incumplimiento de la condición, hay que entender que, cuando de buena fe, o sea con un actuar lícito, una de las partes impide el cumplimiento o provoca el cumplimiento de la condición, no será aplicable lo dispuesto por el art. 176 del Código patrio.

92.7. Irretroactividad de la condición

Artículo 177.- La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario.

Tanto la condición suspensiva como la resolutoria no operan retroactivamente, salvo pacto en contrario⁸⁷⁸. La ley en principio rechaza la retroactividad de la condición, sin perjuicio de que las partes puedan convenir lo contrario. El pacto de retroactividad de la condición no puede perjudicar los derechos de terceros adquiridos de buena fe durante la pendencia de la condición.

Los efectos que se han hecho depender de la *condición suspensiva* no se producen antes de que se cumpla la condición. Por ej., en la obligación asumida en un contrato bajo condición suspensiva, única y exclusivamente si se cumple

878 BGB: Art. 158. Cuando se haya realizado un negocio jurídico bajo condición suspensiva, el efecto dependiente de la condición no tiene lugar sino con el cumplimiento de esta. Si el negocio jurídico se ha hecho bajo condición resolutoria, su efecto cesa con el cumplimiento de esa condición; a partir de ese momento se restablece el estado jurídico anterior.

Art. 159. Cuando los efectos unidos al cumplimiento de la condición, según el tener del negocio jurídico, deban retrotraerse a una época anterior, los interesados estarán obligados, al cumplirse la condición, a concederse recíprocamente lo que hubieren obtenido si tales efectos se hubieran producido en la época anterior.

Código suizo de las obligaciones: Art. 151, párr. 2°: No produce efectos (el contrato condicional) sino a partir del momento en que la condición se cumpla, a menos que las partes hayan manifestado una intención en contrario.

Art. 154, párr. 2°: No hay, en la regla, efecto retroactivo.

Código Polaco de las obligaciones, de 1934: Art. 46, párr. 2°: El cumplimiento de la condición carece de efecto retroactivo, salvo pacto en contrario.

Código civil y comercial argentino: Art. 346. Efecto. La condición no opera retroactivamente, excepto pacto en contrario.

Nota. Este artículo del Código argentino es transcripción del art. 177 del Código peruano. El nuevo Código argentino sustituye el efecto retroactivo, del art. 543 del Código de Vélez Sársfield, por el principio de efecto inmediato o hacia el futuro.

la condición puede el acreedor tener una pretensión conforme al acuerdo contractual y el deudor estar correlativamente obligado. En la transmisión o constitución condicional de derechos, la adquisición del derecho no puede producirse antes de que se cumpla la condición, v. gr., en el caso de transmisión de la propiedad bajo condición suspensiva, quien enajena sigue siendo propietario hasta el cumplimiento de la condición. El titular condicional durante la pendencia de la condición solamente tiene un derecho expectante, pudiendo realizar actos conservatorios de ella.

En cambio, los efectos que se han hecho depender de la *condición resolutoria* solamente se producen hasta que se cumpla la condición, si es que se cumple. Por ej., A vende a B un fundo a condición de que si estalla la guerra en el próximo diciembre, el contrato se resuelve y la guerra estalla en el próximo diciembre; la condición se ha cumplido, el fundo será devuelto por B a A, y este restituirá el precio a aquél; pero los frutos del fundo percibidos por B, desde la celebración del contrato hasta que estalla la guerra, quedan de propiedad de B; así como los intereses del dinero pagado en concepto de precio a A quedan de propiedad de este⁸⁷⁹.

Para que los efectos del cumplimiento de la condición sean retroactivos se requiere de pacto expreso.

La irretroactividad como efecto de la condición no ha estado presente desde un inicio en la legislación nacional. El Código de 1852 consagró el principio de la *retroactividad* de la condición en los términos siguientes: Art. 1283. *Un contrato condicional cuya condición se cumple, se considera eficaz desde que se celebró; y pasan los derechos y obligaciones que de él resultan a los herederos de los contratantes que hayan fallecido, si el contrato es de aquellos cuyos efectos se transmiten a los herederos*⁸⁸⁰. Por el contrario, el Código de 1936 optó por el principio

879 LEÓN BARANDIARÁN, José, *Manual del acto jurídico*, 4.ª ed., Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, s/f, p. 49.

880 Código francés: Art. 1179. La condición una vez verificada, tiene efecto retroactivo al día en que se contrajo la obligación. Si el acreedor hubiese muerto antes que la condición se verificase, pasan sus derechos a su heredero.

Código italiano: Art. 1360. Retroactividad de la condición. Los efectos del cumplimiento de la condición se retrotraen al momento en que haya sido concluido el contrato, salvo que por voluntad de la partes o por la naturaleza de la relación los efectos del contrato o de la resolución se deban fija en un momento distinto. Pero si la condición resolutoria fuese impuesta

de la irretroactividad al disponer: Art. 1110. *La condición no funciona retroactivamente, salvo que se hubiese establecido lo contrario.* Esta norma se repite en el art. 177 del Código vigente de 1984.

El principio de la irretroactividad de la condición, salvo pacto en contrario ha sido tomado del BGB alemán: "Art. 158.- *Si un negocio jurídico es celebrado bajo una condición suspensiva, la eficacia hecha depender de la condición se produce con el cumplimiento de la condición. Si un negocio jurídico es celebrado bajo una condición resolutoria, con el cumplimiento de la condición termina la eficacia del negocio jurídico; y en este momento se reproduce la anterior situación jurídica.*". Según esta norma, el efecto que se ha hecho depender de la condición no se produce antes de que se cumpla la condición. La operación retroactiva de la condición solamente es posible en los términos del art. 159, el cual señala: "Art. 159.- *Si según el contenido del negocio jurídico, los efectos ligados al cumplimiento de la condición deben retrotraerse al momento anterior, los interesados están obligados, en caso de cumplimiento de la misma, a procurarse mutuamente lo que tendrían si los efectos se hubieran producido en el momento anterior.*". En el caso de la condición suspensiva la consecuencia jurídica que se ha hecho depender de la condición no se produce antes del cumplimiento de la condición, mientras que en el caso de la resolutoria una consecuencia jurídica ya producida desaparece con el cumplimiento de la condición⁸⁸¹. La retroactividad negocial solo es posible conforme al art. 159 en la medida en que respecto de los intervinientes pueda establecerse el compromiso "de procurarse mutuamente lo que tendrían si las consecuencias se hubieran producido en el momento anterior". La determinación negocial de la retroactividad se limita a un efecto exclusivamente obligatorio⁸⁸². Como señala Enneccerus⁸⁸³, el efecto del negocio al llegar la condición solo se resuelve en cuanto a lo futuro; la fuerza retroactiva solo se supone que es conforme a la intención de las partes, si así resulta del contenido del negocio, y aun en este caso la estipulación solo surte efecto obligatorio. Pero si las partes establecen que al cumplirse la condición el negocio se considere como no celebrado, esto constituye indudablemente la estipulación de efecto retroactivo.

a un contrato de ejecución continuada o periódica, su cumplimiento a falta de pacto en contrario, no tendrá efecto respecto de las prestaciones ya ejecutadas.

881 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 795.

882 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., T. II, p. 819.

883 ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, T. I, vol. II, segunda Parte, cit., p. 660.

Un acto jurídico puro produce los efectos que le son propios desde su celebración. Si no se quiere que sea así, es sometido a condición de tal modo que la suerte de esos efectos dependa del cumplimiento de un evento futuro e incierto⁸⁸⁴. Si la condición es suspensiva, los efectos del acto nacen en el momento que se cumple el hecho puesto como condición, viven, como es lógico, para el futuro; a partir de ese momento existen y subsisten. Si la condición es resolutoria, verificado el acontecimiento puesto como condición cesan esos efectos, ya no se siguen produciendo más; lo que quieren las partes es que el acto produzca efectos solamente hasta el momento en que se verifique la condición. De lo que sigue que la consecuencia normal de la condición es la irretroactividad, salvo que los agentes, por convenir así a sus intereses, hayan pactado la retroactividad.

El principio es la irretroactividad de la condición, y la excepción, la retroactividad. Sin embargo, un sector de la doctrina y de la legislación comparada optan por la retroactividad de la condición como principio, y la irretroactividad como excepción. Pero en uno u otro caso, verificada la condición, los efectos se producen *ipso iure*, o sea, no es necesaria ninguna ulterior declaración o actividad de los agentes.

La irretroactividad de la condición tiene su origen en el Derecho romano clásico. Los efectos de la condición se producen a partir del momento en que se cumple la condición. Por ej., el legado *per vindicationem*, con el cual se atribuía al legatario la propiedad de la cosa, bajo condición suspensiva, produce tal efecto solo a partir del momento en que se realiza la condición⁸⁸⁵; en la compraventa con condición suspensiva, la eficacia de la posesión que el comprador ha obtenido durante la pendencia no se retrotrae al tiempo del contrato, sino que discurre desde el cumplimiento de la condición. En los negocios traslativos de la propiedad sujetos a condición, el alienante conserva la propiedad (D. 24,1,11); en la manumisión testamentaria el "*statuliber*", esto es el esclavo

884 "Llamamos condición a la limitación añadida a una declaración de voluntad en virtud de la cual un efecto jurídico o su cesación se hace depender de una circunstancia incierta para el saber humano" (ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, cit., T. I, vol. II, segunda parte, p. 656).

885 Esta solución está contenida en el art. 768 del Código civil que establece: *El legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva o al vencimiento de un plazo, mientras no se cumpla la condición o se venza el plazo (...).*

manumitido con condición, permanece en estado servil; en el contrato condicional, si el deudor paga por error puede obtener la restitución de la suma pagada (D. 12,6,16).

En el Derecho romano, la irretroactividad de los efectos del negocio condicional tiene como consecuencia la validez, al menos como principio, de los actos realizados durante la pendencia de la condición por la parte no interesada en su realización, por ejemplo, el vendedor bajo condición conserva la propiedad de la cosa. De otro lado, tales actos, en cuanto le ocasionen perjuicio, son inoponibles al titular del derecho *sub conditione*, como el comprador en el mencionado ejemplo. Una hipótesis significativa a propósito de la irretroactividad de la condición es aquella del *statuliber*, o sea del esclavo manumitido por testamento, bajo condición, que al verificarse la condición deviene en libre, aun cuando los herederos hayan dispuesto de él alienándolo.

El Derecho justiniano otorgó a la legítima expectativa de la parte interesada un mayor reconocimiento, en cuanto la misma deviene en objeto de una verdadera *obligación sujeta a término suspensivo* (en el Derecho moderno esto no es condición sino plazo o término), de la cual solo se difiere la ejecución. Además se admitió la transmisibilidad de la expectativa y del vínculo condicionado a los herederos. Esta era una disciplina que el Derecho clásico no podía reconocer sobre la base del presupuesto que la regulación de intereses negociales deviene eficaz solo con el cumplimiento de la condición y sin efecto retroactivo⁸⁸⁶.

El principio de la retroactividad de la condición fue consagrado en el Código francés, art. 1179, y en los códigos que en él se inspiran para legislar sobre esta materia, como, por ej., el art. 1.120 del Código español que dispone que "los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla"; el Código argentino en su art. 543 establece: "Cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo"; el italiano, art. 1360; el uruguayo, art. 1282; el boliviano, art. 497; el portugués, art. 276. El principio de la irretroactividad está contenido en el Código alemán, art. 158, y en los que en él se inspiran para legislar sobre los efectos de la condición, como, por ej., el suizo de las Obligaciones, art. 151; el japonés, art. 127.

886 PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, cit., p. 554.

El derogado Código peruano de 1852, inspirado en el francés, adoptó el principio de la retroactividad de la condición; en cambio, el también derogado Código de 1936 y el vigente de 1984, este inspirado en el BGB alemán⁸⁸⁷, consagran el principio de la irretroactividad de la condición, salvo que las partes hayan convenido lo contrario⁸⁸⁸.

Se aprecia que hay una razón lógica e histórica que fundamenta la solución adoptada por el art. 177, que al igual que el art. 1110 del Código de 1936, consagra por regla que la condición tiene eficacia irretroactiva. Verificado el evento, si la condición es suspensiva, el acto comienza a producir sus efectos para el futuro (*ex nunc*); si es resolutoria, cesan los efectos que se venían produciendo, los cuales quedan firmes en la parte ya ejecutada.

La condición opera retroactivamente cuando se ha pactado expresamente que los efectos del acto, si la condición es suspensiva, se consideran producidos *ex tunc*, desde el momento en que se celebró el acto; si es resolutoria, cuando se ha convenido que los efectos caen *ex tunc*, como si jamás se hubiesen producido, siempre que la naturaleza de la obligación lo permita. Hay casos en los cuales la retroactividad de la condición resolutoria no es posible porque la naturaleza de la obligación no lo permite, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento bajo condición resolutoria, no será posible que una vez verificada la condición, las partes se puedan restituir las prestaciones ya ejecutadas (no es posible que el arrendatario devuelva el uso del bien por el tiempo que lo poseyó, por lo que el arrendador tampoco está obligado a devolver la renta que se le pagó por ese tiempo).

887 BGB: Art. 159. Si, según el contenido del negocio jurídico, los efectos derivados del cumplimiento de la condición deben retrotraerse a un momento anterior, las partes están obligadas, en caso del cumplimiento de la condición, a procurarse recíprocamente aquello a lo que hubieran estado obligadas si tales efectos se hubieran producido en el momento anterior.

888 “Por la naturaleza de las relaciones, de los mismos efectos jurídicos que conciernen a las situaciones derivadas de una convención condicional, resulta que algunos efectos de la condición remontan al pasado y otros no. Para explicar los primeros no es de necesidad declarar la retroactividad, para explicar los segundos no es tampoco necesario declarar la irretroactividad. La incidencia de las reglas colaterales, referentes a las cuestiones que plantean esos efectos, explican suficientemente que unos obran *ex nunc* y otros *ex tunc*. Hacer una declaración general de principio en uno y otro sentido es falible, pues no puede librarse de una serie de limitaciones y derogaciones” (LEÓN BARANDIARÁN, José, “Comentario al art. 177”, en *Código civil Comentado*, T. I [Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico], Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 579).

Por su naturaleza, en las obligaciones de hacer la condición es irretroactiva, por lo que no se puede pactar la retroactividad porque si la condición es suspensiva, no se está obligado a hacer sino cuando la condición se verifica y si la condición es resolutoria, lo que se ha hecho durante la pendencia es aquello a que se estaba obligado. Ya advirtió Zachariae⁸⁸⁹ que el efecto retroactivo de la condición opera en el caso de las obligaciones de dar y no en las obligaciones de hacer. “Esto es verdad, dice, en las obligaciones de dar la condición cumplida tiene entonces un efecto retroactivo al día en que ha sido contraída, porque la cosa que hace el objeto de la obligación de dar, es necesariamente el objeto de los derechos recíprocos en el tiempo intermedio a la obligación, y al cumplimiento de la condición. El cumplimiento, pues, de la condición, hace remontar o cesar los efectos de la obligación al día en que ella se celebró. Más en las obligaciones de hacer es otra cosa, la condición suspensiva o resolutoria no tiene efecto retroactivo. Si se trata de una condición suspensiva, es evidente que no es obligado a hacer, sino cuando la condición se cumpla. Si se trata de una condición resolutoria, y antes del cumplimiento de ella se ha hecho lo que ella obligaba, este cumplimiento no impide que la cosa haya sido hecha”.

La regla que establece que la condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario se aplica tanto a la condición suspensiva como a la resolutoria. Esto debido a que el acto jurídico sometido a condición existe desde su celebración. Cumplida la condición el acto pasa a ser puro y simple, pero sin que su eficacia se retrotraiga al momento de su celebración, salvo que las partes hubieran pactado dándole ese carácter. Si las partes han pactado la retroactividad de la condición, ella no podrá perjudicar los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

Sección II: El plazo

93. INTRODUCCIÓN

Mediante el acto jurídico se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas, las que como vínculos entre dos o más personas se encuentran sometida a la ley del tiempo.

889 Citado por Vélez Sársfield, Dalmacio, en nota al art. 543 del derogado Código civil argentino.

Las relaciones jurídicas “pueden hallarse dirigidas a una mayor o menor permanencia, ser su finalidad producir cambios en una determinada situación, como ocurre con las relaciones obligatorias, o, por el contrario, encaminarse a asegurar vínculos dotados de estabilidad mayor o menor, como ocurre con las relaciones de Derecho de familia o con las relaciones reales; pero, en definitiva, todas ellas nacen y mueren en un acontecer temporal, ya que son esencialmente fenómenos históricos”⁸⁹⁰.

Se puede someter a plazo la eficacia del acto jurídico, v. gr., en un contrato de arrendamiento se conviene que al vencimiento del plazo, la propiedad del bien se adquiere por el arrendatario por efecto del pago de la renta pactada; así como se puede poner plazo para el ejercicio o extinción de los derechos y obligaciones que nacen. El primero afecta a la eficacia de todo el acto, mientras que el otro atañe a los derechos u obligaciones que nacen del mismo.

En el acto jurídico hay que distinguir el momento de su *constitución* (o perfeccionamiento, o conclusión, o formación) del momento de *ejecución* (o cumplimiento, o extinción) de los efectos que de él se derivan. El tiempo puede cumplir la función de determinar la sede temporal del acto o puede desempeñar una función de medida.

La función del tiempo de determinar la *sede temporal* se presenta en todo tipo de acto jurídico. A veces el momento constitutivo y el ejecutivo del acto jurídico se dan en un solo momento, por ej., los contratos reales que se perfeccionan con la entrega del bien. La coincidencia entre estos dos momentos también se da en los actos de ejecución inmediata por la irrelevancia jurídica de la separación, por ej., el contrato de compraventa al contado, cuyo pago del precio y entrega del bien se producen inmediatamente de celebrado el contrato. En estos casos no se habla de plazo.

La función del tiempo como *medida* solamente se da en determinados tipos de actos y corresponde al concepto de plazo. Este existe cuando hay distancia temporal (una hora, un día, una semana, una quincena, un año, etc.) entre el perfeccionamiento del acto jurídico y el ejercicio, la exigibilidad o la extinción de la eficacia del acto, como en los contratos de tracto sucesivo, en los de duración (dura la ejecución de la prestación, que debe ejecutarse continuamente

890 DE COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, cit., p. 193.

o periódicamente), en los contratos de ejecución diferida y en los de ejecución escalonada.

Hay *ejecución* del acto jurídico cuando el deudor *cumple* con realizar su prestación; si el deudor *incumple* con ejecutar su prestación, hay *inejecución* o falta de ejecución del acto. El acto jurídico es de *ejecución instantánea* cuando es posible que el cumplimiento se realice en un solo momento, inmediatamente o con posterioridad al perfeccionamiento.

Los actos de ejecución instantánea se clasifican en:

- a) actos de *ejecución inmediata*, cuando el cumplimiento de las obligaciones se realiza tan luego que el acto queda perfeccionado o sin apreciable intervalo de tiempo respecto de este (ej., la compraventa al contado, en la que la entrega del bien y el pago del precio, se cumplen tan luego se perfecciona el contrato):
- b) actos de *ejecución diferida* o aplazada cuando el cumplimiento de la obligación se difiere al momento del vencimiento del plazo pactado, por ejemplo, en la compraventa, cuando para la entrega del bien o el pago del precio, o para ambos, se fija un plazo;
- c) actos de *ejecución escalonada* cuando el cumplimiento, antes que agotarse en un solo hecho (como la entrega del bien o el pago del precio de una sola vez en el momento del vencimiento preestablecido), se fracciona en una pluralidad de hechos, v. gr., se conviene que el precio de venta se pagará en armadas mensuales.

Son actos de *ejecución continua o periódica* los que obligan a las partes o a una de ellas a una prestación continua, sin interrupción (ej., el flujo continuo de energía eléctrica, de agua o de gas) o periódica, a ciertos intervalos, (v. gr., el suministro periódico de mercaderías a un establecimiento comercial).

Se aprecia que todos estos actos, por su naturaleza, han de estar sometidos a plazo.

Los actos jurídicos dispositivos de derechos reales plenos pueden estar sujetos a un plazo inicial, pero no a un plazo final, v. gr., se vende un bien obligándose el vendedor a entregarlo dentro de 30 días.

La medida afecta a la ejecución cuando el plazo del acto está determinado por el fin, por ej., el contrato de obra, el de transporte, el mandato. Con estos

actos, no se satisface una necesidad duradera, el tiempo mide no la cuantía de la prestación sino la actividad necesaria que deben desplegar las partes para cumplir con la obligación contraída, v. gr., en el contrato de obra el contratista está obligado a realizar la obra en el plazo convenido y a entregarla al comitente en el plazo convenido. Hay una duración de la relación obligatoria, pero no hay una duración del cumplimiento de la obligación.

La medida afecta al cumplimiento cuando este se prolonga temporalmente y es satisfecho mediante prestaciones periódicas o continuas; no hay solamente una duración de la relación obligatoria sino una duración del cumplimiento; la prolongación del cumplimiento o ejecución sirve para satisfacer intereses sociales o económicos duraderos⁸⁹¹.

El transcurso del tiempo tiene una importancia decisiva en la vida del acto jurídico y en especial en los efectos del mismo.

94. CONCEPTO

El plazo o término es el evento futuro y cierto de cuyo acaecimiento se hace depender el nacimiento, la exigibilidad o la finalización de los efectos del acto jurídico.

En el Derecho Común constituía plazo: el *dies certus an et quando* (ej., el seis de junio del 2025); y el *dies certus an, incertus quando* (ej., el día de la muerte de una persona).

Se suele distinguir entre plazo y término⁸⁹²: *plazo* es el decurso del tiempo (el lapso) establecido para que se produzca o se extinga los efectos del acto jurídico, v. gr., se arrienda un bien por el plazo de seis meses (plazo de vigencia de la obligación); se presta una cantidad de dinero para ser devuelta en el plazo de un año (plazo que debe transcurrir para que la obligación sea exigible), la parte perjudicada con el incumplimiento de un contrato requiere a la otra para que satisfaga su prestación dentro de un plazo de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto (plazo tras el cual se extingue un derecho). *Término* es, en cambio, el punto inicial o final del plazo, por

891 Ver: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *El contrato de suministro*, Cultural Cuzco, Lima, 1988, pp. 37 y ss.

892 ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Perrot, 1993, p. 422.

ejemplo, un contrato de arrendamiento que se pacta por el plazo de un año que comienza el primero de enero (plazo inicial) y termina el 31 de diciembre (plazo final).

El ordenamiento jurídico no distingue entre plazo y término; ambas expresiones son utilizadas como sinónimas. El Código civil habla de plazo (art. 178 y ss.), en cambio, por ejemplo, el Código civil italiano se refiere al término (ej., art. 1183 y ss.).

El plazo o término consiste en un acontecimiento futuro y cierto a partir del cual (plazo o término *inicial*) o hasta el final del cual (plazo o término *final*) el acto jurídico produce efectos. Su finalidad es, por tanto, fijar el momento desde el cual se inicia o finaliza la eficacia del acto jurídico.

Además de la condición, como expresa Svigny⁸⁹³, “una segunda especie de restricción que la voluntad puede a sí misma imponerse es el establecimiento de un término (*dies*), es decir, un límite que consiste en el tiempo impuesto a la eficacia de la relación de derecho”.

El *Código de Andrés Bello* (art. 1551 del Código colombiano, art. 1494 del chileno, art. 1537 del ecuatoriano) define al plazo en los términos siguientes: “El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo. No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”. El plazo no solo determina, como señala esta norma, el momento en que se puede exigir el cumplimiento de la obligación, sino también el momento a partir del cual se puede ejercer un derecho o el momento de su extinción. Como señala Velásquez⁸⁹⁴, lo futuro es el elemento común al plazo y a la condición, “la certidumbre o incertidumbre lo único que permite distinguir una figura de otra. Para saber si se está en presencia de lo uno o de lo otro hay que preguntarse: ¿ese hecho futuro, dentro del acontecer normal de las cosas, ocurrirá? Si la respuesta es sí, habrá plazo; si es no, se dará la condición”.

El *Código civil y comercial argentino* señala: Art. 350. *Especies*. “La exigibi-

893 SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. II, p. 284.

894 VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío, *Estudio sobre las obligaciones*, Temis, Bogotá, 2010, p. 126.

lidad o la extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento de un plazo". Por el plazo se difiere en el tiempo el ejercicio de un derecho o su extinción.

Cuando las partes tienen interés, no en poner en duda la eficacia del acto jurídico, sino en fijar el momento a partir del cual los efectos serán exigibles (cumplimiento) o hasta cuándo ellos se producirán⁸⁹⁵, recurren al plazo. De esto se deriva la importante consecuencia que el sujeto no es titular de una mera expectativa, como ocurre con la condición, si bien jurídicamente protegida, sino de un verdadero derecho que puede ser ejercitado a partir (término inicial) o hasta (término final) un cierto momento.

El plazo como modalidad del acto jurídico, al igual que la condición y el cargo, es un elemento accidental que las partes pueden o no insertar en su reglamentación negocial.

A veces el plazo suele estar unido a una condición, por ejemplo, te dono el automóvil el día que cumplas 18 años de edad. Aquí, el *dies* es incierto (no se sabe si la persona llegará o no a cumplir 18 años de edad), pero cierto el cuándo, por tanto el acto es condicional. No es lo mismo donar un bien para cuando el donatario cumpla la mayoría de edad y otra muy distinta, hacerle una donación pero para entregar el bien cuando llegue a su mayoría de edad. En el primer caso no existe la obligación y en el segundo, existe.

La condición liga la eficacia del acto jurídico a un hecho futuro e *incierto*, o sea crea una incertidumbre sobre si los efectos negociales se producirán o no, por tanto, confiere al titular solamente una expectativa, en cambio, el plazo sujeta la eficacia del acto a un hecho futuro pero *cierto*, es decir, elimina toda incertidumbre sobre la producción de los efectos, consiguientemente, cuando los derechos sujetos a plazo existen desde el otorgamiento del acto, solamente se aplaza su exigibilidad.

El acto jurídico a plazo es aquel que las partes quieren que los efectos jurídicos, que ya existen desde la celebración del acto, no sean exigibles sino desde o

895 En el Derecho romano se estableció que no obstante el término, la obligación existe y solamente su pago es diferido. Paulo expresa: *Centesimis kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio* ("Estipulamos válidamente para que se nos dé dentro de cien calendas; la obligación existe, pero su pago queda diferido, a término") (TOLA CIRES, Fernando, *Derecho romano*, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 79.)

hasta que llegue un acontecimiento futuro y cierto por ellas fijen. Sin embargo, nada impide que las partes pacten que el acto jurídico que están proyectando quede perfeccionado una vez vencido un determinado plazo.

Veamos algunos ejemplos:

- 1º) A y B celebran un contrato de promesa de venta⁸⁹⁶ por el cual A promete vender a B un bien, por el precio de cien mil soles, conviniéndose que el contrato de compraventa se celebrará a más tardar dentro del plazo sesenta días. Aquí se difiere el nacimiento del acto jurídico compraventa, el que está subordinado a que sea celebrado dentro del plazo pactado.
- 2º) A vende a B un inmueble obligándose a entregarlo dentro de 30 días, fecha en que el comprador debe pagar el precio. El plazo no afecta la existencia de la obligación (relación jurídica patrimonial) sino su exigibilidad, por lo que, vencido el plazo, los contratantes pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de las prestaciones a que se obligaron: entregar el bien y pagar el precio. No hay duda sobre la existencia de la obligación y que el comprador desde que se perfeccionó el contrato ya es propietario del inmueble, aun cuando todavía no le ha sido entregado ni él ha pagado el precio (arts. 949 y 1529). Aquí no se ha diferido el surgimiento de la relación jurídica obligacional, sino la ejecución de las prestaciones correlativas de las partes. Esta es la hipótesis más frecuente de plazo inicial. Los romanos afirmaron que el término no origina un estado de incerteza en orden al surgimiento de la relación jurídica porque ella nace con el negocio, aunque la vida de esta está diferida. En el contrato, la obligación se constituye inmediatamente, solamente se difiere su cumplimiento (*"praesens obligatio in diem autem dilata solutio"*: (D. 45,1,46). Del término no se deriva ni un estado de pendencia de la obligación ni es concebible que tenga efectos retroactivos.
- 3º) A arrienda a B un bien hasta el día 6 de agosto próximo. Aquí, vencido el plazo, el contrato de arrendamiento cesa de producir sus efectos, debiendo el arrendatario devolver el bien.

896 El contrato de promesa está regulado con el nombre de "compromiso de contratar". Art. 1414. "Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo". El contrato de promesa solamente genera una obligación de hacer consistente en la celebración de un contrato definitivo, en el plazo convencional o legal.

Se aprecia de estos ejemplos que el plazo influye o bien en el nacimiento de la eficacia del acto (o sea en la producción de los efectos que le son propios), o bien en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, ya producidos, o bien en la duración de la eficacia.

El acto jurídico es *eficaz* cuando produce los efectos que le son propios consistentes en crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Por ej., el contrato es fuente de obligaciones y de los correlativos derechos de las partes; el conjunto de derechos y de obligaciones que nacen del contrato constituyen, precisamente, la relación jurídica contractual. Cuando el acto es eficaz, las partes están facultadas para el *ejercicio* de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de él derivados. Una cosa es la relación jurídica y otra el límite temporal impuesto a su eficacia.

Un acto jurídico es *eficaz* cuando es idóneo para producir los efectos que le son propios, consistentes en crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, las que tienen por contenido u objeto a la prestación, y esta, a su vez, tiene por objeto a los bienes (materiales o inmateriales), servicios y abstenciones. En toda relación jurídica, en uno de sus extremos está el sujeto titular de un derecho y en la otra, el sujeto titular del deber correlativo (no hay derecho sin deber correlativo y viceversa), lo que significa que con el acto jurídico se crean derechos y los deberes correlativos, o se modifican o se extinguen. La prestación consiste en la conducta que tiene que desarrollar (ejecutar) el sujeto del deber consistente en hacer (el dar también es un hacer) o no hacer algo para satisfacer el interés del sujeto titular del derecho. Los efectos del acto jurídico consisten en relaciones jurídicas, que se crean, modifican o extingue, con las cuales se crean, modifican o extingue derechos y sus correlativos deberes. Con la incorporación del plazo en el acto jurídico se difiere la exigibilidad o extinción de los derechos hasta el vencimiento del plazo, el cual ocurrirá fatalmente, aun cuando se indeterminado o incierto. Con la extinción total de la eficacia se extingue el acto jurídico mismo. Concluimos, que significa lo mismo decir que por el plazo se difiere: “la exigibilidad o extinción de la eficacia del acto”, “la exigibilidad o extinción del derecho”, “la exigibilidad o la extinción del acto jurídico”, “el cumplimiento del acto jurídico o su extinción”, etc.

Algunos autores hablan solamente de la *eficacia* del acto y no del *ejercicio* de los derechos que de él surgen. Por ej., Trabucchi⁸⁹⁷: “El término es un mo-

897 TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, cit., p. 158; ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 272.

mento del tiempo, desde el cual comienza a verificarse, o hasta el cual duran, los efectos jurídicos del negocio”; Albaladejo, “el negocio jurídico a término o plazo es aquel negocio en el que las partes (o la parte) no quieren que los efectos se produzcan sino desde o hasta un momento futuro, pero cierto”; para Scognamiglio, el término difiere o limita en el tiempo la eficacia del contrato⁸⁹⁸; según Galgano, el término suspende o pone fin a la eficacia del contrato⁸⁹⁹.

Para otros el plazo actúa no sobre la *existencia* sino sobre el *ejercicio* de los derechos. Así, por ejemplo, Planiol y Ripert⁹⁰⁰ definen al plazo como “un suceso futuro y de realización cierta que suspende la exigibilidad o la extinción de un derecho y que produce sus efectos sin retroactividad”; Coviello⁹⁰¹ dice: “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”; Llambías⁹⁰² expresa: “El plazo es una modalidad de los actos jurídicos por la cual se posterga el ejercicio de los derechos a que se refiere. Por extensión se denomina ordinariamente plazo al lapso que media entre la celebración del acto y el acaecimiento de un hecho futuro y necesario, al cual está subordinado el ejercicio o la extinción de un derecho”.

El plazo puede concebirse como el *plazo del acto jurídico* que es un elemento accidental que indica el momento temporal en que comienzan o terminan los efectos de un acto, y como el *plazo de la obligación* para referirse al momento en que ha de llevarse a cabo el cumplimiento de una obligación determinada. El plazo del acto jurídico opera como un elemento accidental afectando la eficacia del acto; el plazo o término, que puede ser inicial o final, es un elemento integrante del acto del que, por voluntad de las partes, puede depender la eficacia de aquél. En el plazo de la obligación, presupuesta la eficacia del acto, el plazo o término está referido solo a la ejecución o cumplimiento de las obligaciones de las partes; se habla aquí de obligaciones a plazo⁹⁰³.

898 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 146.

899 GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., v. I, p. 149.

900 PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, T. VII, Cultural, La Habana, 1946, p. 313.

901 COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, cit., p. 477.

902 LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho civil. Parte general*, cit., T. II, cit., p. 371.

903 LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil*, 4.ª ed., Trivium, Madrid, 1995, T. I, p. 487.

El plazo o término de cumplimiento de la obligación indica el momento en que esta es exigible. En el plazo de cumplimiento, asume extraordinaria relevancia -expresa Lasarte⁹⁰⁴- “el denominado doctrinalmente *término esencial*. Con dicha expresión no se pretende afirmar que el término sea elemento esencial del negocio, sino que el cumplimiento de ciertas obligaciones (actuación de un pianista en la boda o fotógrafo para que plasme el apagón de velas de un cumpleaños) excluye de forma absoluta que se pueda llevar a cabo con posterioridad a la fecha o al día señalado. El cumplimiento extemporáneo equivale a un verdadero incumplimiento, al no satisfacer el interés de la otra parte del negocio”.

Por el término del acto jurídico, señala Scognamiglio⁹⁰⁵, las partes ponen un límite a la entera eficacia del acto, mientras que por el término de la obligación solamente se determina el momento en el cual la prestación debe ser ejecutada. Más allá de esta diferencia se debe admitir que se trata de figuras contiguas que incluso se pueden sobreponer; como cuando se separa en el tiempo los efectos obligatorios del contrato difiriéndolos o fijando la fecha de vencimiento de la obligación. De este modo se explica que en silencio de la ley, al término del acto se aplican las normas que regulan el término de la obligación.

En todo caso encontramos que el plazo es el lapso desde el cual comienza la exigibilidad o la extinción de un acto jurídico, en otros términos, el plazo nos indica cuándo son exigibles las consecuencias del acto y hasta cuando duran esas consecuencias⁹⁰⁶. Al día en que comienza el plazo se le denomina *dies a quo*, y al día en que termina se le llama *dies ad quem*. El plazo transcurre entre un término inicial y un término final.

Como por el plazo se subordina la exigibilidad (si es suspensivo), o la extinción (si es resolutorio) de los efectos del acto, una vez cumplido el plazo comienza el cumplimiento de las obligaciones asumidas o la extinción del acto. Vencido el plazo de la obligación, el momento de pagar ha llegado *ipso iure*. Por ejemplo, hoy día A y B celebran un contrato de arrendamiento de una casa

904 LASARTE ÁLVAREZ, *Principio de Derecho civil*, cit., T. I, p. 488.

905 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 147.

906 “La restricción de las relaciones jurídicas por un día fijo significa que el derecho mismo se adquiere, pero que su ejercicio queda en suspenso hasta que llega el día marcado (SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. II, p. 588).

por el plazo de dos años contados a partir de la entrega del bien al arrendatario, obligándose el arrendador A a entregar el inmueble al arrendatario B dentro del plazo de 15 días. Vencidos los 15 días A, sin requerimiento alguno, debe entregar la casa (este acto constituye un pago) a B, y vencidos los 2 años B, también sin requerimiento alguno, debe devolver la casa (este acto también es un pago).

95. REQUISITOS

Son requisitos del plazo: la futuridad, la certidumbre y el establecimiento arbitrario por las partes.

95.1. La futuridad

El plazo se refiere siempre a un hecho futuro que necesaria y fatalmente debe ocurrir, por oposición a la condición en la que el hecho futuro es esencialmente contingente, no se sabe si ocurrirá o no.

95.2. La certidumbre

El plazo se caracteriza porque existe la total y absoluta certeza de que el evento futuro acaecerá, aun cuando en algunos casos se ignore el momento preciso en que tendrá lugar, por ej., cuando se subordina la exigibilidad o la extinción de una obligación a la muerte de una persona, caso en el que es cierto que la persona fallecerá, pero es incierto el cuándo; por ello, el adagio reza: “no hay plazo que no se cumpla ni deuda que no se venza”. Se puede indicar por una fecha del calendario (el 30 de diciembre de 2015); por reenvío a un futuro *certus an incertus quando* –a la muerte de Juan–; con previsión de la duración del acto, ej., 2 años y 6 meses, que se entiende correrán desde el acto produce sus efectos.

95.3. El establecimiento arbitrario por las partes

Las partes libremente, en ejercicio de su autonomía privada, pueden incorporar el plazo en el acto jurídico que celebren con el fin de diferir o limitar en el tiempo la exigibilidad o extinción de sus efectos.

96. DIFERENCIAS ENTRE CONDICIÓN Y PLAZO

Un acto jurídico *puro* y simple es eficaz desde que es perfeccionado. A partir de ese instante, el deudor puede cumplir con su obligación y el acreedor exigir su cumplimiento.

La condición y el plazo presentan analogías por cuanto ambos son elementos accidentales, consisten en eventos futuros, y permiten que el acreedor condicional o a plazo pueda realizar actos conservatorios. Pero entre *condición* y *plazo* hay sustanciales diferencias.

El plazo es un hecho cierto, la condición no. La condición consiste en un hecho futuro e incierto; crea incertidumbre absoluta sobre los efectos del acto jurídico, no se sabe si estos se producirán o no, si permanecerán o cesarán de producirse. En cambio, el plazo excluye toda incertidumbre; se sabe que los efectos serán exigibles o se extinguirán a partir de la ocurrencia de un hecho inexorable; o puede crear una incerteza limitada, pero no sobre el sí de los efectos, sino sobre el cuándo serán exigibles o se producirá su extinción. Es plazo y no condición la subordinación de los efectos a la muerte de una persona porque se sabe que es cierto que va a morir, solo se ignora el cuándo de este suceso.

En el plazo existe un derecho (no hay que olvidar que en las relaciones patrimoniales frente a un derecho existe una obligación; por tanto, los conceptos se pueden establecer desde una u otra perspectiva), solo que se suspende su ejercicio o extinción; en la condición suspensiva no hay derecho y en la resolutoria está eventualmente expuesto a extinguirse. Mientras la condición hace incierto el nacimiento de los efectos del acto jurídico o su extinción, el plazo determina la certidumbre del nacimiento de los efectos, pero difiere su exigibilidad o extinción. Los efectos del acto jurídico *condicional* solamente nacen o se extinguen si es que se verifica el evento incierto y futuro puesto como condición; la existencia o el cese de la eficacia del acto se subordinada al cumplimiento de un hecho contingente, o sea que no se sabe si ocurrirá o no. El plazo también se refiere a un hecho futuro pero necesario, del cual se hace depender la exigibilidad o la extinción de los efectos jurídicos que nacen con el otorgamiento del acto jurídico.

En la condición hay incertidumbre sobre la verificación del evento futuro (*dies incertus an*), pero el cuándo tendrá lugar si es que se verifica puede ser cierto (*dies certus quando*), por ejemplo, te pago cuando Juan cumpla 18 años (Juan puede vivir hasta los 18 años o morir antes de esa edad, pero si vive se sabe con toda certeza el día en que cumple 18 años), o incierto (*dies incertus quando*), por ej., te pago el día en que Juan contraiga matrimonio (Juan puede o no casarse y si se casa no se sabe cuándo será el casamiento).

Por oposición a la condición, en el plazo, hay certidumbre en cuanto a que el evento futuro se verificará, esto es, en cuanto a que el término llegará

(*dies certus an*); pero el momento en que llegará puede ser: a) cierto (*dies certus quando*), por ej., te pagaré el 25 de diciembre del año 2012, o b) incierto (*dies incertus quando*), por ej., te pagaré el día en que el gobierno de facto cese en sus funciones. En el primer caso es cierto el *sí* y el *cuándo* tendrá lugar la verificación del evento futuro y en el segundo, es cierto el *sí* pero incierto el *cuándo* ocurrirá ese evento.

El pago hecho antes del vencimiento del plazo no está sujeto a restitución, en cambio, en la condición si se paga antes de la verificación del evento incierto y futuro, hay lugar a la restitución. Dada la certidumbre del plazo en contraste con la incertidumbre de la condición, el Código contiene reglas distintas sobre el pago anticipado. El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria (art. 173). En cambio, el deudor está facultado para pagar antes de la llegada del vencimiento del plazo suspensivo, incluso sin asentimiento del acreedor por tanto, no puede repetir lo pagado (art. 180).

El hecho señalado como plazo se cumple necesariamente; el hecho puesto como condición no se sabe si se realizará o no. El plazo necesariamente se cumple aunque se ignore cuándo (evento futuro y cierto); en cambio, la condición no se sabe si se cumplirá o no (evento futuro e incierto). Correlativamente a esta diferencia, el derecho sujeto a término inicial es una expectativa cierta; mientras que el derecho condicional es una expectativa de nacimiento incierto.

Savigny⁹⁰⁷ escribe: "Todo hecho incierto es por su naturaleza una condición verdadera, aun cuando los términos empleados para designarlo tuvieran la apariencia de la fijación de un término cierto. El que por ejemplo promete alguna cosa 'en el día de su matrimonio' promete realmente bajo la condición de que se casará, siendo así que la redacción sola le da la apariencia de un *dies*. Algunas veces suele estar también unido el término a la condición: supongamos que ha nacido un individuo el 1° de Marzo de 1825, y que se le promete una cosa "para cuando llegue a la mayor edad"; lo cual quiere decir el 1° de Marzo de 1850 'si para entonces vive'. Resulta aquí cuatro combinaciones posibles por lo que toca al establecimiento de un término, según las expresiones que se emplean, combinaciones que los autores modernos resumen del modo siguiente:

907 SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, cit., T. II, pp. 286-287.

- *Dies certus* para la *quoestio an*, *certus* para *quando*.
- *Dies certus* para la *quoestio an*, *incertus* para *quando*.
- *Dies incertus* para la *quoestio an*, *certus* para *quando*.
- *Dies incertus* para la *quoestio an*, *incertus* para *quando*.

Respecto al primero y al cuarto caso, sigue diciendo Savigny, la designación no es dudosa; para el segundo y el tercero se emplea, a causa de su naturaleza mixta, ya *certur*, ya *incertus dies*. Parece ser, sin embargo, que los antiguos jurisconsultos preferían la última frase, y que por *certus dies* entendían de ordinario el día del año”.

En conclusión, la condición se caracteriza por la incertidumbre y el plazo por la certidumbre, por la seguridad absoluta, de que el evento futuro llegará necesariamente. La condición denota un *evento futuro e incierto* y el plazo un *momento futuro, pero cierto*. Hay plazo si el momento está indicado *dies certus an et quando*, esto es, mediante la designación directa o indirecta de un día en el calendario (ej., el 6 de junio; la próxima navidad; el día del aniversario nacional) o *dies certus an et incertus quando* (ej., a la muerte de Pedro); en cambio, hay condición cuando el momento está indicado *dies incertus an et certus quando* (ej., el 15 de enero del 2013 en que María cumple 30 años) o *dies incertus an et quando* (te dono este bien si tienes descendencia antes de que tu padre cumpla ochenta años); por la condición no se sabe si nacerán o no los efectos del acto, si es suspensiva, o si se extinguirán o no, si es suspensiva, en cambio, por el plazo se tiene la certeza que los efectos nacen o terminan con el vencimiento de dicho plazo, se puede crear una incertidumbre limitada con relación al cuándo de la exigibilidad o cesación pero no al sí de los efectos.

97. ACTOS QUE NO ADMITEN PLAZO

Ciertos actos jurídicos pueden estar sujetos a modalidades y otros no. Las partes, en ejercicio de su autonomía privada, pueden incorporar el plazo, lo mismo que la condición y el modo, siempre que no desvirtúen la esencia del acto jurídico, cuando este debe ser necesariamente puro (ej., el matrimonio), y que no exista prohibición legal. La regla en los actos patrimoniales es que pueden estar sujetos a modalidades, en vista a que con ellos se puede hacer todo lo que la ley no prohíbe. En los actos familiares (extrapatrimoniales), el principio es que no pueden estar sometidos a modalidades, puesto que sus efectos no lo establecen las partes, sino están dispuestos por la ley.

En el Derecho romano, análogamente a lo establecido para la condición, el término no podía ser puesto en los “*actus legitimi*”. La presencia del plazo en los *actus legitimi* anulaba el negocio; solo en la institución de heredero, el término, sea inicial o final, no tenía efecto invalidante, sino se consideraba no puesto. El término final era incompatible con el principio “*semel heres semper heres*”. El término resolutorio, como término de decadencia, era compatible solamente con las relaciones temporales y transitorias, como las relaciones obligatorias, y operaba en la forma de pacto de remisión a término suspensivo, en cambio no era concebible en las relaciones duraderas y permanentes, como la propiedad, la servidumbre y la calidad de heredero⁹⁰⁸.

También en el Derecho moderno, al igual que lo que sucede con la condición, por razones de orden moral, público o de interés general, algunos actos por los que se establecen relaciones jurídicas fundamentales, por las cuales se establecen un status jurídico significativo para las personas no toleran ser supeditados en cuanto a su plena eficacia a plazo alguno. Así, en ciertos actos de Derecho de familia, no pueden estar sujetos a plazo el matrimonio, la adopción (art. 381), el reconocimiento de hijo (art. 395), la aceptación y renuncia de la herencia (art. 677), etcétera.

Los actos jurídicos que no admiten condición ni plazo valen como puros si se les ha incorporado estas modalidades.

98. CLASES

El plazo admite clasificaciones: suspensivo y resolutorio; de eficacia y de ejercicio; accidental y esencial; voluntario, legal y judicial; expreso y tácito; determinado e indeterminado; cierto e incierto; potestativo; plazo del contrato y plazo de la obligación.

98.1. Plazo suspensivo y plazo resolutorio

Según que se difiera en el tiempo la exigibilidad de los efectos del acto jurídico o su extinción, el plazo se clasifica en suspensivo o resolutorio.

(1) *Plazo suspensivo*

Si un acto jurídico es celebrado bajo un plazo suspensivo, la eficacia hecha depender del plazo se produce con el vencimiento del plazo.

908 PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, cit., p. 562.

Por el plazo *suspensivo* (o *inicial* o *dies a quo*) se posterga la exigibilidad⁹⁰⁹ o el ejercicio de los efectos del acto jurídico hasta la expiración del plazo; los efectos del acto jurídico no son exigibles en tanto esté pendiente el vencimiento del plazo. Así, Cayo se obliga a pagar mil a Ticio dentro de seis meses, durante este plazo el acreedor Ticio no podrá exigirle el pago al deudor Cayo.

Las obligaciones y los derechos existen antes del vencimiento del plazo suspensivo, pero no son *exigibles*; el titular carece de acción legal tendente a tal exigibilidad. Sin embargo todo pago que haga el deudor antes del vencimiento del plazo no está sujeto a restitución (art. 180). Vencido el plazo, la obligación deviene en pura, simple y *exigible*.

El plazo suspensivo puede diferir la exigibilidad de todos o de algunos de los efectos del acto jurídico hasta la llegada de un determinado momento o fecha. Por ej., el 15 de julio se celebra un contrato de arrendamiento, en el cual se acuerda como plazo inicial el 20 de diciembre, lo que significa que el contrato será exigible (entrega del bien en uso al arrendatario, pago de la renta, etc.) a partir de esta fecha. En este caso el contrato se perfecciona el 15 de julio, a partir de ese momento nacen sus efectos, pero su exigibilidad se retarda hasta el 20 de diciembre.

Los efectos del acto jurídico sometido a condición suspensiva existen desde que es otorgado, pero la exigibilidad de tales efectos es postergada hasta el vencimiento del plazo. Así, el contrato de arrendamiento sujeto a plazo suspensivo existe desde el momento en que arrendador y arrendatario acordaron que el primero se obliga a ceder al segundo el uso temporal de un bien que será entregado dentro de un determinado plazo y el segundo, a pagar una renta en ciertos períodos (art. 1666), estos efectos existen desde que el contrato es perfeccionado, aunque no son exigibles mientras se encuentre pendiente el plazo inicial. Desde la celebración, pero antes de la entrega del bien en uso y del pago de la renta,

909 “El término suspensivo produce dos efectos: la imprescriptibilidad y la inexigibilidad del crédito. Por no ser exigible el crédito, el acreedor no puede reclamar su pago, ni recurrir a las medidas ejecutivas; no se extingue por compensación. Aunque no exigible, la deuda existe: la obligación se ha originado desde el día de la conclusión del contrato. Consecuencias: el acreedor puede adoptar medidas conservatorias; el pago hecho por error antes del vencimiento del término, no está sujeto a repetición; el riesgo queda a cargo del adquirente a término” (MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, Parte Segunda, vol. III. Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones, trad. De Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 280.

las partes ya están vinculadas por el contrato, ya el arrendador es deudor de la entrega del bien y el arrendatario del pago de la renta, derechos que lo podrán ejercer una vez vencidos sus respectivos plazos; desde la celebración las partes ya cuentan también con los respectivos remedios contractuales, por ejemplo, si antes del plazo inicial el arrendador modifica el bien arrendado, responde frente al arrendatario, quien puede optar por la resolución del contrato y por la indemnización de los respectivos daños (art. 1428). Si el bien arrendado, pendiente el plazo inicial, se destruye por caso fortuito o fuerza mayor, o por culpa de una de las partes, deviniendo en imposible la prestación del arrendador, el contrato se resuelve de pleno derecho (arts. 1431 y ss.).

Se puede subordinar a plazo inicial la totalidad de los efectos o solamente parte de ellos. Por ej., el arrendamiento sometido a plazo suspensivo para la entrega del bien al arrendatario, puede contener efectos que el arrendador debe cumplir de inmediato, como la ejecución de ciertas mejoras acordadas con el arrendatario.

El vencimiento del plazo suspensivo indica el momento en que el deudor debe ejecutar su prestación, o sea el momento en que el crédito se vuelve exigible. En cierto tipo de contratos es frecuente que se pacte la suspensión de solamente la ejecución de parte de las prestaciones, por ejemplo, en los contratos de ejecución instantánea (no son contratos de duración), o sea, aquellos en los que la prestación o prestaciones es posible que se ejecuten en un solo instante, v. gr., la compraventa, en la cual la entrega del bien y el pago del precio se pueden ejecutar en un solo momento, ya en el de la celebración del contrato (compraventa al contado), ya en un momento ulterior (compraventa de ejecución diferida), o ya que la entrega del bien o el pago del precio o ambos se ejecuten por partes (contrato de ejecución escalonada). En el primer caso el contrato no está sujeto a plazo, en el segundo y tercer caso sí lo está; hay un plazo para el cumplimiento de la obligación. En estos casos se difiere el cumplimiento de todos los efectos contractuales, es decir de todas las prestaciones y contraprestaciones, o solamente de una de ellas o solamente de parte de la prestación o de la contraprestación.

Durante la pendencia del plazo suspensivo el acto produce normalmente sus efectos, pero estos permanecen inertes, no pueden ser ejercitados hasta que se cumpla el plazo inicial, por ej., en una deuda sujeta a plazo, el derecho del acreedor existe, pero antes de la llega del término no puede ser ejercitado, tampoco hay una acción dirigida a la ejecución de la prestación del deudor, sino solo

una acción de constatación de la existencia del crédito cuando haya en ello un interés, salvo en los casos en que por excepción la ley concede acción a la prestación futura (ej., en el contrato de arrendamiento, el desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien –art. 594 del CPC–). Por ello se puede decir que el plazo inicial es el momento a partir del cual se ejercen los derechos y se cumplen las obligaciones que constituyen los efectos ya existentes. Con el plazo inicial no se suspende el nacimiento de los efectos del acto jurídico sin la exigibilidad de esos efectos; un crédito sujeto a plazo inicial es ya un crédito; “un deudor que tenga que pagar el primero de febrero, es ya deudor y tiene un acreedor”⁹¹⁰.

Por la prescripción se extingue la acción para exigir el cumplimiento de una obligación que, durante cierto tiempo, no ha reclamado el acreedor. Pero cuando la obligación está sujeto a plazo suspensivo, el acreedor no puede exigir el pago de aquella, por tanto, la prescripción no corre antes de la expiración de dicho plazo.

(2) *Plazo resolutorio*

El plazo *resolutorio* (o *final*, o *extintivo*, o *dies ad quem*, o *ad diem*) consiste en una fecha a partir de la cual los efectos del acto cesan de producirse; se extinguen. Tiene por función definir la medida cronológica del vínculo negocial, o sea su duración, por ejemplo, se celebra un contrato de arrendamiento el 10 de enero de 2017 por el plazo de tres años que vencerán el 10 de enero de 2019 (plazo final o resolutorio); vencido el plazo final se extinguen los derechos y las obligaciones del contrato de arrendamiento.

910 “Si consideramos en su conjunto los efectos del derecho de crédito aplazado, nos encontramos con el resultado sorprendente de que se le trata en todos los aspectos como un crédito ya existente, pero sujeto a término, o sea dirigido al pago una vez cumplido el término, esto es, se le trata como un crédito todavía no vencido. Un crédito que no solo puede ser enajenado y heredado, sino también pagado y remitido con efecto inmediato, es ya un crédito; un deudor que tenga que pagar el primero de febrero, es ya deudor y tiene un acreedor. Por tanto, hay que admitir que el crédito aplazado del C.c., absolutamente lo mismo que en el Derecho común, no es otra cosa sino un derecho actual al pago cuando se cumpla el término. No es que su existencia se halle pendiente, sino que su contenido es distinto que el crédito no aplazado. Se dirige a que el deudor pague al cumplirse el término, y corrientemente incluso a que pague hasta la llegada del término” (ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, T. I, vol. II, Segunda Parte, cit., p. 710).

Es fácil entender que el plazo resolutorio limita en el tiempo la eficacia del acto; el transcurso del tiempo indicado hace cesar la eficacia del acto. El acto es eficaz desde que es perfeccionado o desde que llega el plazo inicial, pero cesa de tener efectos una vez que llega el término final, razón por la que se le denomina también resolutorio.

El plazo final se emplea esencialmente en los actos jurídicos de duración, sean de ejecución continuada (arrendamiento, mutuo, comodato, etc.) o de ejecución periódica (contrato de suministro, etc.), así como en los actos de ejecución diferida (ej., la compraventa en la que se difiere en el tiempo la entrega del bien o el pago del precio) y en los de ejecución escalonada (ej., compraventa a plazos). Estos actos jurídicos no son imaginables sin un plazo final determinado o indeterminado.

Las partes pueden convenir postergar todos los efectos del acto jurídico o uno o varios de esos efectos⁹¹¹.

98.2. Plazo de eficacia y plazo de ejercicio

El plazo *suspensivo* se subdivide en plazo de eficacia y plazo de ejercicio.

El plazo es de *eficacia* cuando se refiere al momento en que comienza la producción de los efectos del acto jurídico (ej., te cedo el uso mi departamento por dos años, sin que me pagues renta por los seis primeros meses, pero a partir del séptimo mes pagarás S/.500.00 mensuales). Se difiere el nacimiento de todos o de alguno o algunos de los efectos del acto jurídico. Será muy raro que en la práctica se celebren actos jurídicos sometidos a plazo de eficacia, en cambio, es común que estén sometidos a plazo de ejercicio.

El plazo es de *ejercicio* cuando atañe al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones que constituyen los efectos del acto, por ejemplo, la compraventa de un bien en la que se acuerda que el precio se pague después de seis meses de celebrado el contrato; el comprador es deudor del precio desde que se celebra la compraventa, pero el pago del precio no es exigible hasta que llegue

911 Código Europeo de los Contratos (Anteproyecto). Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavia: Art. 56. *Termino inicial y final*. Las partes pueden convenir que el contrato o una o varias de sus cláusulas produzcan efectos a partir de una fecha cierta y hasta una fecha cierta. Asimismo, pueden referirse a acontecimientos que se realizarán con certeza en el futuro aunque en el momento de su realización no sea cierto.

el vencimiento del plazo. Por el plazo de ejecución se difiere el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones ya existentes; es decir, el plazo de ejercicio no es otra cosa que un plazo suspensivo⁹¹².

98.3. Plazo esencial y no esencial

Esta clasificación se hace sobre la base de la incidencia del plazo en el interés del acreedor.

El plazo es *no esencial* cuando pese al vencimiento el deudor no ejecuta su prestación, pero esta continúa siendo de utilidad para el acreedor o para el tercero interesado. Así, por ejemplo, vencido el plazo para el pago del precio en una compraventa, el vendedor, que tiene interés en que se le pague el precio, puede solicitar al comprador que le pague lo que le debe por dicho concepto. Es decir, es posible el cumplimiento tardío.

El plazo *no esencial* está asociado con la institución de la *mora*. El deudor está en mora cuando no ejecuta su prestación en el plazo previsto para su cumplimiento, pese a su posibilidad, exigibilidad e intimación, salvo que esta no sea necesaria en los casos previstos por la ley. La *mora* (retardo, retraso o demora en el cumplimiento) es diferente del *incumplimiento* (definitivo o absoluto). El incumplimiento es la inejecución definitiva de la prestación; extingue la obligación. En cambio, la mora es el retardo o demora en el cumplimiento de la obligación.

El plazo es *esencial* cuando la prestación sólo puede ser ejecutada en el término designado; si no se cumple en ese plazo acarrea el incumplimiento definitivo. El plazo esencial no admite la posibilidad de cumplimiento tardío (por ej., que la orquesta llegue a tocar cuando ya terminó la fiesta; que se pretenda entregar el vestido de novia después de la boda; que el transportista llegue con las mercaderías después que partió la nave en la cual debían ser embarcadas).

El plazo suspensivo si es esencial no tolera prórroga alguna; mientras, si se trata de término final esencial, la eficacia del acto deberá cesar improrrogamente.

912 PIZARRO y VALLEPINOS refieren que la jurisprudencia argentina dominante se inclina por considerar que “todo plazo en el que no se denote la característica de dejar sin efecto el negocio por el mero transcurso del tiempo, es suspensivo, máxime cuando no surge que entendieran las partes que tal plazo no juega como un elemento sustancial del acto” (PIZARRO, Ramón Daniel y Carlos Gustavo Vallespinos, *Instituciones de Derecho privado. Obligaciones. I Concepto de obligación. Elementos*. Clasificaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p.270).

blemente al vencimiento del plazo. El plazo suspensivo es esencial cuando la ejecución de la prestación es querida solamente para un determinado momento, pasado el cual la prestación o es imposible materialmente de ejecutarla o, siendo posible, es inútil para el acreedor⁹¹³. La falta de ejecución de la prestación origina el incumplimiento definitivo de la obligación. El plazo es esencial por estar pactado así por las partes expresa o tácitamente o porque la naturaleza de la obligación o las circunstancias así lo exige. Son notas características del plazo esencial: a) que el pago debe efectuarse únicamente al vencimiento del plazo; y, b) la falta de pago determina el incumplimiento definitivo de la obligación. Veamos esto con el ejemplo siguiente:

El art. 1333.2 dispone: *“Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. No es necesaria la intimación para que la mora exista: (...) 2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla”*. El supuesto previsto en el inc. 2 del art. 1333 es un caso de *plazo esencial*, según el cual el momento en que debe verificarse la prestación es tan relevante como la prestación misma. En situaciones como esta, vencido el plazo la ejecución de la prestación resulta materialmente imposible (ej., no se puede ejecutar la prestación porque el medio de transporte ya partió) o inútil porque el interés del acreedor solamente es satisfecho si la prestación se ejecuta en dicho término (ej., pretender entregar el traje de novia después de la boda). La sobrevenida imposibilidad o inutilidad de la prestación es causa de incumplimiento definitivo, que excluye la mora (demora en el cumplimiento de la obligación), lo que faculta al acreedor para resolver el contrato, salvo que evidencie en forma indubitable que pese al no cumplimiento oportuno, mantiene aún el interés en dicho cumplimiento, renunciando así al plazo esencial establecido en su favor, lo que sucede cuando exige el cumplimiento de la obligación o acepta la ejecución de la prestación después del vencimiento del término esencial.

Cuando el plazo es esencial no es posible el cumplimiento tardío, en cambio, cuando el plazo es accidental existe la posibilidad del cumplimiento después

913 DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, cit., T. II, vol. 1, p. 114; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos del Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1959, T. I, vol. II, p. 143; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español*, Barcelona, 1971, T. II, p. 122.

del vencimiento del plazo con utilidad para el acreedor. Si el plazo es esencial y una de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte solo puede solicitar la resolución del acto y la indemnización de daños. Por el contrario, si el plazo es no esencial, cuando una de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede optar por solicitar el cumplimiento o la resolución del acto y, en uno u otro caso, la indemnización de daños (art. 1428).

98.4. Plazos voluntarios, legales y judiciales

El plazo es *voluntario* (convencional) cuando es impuesto por quienes celebran el acto jurídico, por ejemplo, convienen que el bien vendido se entregará en el plazo de quince días; el *legal* es establecido por la ley, v. gr., en el contrato de mutuo, cuando no se ha fijado plazo para la devolución ni este resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega (art. 1656); y el *judicial* es fijado por el juez, así, si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, este debe cumplirse en el que el juez señale (art. 186).

En ciertos casos la ley no deja a las partes en plena libertad de fijar la duración del plazo, sino establece límites inderogables, por ejemplo, el contrato de compromiso de contratar, por su propia naturaleza está sujeto a un plazo que fijarán las partes, y si no la fijan, el plazo, por disposición del art. 1416, será de un año. En otros, la norma establece imperativamente un límite al plazo fijado por las partes, v. gr., el art. 1688. “*El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años. Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos*”. Si las partes se exceden del plazo máximo legal inderogable, el contrato es nulo solamente en el exceso, entrando a regir el plazo máximo legal (integración imperativa del acto jurídico). Se fijan plazos máximos inderogables por considerar que ciertas relaciones jurídicas demasiado prolongadas son dañinas social o económicamente.

Hay casos en los que la ley establece que el límite máximo del plazo solamente puede ser invocado por una de las partes: Por ejemplo, el art. 1768 dispone que el plazo máximo del contrato de locación de servicios es de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios; “si se pacta un plazo mayor, el límite máximo indicado solo puede invocarse por el locador”.

En ocasiones, la ley, en rechazo de relaciones jurídicas demasiado breves, establece plazos mínimos inderogables, v. gr., la parte que se perjudica con el

incumplimiento del contrato puede requerir a la otra mediante carta notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de 15 días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto (art. 1429).

Los vacíos de los actos jurídicos que no señalan plazo pueden ser integrados con la ley, como es el caso de la integración imperativa, o por disposición judicial. Así, el art. 1657 prescribe: "Si se ha convenido que el mutuuario pague solo cuando pueda hacerlo o tenga los medios, el plazo será fijado por el juez atendiendo las circunstancias y siguiendo el procedimiento establecido para el juicio de menor cuantía".

En ocasiones, la ley establece plazos esenciales bastante extensos para actos jurídicos constitutivos de derechos reales, v. gr., el derecho real de superficie puede convenirse con una duración de hasta noventa y nueve años (art. 1030).

98.5. Plazo expreso y plazo tácito

Esta clasificación es sobre la base de cómo se ha manifestado la voluntad en la fijación del plazo.

El plazo es *expreso* cuando su existencia aparece de manera explícita e inequívoca del contenido del acto jurídico. Ejemplos: en el contrato de arrendamiento se expresa que la duración del contrato es de dos años contados de su celebración; en una cláusula del contrato de compraventa consta que el comprador pagará una cuota inicial al momento de suscribir el contrato y el saldo lo cancelara el 28 de julio próximo.

Es *tácito* cuando las partes no lo han señalado expresamente, pero se infiere indubitablemente del comportamiento de las partes, o de la naturaleza y circunstancias del acto que evidencian con toda certidumbre que las partes no quieren que los efectos se produzcan o se ejerzan sino desde o hasta un determinado momento.

A primera vista el acto jurídico puede aparecer que es puro y simple, pero por su naturaleza es indispensable un tiempo razonable para la ejecución de la prestación debida. Por ej., el vendedor debe entregar el bien vendido en un domicilio diferente a aquel en que se celebró el contrato y no se estipuló plazo expreso ni es posible su cumplimiento inmediato. Su duración se determinará según las circunstancias en cada caso teniendo en cuenta lo que un deudor prudente, colocado en idéntica posición, se demoraría en cumplir. Lo mismo sucede en un contrato de obra, de mandato, de locación de servicios, etc.

98.6. Plazo determinado y plazo indeterminado

El plazo es *determinado* cuando las partes, la ley o el juez han señalado de manera precisa el momento en que son exigibles o se extinguen los efectos del acto jurídico (ej., se conviene que el arrendador debe entregar el bien al arrendatario después de 15 días de celebrado el contrato y el arrendatario debe devolverlo al arrendador vencido el plazo de un año contado a partir de la entrega del bien; se pacta que el bien vendido se entregará el 28 de julio del año 2020).

El plazo es *indeterminado* cuando no se ha estipulado de manera precisa la fecha de la exigibilidad o extinción de la eficacia del acto (ej., se arrienda un bien sin indicarse por cuanto tiempo; se conviene que el deudor entregará el bien que enajena al fallecimiento de una persona)⁹¹⁴. Su determinación se hará ponderando la naturaleza del acto, las circunstancias del caso, o en la forma establecida por la ley, y en otros casos se recurrirá al juez para que lo fije.

El plazo determinado tiene una fecha fija de vencimiento, el indeterminado no lo tiene.

En los actos de tracto sucesivo a plazo *indeterminado* sea por convenio expreso o porque las partes no han establecido nada en cuanto a su duración, cada una de ellas puede separarse del acto dando aviso previo a la otra en el plazo pactado, o, en su defecto, dentro del plazo legal. El art. 1365 dispone: "En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho". En este caso el contrato queda disuelto por decisión unilateral de la parte que cursa el aviso en la forma y con la anticipación señalada en el art. 1365.

914 C.C. colombiano: Art. 1139.- "El día es cierto y determinado, si necesariamente ha de llegar, y se sabe cuándo, como el día tanto de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador".

Es cierto pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona.

Es incierto pero determinado, si puede llegar o no; pero suponiendo que haya de llegar se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años.

Finalmente es incierto e indeterminado, si no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, como el día en que una persona se case.

También se puede poner fin a un contrato de duración indeterminada por el mecanismo de la resolución (por incumplimiento, por sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación, etc.).

Para ciertos tipos de actos jurídicos la ley no tolera la duración indeterminada; exige que el acto jurídico tenga un plazo determinado.

Existen actos jurídicos en los que el plazo, determinado o indeterminado, debe ser señalado únicamente en la forma prevista por la ley, sancionándose con la invalidez el uso de otras formas, v. gr., la letra de cambio, para tener validez como tal, puede ser girada solamente: a fecha fija; a la vista; a cierto plazo desde la aceptación; o a cierto plazo desde su giro (art. 121 de la Ley N° 27287).

En ciertos casos la ley pone límites inderogables al plazo determinado, su eventual violación conlleva la reducción del plazo a los límites legales. Por ej., el plazo de duración del arrendamiento determinado no puede exceder de diez años; cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo del arrendamiento no puede ser mayor de seis años. Todo plazo o prórroga que exceda de estos límites se entiende reducido a dichos plazos (art. 1688). el plazo máximo del contrato de locación de servicios es de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres en el caso de otra clase de servicios; si se pacta un plazo mayor, el límite máximo indicado solo puede invocarse por el locador (art. 1768); En el contrato de compraventa con pacto de retroventa, el plazo para ejercitar el derecho de resolución es de dos años tratándose de inmuebles y de un año en caso de muebles, salvo que las partes estipulen un plazo menor (art. 1588); el plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año (art. 153).

En los actos jurídicos de duración indeterminada destinados a tener una larga existencia, se permite la separación de la parte. Por ejemplo, en el contrato de sociedad de duración indeterminada⁹¹⁵, el socio se puede apartar transfiriendo sus acciones o participaciones.

Hay casos en los que las partes necesitan de autorización judicial para la fijación del plazo determinado. Por ej., los padres necesitan de autorización judicial para arrendar los bienes de sus hijos menores por más de tres años (art. 448.1).

915 *Ley General de Sociedades (Ley N° 26887): Art. 19.* La duración de la sociedad puede ser por plazo determinado o indeterminado. Salvo que sea prorrogada con anterioridad, vencido el plazo determinado la sociedad se disuelve de pleno derecho.

98.7. Plazo cierto y plazo incierto

En consideración a la fecha en que debe vencer el plazo, este se divide en cierto e incierto. El plazo determinado puede ser cierto o incierto.

Es *cierto* cuando se sabe de antemano y con precisión la fecha en que se producirá el vencimiento, *dies certus an et quando* (día cierto que necesariamente ocurrirá⁹¹⁶ y cuándo ocurrirá), por ej., la obligación de pagar una cantidad de dinero el día 28 de julio próximo.

El plazo es *incierto* cuando el vencimiento se ha fijado en consideración a un hecho futuro y necesario, pero que al momento de otorgarse el acto se ignora en qué momento ocurrirá. Es cierto que el evento puesto como plazo ocurrirá, pero es incierto el momento en que tendrá lugar (*dies certus an incertus quando*), v. gr., el día en que muera Ticio; la próxima lluvia.

En cuanto a la incerteza del momento en que ocurrirá el hecho futuro surgen problemas de interpretación. Cuando se señala como modalidad un evento que ocurrirá necesariamente, pero no se sabe cuándo ocurrirá, como cuando se dice el día en que muera una persona, no hay duda que se trata de un plazo. Pero cuando se señala como modalidad sucesos como, por ej., “cuando Pedro cumpla su mayoría de edad”, “cuando mejore de fortuna”, “cuando mejore la tasa de cambio del dólar”, “cuando baje la inflación”, surge la necesidad de interpretar si la modalidad es plazo o condición. Los romanos resolvieron este problema estableciendo que la fecha incierta se denomina condición (“*dies incertus appellatur condicio*”: D. 30,30,4). Análoga solución fue establecida para la hipótesis por la que el testador establece la muerte del heredero como término inicial del legado, porque la incerteza que el legatario viva a la muerte del heredero, induce a interpretar a tal término como condición. Este es el significado del principio referido en el D. 35,1,75: *dies incertus condicionem in testamento facit* (la fecha incierta puesta en el testamento equivale a una condición). A primera vista, en casos como los mencionados estamos ante hechos contingentes que pueden o no ocurrir, por lo que tales estipulaciones implicarían una condición y no un plazo incierto; sin embargo, habrá que estar a lo que resulte de cada caso concreto, a la voluntad de las partes, a la naturaleza del acto y sus circunstancias para determinar si lo que se ha querido es subordinar el nacimiento o la resolución del acto a

916 El segundo párrafo del art. 1.125 del Código español señala: “Entiéndase por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore el cuándo”.

un hecho futuro e incierto o solamente se ha querido otorgar al deudor amplias facilidades, concediéndole un plazo incierto para que pague, caso en el que si las partes no se ponen de acuerdo sobre la duración del plazo, lo fijará el juez.

La utilización del adverbio *cuando* puede ser utilizado unas veces para indicar una condición y otras para señalar un plazo. En tal virtud, hay que auscultar la voluntad de las partes para establecer si estamos ante una condición o ante un plazo. Como señala Velásquez⁹¹⁷, hay plazo “si se conviene que se pagará cuando se regrese de un viaje, cuando se recoja la cosecha, en la próxima feria, etc., se está en presencia de un plazo que podría, incluso, entrar en la categoría de indeterminación, al menos momentáneamente. No se trata de que fatalmente se regrese o se transporte, o se recoja la cosecha, o se realice la feria, sino de señalar un período en el cual se va a cumplir la obligación. Pero en estos casos hay que ser cuidadosos porque el adverbio *cuando* puede estar indicando una condición: si se regresa de viaje, si se transporta la mercadería”.

98.8. Plazo potestativo

El plazo es potestativo cuando su determinación depende de la voluntad de una de las partes. El plazo es *meramente potestativo* cuando su determinación depende de la exclusiva voluntad del deudor, y es *potestativo propio* cuando su determinación depende de la voluntad del deudor y del interés que este tenga en la celebración del acto. Si el deudor no fija el plazo, lo determinará el juez.

98.9. Plazo del acto jurídico y plazo de la obligación

El plazo del acto jurídico difiere el nacimiento de la totalidad de los efectos, pensemos en el compromiso de las partes de celebrar en el futuro un contrato definitivo. En cambio, el plazo de la obligación solamente indica el momento en el cual se debe ejecutar la prestación debida; el término en el cual la obligación se convierte en exigible.

El plazo puede referirse solamente a la eficacia de la obligación, como uno de los efectos negociales del acto jurídico, como es el *plazo de cumplimiento* que indica el momento en que la obligación debe ser ejecutada. Por ejemplo, cuando las partes establecen que la prestación de elevar a escritura pública el contrato que suscriben debe ser ejecutada dentro de seis meses, en este caso la obligación ya sur-

917 VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío, ob. cit., p. 130.

gió y el deudor (vendedor), si el plazo es en su favor, puede liberarse en el período correspondiente al tiempo intermedio, o sea hasta la expiración del sexto mes⁹¹⁸.

El plazo de cumplimiento puede ser estipulado en beneficio del deudor, del acreedor o de ambos. Si no hay acuerdo de las partes, el plazo se presume establecido en favor del deudor (art. 179).

Se suele sostener que el plazo solamente se puede imponer a la obligación y no a la eficacia del acto jurídico. La posibilidad de imponer plazo a la eficacia del acto jurídico (plazo del acto jurídico) está contemplada en el propio Código. Veamos los ejemplos siguientes:

- Art. 1404. “La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo”. Según esta norma, la eficacia del contrato se aprecia al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo suspensivo y no en el momento en que se perfecciona. Así, se vende un bien que está fuera del comercio de los hombres (contrato nulo), subordinando la venta al plazo suspensivo de que en un momento determinado el bien entre en el comercio; si después de celebrado el contrato y antes del vencimiento del plazo el bien entra en el comercio, el contrato es válido.
- Art. 1431. “En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a contraprestación y debe restituir lo que ha recibido. *Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor*”. Por ejemplo, en conformidad con el último párrafo de este artículo, en un contrato de compraventa, en el cual se difiere la entrega del bien para un momento ulterior, las partes acuerdan que el comprador estará obligado a pagar el precio aun cuando el bien vendido se pierda por causa no imputable al vendedor. En este caso, el comprador pagará el precio aun cuando no le sea

918 Bigliazzi Geri, Lina; Breccia, Humberto; Busnelli, Francesco; Natoli, Ugo. *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*, Tomo I, Volumen II, Trad. de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 968.

entregado el bien que se le vendió, o sea, el comprador está obligado a ejecutar su prestación aun cuando ha desaparecido la causa para pagar. El contrato es eficaz.

De otra parte, como señala Cataudella⁹¹⁹, la distinción entre plazo del contrato y plazo de la obligación aparece, al menos en línea abstracta, suficientemente neta, puesto que el primero hace referencia a la eficacia de todo el contrato y en la otra al cumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato. Se debe reconocer, de otra parte, que, en los contratos con *efectos obligatorios*, el plazo inicial del contrato y el plazo inicial de la obligación se proyectan como instrumentos alternativos para conseguir el resultado de postergar el cumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato.

Señala Roppo⁹²⁰ que el plazo inicial del contrato no debe confundirse con el plazo del cumplimiento de la obligación. Este último indica “el tiempo en que la prestación se debe cumplir” y, por tanto, el momento en que el crédito se convierte en exigible puede no coincidir con el advenimiento del plazo inicial del contrato; este difiere la totalidad de la prestación o una parte sustancial de ella, en cambio, el plazo de la obligación difiere solamente una parte marginal de la prestación. El plazo inicial del contrato lo reconduce a la clase de los contratos de ejecución diferida, que son contratos de ejecución instantánea en contraposición a los contratos de duración. La resolución del contrato por sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación coloca los contratos de ejecución diferida junto a los de duración⁹²¹. Aquí toma importancia entre plazo del contrato y plazo de cumplimiento; en efecto, la disciplina de la resolución del contrato por sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación se aplica solo en presencia de un plazo del contrato.

919 CATAUDELLA, *I contratti, Parte general*, cit., p. 125.

920 ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p. 593 y ss.

921 Art. 1440. En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuere posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Art. 1441. Las disposiciones contenidas en el art. 1440 se aplican: 1. A los contratos conmutativos, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causas no imputables a ella. (...).

De otro lado, la eficacia traslativa de los contratos con *efectos reales* no constituye obstáculo para la admisibilidad de un plazo suspensivo. El efecto traslativo del derecho de propiedad o de otro derecho real se puede diferir hasta el vencimiento de un plazo. Sería, en cambio, no compatible con la naturaleza del derecho de propiedad la inclusión de un término final (resolutorio) en los contratos que la transfieren, porque sería constituir un derecho de propiedad temporal; la perpetuidad caracteriza a la propiedad.

99. FUNCIÓN DEL PLAZO

La función del plazo no es suspender haciendo incierta la eficacia del acto, sino diferir la exigibilidad de los derechos del titular o bien la extinción de tales derechos. Como hemos visto antes, también puede cumplir la función de diferir la eficacia total del acto jurídico.

El término final o resolutorio, con excepción de algunas relaciones personales típicas como el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijo, es un elemento que acompaña a casi todas las otras relaciones jurídicas obligacionales, las mismas que no pueden ser asumidas como obligaciones perpetuas sin la posibilidad de liberarse, al extremo que si falta el término final se autoriza a una de las partes para que le ponga fin mediante el aviso previo (ej., art. 1365).

El advenimiento del término inicial origina la exigibilidad del acto jurídico, es decir, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones correlativas derivadas de un acto eficaz *ab initio*. El término inicial es un requisito de exigibilidad del cumplimiento del acto. Por el contrario, con la llegada del plazo final, el acto cesa de producir sus efectos.

Los actos jurídicos sujetos a plazo crean entre las partes vínculos destinados a prolongarse en el tiempo, pero no hasta el punto que induzca a excluir la voluntad de las partes (ej., un plazo suspensivo establecido para el año tres mil) o a establecer relaciones perpetuas transmisibles a los herederos de las partes, porque se estaría atentando contra la libertad de los intervinientes. Se puede argumentar en el sentido de que si las partes han aceptado vínculos perpetuos, tal aceptación es la expresión de su libertad, es decir, esos vínculos perpetuos serían el resultado del ejercicio de la autonomía privada de los particulares. Pero, como dice Galgano, "la aceptación de semejante vínculo equivaldría a una renuncia de la libertad contractual: el sujeto dispondría, mediante un acto de libertad único (y extremo), de toda su libertad futura"⁹²², lo cual, además, atenta contra

el interés general que exige el empleo más provechoso de los recursos materiales y humanos, y al impedir, mediante vínculos contractuales perpetuos, el cambio de destino de los recursos, se obstaculiza su utilización más provechosa. Para proteger la libertad de las personas y el interés general, la ley establece plazos resolutorios máximos (ej., el contrato de arrendamiento de plazo determinado no puede durar más de diez años –art. 1688–) o dispone que a los contratos de duración indeterminada se le pone fin mediante aviso previo. Solo el acto jurídico fundacional puede crear sobre los bienes vínculos perpetuos⁹²³.

100. EL PLAZO EN EL CÓDIGO CIVIL

(1) Concepto

El Código no contiene una definición del plazo.

El plazo es una modalidad del acto jurídico consistente en el evento futuro y cierto de cuyo acaecimiento se hace depender la exigibilidad o la finalización de los efectos del acto jurídico.

Se suele denominar término a los extremos (inicial o final) del plazo. El Código utiliza las palabras plazo término como sinónimas.

(2) Diferencias entre plazo y condición

Las diferencias esenciales entre condición y plazo son:

- a) La condición consiste en un hecho incierto y el plazo, en un hecho cierto.

En el acto *condicional* hay la incertidumbre de que se verifique el evento futuro a que se encuentran supeditados sus efectos; en cambio, en el acto jurídico a *plazo*, hay la seguridad absoluta de que ese evento futuro llegará necesariamente.

En el plazo se tiene la seguridad que el acontecimiento futuro ocurrirá, pero puede ocurrir que no se sepa en qué momento tendrá lugar el mismo, es cierto el sí, pero es incierto el cuándo. La condición denota un evento futuro e incierto y el plazo un momento futuro, pero cierto.

Hay plazo si el momento está indicado:

923 Art. 99. La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la *afectación de uno o más bienes* para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.

- (1) *dies certus an et quando*, se sabe de antemano el momento mismo del cumplimiento por haberse señalado el plazo mediante la designación directa o indirecta de un día en el calendario, por ej., el 6 de junio, la próxima navidad (*plazo cierto*); o
 - (2) *dies certus an et incertus quando*, se sabe de antemano que el plazo de todas maneras se cumplirá, aunque no se sabe el momento preciso, v. gr., a la muerte de Pedro (*plazo incierto*).
- b) En la condición suspensiva no hay derecho puesto que su nacimiento está supeditado a que se verifique la condición, en la condición resolutoria está eventualmente expuesto a extinguirse en el caso de que se cumpla la condición. En cambio, en el plazo suspensivo hay un derecho, pero se suspende su ejercicio hasta la verificación del hecho puesto como plazo.
 - c) En la condición suspensiva, como el derecho no existe, hay lugar a la restitución del pago realizado antes de la verificación de la condición. En el plazo suspensivo, como el derecho existe desde el momento en que se perfecciona el acto jurídico, no hay lugar a la restitución del pago realizado antes del vencimiento.

(3) Clasificación

El plazo puede ser: a) suspensivo o resolutorio; b) determinado o indeterminado; c) cierto o incierto; d) esencial y no esencial; e) expreso o tácito; f) voluntario, legal o judicial; g) potestativo; h) plazo del acto jurídico y plazo de cumplimiento.

- a. el plazo *suspensivo* o inicial (*dies a quo*) determina que el acto jurídico no produzca sus efectos sino hasta que llegue el evento futuro y cierto puesto como plazo, recién a partir de este momento el acto producirá sus efectos; el acto ineficaz deviene en eficaz. El plazo resolutorio, extintivo o final (*dies ad quem*), determina que el acto jurídico deje de producir sus efectos cuando llegue el evento futuro y cierto puesto como plazo; el acto eficaz deviene en ineficaz.
- b. por el plazo *determinado* se sabe cuándo ha de ocurrir el hecho futuro y cierto, como si se dice el 6 de junio del 2026; en cambio, es *indeterminado* cuándo no se sabe cuándo ha de llegar el hecho, que de todas maneras llegará, como cuando el acto por su naturaleza o circunstancias debe ser a plazo, pero no se ha fijado (ej., el arrendamiento sin plazo), o cuando se

dice el día que una persona muera. La indeterminación no tiene que ver con la certidumbre, sino con el momento en que se verificará el hecho puesto como plazo.

- c. plazo *cierto* es cuando se conoce de antemano y con precisión el momento en que se producirá el vencimiento. En cambio, el plazo es *incierto* cuando al momento de celebrarse el acto jurídico no se sabe en qué momento ocurrirá (ej., el día en que muera una persona).
- d. el plazo es *esencial* cuando el cumplimiento de la obligación solamente es útil para el acreedor si es realizado en el momento señalado (ej., el vestido de novia no puede ser entregado después de la boda); si no se cumple en ese momento, determina el incumplimiento definitivo. En cambio, es *no esencial* cuando después del vencimiento el cumplimiento sigue siendo útil para el acreedor. El incumplimiento da lugar a que el deudor sea constituido en mora.
- g. plazo potestativo
- e. el plazo es *expreso* cuando su existencia surge de manera explícita e inequívoca del acto jurídico. En cambio, es *tácito* cuando surge implícitamente de la naturaleza o circunstancias del acto, según las cuales es indispensable conceder un tiempo para el cumplimiento de la obligación, v.gr: una compraventa en la que se acuerda que el bien vendido debe ser entregado en lugar diferente; un contrato para la confección de unos muebles o la construcción de un edificio. Cuando en casos como estos no existe plazo expreso para el cumplimiento, su duración se determinará de acuerdo a las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta lo que un deudor diligente se demoraría en cumplir. Las partes, si no se ponen de acuerdo, recurrirán al juez para que señale la duración del plazo.
- f. el plazo *voluntario* es el fijado por las partes que celebran el acto jurídico. El *legal* es establecido por la ley (ej., conforme al art. 673, el plazo para renunciar a la herencia es de tres meses si el heredero se encuentra en el territorio nacional y de seis meses si se encuentra en el extranjero). El plazo *judicial* es el fijado por el juez.
- g. El plazo es potestativo cuando su determinación depende de la voluntad de una de las partes. Si la parte designada para fijar el plazo no lo hace, lo hará el juez.
- h. por el *plazo del acto jurídico* se difiere el nacimiento de la totalidad de sus efectos, pensemos en el contrato de opción por el cual una de las partes

queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no (art. 1419); la eficacia del contrato definitivo nacerá si el optante, dentro del plazo fijado, declara celebrarlo. En cambio, el *plazo de la obligación* solamente indica el momento en el cual se debe ejecutar la prestación debida; indica el término en el cual la obligación se convierte en exigible o se extingue.

(4) Efectos del plazo suspensivo y del resolutorio

Artículo 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.

Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho.

El art. 178 señala que “cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efectos mientras se encuentre pendiente”⁹²⁴. Esto es erróneo, porque los efectos del acto jurídico sujeto a plazo suspensivo existen desde su otorgamiento, lo que se posterga es su exigibilidad. El Código no distingue entre plazo del acto jurídico y plazo de la obligación, solamente regula este último. Tan cierto es esto que el art. 180 prescribe que “el deudor que paga antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado”, ¿por qué?, porque pagó lo que está debiendo; la deuda existe *ab initio* solamente se difiere su ejecución. Si el deudor paga antes está renunciando al plazo.

Si la relación que nace del acto jurídico es obligacional, el crédito existe a partir del perfeccionamiento del acto, solamente se difiere su exigibilidad para el momento en que se produzca el vencimiento del plazo suspensivo, de ahí que

924 En el mismo error incurre el art. 178 del Proyecto de la Comisión Revisora (1984); el art. 42 del Proyecto de la Comisión reformadora (1981); el art. 101 del Anteproyecto de la Comisión Reformadora (Dra. Shoshana Zusman Tinman y Dr. Manuel de la Puente y Lavallo, 1980); el art. 72 del Proyecto de la Comisión Reformadora (1975).

El Código Europeo de Contratos (Anteproyecto). Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavia dispone: Art. 56. *Término inicial y final*. Las partes pueden convenir que el contrato o una o varias de sus cláusulas produzcan efecto a partir de una fecha cierta y hasta una fecha cierta. Asimismo, pueden referirse a acontecimientos que se realizarán con certeza en el futuro aunque en el momento de su realización no sea cierto.

es irreplicable el pago anticipado. En cambio, tratándose de relaciones reales, las transmisiones del derecho de propiedad y otros siempre se hacen sujetándolos a un término inicial, mas no de un término final.

Al respecto, la doctrina no es uniforme, por ejemplo, Roppo⁹²⁵ dice que “el plazo inicial indica el momento a partir del cual los efectos se producen”; en Cambio, Bianca⁹²⁶ afirma que el término inicial “no incide sobre la titularidad actual del derecho, de la que se ha aplazado solamente la exigibilidad”. Esta segunda opinión es la prevaleciente y sirve para diferenciar entre condición y plazo. La condición suspensiva confiere al titular solamente una expectativa de derecho, en cambio, en el acto jurídico sometido a plazo inicial la titularidad del derecho existe desde el inicio.

Importantes Códigos antiguos y modernos establecen que con el plazo suspensivo solamente se difiere el cumplimiento de una obligación existente. A modo de ejemplos, citemos algunos de ellos: Código de Andrés Bello: “El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo” (Art. 1494 del Código chileno; art. 1515 del Código colombiano; art. 1537 del Código ecuatoriano). Código español: Art. 1.125. “Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto solo serán exigibles cuando el día llegue”. Código civil y comercial argentino: Art. 350. “*Especies*. La exigibilidad o la extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento del plazo”.

El artículo 178 regula los efectos del plazo suspensivo y del plazo resolutorio.

I. Plazo suspensivo

Cuando el plazo es *suspensivo* (inicial), el acto jurídico celebrado no es exigible mientras no se produce el vencimiento del plazo, o sea se limita en el tiempo el ejercicio de todos o de alguno o algunos de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones ya producidas (*plazo de ejercicio*).

Sin embargo, nada impide a las partes en ejercicio de su autonomía acuerden un plazo suspensivo no para la exigibilidad sino para el nacimiento de la obligación, caso en el que nos encontramos ante un *plazo suspensivo de eficacia*,

925 Roppo, Vincenzo, ob. cit., p. 593.

926 Bianca, C. Massimo, ob. cit., p. 562.

por ej., se celebra un contrato de arrendamiento el seis de junio precisando que el contrato tendrá efectos a partir del quince de julio. En realidad en la práctica solamente se realizan actos jurídicos en los cuales se posterga el cumplimiento de derechos existentes y no el nacimiento de estos, o sea, es raro la fijación de un plazo inicial de eficacia. En cambio, por el *plazo suspensivo de ejercicio*, se posterga la exigibilidad de los efectos ya existentes, v. gr., se celebra un contrato de compraventa el cinco de enero conviniéndose que el precio se pagará el diez de marzo.

En el plazo de *eficacia*, el acto existe pero es *ineficaz*, como en el caso del ejemplo del arrendamiento antes señalado, en el que el contrato es perfecto (existe) desde el seis de junio, pero su eficacia se retarda hasta el quince de julio, antes de esta fecha todavía no existe la obligación de entregar el bien ni la de pagar la merced conductiva.

En el plazo de *ejercicio* o de cumplimiento, existe el acto y es *eficaz*, pero se difiere el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones mientras está pendiente el cumplimiento del plazo. Como el ejemplo de la compraventa, antes señalado, en el que el contrato es perfecto y además es eficaz desde el cinco de enero en que se celebró, y si no se hubiese convenido otra cosa, ese mismo día el vendedor debió entregar el bien y el comprador debió pagar el precio, pero se ha pactado aplazando el pago del precio hasta el diez de marzo. En este caso, el comprador es deudor del precio desde la celebración del contrato, pero el pago no podrá serle exigido hasta que el plazo llegue.

Estando pendiente el término inicial no hay incertidumbre en cuanto a la existencia de los derechos y obligaciones, tampoco en cuanto a su ejercicio, porque el vencimiento del plazo de todas maneras llegará, aunque se ignore el momento en que tendrá lugar (*incertus quando*). Solamente se difiere para un momento futuro la exigibilidad de esos efectos, a diferencia de lo que ocurre con el acto condicional, caso en el que hay una inseguridad sobre el nacimiento de tales efectos; la condición pone en tela de juicio la eficacia del acto, el plazo no la pone en contingencia, sino que la aplaza⁹²⁷. Hasta el vencimiento del plazo suspensivo se tiene una expectativa de ejercicio del derecho ya nacido (si el término es de ejecución)⁹²⁸.

927 BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, T. I, cit., p. 594.

928 ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 281.

Vencido el plazo suspensivo el acto jurídico opera como un acto puro y simple con todos los efectos que ello conlleva.

Pendiente el plazo inicial, se encuentra suspendida la exigibilidad y ejercicio de los derechos del titular. En consecuencia, como hacen notar Cazeaux y Trigo Represas⁹²⁹:

- a) el acreedor no puede ejercer ninguna acción tendiente al cumplimiento de la obligación (se discute el derecho del acreedor de iniciar acciones para obtener la declaración de existencia de la obligación);
- b) no es susceptible de compensación legal (solo sería posible la compensación facultativa);
- c) el titular tiene el derecho de ejercitar las acciones conservatorias para asegurar la intangibilidad de sus derechos;
- d) los derechos sujetos a plazo son transmisibles por actos inter vivos o mortis causa;
- e) no corre la prescripción liberatoria;
- f) es irrepetible lo pagado por el deudor antes del vencimiento del plazo.

II. Plazo resolutorio

El plazo es *resolutorio* (o final) cuando el acto jurídico que venía produciendo sus efectos cesa de producirlos a su vencimiento, o sea que con el plazo resolutorio se limita en el tiempo la eficacia del acto jurídico. Por ej., si se celebra un contrato de arrendamiento por dos meses, el contrato dejará de tener eficacia al vencimiento del segundo mes desde su celebración; se extingue el contrato.

Al cumplirse el término final se acaba automáticamente los efectos del acto jurídico. Así se extingue un crédito sujeto a término final, y lo mismo los derechos sobre cosa ajena concedidos bajo término final (ej., los contratos de arrendamiento, comodato, depósito, etc.), se terminan las relaciones de prestación de servicios (contrato de locación de servicios, de trabajo, etc.). El que ha transmitido la propiedad hasta un término final (contrato de compraventa con pacto de retroventa –arts. 1586 y ss.-), vuelve a ser propietario automáticamente al cumplirse el término; mientras tanto tiene la expectativa de readquisición,

929 CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS, *Compendio de las obligaciones*, Librería Editorial Platense, La Plata, 1984, T. I, pp. 776-779.

exactamente lo mismo que aquél a quien se ha transmitido la propiedad bajo término inicial tiene la expectativa de adquisición⁹³⁰.

El acto jurídico puede estar sometido al mismo tiempo a un plazo inicial y a otro final. Por ej., se celebra un contrato de arrendamiento el 15 de enero, conviniéndose que el arrendador entregará el bien arrendado al arrendatario el 15 de marzo (plazo inicial), contrato que cesará el 30 de diciembre del año siguiente (plazo final). El plazo resolutorio indica el momento en que el acto jurídico cesa de producir sus efectos; con el plazo resolutorio se mide cronológicamente la duración de la relación jurídica. El acto jurídico es eficaz desde que empieza a producir sus efectos hasta la cesación de estos. El plazo resolutorio opera predominantemente en los actos jurídicos de duración con efectos obligatorios. En los actos jurídicos de constitución de derechos reales, el plazo final tiene escasa aplicación, por ej., excepcionalmente se admite la propiedad temporal (venta con reserva de domino; venta con pacto de retroventa)⁹³¹.

Al vencimiento del plazo final el acto jurídico cesa automáticamente de producir sus efectos; el vínculo jurídico se disuelve, salvo que se renueve (prorroga) el plazo por otro igual o diferente.

El que tiene derecho a recibir una prestación al cumplimiento del plazo, sea este suspensivo o resolutorio, antes del vencimiento puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela o conservación de su expectativa de ejercicio de derecho (ej., actuación de prueba anticipada para la declaración del derecho ya existente, pedido de medidas cautelares, la acción pauliana), a fin de que al vencimiento del plazo pueda exigir el cumplimiento exitoso.

(5) Beneficio del plazo

Artículo 179.- El plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias, resultase haberse puesto en favor del acreedor o de ambos.

930 ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, T. I, vol. II, parte II, cit., p. 716.

931 Art. 1583. *En la compraventa puede pactarse que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega. El comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.*

En cuanto al beneficio del plazo suspensivo, el Código civil conserva el sistema del Derecho romano, que consagra en este punto el favor *debitoris*, presumiendo *iuris tantum* que el plazo se ha concedido en beneficio de este, salvo que se pruebe haber sido establecido en beneficio del acreedor o de ambos⁹³². Si el plazo es en beneficio del deudor, este puede efectuar el pago antes del cumplimiento del plazo, pero el acreedor no puede exigirlo sino al vencimiento. Si el plazo se ha estipulado en beneficio del acreedor, este puede exigir el cumplimiento de la obligación antes del vencimiento sin que el deudor pueda rehusar el pago, pero el deudor no podrá pretender pagar antes si el acreedor no lo acepta. Si el plazo está establecido en beneficio de ambos ni el deudor podrá pagar antes del vencimiento ni el acreedor podrá exigirlo antes, salvo que ambos acuerden modificar el plazo, lo cual también sucederá si el acreedor no se opone al cumplimiento antes del plazo fijado o si el deudor atiende la reclamación anticipada del acreedor.

Como el plazo se presume establecido en beneficio del deudor, este puede pagar antes del vencimiento y si el acreedor rehúsa a aceptarlo, podrá pagar mediante consignación. Se trata de una presunción *iuri tantum* que puede ser desvirtuada por prueba en contrario que acredite que ha sido establecido en beneficio del acreedor o de ambas partes.

Hay casos en los cuales la ley establece que el plazo se presume establecido en beneficio de ambas partes. Por ej., con relación al contrato de suministro, el art. 1611 dispone que "el plazo establecido para las prestaciones singulares se presume en interés de ambas partes", lo que significa que ni el suministrante puede pretender cumplir ni el suministrado puede exigir que se le entreguen los bienes antes de los términos señalados. En otros casos, el plazo se presume establecido en beneficio del acreedor, por ej., el depositante puede pedir la devolución del bien en cualquier momento (art. 1814).

932 Muchos códigos extranjeros también establecen que la presunción del plazo rige a favor del deudor: Código francés (art. 1187); el italiano (art. 1184); el suizo de las Obligaciones (art. 81); el de Brasil (art. 126); el mexicano (art. 2522); el boliviano (art. 778), el venezolano (art. 1214). El derogado Código civil argentino presumía que el plazo es establecido en favor de ambas partes; en cambio, el vigente Código civil y comercial dispone que se presume establecido en beneficio del deudor: Art. 351. *Beneficio del plazo*. El plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento, a no ser que, por la naturaleza del acto, o por otras circunstancias, resulte que ha sido previsto a favor del acreedor o de ambas partes.

Por el principio de puntualidad, el deudor debe ejecutar su prestación el día del vencimiento del plazo, ni antes ni después. En la práctica comercial, se prohíbe que las partes puedan violar el principio de puntualidad, estableciendo que ni el acreedor puede exigir pagos anticipados ni el deudor puede pretender pagar tarde.

En las obligaciones con intereses, si las partes convienen el pago anticipado, el deudor debe tener derecho a los descuentos de los intereses proporcionales en relación con el tiempo anticipado porque, en caso contrario, el acreedor recibe un interés compensatorio (interés que se paga como retribución por el uso del capital) al que no tiene derecho, lo que sucede con mucha frecuencia en la práctica contraviniendo lo dispuesto en el art. 1954.

(6) Pago anticipado

Artículo 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.

Como sabemos, no hay certeza sobre si el acto será o no eficaz cuando está sujeto a condición suspensiva, puesto que esta consiste en un evento futuro e *incierto*; en cambio, sí hay certeza de que el acto será exigible cuando está sometido a plazo suspensivo, por consistir este en un evento futuro pero *cierto*, esto es, que fatal y necesariamente llegará. De esto se sigue como consecuencia que el deudor bajo condición que paga antes de verificarse esta tiene derecho a la repetición porque paga una deuda que no ha nacido y no se sabe si va a nacer o no, hay solamente una expectativa de que llegue a nacer; en cambio, el deudor a plazo que paga antes de que este se cumpla no tiene derecho a repetir lo pagado, ya que hay la seguridad de que al vencimiento del plazo la obligación constituida *ab initio* llegará necesariamente. El pago efectuado antes del vencimiento del plazo es irrevocable.

Esta solución es clásica, pues, el Derecho romano estableció que no obstante el término, la obligación existe, solamente se difiere el pago; por tanto, si el deudor paga antes del término, no puede ejercitar la *condictio indebiti*. El D. 12.6.10 establece: *In diem debitor adeo debitor est ut ante diem solutum repetere non potest* (el que es deudor para una fecha, tan es deudor, que no puede reclamar lo pagado antes de la fecha)⁹³³.

933 TOLA CIRES, *Derecho Romano*, cit., p. 79.

De acuerdo con el segundo párrafo del art. 180, el deudor que paga antes del vencimiento del plazo ignorando su existencia porque no estaba en posibilidad de conocerlo, tiene derecho a la repetición de lo pagado con los intereses o los frutos, pues, en caso contrario, se estaría favoreciendo un enriquecimiento injusto del acreedor. Tomemos el ejemplo de Macardé⁹³⁴: si a la muerte de mi padre me encuentro con un testamento que me manda pagar a Pablo inmediatamente veinte mil francos, y después de haberlos pagado descubro un segundo testamento que me concede dos años para pagar dichos veinte mil francos. En este caso, conforme al art. 180, el deudor tiene derecho a la repetición porque pagó por ignorancia del plazo.

El segundo párrafo del art. 1185 del Código italiano establece: “el deudor no puede repetir lo que ha pagado anticipadamente, aun cuando ignore la existencia del término. En este caso, sin embargo, puede repetir, dentro de los límites de la pérdida sufrida, aquello en que el acreedor se ha enriquecido por efecto del pago anticipado”. Como señala Coviello⁹³⁵ “si el deudor cumple su obligación antes del vencimiento del término, por error o por ignorancia de que este se haya puesto, no tiene derecho a la repetición de lo que pagó, por la muy sencilla razón de que no puede decirse que es indebida una cosa que se debe a plazo”. Pero hace la siguiente salvedad, “si el cumplimiento de la obligación consiste en la entrega de una cosa fructífera, o en el pago de un capital productivo de intereses, es claro que el cumplimiento anticipado importa para el deudor la pérdida y para el acreedor la ganancia correspondiente, de los frutos o de los intereses percibidos en aquel lapso de tiempo que media entre el día del pago y el vencimiento del término. Ahora bien, tal ventaja no puede considerarse como debida, y por eso, (...) debe estimarse que el deudor que ha pagado anticipadamente, tiene derecho de repetir lo *interusurium*, o sea el descuento”.

Conforme al art. 180 del Código patrio, el deudor que cumple o restituye antes del vencimiento del plazo no puede repetir lo pagado, porque pagó algo que debe, aun cuando no hubiera vencido el plazo, pues está renunciado al plazo, y, de otro lado, el acreedor tiene el título para recibir el pago. Empero, si el

934 Citado por Vélez Sársfield en nota al art. 571 del Código argentino que dispone: El deudor de la obligación que ha pagado antes del plazo no puede repetir lo pagado. El art. 1186 del Código francés establece: *Ce qui n'est dû qu'à terme, ne peut être exigé avant l'échéance du terme; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété.*

935 COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, cit., p. 482.

deudor prueba que pago por tener una falsa representación del acto jurídico o, existiendo este, pagó anticipadamente por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición de lo pagado. Es decir, el pago por ignorancia se presenta cuando se tiene una noción falsa de la existencia del acto jurídico, caso en el que el deudor paga lo que no debe, o desconoce que la obligación está sometida a plazo, razón por que paga antes vencimiento. En ambos casos, el deudor que pagó por ignorancia tiene derecho a la repetición.

(7) Caducidad del plazo

Artículo 181.- 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 prestación⁹³⁶.
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 este, 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 crédito⁹³⁷.

El acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación antes de que expire el plazo, salvo que este se haya establecido en su favor, o salvo que hayan sucedido hechos que determinan la caducidad del plazo. Esto último ocurre cuando el deudor pierde o disminuye considerablemente su patrimonio, que es el que respalda el crédito, de tal modo que ya no hay la seguridad que cumplirá con su prestación, razón por la que el art. 181 sale en defensa del derecho del acreedor, declarando la caducidad del plazo a fin de que pueda exigir la efectividad de su crédito, sin esperar el vencimiento.

936 Texto agregado por el D. Leg. N° 768.

937 Inciso agregado por el D. Leg. N° 768.

Cazeaux y Trigo Represas⁹³⁸ definen a la caducidad del plazo como “la privación de los beneficios del término antes del vencimiento, en virtud de una disposición legal. Es una sanción que la ley impone al obligado a raíz de actos suyos en perjuicio del acreedor. Esta pena consiste en tener por cumplido ficticiamente el plazo, adelantando los efectos de su vencimiento”.

Por disposición del art. 181, por motivos debidamente justificados, el pazo caduca, terminando así con la presunción legal de que es establecido en beneficio del deudor. El plazo conferido al deudor para el cumplimiento de la obligación caduca: 1) cuando el deudor sobreviene insolvente; 2) si el deudor no otorga las garantías a que se hubiese comprometido; 3) si disminuyen por acto propio las garantías otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o desaparecen por caso fortuito o fuerza mayor:

1. cuando el deudor sobreviene insolvente, salvo que garantice la deuda. Se es insolvente cuando se carece de bienes con los cuales atender al cumplimiento de una obligación. Si el deudor no garantiza la deuda en el plazo de quince días de ser emplazado judicialmente, o si no señala bienes libres, se le presume insolvente, y el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación sin esperar el vencimiento del plazo ni tener que demostrar la inexistencia de patrimonio.
2. si el deudor no otorga al acreedor las garantías a que se hubiere comprometido. El incumplimiento de esta obligación del deudor, ya porque no quiere o porque no puede, es sancionado con la privación del beneficio del plazo que el acto jurídico le otorgaba.
3. si por actos propios del deudor disminuyen, cuantitativa (disminuyen los bienes) o cualitativamente (disminuye el valor de los bienes⁹³⁹), las garantías establecidas o cuando por caso fortuito o fuerza mayor desaparecen, a menos que sean sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor. El deudor tiene el deber de conservar la existencia y el valor de los bienes gravados a favor de su acreedor porque si el deudor incumple con este deber y a consecuencia de ello los bienes que constituyen la garantía se pierden o disminuyen, el acreedor podrá demandar, en un proceso sumarísimo, que el deudor sea privado del beneficio del plazo.

938 CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Compendio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 281.

939 Por ej., realiza actos de disposición material o jurídica de los bienes gravados; enajena los accesorios.

Con la pérdida o deterioro de las garantías desaparece la seguridad sobre la recuperabilidad de los créditos. Cuando esto sucede, el acreedor se interesa porque las garantías deterioradas o perdidas sean sustituidas inmediatamente por otras a su satisfacción o, en caso contrario, que se le pague su crédito sin esperar el vencimiento del plazo; no está preocupado en averiguar si las garantías se deterioraron o perdieron por causa imputable o no al deudor, dado que con eso no convierte a su crédito en recuperable.

La caducidad del plazo por pérdida o deterioro de garantías está regulada en el Código en forma contradictoria en dos dispositivos. Por un lado el art. 181.3 dispone que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo si la garantía disminuye por causa que le es imputable o desaparece por causa que no le es imputable⁹⁴⁰; y, por otro, el art. 1110 establece que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando la garantía se pierde o deteriora, sin distinguir entre que si estos hechos son o no imputables al deudor.

Como las garantías tienen por finalidad asegurar la recuperación del crédito, si esas garantías se pierden o deterioran considerablemente, se pierde también la seguridad de la recuperación del crédito, siendo intrascendente para el acreedor que el hecho de la pérdida o deterioro sea imputable o no al deudor. De lo que sigue que es necesario eliminar la distinción entre causa imputable o no imputable al deudor a que hace referencia el art. 181.3.

Para una eventual modificación proponemos el siguiente texto.

“Art. 181. El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo (...). 3. Cuando las garantías otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación se pierden o deterioran de modo que resulten insuficientes, a menos que sean sustituidas por otras equivalentes a satisfacción del acreedor”.

La pérdida del plazo por las indicadas causales no es automática, sino que se declara a petición de parte interesada y se tramita como proceso sumarísimo. Son procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito.

Otros casos de caducidad del plazo están contemplados en los arts. 1110, 1323, 1427, 1561, 1897.2.

940 En el mismo error incurre el Código civil y comercial argentino, cuando en el art. 353 cuando dispone que “el obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo..., si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación...”.

(8) Plazo judicial

Artículo 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 estos no lo señalaren.

La demanda se tramita como proceso sumarísimo⁹⁴¹.

El primer párrafo del art. 182 se refiere al plazo tácito, esto es cuando las partes no lo han estipulado expresamente, pero de las circunstancias o naturaleza de los particulares fines que se persiguen o cuando sea necesario el transcurso de un lapso de tiempo para exigir el cumplimiento de la prestación (por ej., los bienes adquiridos se tienen que fabricar; o se tienen que entregar en un lugar distante del de adquisición), se dedujera que ha querido concederse al deudor un plazo, en cuyo caso el juez fijará su duración. El juez no crea el plazo porque este existe implícitamente en el acto, pero es incierta la fecha de su vencimiento, razón por la cual, a solicitud de parte interesada fija su duración.

El segundo párrafo del art. 182 regula el plazo *potestativo*, entendiéndose como tal tanto al término *potestativo propio* (cuando la determinación se ha dejado a un comportamiento voluntario en el cual el sujeto tenga algún interés) como el término *meramente potestativo* (cuando quiero); a diferencia de la condición meramente potestativa que anula el acto, el término potestativo, propio o meramente potestativo, no invalida el acto, y si el deudor no señala su duración lo fijará el juez a pedido del acreedor⁹⁴².

941 Párrafo sustituido por el D. Leg. N° 768.

El párrafo original del art. 182 prescribía: *El procedimiento es de menor cuantía.*

942 Cas. N° 3319-98-Lima: "el artículo 182 del Código civil establece dos supuestos de fijación de plazo por el juez: el primero alude al caso del plazo tácito, en el cual se parte del supuesto de que existe un plazo, pero será el juez quien determine su extensión o duración; el segundo párrafo pretende regular los casos en que el acreedor ha permitido que el deudor cumpla con su obligación cuando quiera o cuando disponga de los medios suficientes, sin embargo, el arbitrio del deudor no es en todo caso ilimitado, corresponde al juez establecer en dicha hipótesis el término conveniente para que resulte exigible la obligación".

Según Scognamiglio⁹⁴³, el plazo potestativo no invalida el acto (a diferencia de cuanto ocurre en la condición) porque tal término no compromete la existencia de la obligación. Pero una solución de esta naturaleza –agrega este autor– se puede adoptar solamente respecto del término del cumplimiento; en cambio, cuando se trata del término que afecta la eficacia del acto, se deberá concluir, del mismo modo y en los mismos límites que en el caso de la condición, o sea, por la nulidad del acto.

También fijará el juez la duración del plazo cuando su determinación haya quedado a voluntad de un tercero y este no lo señale.

El art. 182 regula la fijación judicial del plazo cuya determinación ha quedado a voluntad del deudor, pero no dice nada cuando la determinación del plazo ha quedado a voluntad del acreedor y este no lo señala, supuesto último que se resolverá aplicando por analogía el art. 182, es decir, si el acreedor no señala la duración del plazo, esta será fijado por el juez a instancia del deudor que quiere liberarse. Al respecto es claro el art. 1183 del Código italiano que dispone: “Art. 1183. *Tiempo del cumplimiento.* - Si no se ha determinado el tiempo en que la prestación se debe cumplir, el acreedor puede exigirla inmediatamente. Sin embargo, cuando en virtud de los usos o por la naturaleza de la prestación o bien por el modo o el lugar de la ejecución, sea necesario un plazo, este, en defecto de acuerdo de las partes, se establece por el juez. Si el término para el cumplimiento se deja a la voluntad del deudor, corresponde igualmente al juez establecerlo según las circunstancias; si se deja a la voluntad del acreedor, el término puede ser fijado a instancia del deudor que quiere liberarse”. Es aconsejable que en caso de reforma del Código peruano se adopte una solución como la contenida en este artículo del Código italiano.

(9) Cómputo del plazo

Artículo 183.- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.

943 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 148.

2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.
5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente⁹⁴⁴.

El art. 183 establece un régimen legal supletorio que opera si las partes o la ley no disponen un modo diferente de computar los plazos.

En primer lugar señala que el plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano. En efecto, este es el calendario que nos rige, el mismo que fue establecido por el Papa Gregorio XIII en el año 1582, a partir de los estudios de Lilio, Clavius y Chacón⁹⁴⁵. Es el calendario de mayor aceptación y uso a nivel

944 *CC de 1936: Art. 1116.*- Si el plazo está señalado por días a contar desde uno determinado, quedará este excluido del cómputo. El plazo incluye el día del vencimiento. Si fuese festivo, el cumplimiento tendrá lugar el primer día siguiente que no sea festivo. Los meses se computarán con arreglo al calendario gregoriano.

Código Tributario: Norma XII.- *Cómputo de plazos.* Para efecto de los plazos establecidos en las normas tributarias deberá considerarse lo siguiente:

- a) Los expresados en meses o años se cumplen en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente al día de inicio del plazo. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
- b) Los plazos expresados en días se entenderán referidos a días hábiles.

En todos los casos, los términos o plazos que vencieran en día inhábil para la Administración, se entenderán prorrogados hasta el primer día hábil siguiente. En aquellos casos en que el día de vencimiento sea medio día laborable se considerará inhábil.

945 Ver: *Diccionario Enciclopédico Quillet*, Cumbre, México D. F., 1985, T. II, p. 362; VIDAL RAMÍREZ, *Teoría general del acto jurídico*, cit., p. 513.

Julio César adoptó el año solar de 365 días y 6 horas, y cada cuatro años, un año de 366 días. Este se llamó el Calendario Juliano. Con el fin de adecuar el calendario a las festividades de la cristiandad, el Papa Gregorio XIII dispuso que se supriman 10 días del año 1582 y que deje de ser bisiesto el año final de cada siglo a menos que el número correspondiente a tal año fuera múltiplo de 400. Este es el Calendario Gregoriano, en el cual el año tiene 365 días más un año bisiesto de 366 días cada 4 años; los años se dividen 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 4 años, alcanza 29 días; la semana en 7 días, y los días divididos en 24 horas, las horas en 60 minutos y los minutos en 60 segundos.

mundial. Este calendario considera que el año tiene 365 días.

El plazo se computa de acuerdo a las siguientes reglas:

1). *El cómputo por días*

El cómputo del plazo por días está normado en los incs. 1, 4 y 5 del art. 183.

El inc. 1 del art. 183 dispone: *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.* El día entero tiene 24 horas, corre de medianoche a medianoche; el día comienza a la hora 0 y termina en la hora 24, o sea el día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. Según lo dispuesto en el inc. 1 del art. 183, en el cómputo natural se incluyen tanto los días hábiles (útiles) como los inhábiles (feriados); mientras que en el cómputo civil se excluyen los días inhábiles. El plazo por días no puede contarse de momento a momento ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de la fecha de su celebración. Si el día 6 de junio se celebra un contrato de préstamo por 30 días, el plazo comienza a computarse desde la medianoche del día 6 en que comienza el día 7, este es el día uno, y seguimos contando hasta llegar al día 30, el plazo termina a la media noche de este día 30. Para completar el plazo de 30 días contamos todos los días hábiles como inhábiles, porque el plazo se cuenta por días corridos y no por días útiles, salvo que la ley o el pacto establezcan que los 30 días son hábiles, en cuyo caso se excluye del cómputo los días inhábiles⁹⁴⁶.

El art. 5 del Título Preliminar del Código civil español, modificado por la Ley 3/1973, señala: "Art. 5.- 1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará este excluido del cómputo, el cual deberá empezar el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes. 2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles".

946 TP del Código civil y comercial argentino: Art. 6 *Modo de contar los intervalos del derecho.* *El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo.*

Como los días del plazo son días enteros de 24 horas, es posible que el deudor pueda ejecutar su prestación desde la hora 0 hasta el filo de la medianoche. Sin embargo, los usos y las costumbres imponen que en la mayoría de los casos el deudor pueda ejecutar su prestación y el acreedor exigir el pago solamente en determinados horarios, por ej., durante el horario en que los bancos atienden al público; durante el tiempo en que los establecimientos del deudor o del acreedor permanecen abiertos; durante el horario en que razonablemente se puede exigir al acreedor en su domicilio que acepte el pago.

Como hemos indicado antes, el plazo señalado por días se computa por días naturales, en los que se comprende tanto los días hábiles como los inhábiles o no laborables, a menos que la ley o el acto jurídico establezcan expresamente que se haga por días útiles.

El inc. 4 del art. 183 establece: *El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.* En el cómputo del plazo, en líneas generales, no se cuenta el día inicial (*dies a quo non computatur in termino*) mientras que si se computa el día final (*dies ad quem computatur in termino*). Si se incluyera en el plazo el día inicial no se estaría contando un día entero, pero sí se incluye el día del vencimiento por cuanto este pertenece íntegramente al deudor, quien puede pagar en cualquier momento de este día. Por ej., si el día 15 de febrero, se celebra un contrato de mutuo por treinta días; si en el cómputo entrara el día 15 no se estaría contando un día completo porque al momento en que las partes celebran el contrato han pasado ya varias horas del día 15. La exclusión del día inicial en el cómputo del plazo (*Dies a quo non computatur in termino*) se aplica en los plazos fijados por días, semanas, meses o años, etc. Por las razones expuestas, los plazos por semanas, meses o años, etc., se contarán siempre a partir del día siguiente al inicial.

El inc. 5 del art. 183 prescribe: *El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.* Si el día del vencimiento del plazo es inhábil, se prorroga al siguiente día hábil, independientemente que el plazo sea por días, meses, años, etc. *A contrario sensu*, si el día por el que se inicia el cómputo del plazo es inhábil o en el transcurso hay uno o varios días inhábiles, ellos entran en el cómputo.

Cuando el plazo se señala por semanas, se debe considerar la semana entera de siete días. Si el plazo es por unidades temporales menores a un día, por ej., por horas, el cómputo es de momento a momento (*a momento ad momentum*).

2) *El cómputo por meses*

El inc. 2 del art. 183 dispone: El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes. Esto quiere decir que el plazo por meses se computa de fecha a fecha, excluyendo del cómputo el día inicial, o sea, se cuenta desde el día siguiente del día inicial correspondiente al mes inicial y termina en ese mismo día del mes del vencimiento. En el supuesto de que en el mes del vencimiento faltara un día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira en el último día de dicho mes. Por ej., el día 29 de junio se celebra un contrato de suministro por el plazo de ocho meses; el plazo de ocho meses corre desde el día 30 de junio (mes inicial) hasta el día 28 de febrero (mes del vencimiento), porque en este mes falta el día 30 del mes inicial (junio). En cambio, si el contrato celebrado el 29 de junio es por seis meses, el plazo se inicia el 30 de junio (mes inicial) y vence el 30 de diciembre (mes del vencimiento).

3) *El cómputo por años*

El inc. 3 del art. 183 prescribe: El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2. El plazo señalado por años se rige por las mismas reglas del plazo señalado por meses. Por ej., si el acto se celebra el 5 de junio de 2012 por el plazo de 2 años, el plazo vence el 6 de junio del año 2014⁹⁴⁷.

Sea el plazo por días, semanas, meses o años, en el cómputo se excluye el día inicial y se incluye el día del vencimiento. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. Cuando en el mes del vencimiento falta el día equivalente al inicial de cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Cuando el día del vencimiento es inhábil, vence el primer día hábil siguiente.

El artículo bajo comentario no regula los plazos fijados en horas, por analogía con los plazos establecidos en días, cuando el plazo se ha fijado en horas a comenzar desde una hora determinada, esta queda excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente.

947 El derogado Código civil argentino disponía: Art. 25. Los plazos de meses o meses, de años o años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha. Así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año.

(10) Aplicación supletoria de las reglas del art. 183

Artículo 184.- Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente.

A falta de convenio o disposición legal en contrario, las reglas sobre el cómputo del plazo contenidas en el art. 183 son de aplicación a todo tipo de plazo sea legal, judicial o convencional, siempre que no se establezca otra cosa por ley o por acuerdo.

Sección III: El cargo

101. CONCEPTO

El cargo (llamado también “carga”⁹⁴⁸, “encargo”, “modo”) es una obligación accesoria y excepcional que, en los actos gratuitos de liberalidad, *inter vivos* o *mortis causa*, puede ser impuesta por el disponente a cargo del destinatario de la liberalidad, consistente en dar, hacer o no hacer algo en favor del disponente o de un tercero o del mismo beneficiario, o de emplear de una determinada manera el bien objeto de la disposición⁹⁴⁹. No es un suceso extraño a la voluntad humana, como ocurre con la condición o el plazo.

Desde el Derecho romano se dijo que la condición suspensiva suspende, pero no obliga; el modo obliga, pero no suspende. Esta frase también describe de forma correcta la distinción entre condición suspensiva y modo en el Derecho vigente⁹⁵⁰.

948 La palabra “carga” significa también las garantías (hipotecas, prendas, anticresis) y los gravámenes (embargos o medidas cautelares) con los que afectan a los bienes.

949 COVIELLO (Doctrina general del Derecho civil, cit., p. 484) manifiesta que el *modus* “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. Este puede consistir 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”. cfr. también BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 415; CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, cit., p. 565; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, cit., T. II, p. 160.

950 FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, cit., p. 803.

La palabra "carga" es utilizada aquí en su sentido vulgar. En su sentido técnico jurídico, la carga consiste en una obligación vinculada a la titularidad de determinados bienes (ej., la servidumbre).

El cargo tiene un carácter doble, por su naturaleza constituye una *obligación* y, como tal, su cumplimiento puede ser exigido, incluso coercitivamente, y al mismo tiempo es una obligación *accesoria* al derecho que adquiere el destinatario de una liberalidad; este no puede adquirir la liberalidad sin asumir la obligación en que consiste el cargo.

Es necesario recordar que los actos gratuitos pueden o no ser de liberalidad. En los actos gratuitos de liberalidad hay una atribución patrimonial (como la donación, la renta vitalicia gratuita, el legado, la renuncia a cobrar una deuda, la cesión gratuita del rango hipotecario, etc.); en cambio, en los actos gratuitos que no son de liberalidad falta la atribución patrimonial (ej., el mandato, el depósito gratuito). Todo acto de liberalidad es gratuito, pero no todo acto gratuito es una liberalidad; hay aquí una relación de género a especie, el género lo constituyen los actos gratuitos y la especie, los actos de liberalidad. El cargo solamente puede ser impuesto en los actos gratuitos de liberalidad, no así en los actos gratuitos que no impliquen una atribución patrimonial.

Barbero⁹⁵¹ da la siguiente definición: "El modo (del latín *modus* = medida) consiste en un *peso que, solo en los negocios a título gratuito (testamento o donación), puede ser impuesto al destinatario de la liberalidad, de hacer o dar algo en favor del disponente o de un tercero o del beneficiado mismo, o en general de emplear de una determinada manera el objeto de la disposición*".

En tal sentido, el cargo constituye un límite a la liberalidad recibida, una reducción del beneficio de atribución patrimonial gratuita, consistente en una obligación accesoria de dar o hacer que debe cumplir el beneficiario de la liberalidad en favor del autor de la liberalidad, de un tercero o del mismo beneficiado con la liberalidad.

Los sujetos vinculados al acto modal son los siguientes:

- a) El *autor de la liberalidad* (o disponente), o sea, el que realiza el acto de disposición a título gratuito (donante, testador);

951 BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, cit., T. I, p. 596.

- b) El *beneficiario de la liberalidad* (donatario, heredero, legatario), obligado a cumplir el cargo; y
- c) El *beneficiario del cargo*.

A su vez, el beneficiario del cargo puede ser:

- c.1) El propio disponente. El ejemplo clásico de la doctrina es el legado de una cosa, mueble o inmueble, que deja el causante en su testamento con imposición del cargo consistente en que el legatario haga celebrar oficios religiosos por su alma luego de su muerte.
- c.2) Un tercero determinado o determinable. Ejemplos: A instituye como su heredero a B, con el cargo de B de pasar una pensión alimenticia a C por un año. A dona un lote de terreno a la Municipalidad de Lima para que lo destine a un parque público.
- c.3) El propio beneficiario de la liberalidad. Ejemplos: la donación hecha con el fin de que el donatario se costee sus estudios profesionales. Se dona un capital a un instituto científico, con el cargo de destinarlo a una particular investigación⁹⁵².

Es esencial que el modo sea impuesto por el disponente y que grave al beneficiario de la liberalidad, sea en favor de aquél, del propio beneficiario⁹⁵³ o de un tercero, o en general, que el beneficiario emplee de una determinada manera el objeto de la disposición. Como dice Barbero⁹⁵⁴, constituye “para el beneficiario, ya un límite a su libertad de iniciativa en la disposición del objeto de la liberalidad recibida, ya una obligación de hacer o de dar, y en general, siempre, un gravamen que reduce el beneficio de la atribución patrimonial, por lo cual se le denomina también ‘carga’ (que no hay que confundir con la ‘carga’ como relación jurídica distinta del ‘deber’)”.

La relación entre la liberalidad y el cargo es de subordinación: el cargo es accesorio respecto de la liberalidad, por lo que el incumplimiento del cargo no

952 Ejemplo de TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, cit., p. 257.

953 Opina en contrario LEÓN BARANDIARÁN, *Acto Jurídico*, cit., p. 290), quien sostiene que “no es modo, la cláusula que tuviera por fin el provecho exclusivo de la persona que debe cumplirlo”.

954 BARBERO, *Sistema de Derecho privado*, cit., T. I, p. 596.

impide la adquisición del derecho ni determina su extinción. Como sostiene Albaladejo⁹⁵⁵, el cargo es algo accidental en el negocio, en cuanto que el tipo abstracto de este no lo requiere para existir; pero también en el negocio particular en el que se inserta, es una parte accesoria que depende de la parte principal. La parte principal puede ser válida y eficaz, aun en defecto del modo; mientras que este no puede subsistir sin aquella. Así, cuando el modo es inválido el negocio deviene puro o el incumplimiento del modo no deja necesariamente sin efecto el negocio modal.

El cargo solamente deriva de la voluntad del disponente, no puede derivar de la voluntad de otras personas ni de la ley. Siempre es expreso, no puede ser tácito. No es un suceso extraño a la voluntad del disponente, como ocurre en la condición o el plazo.

La obligación en que consiste el cargo puede ser patrimonial o no, pero cuando es no patrimonial, la prestación que es objeto de ella debe tener una traducción patrimonial porque, en caso contrario, no se podría exigir el cumplimiento de la obligación. Luego, la prestación objeto de la obligación en que consiste el cargo debe ser siempre onerosa, cuya ejecución pueda ser exigida coercitivamente, por ej., se dona una pintura con el cargo de que sea exhibida al público cada cierto tiempo (obligación no patrimonial), si el donatario no cumple con hacer la exhibición (prestación) puede ser obligado a indemnizar los perjuicios respectivos (traducción patrimonial de la prestación). Si el deber impuesto al beneficiario de la liberalidad consiste en prestaciones de carácter no pecuniario (por ej., no consumir drogas; contraer o no matrimonio), o tiene el carácter de un consejo (ej., te dono el fundo, pero te recomiendo que lo siembres de frutales), deja de ser cargo.

La condición y el plazo pueden ser puestos a los actos jurídicos onerosos o gratuitos; en cambio, el cargo solamente puede ser puesto en los actos jurídicos gratuitos que impliquen una liberalidad. El cargo tiene un campo de aplicación mucho más restringido que la condición y el plazo.

El cargo no debe confundirse con las obligaciones que tienen el carácter de contraprestación (propia de los actos onerosos). El cargo no se encuentra en los actos por los cuales se transmite un derecho patrimonial para obtener una contraprestación. Por ej., si alguien vende un fundo por cien mil dólares, "im-

955 ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 284.

poniéndole al comprador la obligación de constituir en aquél una servidumbre en favor de otro fundo perteneciente al mismo vendedor o a un tercero, esta obligación no puede llamarse cargo, 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”⁹⁵⁶. El cargo no es, pues, una contraprestación a cargo del beneficiario de la liberalidad, de la cual es accesorio, sino un límite a la atribución patrimonial, la cual permanece gratuita.

El acto *sub modus* no es de prestaciones recíprocas, dado que la obligación que tiene que cumplir el beneficiario no tiene la calidad de contraprestación de la prestación objeto de la obligación del disponente. En los actos con prestaciones recíprocas (ej., una compraventa), la una se hace en vista de la otra, la prestación se realiza pensando en el beneficio que se va a recibir con la contraprestación, la prestación es causa de la contraprestación y viceversa, ninguna es accesoria de la otra sino que todas están en un mismo plano, ambas son interdependientes, mientras que la obligación asumida como modo es una obligación accesoria respecto a la liberalidad de la cual constituye un límite, no hay una relación de interdependencia entre la obligación del disponente de entregar el bien objeto de la liberalidad y la obligación del beneficiario de ejecutar el modo, sino una relación de accesoriedad de esta frente a aquélla. El derecho del beneficiario de la liberalidad que le ha sido concedida no depende del cumplimiento del cargo o modo. La prestación del disponente a título de liberalidad y la prestación del beneficiario a título de modo no son interdependientes; la prestación del disponente no se subordina a la prestación del beneficiario, sino solo ésta a aquella. El cargo tiene su causa en la liberalidad pero no al contrario.

En los actos onerosos, no cabe el cargo porque las obligaciones impuestas a una de las partes no son cargos sino contraprestaciones⁹⁵⁷.

956 COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, cit., p. 485.

957 Algunos autores, inspirados en Mackeldey, sostienen que el modo puede existir en los actos gratuitos y en los onerosos. Mackeldey (cuyo concepto del modo está transcrito por Vélez en la nota al art. 558 del Código argentino) dice: “El modo puede existir lo mismo en los actos de beneficencia que en los de título oneroso; pero es de advertir que en los primeros tiene el donador en los casos que no se ejecute el modo, la elección de intentar su acción, bien sea para la ejecución del modo o para la restitución de lo que ha dado, mientras que en los segundos se limita a su acción a pedir la ejecución del modo (...). Las convenciones que tienen por objeto transferir un derecho sobre bienes, pueden contener disposiciones sobre

El cargo no cambia la naturaleza del acto al cual se añade. Por ej., una donación modal sigue siendo donación, no se convierte en un acto jurídico oneroso a causa del cargo impuesto al donatario, aunque el cargo sea igual o superior al valor de bien donado, no estando el obligado con el cargo a cumplirlo en la medida en que exceda a la liberalidad.

102. FUNCIÓN

El cargo o modo se distingue de la condición por la función que cumple en el acto jurídico.

La condición suspende la eficacia del acto y el cargo obliga. La condición pone en contingencia los efectos del acto jurídico; mientras que el cargo limita la ventaja económica del beneficio de una atribución patrimonial gratuita. La condición no comporta obligación alguna (*conditio non est in obligatione*); el modo es fuente de obligaciones que pueden tener por objeto prestaciones de dar, hacer o no hacer algo (*modus est in obligatione*).

De la condición dependen los efectos del acto jurídico, mientras que la imposición del cargo no afecta la eficacia del acto de atribución patrimonial realizado con carácter gratuito ni lo convierte en oneroso; la condición pone en trance de ser o no ser a los efectos del acto jurídico, en tanto que el cargo no pone en trance a los efectos típicos del acto sino que añade a estos una obligación nueva limitándolos económicamente, esto es, jurídicamente con el modo los efectos del acto se incrementan. Por ej., una donación con el cargo de que el donatario haga construir para el donante un monumento funerario, no deja de ser donación para asumir la naturaleza de contrato oneroso, en el cual el cargo tenga el valor de contraprestación, sino que conserva su naturaleza de acto jurídico gratuito, con el añadido de un elemento oneroso de carácter accidental: el cargo.

La condición, el plazo y el modo son elementos accidentales del acto jurídico, pero mientras los dos primeros una vez añadidos al acto dejan de ser acceso-

la suerte ulterior de la cosa transmitida por medio de una obligación contratada por el que la recibe. Las principales disposiciones de este género entran en el contenido de las transacciones mismas. Si el comprador de una casa, por ejemplo, se obliga a no cobrar alquileres al vendedor que la ocupa por el término de un año, sería meramente una convención accesorio, y la acción que resulta del contrato basta para su ejecución; mas, hay ciertas materias en que este procedimiento es insuficiente y para las cuales era preciso establecer una especie de convenciones accesorias, y esto es el modo”.

rios para devenir en requisitos de eficacia del acto (así, convirtiendo a esa eficacia en precaria al suspender su exigibilidad o extinción, o limitándola en el tiempo), el modo no afecta a la eficacia del acto, no pierde su carácter de accesorio para convertirse en requisito de eficacia, sino que se resuelve en una obligación a cargo del beneficiario de la liberalidad, quien debe efectuar una cierta prestación. Dentro de las estipulaciones que integran el contenido del acto jurídico, el cargo es una estipulación accesorio y como tal no impide la adquisición del derecho ni su ejercicio por parte del beneficiario de la liberalidad.

Si se pacta que el cargo impuesto debe ser cumplido antes como un requisito para que el destinatario de la disposición a título gratuito adquiera el derecho, no estamos frente a un acto *sub modo*, sino *sub condicione*.

En caso de duda, se juzgará que existe cargo y no condición, en vista a que cuando se celebra un acto jurídico es para que produzca efectos y no para que no los produzca (cuando el acto es condicionado, no se sabe si el derecho va a nacer o no).

103. CUMPLIMIENTO DEL CARGO

Artículo 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.

El cargo, llamado también modo, carga o encargo, consiste en una obligación accesorio y excepcional impuesta al beneficiario de una liberalidad por el disponente de esta (ej., se dona un predio, imponiendo al donatario la carga de pagar una pequeña pensión a favor de una persona estimada por del donante).

Sus caracteres son:

- a) *Es una obligación.* El cargo es una modalidad que grava al beneficiario de una liberalidad. Por tanto, el acreedor del cargo puede usar las acciones compulsivas pertinentes para hacer efectivo el cumplimiento y la indemnización de los daños irrogados por el obligado con el cargo que no ejecuta su prestación;
- b) *Es accesorio.* Es accesorio pero inescindible de la adquisición de la liberalidad. No es posible adquirir el derecho si al propio tiempo no se

asume la obligación que el cargo trae aparejada. Por ser una obligación accesoria está sometida a la formalidad exigida para el acto principal.

- c) *Es excepcional*. No deriva ordinariamente del acto jurídico ni es un elemento natural, sino que es independiente del derecho que adquiere el beneficiario de la liberalidad.

Los sujetos vinculados al acto modal son el disponente de la liberalidad, o sea, el que hace la liberalidad (donante, testador). El beneficiario de la liberalidad (donatario, heredero) es el obligado a cumplir el cargo. El beneficiario del cargo, llamado también asignatario, que puede ser el propio disponente de la liberalidad, o un tercero determinado o determinable, o también puede ser el beneficiario de la liberalidad (ej., la donación hecha con el fin de que el donatario se costee sus estudios profesionales).

La imposición del cargo no afecta ni suspende la atribución patrimonial realizada con carácter gratuito, ni la convierte en onerosa. La relación entre la liberalidad y el cargo es de subordinación: el cargo es accesorio respecto de la liberalidad, por lo que el incumplimiento del cargo no impide la adquisición del derecho ni determina su extinción. El modo no es una contraprestación a cargo del beneficiario de la liberalidad, de la cual es accesorio; el acto *sub modus* no es de prestaciones recíprocas, ya que la obligación que tiene que cumplir el beneficiario no tiene la calidad de contraprestación de la prestación objeto de la obligación del disponente; en los actos con prestaciones recíprocas la prestación es causa de la contraprestación y al contrario; en el acto modal no hay una relación de interdependencia entre la obligación del disponente y la del beneficiario, sino una relación de accesoriedad de esta frente a aquélla.

En los actos de liberalidad hay una atribución patrimonial (ej., una donación); en cambio, en los actos gratuitos puede faltar la atribución patrimonial (ej., el depósito gratuito). Todo acto de liberalidad es gratuito, pero no todo acto gratuito es una liberalidad. El modo solamente puede ser impuesto en los actos de liberalidad, no así en los actos gratuitos que no impliquen una atribución patrimonial, en otros términos, el modo solamente puede ser impuesto en los actos gratuitos que impliquen liberalidad. El modo tiene su causa en la liberalidad, por consiguiente la obligación modal nace cuando se adquiere la liberalidad. Una vez aceptada la liberalidad con cargo, el beneficiario de la liberalidad debe cumplir con ejecutar su prestación (en que consiste el cargo) a favor del beneficiario del cargo.

Si el cargo es obligatorio para el beneficiario de la liberalidad, quien habrá de cumplirlo, surge la pregunta acerca de ¿quién puede exigir el cumplimiento de la obligación en que consiste el cargo? Al respecto, el art. 185 es terminante, la legitimación activa para exigir el cumplimiento del modo corresponde al imponente o al beneficiario. Si el cargo es de interés social puede exigirlo también la autoridad competente.

Tanto el beneficiario como el imponente del cargo tienen la calidad de acreedores y, por tanto, pueden exigir su cumplimiento. El deudor del cargo es el beneficiario de la liberalidad. La obligación en que consiste el cargo, si bien es accesoria, autoriza al acreedor para: a) emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado; b) procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor; c) obtener del deudor la indemnización de los daños causados con el incumplimiento; d) hacer uso de la acción oblicua (art. 1219.4); e) hacer uso de la acción pauliana (art. 195).

El derecho del beneficiario del cargo nace directa e inmediatamente que se adquiere la liberalidad. Si el cargo viene impuesto en un testamento, la adquisición de la herencia o legado tiene lugar *ipso iure* al fallecimiento del testador, por lo que también se adquiere *ipso iure* la obligación modal que lo grava; pero como la herencia o legado pueden ser posteriormente repudiados, con ello también se borra lo accesorio que es la obligación modal. Si el cargo es impuesto en un contrato, el derecho del beneficiario y el cargo que lo grava nacen directa e inmediatamente que se celebra el contrato.

Pero tratándose del contrato (ej., una donación con cargo) hay que tener presente que si el acreedor modal no es el propio disponente ni el propio beneficiario de la liberalidad, sino un tercero, si bien es cierto que el derecho de este nace directa e inmediatamente de la celebración del contrato; sin embargo, será necesario que haga conocer a ambas partes contratantes su voluntad de hacer uso de su derecho, para que pueda exigir el cumplimiento del cargo, operando esta declaración retroactivamente al momento en que se perfeccionó el contrato (art. 1458).

En aplicación del principio que dice que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero no al contrario, y siendo el cargo una obligación accesoria que accede al derecho del beneficiario con una liberalidad, la ineficacia (nulidad, resolución, revocación, etc.) del acto de liberalidad conlleva la del cargo, pero la ineficacia de este no afecta a la liberalidad. De lo que sigue que la inejecución

del cargo no origina la revocación de la liberalidad⁹⁵⁸; el acreedor modal solo tiene derecho a exigir la ejecución del cargo valiéndose de todos los medios que le franquea la ley (art. 1219 y disposiciones concordantes). Por aplicación del mismo principio, la invalidación o revocación de una donación sujeta a cargo determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del cargo satisfecho (art. 1642).

El modo es obligatorio para el beneficiario de la liberalidad, quien habrá de cumplirlo. La legitimación activa para exigir el cumplimiento del modo corresponde al imponente del cargo o al beneficiario. Si el modo es de interés social, puede exigirlo también la autoridad competente.

Si el modo se ha establecido exclusivamente en beneficio del asignatario, como cuando te dejo dinero para que estudies, no importa obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria expresa, circunstancia que exige cumplir el modo so pena de resolución⁹⁵⁹.

Si el obligado con el cargo no ejecuta la prestación debida, el acreedor puede hacer uso de las acciones que le confiere el art. 1219, y las relativas a la inejecución de las obligaciones, arts. 1314 y ss.

104. PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CARGO

Artículo 186.- Si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, este debe cumplirse en el que el juez señale.

La demanda se tramita como proceso sumarísimo⁹⁶⁰.

958 LEÓN BARANDIARÁN, *Acto jurídico*, cit., p. 294), citando a Warneyer, dice que en el Derecho alemán la inejecución del cargo da origen a la revocación del derecho transmitido: "primero, cuando la ejecución del cargo se hace imposible, entera o parcialmente imposible, debido a una circunstancia de responsabilidad del donatario; segundo, cuando este ha sido sentenciado a la ejecución y no la ha efectuado dentro del plazo que se le señaló; tercero, cuando el donatario está en mora y ha omitido tal ejecución o el demandante ya no tiene ningún interés en una realización tardía del cargo".

959 VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío, *Estudio sobre obligaciones*, Temis, Bogotá, 2010, p. 334.

960 Párrafo sustituido por el D. Leg. N° 768.

El párrafo original del art. 186 establecía: *El procedimiento es el de menor cuantía.*

El cargo será ejecutado en el plazo señalado por el imponente; a falta de este plazo, si acreedor y deudor no se ponen de acuerdo, el cargo se cumplirá en el plazo que señale el juez en un proceso sumarísimo, atendiendo a las circunstancias del caso (ej., la facilidad o dificultad para realizarlo).

El plazo señalado por el imponente para el cumplimiento del cargo puede ser determinado cierto o incierto, expreso o tácito. Cuando el plazo no es expreso estamos ante un plazo indeterminado cuyo vencimiento será determinado por el juez teniendo en cuenta la naturaleza del cargo que debe cumplirse.

El deudor del cargo cae en mora de acuerdo con lo que dispone el art. 1333 y siguientes. También incurre en responsabilidad civil de acuerdo con las normas sobre inexecución de las obligaciones (art. 1314 y ss.).

La acción personal para exigir el cumplimiento del cargo prescribe a los 10 años (art. 2001.1). El plazo de prescripción comienza a contarse a partir de que la obligación se torna exigible.

105. INEXIGIBILIDAD DEL CARGO

Artículo 187.- El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad.

Puede suceder que la limitación modal impuesta sea excesiva al extremo que reabsorba enteramente el beneficio patrimonial atribuido, o incluso superarlo, de manera que el destinatario de la liberalidad para poder ejecutar el modo tuviera que utilizar no solamente lo recibido sino también lo suyo propio, pero esto no implica que el beneficiario de la liberalidad esté obligado a ejecutar el cargo en lo que excede al valor de la liberalidad; en la parte que el cargo excede a la liberalidad deja de ser una obligación jurídica, para devenir en una obligación puramente moral (obligación natural) que si el deudor quiere la cumple sino no.

Como la finalidad del acto de liberalidad es enriquecer al beneficiario, el cargo debe ser de una entidad inferior o, a lo más, igual a la liberalidad. Por esta razón, el art. 187 dispone que el beneficiario de la liberalidad no está obligado a cumplir el cargo que exceda a la liberalidad.

El destinatario de la liberalidad no está obligado a ejecutar el cargo más que dentro de los límites del valor de los bienes recibidos, aunque haya aceptado la liberalidad con cargo sin reservas.

106. TRANSMISIBILIDAD DEL CARGO

Artículo 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 solo 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.

El derecho adquirido, objeto del acto de liberalidad, es transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte y con él se traspasa la obligación de cumplir el cargo, excepto que se trate de una obligación personalísima del gravado con el cargo. Si el cumplimiento del cargo es inherente a la persona y esta muere sin cumplirlo, la adquisición del derecho, objeto de la liberalidad, queda sin efecto, volviendo los bienes al titular originario o a sus herederos⁹⁶¹.

Conforme al art. 188, como toda obligación, la de cumplir el cargo se trasmite a los herederos, excepto cuando se trata de una obligación inherente a la persona del deudor (*intuitu personae*), lo prohíbe la ley, o se ha pactado lo contrario (arts. 188, 660 y 1218).

Si el beneficiario de la liberalidad fallece antes de haber cumplido el cargo, sus herederos deben satisfacer la obligación si ella no es inherente a la persona. Si el cargo consiste en una obligación *intuitu personae* y el beneficiario muere sin cumplirla, los bienes objeto de la liberalidad revierten al imponente del cargo o sus herederos. Por ej., se dona un bien a un abogado con el cargo de que él personalmente defienda al donante en un proceso judicial; el abogado muere sin haber cumplido el encargo; sus herederos deben devolver al donante o a sus herederos el bien materia de la donación.

961 El art. 356 del Código civil y comercial argentino establece: "Art. 356. *Transmisibilidad.* El derecho adquirido es transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte y con él se traspasa la obligación de cumplir el cargo, excepto que solo pueda ser ejecutado por quien se obligó inicialmente a cumplirlo. Si el cumplimiento del cargo es inherente a la persona y esta muere sin cumplirlo, la adquisición del derecho principal queda sin efecto, volviendo los bienes al titular originario o a sus herederos. La reversión no afecta a los terceros sino en cuanto pudiese afectarlos la condición resolutoria.

Si el derecho del destinatario de la liberalidad sometido a cargo es transferido por acto entre vivos, el sucesor singular se encuentra obligado a cumplir el cargo a menos que sea inherente al obligado.

107. CARGO ILÍCITO O IMPOSIBLE

Artículo 189.- Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno.

Como sabemos, la relación entre la liberalidad y el modo es de subordinación: el modo es accesorio respecto de la liberalidad. Aquí es de aplicación el principio que dice que *lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero no al contrario*, por lo que si la estipulación que contiene el cargo o modo se invalida, esto no afecta para nada al acto jurídico (liberalidad) que permanece como un acto puro. La imposibilidad o ilicitud del cargo puede ser inicial o sobrevenida, pero en ambos supuestos la nulidad del cargo no afecta la validez del acto. Por ello, el art. 189 establece que en caso de que el modo impuesto sea ilícito o imposible, o llegara a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno.

No se pueden poner cargos ilícitos o imposibles, pero su presencia no invalida el acto, sino que se los tiene por no puestos (*vitiatur sed non vitiat*), subsistiendo el acto jurídico sin cargo alguno.

Se terminó de imprimir en la ciudad de Lima,
en los talleres gráficos de JURISTA EDITORES EIRL
Jr. Miguel Aljovín N° 201 - Lima-Perú
en el mes de junio de 2018.

Asibal Torres Vázquez
ACTO JURÍDICO

ISBN: 978-612-4366-55-0



9 786124 366550

ISBN: 978-612-4366-56-7



9 786124 366567

JURISTA EDITORES