

# ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURIDICO\*

Ana Lorena Umaña Rojas  
Víctor Pérez Vargas

## NEGOCIO JURIDICO Y CONTRATO

El negocio jurídico es una programación<sup>1</sup> objetiva de intereses. Tradicionalmente se le define como una manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico.<sup>2</sup>

Modernamente, la doctrina distingue la figura del negocio jurídico, como categoría más amplia que comprende todos los actos de autonomía privada, como tales relevantes para el derecho, de la figura del contrato que representa una especie de negocio; el bilateral o plurilateral de contenido patrimonial.<sup>3</sup>

El contrato se caracteriza por patrimonialidad y "bi" o "pluri" "lateralidad". El negocio supera estas limitaciones, constituyéndose en un género amplio, donde encuentran cabida convenios, contratos, actos no patrimoniales, testamentos, etc; todos tienen en común que hay una voluntad exteriorizada y un fin al que se tiende, a la programación de intereses.

Nuestro Código Civil se mantiene dentro del sistema tradicional dictando, en el libro de las Obligaciones, la disciplina de los contratos en general y regulando los diferentes tipos de negocios en forma específica, aunque se hace la extensión de ciertas normas a los actos unilaterales, en lo que sean compatibles.<sup>4</sup>

La figura del contrato constituye la categoría más difusa y representativa del negocio. Al limitarse a la teoría del contrato debe tenerse presente la noción y la teoría del negocio, pues sólo en esta figura más comprensiva pueden encontrar solución ciertos problemas.

Lo propio del negocio es que el ordenamiento adecúa la eficacia a la programación de intereses.

\* Este capítulo fue realizado en coautoría.

\* Fue publicado en la Revista Judicial N-12, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

1. Sobre el negocio como programación, CAMPAGNA, L. *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*. Milano, 1958, pág. 55. PANUCCIO, Vincenzo. *Le dichiarazioni non negoziale di volontà*. Giuffrè-ed. Milano, 1966, pág. 313. BARCELLONA, Pietro. *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*. Milano, 1965, pág. 150. BUCCISANO. *La novazione oggettiva, e i contratti estintivi onerosi*. Milano, 1968, pág. 116, Cit. por PEREZ VARGAS, Victor. *La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina*. Revista Judicial N°. 4. Corte Suprema de Justicia, San José, C.R. junio 1977, pág. 59.

2. CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Morano Editore. Págs. 73-74. Añade "Mirando la responsabilidad del sujeto y la confianza de los otros".

3. SCOGNAMIGLIO. *Contratti in generale*. Ed. Vallardi, 1972, PEREZ VARGAS, op. cit., supra nota 1, pág. 58.

4. V. art. 579 Cód. Civil. Extiende al testamento las reglas relativas a las obligaciones.

La teoría del negocio debe resolver tres problemas básicos: la estructura, la función y la eficacia.<sup>5</sup> En el campo de la eficacia, se trata de completar la posición clásica, que mira la relevancia del negocio respecto al verificarse de los efectos queridos, configurándolo como especie causal, comprensiva de todos los elementos necesarios. Se busca fundamentalmente, considerarlo en una perspectiva diversa, que se refiere a la relevancia del reconocimiento que efectúa el derecho a un acto de autorregulación de intereses privados<sup>6</sup> atribuyéndoles efectos correspondientes, e imponiendo límites y cargas.

En este estudio se enfocan aspectos de los otros dos problemas. Respecto de la estructura, la voluntad viene a constituir la esencia del negocio, exteriorizada a través de una manifestación, que es el otro elemento negocial, de tipo formal. En este punto se dan arduas discusiones en las hipótesis de divergencia entre voluntad y manifestación, y sobre el valor y significado del elemento voluntad como factor esencial de la figura. Se plantean además otros llamados elementos del negocio, que pueden ser considerados más correctamente como requisitos o presupuestos suyos.

En lo que respecta a la función, sólo constituye negocio válido aquel acto de voluntad que corresponde a una causa adecuada según el ordenamiento. Viene así a delinearse otro elemento esencial (funcional) que se suele añadir a la voluntad y la manifestación.

De todos los negocios jurídicos es el contrato el que encuentra más amplio tratamiento en las leyes civiles y comerciales; las reglas que rigen otros negocios son muchas veces una extensión de los principios legislativos contractuales.<sup>7</sup> Pero modernamente se considera "que la Teoría del Negocio Jurídico ha absorbido la del contrato, que viene a regularse en sus aspectos principales por las normas genéricas de la primera en cuanto le sean singularmente aplicables".<sup>8</sup>

En cuanto negocio, el contrato es expresión de autonomía privada, comportamiento de programación de intereses.<sup>9</sup> Puede considerarse como "el acuerdo entre dos o más partes para producir efectos jurídicos de carácter patrimonial".<sup>10</sup>

El Código Civil no contiene una definición expresa del contrato.

Nuestra jurisprudencia lo ha conceptualizado en este sentido: "El contrato es una relación jurídica nacida del acuerdo de los contratantes, que crea obligaciones, sea a cargo de cada uno de ellos, sea a cargo de uno solo...".<sup>11</sup>

"En esencia la naturaleza y contenido del contrato consiste en una promesa, generalmente recíproca y aceptada por las partes sobre un futuro comportamiento".<sup>12</sup>

El carácter distintivo del contrato, respecto a otros tipos de acuerdos relevantes para el derecho, es su patrimonialidad.<sup>13</sup> Se tutelan intereses jurídicos patrimoniales, y esa es la peculiaridad de los convenios que a ellos se refieren. Tradicionalmente se ha hecho la distinción entre derechos reales y personales. Según la clase de derecho cuya existencia determinen, pueden los contratos distinguirse en dos subgrupos: los que tienen eficacia obligatoria (o sea, fuente de obli-

5. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 5.

6. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 8.

7. PEREZ, op. cit., supra nota 1, pág. 60.

8. RAMIREZ SEGURA, Mario. "Nociones sobre la teoría del contrato". En: Revista Judicial Nº. 5 Año II, Corte Suprema de Justicia. San José, C.R. Set. 1977, pág. 60.

9. PEREZ, op. cit., supra nota 1, pág. 59.

10. PEREZ, op. cit., supra nota 1, pág. 59.

11. Cas: 10:20 hrs. 10 dic. 1940 Nº. 173, II sem. tomo II, pág. 1 del apéndice.

12. SALA PRIMERA CIVIL, Nº. 219 de 9:00 hrs. de 27 de julio, 1973.

13. V. SCOGNAMIGLIO cit., supra 3.

gaciones), y aquellos cuya eficacia es real (son constitutivos o traslativos de derechos reales).<sup>14</sup>

El análisis de los elementos del negocio jurídico, es por tanto, conducente al contrato. Este es el negocio por excelencia, y su regulación positiva da las pautas generales para la elaboración de aquella más amplia y moderna categoría.

## PARTE I

### ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURIDICO

#### 1. Desarrollo histórico

##### a. *Derecho Romano*

Con referencia al Derecho Romano es erróneo hablar de elementos constitutivos fundamentales del negocio jurídico, identificándolos como se hace hoy en día, con la declaración de voluntad y la causa. Sería más correcto referirse a elementos constitutivos de los singulares tipos negociales, elementos que por su disparidad, no son susceptibles de ser insertos en un esquema general, y mucho menos, de ser clasificados.<sup>15</sup>

##### b- *La posición tradicional*

Con la Pandectística se inició la clasificación, que se ha venido repitiendo en la mayor parte de la doctrina, en elementos esenciales, naturales y accidentales. Originariamente se refería a los actos jurídicos, y luego se extendió a la categoría del negocio.

##### c- *La moderna crítica a la posición tradicional*

En tiempos más recientes la doctrina asume una posición heterogénea pero en general, crítica de la clasificación enunciada, que resulta insuficiente e inadecuada para explicar el fenómeno negocial.

#### 2. Elementos esenciales

Se llaman elementos esenciales a los que integran el negocio y a los que hacen de él un negocio de una especie determinada, y sin los cuales o no habría negocio, o éste sería de otra especie.<sup>16</sup>

Son aquellos elementos que deben existir para dar vida a un negocio jurídico en general, o a uno determinado en particular,<sup>17</sup> para que una situación de hecho venga calificada por el Derecho como negocio jurídico.<sup>18</sup>

14. PEREZ, op. cit., supra nota 1, pág. 60.

15. FRANCESCHELLI, Bruno. *Nozioni di diritto privato*. Casa Molisana del Libro Editrice. Napoli, 1962, pág. 81.

16. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Bosch Casa Editorial Barcelona. Undécima Edición, 1950. Tomo I, Volumen II; pág. 299.

17. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Casa Ed. dott. Antonio Milani. Padova. Cedam. 1961, pág. 13.

18. RUSSO, Ermio. *Il termine del negozio giuridico*. Giuffrè-ed. Milano 1973, págs. 97-98. V. también CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 35.

Así, se distinguen estos elementos de los accidentales, que se incorporan al negocio por voluntad de las partes, y afectan, normalmente, su eficacia,<sup>19</sup> y de los llamados elementos naturales, que se insertan automáticamente en el negocio de modo que la voluntad de las partes sólo es necesaria para excluirlos, con lo que vienen a ser más bien "efectos" del negocio.<sup>20</sup>

Se observa fácilmente que la teoría se forma clasificando bajo un mismo perfil, ideas por completo heterogéneas.<sup>21</sup> Falta en esta tripartición un criterio uniforme que permita configurar las categorías en forma lógicamente aceptable.

Cuando la doctrina habla de elementos naturales, se refiere a efectos negociales que funcionan a falta de pacto en contrario. Los elementos accidentales son maneras de configurar el negocio o su eficacia. Y cuando se habla de elementos esenciales, no se da a tal calificación un significado unívoco, porque de una parte quiere designarse el carácter de los elementos que resultan necesarios para la existencia y la validez del negocio y de otra, el carácter de aquellos elementos que configuran la esencia del esquema negocial típico.<sup>22</sup>

Mayor es la confusión cuando se entra a considerar qué elementos deben pertenecer a cada categoría. No se distingue entre elementos y requisitos de estos, ni hay consenso respecto a su incidencia en la validez, la eficacia, o la existencia del negocio. Si a ello se suman las diversidades terminológicas, el resultado es un verdadero desconcierto en la materia.

Algunos autores prefieren hablar de "requisitos".<sup>23</sup>

- a- La mayor parte de la doctrina los sitúa en la esfera de la validez del negocio.<sup>24</sup>
- b- Otros hablan de elementos o requisitos de existencia o de formación del negocio.<sup>25</sup>
- c- Algunos se refieren únicamente a "elementos".<sup>26</sup>
- d- Finalmente, no falta quien se refiera a dos aspectos indistintamente: existencia y validez.<sup>27</sup>

Las clasificaciones varían de un autor a otro. Las más corrientes que se realizan, considerando los elementos o requisitos son:

19. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 100.

20. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 115.

21. DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Editorial Fechos, Madrid, 1972. Volumen 1, pág. 226.

22. FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Giuffrè Milano 1941, pág. 66.

23. En este sentido, ESPIN CANOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1968. Volumen I, parte general, pág. 380, define los elementos esenciales, y dice que sólo ellos pueden llamarse requisitos del negocio. STOLFI, op.cit., supra nota 17, pág. 13, usa indistintamente "elementos" o "requisitos". RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto Privato Italiano*. Jovene Editore. Napoli, 1973, pág. 277, prefiere hablar de elementos esenciales y no de requisitos. Nuestro Código Civil habla de "condiciones" (art. 1007).

24. Entre otros: JOSSE RAND, Luis. *Derecho Civil*. Tomo II, Vol. I. Teoría general de las obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires, 1951. Pág. 38. PIRAS, Salvatore. *Osservazioni in materia di teoria generale del contratto*. Giuffrè-ed. Milano, 1952, pág. 26.

25. Por ejemplo, BRENES CORDOBA, Alberto. *Contratos*. San José, Costa Rica, 100 págs. Edición mimeografiada. Pág. 3. ALVAREZ, Teodoro. *Derecho Civil. Teoría de los actos jurídicos*. Ed. Nascimento. Santiago de Chile, 1949, pág. 24. ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Tomo I. Vol. I. Parte general. Ed. Nascimento. Santiago de Chile, 3ª. edición, 1961, pág. 300.

26. STOLFI: op. cit., supra nota 17, pág. 14.

27. DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. Instituto Editorial Reus, Madrid. Traducción de la 4ª. Edición italiana por SERRANO y SANTA CRUZ; págs. 271-272.

- a- Una posición tradicional, según la cual los elementos esenciales se dividen en dos grandes grupos: generales, que deben estar presentes en todo negocio, y son: voluntad, manifestación y capacidad; pero esta es presupuesto subjetivo y no elemento; específicos, que deben estar presentes en algunos negocios determinados, pudiendo faltar en otros; la forma (en los negocios solemnes) o el objeto (al menos en los negocios de derecho patrimonial).<sup>28</sup> En un sentido similar, se distinguen los elementos en comunes, que son propios de todos los negocios; especiales, que existen sólo en algunas clases o grupos; y especialísimos, necesarios para algunos determinados.<sup>29</sup>
- b- Los elementos esenciales pueden ser comunes a todos los negocios, o especiales, que son los típicos de una determinada especie de negocio, como el precio en la compraventa.<sup>30</sup> Los esenciales y comunes son la declaración de voluntad y la causa. El objeto sólo forma parte de los negocios patrimoniales, como los reales. La forma sólo es esencial en los negocios solemnes.<sup>31</sup>
- c- Los elementos o requisitos son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita.<sup>32</sup> Algunos añaden la forma,<sup>33</sup> o eliminan la capacidad por referirla al consentimiento.<sup>34</sup>

Como se ha observado, las clasificaciones y los elementos varían de un autor a otro, y ello demuestra la inconsistencia de la elaboración teórica, que proviene, en gran parte, de una inexacta comprensión de lo que se va a entender por "elemento", y de lo que constituye una cualidad de éste. Se requiere también precisar la relación entre elementos, formación, validez y eficacia del negocio.

### 3. Estructura del negocio jurídico

El negocio jurídico es un acto humano que expresa un interés de la vida, relevante para el Derecho, y al que éste otorga consecuencias jurídicas. El efecto jurídico es un valor jurídico condicionado, es decir, asumido por el derecho bajo la condición de que se produzca una situación de

- 
- 28. CARIOTA FERRARA. Op. cit., supra nota 2, pág. 115. Tal es una posición tradicional, que resulta inaceptable si se estudia la función y estructura del negocio desde el punto de vista del derecho como fenómeno real objetivo. V. FALZEA, Angelo. *Efficacia Giuridica. Voci di Teoria Generale del Diritto*. Giuffrè-ed. Milano, 1970. Págs. 190 y ss.
  - 29. CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español Común Floral*. Instituto Editorial Reus. Madrid. Novena edición, 1958. Tomo III, pág. 373.
  - 30. Véase, por ej.: Cas. Nº. 68 de las 10:10 hrs. del 16 de agosto de 1951, semestre II, tomo I, pág. 892. Cas, Nº. 116 de 16:45 hrs. del 20 de diciembre de 1966, sem. II Tomo II, pág. 789.
  - 31. ESPIN CANOVAS. Op. cit., supra nota 23, pág. 380. BRANCA, Giuseppe. *Instituzione de Diritto Privato*, 5ª Edizione. Zanichelli Bologna 1973. Pág. 60.
  - 32. VENZI, Giulio. *Manuale di Diritto Civile Italiano*. 7ª Edizione Torino Unione tipografico-Editrice. Torinese, 1933. Pág. 391. STOLFI. Op. cit., supra nota 17, pág. 14. JOSSERAND. Op. cit., supra nota 24, pág. 38. ALVAREZ. Op. cit., supra nota 25, pág. 24. "...los tres requisitos básicos para el perfeccionamiento del contrato, consentimiento, causa y objeto...". Sala Primera Civil, Nº. 382 9:00 hrs. 10 set. 1976.
  - 33. TORRENTE, Andrea. *Manuale di diritto privato*. Dott. A. Giuffrè-ed. Milano, 7ª Edizione 1968, pág. 444. ALESSANDRI. Op. cit., supra nota 25, pág. 300. BRENES CORDOBA. Op. cit., supra nota 25, pág. 3.
  - 34. DIEZ PICAZO. Op. cit., supra nota 21, pág. 100. MAZEUD HENRI, LEON Y JEAN. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte segunda. Volumen I. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1969. Pág. 127.

hecho precedente,<sup>35</sup> una "especie fáctica" concreta, que es "causa" de aquel efecto.<sup>36</sup>

Se distinguen así dos figuras en el negocio: una causal, que es siempre un fenómeno temporal, un comportamiento; y otra, efectual, que es el valor atribuido al hecho.<sup>37</sup>

#### a- *Análisis de la figura causal*

En la "especie fáctica" causal hay dos categorías de elementos: los esenciales o principales (causas de la eficacia) y los inescenciales o marginales (concausas de la eficacia). A estas dos categorías corresponden dos órdenes de calificaciones jurídicas de la "fatispecie", que se expresan en los institutos de la relevancia jurídica y de la eficacia jurídica.<sup>38</sup> Los elementos esenciales constituyen un esquema jurídico; hay además una zona marginal o periférica, a la que permanecen confinados todos los elementos que, por representar notas accidentales o variables lógicas respecto a la esencia conceptual expresa de aquel esquema, determinan los límites y la extensión de su eficacia.<sup>39</sup>

Jurídicamente relevante es la situación de hecho concreta cuando está constituida por todos los elementos requeridos para que el acto sea reconocido por el derecho, y sea capaz, potencialmente, de producir efectos jurídicos. Algunos elementos son indispensables para que se dé la aptitud para provocar cambios en la esfera de los efectos jurídicos (elementos existenciales); otros son necesarios para que los cambios tengan lugar actualmente (elementos marginales).<sup>40</sup>

### 1. Figura causal del negocio jurídico

#### a- *Clasificación de acuerdo con la eficacia*

Para el surgir de un fenómeno temporal en el ámbito del Derecho, es necesario que se realicen los elementos constitutivos que representan sus presupuestos exclusivos; para que se produzca la situación efectual, puede no ser suficiente la existencia de ese núcleo central, requiriéndose ulteriores elementos, cuya función causativa no puede ser igual, porque de ellos depende sólo el "sí" o el "cuando" se produzca la situación efectual.<sup>41</sup>

Para lograr una distinción aceptable, debe hablarse de elementos esenciales para indicar los elementos jurídicamente necesarios para que se dé un negocio jurídico en el ámbito del Derecho, es decir, los componentes típicos del esquema negocial, indeclinables por las partes, que constituyen el núcleo mínimo y común para que un fenómeno temporal sea relevante en el mundo jurídico como negocio

35. FALZEA, Angelo. Op. cit., supra nota 28, págs. 282-283.

36. Se trata de una causalidad que comprende todo condicionamiento real, aún no físico. V. FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 211 y ss.

37. Todo fenómeno jurídico comprende un aspecto causal, un antecedente de hecho, que es siempre un fenómeno temporal, un evento o un comportamiento; siendo el negocio jurídico un acto humano voluntad, su figura causal siempre está constituida por un comportamiento, significativo o simbólico. V. FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 271-273, 283 y ss. PEREZ, Víctor. *Los hechos jurídicos. Ideas Básicas del Derecho Privado*. Publicación de la Facultad de Derecho. U. de C.R., 1973, págs. 8-11, 26-29, 48 y ss.

38. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 26.

39. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 53.

40. FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 26-27.

41. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 35.

Al grupo de los elementos esenciales se debe contraponer el grupo de los elementos no esenciales, que son aquellos componentes de los cuales el negocio se enriquece, pero puede ser existente y válido en su mínimum indefectible también sin ellos.<sup>42</sup>

Así, la clasificación se hace no con respecto a un concepto negocio, sino respecto al concepto de negocio. Se refiere al mínimo de elementos necesarios para el surgir de un negocio, que puede venir enriquecido por determinaciones accidentales. Estos vendrían a ser caracterizados en forma negativa, por no pertenecer al núcleo indispensable, a tales elementos conviene por ello la calificación de "inesenciales",<sup>43</sup> aunque este término designaría una categoría más amplia: las llamadas concausas, elementos marginales o coelementos,<sup>44</sup> dentro de los cuales la doctrina tradicional enmarca los elementos accidentales y naturales, aunque, como se verá estos últimos pertenecen a la zona efectual del negocio. Causa es la "fattispecie" central; sólo el negocio jurídico es causa del efecto negocial, en sentido estricto.<sup>45</sup>

El cumplimiento del término, por ejemplo, sólo decide el momento en el cual el efecto ya prefijado debe encontrar realización:<sup>46</sup> en igual forma la condición suspensiva interviene para determinar si (y cuando) se debe realizar la situación efectual de un acto ya perfeccionado en todos sus elementos constitutivos.

Resulta así una distinción de los componentes de la figura causal, de acuerdo a la eficacia.

#### *b- Clasificación de acuerdo con la validez*

Distinta es la situación en orden a la validez del negocio. En esta perspectiva serían esenciales aquellos componentes del hecho negocial cuya falta no permite atribuir al hecho la calificación de un negocio válido, y comporta así su invalidez. Accidentales serían en cambio aquellos componentes de los cuales el hecho negocial se enriquece, pudiendo ser válido sin ellos.<sup>47</sup> Pero el añadido de un elemento accidental a un negocio singular no deja de reflejarse sobre su validez; en efecto, es posible que un elemento accidental inserto en la regulación negocial provoque la invalidez de la especie fáctica completa. (Por ejemplo, la condición imposible o ilícita en los negocios inter vivos).<sup>48</sup> En este sentido se daría una descomposición del esquema negocial en tantas secciones cuantas son las funciones que la norma reconoce a los varios elementos que prevé.<sup>49</sup>

Una clasificación de este tipo consideraría el mínimo indispensable de elementos necesarios para la validez de un negocio. Si hay determinaciones accidentales presentes en concreto, es evidente que el concepto de elemento esencial o accidental a los fines de la validez cambia completamente, pudiendo ésta depender también de los elementos accidentales que se inserten concretamente.<sup>50</sup>

42. RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 103.

43. RUSSO, op. cit., supra nota, 18, pág. 104.

44. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 26, 36, 53, etc.

45. FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 35-36.

46. Puede haber realización anticipada del interés en dos hipótesis: a) Plena validez del pago anticipado, cuando el plazo sólo se establece en beneficio del deudor (art. 773 C.C.) y que se traduce en la irrepetibilidad de dicho pago. b) Decadencia del beneficio del término (art. 777 C.C.).

47. RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 103.

48. Artículo 678 C.C.

49. FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 66-67.

50. RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 103.

b- *Componentes del supuesto de hecho negocial*

Se impone entrar a considerar cuáles son esos elementos que constituyen la figura causal negocial, para pasar luego al estudio de su posición respecto a la validez del negocio. Es necesario previamente realizar algunas aclaraciones terminológicas.

1. Presupuestos

Una parte de la doctrina distingue los "presupuestos", que son circunstancias extrínsecas al negocio, a su esquema o estructura, que constituyen verdaderos requisitos de validez (por ejemplo la apertura de la sucesión respecto a la aceptación de la herencia), y a veces, de eficacia.<sup>51</sup> Tal vez en este caso sería más conveniente hablar de antecedentes lógicos y jurídicos del negocio.

Una segunda acepción, más difundida y aceptable, llama presupuesto a ciertas circunstancias extrínsecas al negocio considerado en sí mismo, pero que tienen una función integradora respecto de él, pues sin ellos el negocio no es válido; vienen a formar parte de él en el seno de la compleja situación de hecho inicial, a la que pertenecen, y en la que el negocio se inserta.<sup>52</sup>

El sujeto es el punto de conexión necesario entre el hecho jurídico y el efecto jurídico. El objeto (como fenómeno espacial) es un punto de vinculación posible pero no necesario entre hecho y efecto.<sup>53</sup> Se le ha llamado también "términos de referencia".<sup>54</sup>

Los presupuestos del negocio están referidos a ellos precisamente, y es por eso que se distinguen en subjetivos y objetivos.

Los subjetivos se refieren a la potencialidad del sujeto de expresar mediante un comportamiento propio intereses jurídicamente relevantes:<sup>55</sup> capacidad de actuar (que supone a la vez la capacidad jurídica), legitimación y titularidad, que reunidas dan la facultad de disposición.<sup>56</sup> Estos presupuestos deben existir en el momento en que el negocio se forma.<sup>57</sup> Los presupuestos objetivos se refieren a la idoneidad del objeto<sup>58</sup> para servir como materia del negocio, y operar como posible punto de conexión entre hecho y efecto: existencia, licitud, posibilidad (materia y jurídica) y determinabilidad del objeto. Debe existir, y ser conforme con los intereses del ordenamiento.<sup>59</sup>

51. CARIOTA FERRARA. Op. cit., supra nota 2, pág. 118.

52. CANDIAN, Aurelio. *Instituciones de Derecho Privado*. Primera edición en español. UTEHA, México, 1961, pág. 146. TORRENTE, op. cit., supra nota 33, pág. 151. PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 9.

53. FALZEA, op. cit., supra nota 35, págs. 29 y ss.

54. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1954. Tomo II, pág. 357.

55. PEREZ, Víctor. *Ideas Básicas del Derecho Privado*. Apuntes para el curso de Derecho Privado II. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 1973, pág. 2, tema 4, ideas generales.

56. CANDIAN, op. cit., supra nota 52, pág. 156 se refiere a la capacidad. MESSINEO menciona la capacidad de obrar y el poder de disponer pero aclara que la capacidad es considerada por la mayoría como elemento del negocio. Op. cit., supra nota 54, pág. 357.

57. MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 357.

58. CANDIAN, op. cit., supra nota 52, págs. 146-147. Se refiere a que haya un interés susceptible de ser involucrado en el negocio a través de la declaración. PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 9, identifica el presupuesto "en el interés o en los intereses que el contrato está, en concreto, destinado a regular".

59. MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 357, señala que es suficiente que estos presupuestos existan en el momento en que el negocio debe ser realizado, pues se da la posibilidad de que sobrevengan, es decir, se realicen en tiempo posterior a la formación del negocio, en favor de su validez.

## 2. Elementos

Habiendo distinguido los presupuestos y requisitos (en sentido estricto) del negocio, se impone considerar cuáles son los elementos que lo configuran. La doctrina tradicional, como se vio, carece de un criterio lógico de identificación, pues llama "elementos" a los componentes más diversos, mezclando incluso la zona causal y la efectual.

Con el término "elementos" se hace referencia a los requisitos funcionales y estructurales, que tienen un sentido actual, dinámico,<sup>60</sup> y son concomitantes a la formación del negocio, en lo que divergen de los presupuestos, que son más bien requisitos previos. Pertenecen a la zona causal, es decir, al hecho negocial.<sup>61</sup>

La discusión ha girado alrededor del objeto, el sujeto, la causa, la capacidad, la legitimación, la voluntad y la manifestación. Dentro de ellos es preciso determinar cuáles son la esencia, el común denominador de todo hecho que venga considerado como negocio por el derecho.<sup>62</sup>

El sujeto y el objeto quedan excluidos del número de los elementos del negocio; ellos son puntos de vinculación entre hecho y efecto.<sup>63</sup> Conviene llamarlos por ello "*términos de referencia, coeficientes de la relación jurídica*".<sup>64</sup> Ello es aplicable al objeto cuando se lo considera como fenómeno espacial. No así si se le toma como "prestación", como ha hecho gran parte de la doctrina. En este sentido, el llamado "objeto" es una conducta y se ubica dentro de la zona efectual; es el "componente de hecho del efecto jurídico".<sup>65</sup>

Todo negocio presupone un sujeto del comportamiento (o sujeto de la manifestación) y un sujeto de la voluntad, que generalmente son coincidentes, salvo el caso de la representación.<sup>66</sup> La capacidad y la legitimación se configuran como presupuestos subjetivos: el sujeto del comportamiento debe ser siempre capaz de actuar;<sup>67</sup> tal es el único presupuesto realmente subjetivo y absoluto, aunque hay otros que consideran al sujeto en relación con determinado objeto o situación jurídica: la legitimación, la titularidad, las incompatibilidades.

Los elementos esenciales estructurales del negocio jurídico son de dos tipos: uno subjetivo interno y material: la voluntad, y el otro objetivo externo y formal: la manifestación o forma (que puede tener una particular configuración: forma en sentido estricto o formalidad) de esa voluntad.<sup>68</sup> Funcionalmente, el negocio tiene lo que se denomina una "causa", que es la conformidad de los intereses programados, con el resto de intereses o valores acogidos por el ordenamiento. Cuando se da esta relación de conformidad, el negocio deviene eficaz, y por ende, puede cumplir su función.<sup>69</sup> La causa se configura así como elemento esencial funcional del negocio.<sup>70</sup>

60. PEREZ, V., op. cit., supra nota 55, pág. 1, tema 4 (Ideas Generales).

61. Aunque la causa elemento funcional, como se verá luego, para ser "justa" implica una concordancia entre el hecho negocial, el interés que encierra, y los intereses tutelados por el ordenamiento.

62. El análisis de cada uno de estos aspectos se hará en forma detallada en la segunda parte de este trabajo.

63. PIRAS, op. cit., supra nota 24, considera al sujeto como presupuesto.

64. MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 357.

65. V. FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 286 y ss.

66. PEREZ, V., op. cit., supra nota 55, "*Noción de negocio jurídico*", pág. 24.

67. Salvo los casos de excepción, de capacidad especial de actuar, por el arts. 132 y 142 Cód. de Familia.

68. En el ámbito del contrato, y por la naturaleza de este, la voluntad adquiere una particular configuración: es el "consentimiento", es decir, el acuerdo de dos o más voluntades.

69. PEREZ, op. cit., supra nota 1, pág. 59.

70. En un sentido similar BONFANTE distinguió dos elementos en los negocios jurídicos: la voluntad del sujeto y el estado de hecho o condición objetiva llamada causal. PEDRO BONFANTE. *Instituciones de Dere-*

### 3. Requisitos

Como se ha observado, buena parte de la doctrina utiliza indistintamente los términos "elemento" y "requisito". Pero en un sentido más estricto es conveniente reservar el uso de "requisitos" para denominar las cualidades de los elementos del negocio,<sup>71</sup> (y aún de sus presupuestos). Así por ejemplo, el elemento voluntad debe tener el requisito de no estar viciado. El elemento causa debe tener el requisito de ser lícito. En un negocio concreto un elemento puede existir, pero este puede carecer de los requisitos necesarios. En forma esquemática podría presentarse el negocio jurídico de la siguiente manera (ver cuadro 1).

CUADRO 1

NEGOCIO JURIDICO

	Subjetivo	Objetivo
Puntos de conexión entre hecho y efecto	SUJETO	OBJETO
	(Subjetivos)	(Objetivos)
Presupuestos	capacidad legitimación titularidad (facultad de disposición) compatibilidad	existencia posibilidad física jurídica (licitud) determinabilidad certeza
	Subjetivo, interno o material.	Objetivo, externo o formal.
Elementos ESTRUCTURALES	VOLUNTAD	MANIFESTACION (o forma)
Elemento Funcional	CAUSA	

Voluntad y manifestación resultan ser los elementos esenciales de la estructura del negocio jurídico. La causa es elemento funcional

Al lado de este núcleo mínimo para que surja en el mundo jurídico un hecho relevante como negocio, existe un amplio margen de acción de la voluntad de los sujetos en la esfera de los ya mencionados elementos no esenciales, marginales o concausas, dentro de los cuales sobresalen los llamados tradicionalmente elementos accidentales; la condición, el término y el modo (que serán objeto de atención más adelante) y entran además toda clase de determinaciones acceso-

cho Romano. Instituto Editorial Reus, Madrid. Traducción de la octava edición italiana por BACCI Y LARROSA, pág. 49.

71. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 116-117.

rias, autolimitaciones y cláusulas que las partes quieran introducir (y que pueden tener un diverso relieve desde el punto de vista de la validez).

Desde una perspectiva distinta, algunos autores hablan de elementos esenciales desde el punto de vista de las partes, que son aquellos sin cuya concurrencia alguna de las partes no hubiese concluido el negocio, o sea, de los que este depende definitivamente.<sup>72</sup>

#### 4. Elementos, presupuestos y requisitos del negocio en relación a la formación, la validez y la eficacia

Diversa función asumen los componentes del hecho negocial desde esta nueva perspectiva.

La voluntad y la manifestación son el mínimo necesario para la existencia jurídica del negocio, para que un hecho concreto sea relevante como hecho negocial. Puede hablarse en relación a ellas de elementos existenciales.<sup>73</sup> No puede existir un negocio jurídico si no existe al menos una voluntad exteriorizada.<sup>74</sup> Faltaría un supuesto potencialmente eficaz. Así, hay inexistencia en el negocio realizado en representación teatral, con fines didácticos, en broma, por cortesía, etc., pues falta en estos casos la voluntad negocial, y lo que hay es una declaración objetivamente dirigida a otros fines.

Ahora bien, los elementos voluntad y manifestación tienen a su vez una serie de requisitos, con una diferente ingerencia en la vida negocial: la voluntad debe ser libre y claramente manifestada (art. 1008 C.C.); la manifestación requiere a veces una dirección determinada. La voluntad viciada por error, violencia psíquica, etc., hace anulable el negocio; que sea libre es requisito de validez (arts. 1008, 1014 y 1015 C.C.). Las formalidades pueden tener importancia para la prueba del negocio<sup>75</sup> o bien para su validez<sup>76</sup> según el caso.

Debe recordarse que la validez o invalidez de un acto es un juicio que sólo puede hacerse partiendo del supuesto de que el acto exista. Cuando no se cumple una formalidad ad substantiam, el negocio deviene absolutamente nulo.<sup>77</sup> También es diversa la situación cuando la validez es nulidad o anulabilidad

En el primer caso el acto tiene un defecto tal que prácticamente desaparece del mundo del Derecho, con lo que las consecuencias son semejantes a la de las inexistentes.<sup>78</sup>

En el segundo caso, en cambio, el negocio tiene un vicio en uno de sus elementos esenciales o presupuestos constitutivos, de modo que puede ser impugnado, pero puede convalidarse.<sup>79</sup>

72. LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1956. Vol. I. Pág. 243. ENNECERUS, op. cit., supra nota 16, tomo I. volumen II 1950, pág. 300.
73. PUGLIATTI, Salvatore. *Diritto Civile. Método. Teoría. Prática.* Giuffrè-ed. Milano, 1951, págs. 71-72. Se refiere a la voluntad, únicamente.
74. En algunos casos la voluntad se configura como requisito de validez.
75. Por ejemplo el artículo 752 del Código Civil.
76. Por ejemplo el artículo 1397 del Código Civil.
77. De acuerdo al artículo 835 inciso 2) C.C. hay nulidad absoluta del acto cuando falta una formalidad exigida por la ley. Nuestro Código configura las formalidades como requisitos de validez del negocio.
78. De allí que parece adecuada la observación de Messineo, que llama elementos (esenciales) constitutivos del negocio aquellos cuyo defecto implique nulidad; y elementos para la validez del negocio aquellos que dan anulabilidad. Op. cit., supra nota 54, pág. 356. Pero en realidad, como se vio, ambos presuponen la existencia de un acto al que se califica con una diferencia de grado entre los dos juicios de validez.
79. Véase, sobre este tema: PEREZ V. Víctor y CERTAD M. Gastón. *Estudios sobre el Negocio Jurídico.* San José, Costa Rica. Primera edición, agosto, 1978, pág. 83.

Otros aspectos son exigidos para la eficacia erga omnes del negocio, como la publicidad declarativa.<sup>80</sup>

En cuanto a los presupuestos, su falta o defecto da lugar a diversas situaciones. La ausencia de capacidad de actuar incide en la validez del negocio, dando lugar a nulidad (incapacidad absoluta: menores de quince años, personas en estado de interdicción, el sordomudo que no sabe leer ni escribir) o a anulabilidad (incapacidad relativa, incapacidad natural).

La facultad de disposición, en general, es presupuesto de validez de los negocios jurídicos.

Aspectos relativos al sujeto pueden tener incidencia en la eficacia del negocio. Así es ineficaz el negocio con sujeto futuro, o a designar por un tercero, o cuya decisión debe esperarse.<sup>81</sup>

En cuanto a los presupuestos objetivos la existencia, la posibilidad, la licitud, y el valor exigible, son requisitos de validez.<sup>82</sup> Por supuesto tampoco puede ser eficaz el negocio en que ellos falten, y sobre todo es requisito de eficacia la determinación cuando el objeto es futuro, o se designa en forma genérica, o se espera su indicación por un tercero.<sup>83</sup>

La causa tiene relevancia con respecto a la validez cuando falta o es ilícita.

La invalidez derivada de ilicitud del objeto o de la causa no tiene efecto restitutorio (art. 844. C.C.)

Puede intentarse resumir lo que se ha dicho hasta ahora en el siguiente esquema, cuyo análisis se hará posteriormente. (Ver cuadro 2).

## 5. Elementos del negocio jurídico en el Código Civil costarricense

Nuestro Código Civil no contiene la categoría sistemática del negocio jurídico propia de los códigos modernos. Deben, por ello, considerarse, las disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos.

Si el contrato es el acuerdo de voluntades que genera obligaciones entre las partes, la teoría de las obligaciones resulta el antecedente de la contractual.<sup>84</sup>

Siendo el contrato una de las fuentes y formas de la obligación, todas las condiciones esenciales relativas a ésta, deben existir respecto a él. A partir de esta premisa es posible intentar construir teorías del negocio jurídico en nuestro derecho civil.

El artículo 627 del Código Civil expresa que "Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: 1) Capacidad de parte de quien se obliga. 2) Objeto o cosa cierta y posible que sirva de material a la obligación. 3) Causa justa".

El artículo 1007 declara que "Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato se requiere el consentimiento, y que se cumplan las solemnidades que la ley exija".

A la vista de estas disposiciones se deduce que en la sistemática del Código, consentimiento, causa, capacidad, objeto y forma se configuran, más que como elementos, como requisitos necesarios para la validez del negocio (o contrato).

Dentro de una imperfección técnica, el Código confunde en esos preceptos los conceptos de existencia y validez, cuando sólo el negocio existente puede ser válido o inválido.

Pero el hecho de que los llamados elementos esenciales se califiquen como requisitos de validez no deja de tener importancia en el sistema legal. De esa forma se explica que,

80. MESSINEO, op. cit., supra nota 51, pág. 356.

81. PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 84.

82. Relación del art. 627, inc. 2 con el 835 inciso 1 C.C.

83. PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 86.

84. RAMIREZ, op. cit., supra nota 8, pág. 53.

CUADRO 2

NEGOCIO JURIDICO		RELEVANCIA		REQUISITOS DE LOS ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS		
ELEMENTOS	ESENCIALES (De existencia)	ESTRUCTURALES	MATERIAL	VOLUNTAD	DE VALIDEZ	DE EFICACIA
		FUN- CIO- NAL	FORMAL	MANIFESTACION (o forma)	EXISTENCIA LICITUD	
		SUBJETIVOS		Punto de vinculación subjetivo entre hecho y efecto.	capacidad legitimación titularidad	determinación si se trata de: - destinatario ajeno cuya decisión debe esperarse. - sujeto futuro - destinatario que debe ser indicado por un tercero.
		OBJETIVOS		punto de vinculación objetivo entre hecho y efecto.  OBJETO	Existencia Posibilidad física y jurídica (licitud) Certeza Valor exigible Determinación o determinabilidad	determinación si: - el bien es designado de modo genérico. - su indicación se deja al arbitrio de un tercero. - es un bien futuro.
		PRESUPUESTOS		SUJETO		

excepcionalmente, el acuerdo puede faltar, y aún así subsistir el negocio, mientras no sea impugnado; o que haya inexistencia de la causa, y el negocio perdura mientras la parte interesada no pruebe lo correspondiente.

## PARTE II

### SECCION I

#### 1. El sujeto y los presupuestos subjetivos

##### a- *Sujetos y partes del negocio*

El negocio jurídico, en tanto que comportamientos humanos, presupone necesariamente un sujeto del que emane.

El acto de autonomía privada requiere al menos un sujeto que lo ponga en existencia; puede ser operado por uno, dos o más sujetos, según se refiera a la autonomía de uno o más individuos.<sup>85</sup>

El sujeto se halla como respuesta a la pregunta ¿quién...?, independientemente de su identidad, cualidades, o posición.

Si su presencia es imprescindible en toda relación jurídica, también lo es en la obligación, y con ella en el negocio.<sup>86</sup>

Se suele considerar que el sujeto es un elemento extrínseco al negocio.<sup>87</sup> A reserva puede afirmarse que él es quien lo celebra, la persona o personas que emiten la manifestación de voluntad. Pero debe mirarse en un doble aspecto: un sujeto del comportamiento o manifestación, y un sujeto de la intención o voluntad.<sup>88</sup> Generalmente son coincidentes, excepto en el caso de la representación. Este concepto comprende desde luego, los sujetos respecto de los cuales deben producirse los efectos (tercero, público, sucesor, etc.), los destinatarios, sí los hay.

Mayor relieve asume el concepto de "partes del negocio". Por parte se entiende cada uno de los centros de intereses que participan en el negocio.<sup>89</sup>

A cada parte así concebida pueden corresponder una o más personas (sujetos del ordenamiento jurídico).

El negocio se articula en concreto diversamente, según el número de las partes. El contrato se resuelve estructuralmente en el acuerdo de dos o más partes.

Interesa la diferencia entre parte en sentido material como centro de intereses; y parte en sentido formal, o sujeto contractual.<sup>90</sup> El 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 sólo la forma del comportamiento, sino también su contenido.<sup>91</sup>

85. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Seconda Edizione. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1969, págs. 104-105.

86. ALTERINI, Atilio Anibal y otros. *Curso de Obligaciones*. Abriedo Perrot. Buenos Aires, 1975, Vol I, pág. 43.

87. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 104.

88. PEREZ V., op. cit., supra nota 22, pág. 24.

89. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota, 3, pág. 21.

90. PIRAS, op. cit., supra nota 24, págs. 28-30.

91. BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. Segunda edición, pág. 60.

Generalmente en la estipulación de un contrato participan al menos dos sujetos. Pero la distinción señalada permite admitir la plena validez de un contrato que el representante concluye consigo mismo, como él y representante, o como representante de dos sujetos diversos. En tal hipótesis del llamado "autocontrato", se da la presencia de un solo sujeto que interviene en la formación del contrato en una doble forma, concentrando en sí mismo las posiciones de parte y contraparte en sentido formal, pero manteniéndose la necesaria presencia de dos sujetos en sentido material, como centros de intereses.<sup>92</sup> En sustancia, para que exista un contrato es necesaria la presencia de al menos dos partes entendidas en sentido material, o partes contractuales, en cuya esfera patrimonial recaigan los efectos del acto. En cambio no es necesaria la presencia de dos o más sujetos en sentido formal, como autores de las respectivas manifestaciones de voluntad.

Explicación del reconocimiento jurídico es por principio la identidad entre sujeto del negocio y sujeto del interés regulado por el mismo, identidad en la que se expresa la esencia de la autonomía privada: sólo respecto a sus intereses puede normalmente tener valor decisivo la disposición del sujeto; *"puede ordenar en casa propia, pero sólo excepcionalmente en casa ajena"*.<sup>93</sup>

Así entendido el negocio bajo su aspecto subjetivo, surge el problema de su tratamiento de acuerdo a las condiciones del sujeto, en tanto que portador potencial de intereses. La cualidad de sujeto no es suficiente para que el negocio pueda surgir válidamente.<sup>94</sup>

La autorregulación de intereses asume frente a la conciencia social un valor diverso según la edad y la madurez del sujeto, según que sea o no portador de una voluntad consciente.<sup>95</sup> Es necesario que este sea capaz. Pero como el sujeto constituye un factor externo al negocio, sus condiciones permanecen también fuera<sup>96</sup> y se constituyen por tanto en presupuesto subjetivos de aquel.

#### 1. Función del sujeto como punto de vinculación entre hecho y efecto

En el cuadrinomio fundamental de la fenomenología jurídica se encuentran los fenómenos espaciales, los objetos, dentro de los cuales figuran los sujetos humanos.

Se caracterizan por ser capaces de permanecer "indefinidamente" en el tiempo, manteniendo su identidad y su unidad por una duración más o menos larga, y en consecuencia se prestan para ligar entre ellos hechos sucesivos y a veces distantes.

Los hechos se desarrollan siempre entre objetos y su importancia depende y varía de acuerdo a los objetos sobre los que recaen, paralelamente, los actos están ligados a los sujetos.<sup>97</sup>

No es posible que el sujeto cuya actividad viene a realizar el efecto jurídico, sea extraño a la situación condicionante.<sup>98</sup> Hay además una razón axiológica: *"El sujeto al que se confía la futura actividad de realización, para poder ser razonablemente llamado en causa debe tener también una relación práctica, directa o indirecta, particular o general, con la situación originaria de inte-*

92. PIRAS, op. cit., supra nota, 24, págs. 18-19, 30-31. Se refiere a la parte en sentido substancial como presupuesto de existencia del contrato, y en sentido formal, como requisito de validez.

93. BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 69.

94. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 79.

95. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 105.

96. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 105.

97. FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 271-273.

98. FALZEA, op. cit., supra nota 28, pág. 292.

reses definida en el hecho jurídico... Existe al menos un sujeto jurídico que aparece y debe aparecer tanto en el hecho como en el efecto".<sup>99</sup>

Toda situación que es considerada por el Derecho asume relevancia en cuanto manifiesta la existencia de intereses subjetivos; incluso cuando el Derecho toma en cuenta los llamados hechos naturales, lo hace porque ellos inciden sobre intereses humanos relevantes.<sup>100</sup>

A la vez, los efectos jurídicos tienen siempre un elemento subjetivo al cual se atribuye la valoración de necesidad o posibilidad que el efecto encierra,<sup>101</sup> de modo que el sujeto se presenta como necesario punto de referencia de los efectos jurídicos.

El efecto jurídico siempre comprende un acto,<sup>102</sup> un comportamiento humano, y por tanto está necesariamente referido a un sujeto.

Por estas razones se habla del sujeto como punto de vinculación entre causa y efecto.

## 2. La persona o sujeto de derechos

El sujeto es un fenómeno jurídico y como tal tiene un elemento material y un elemento formal.

El elemento material o sustancial es siempre el interés de la comunidad frente a un determinado problema social. "El fondo del Derecho es el interés. Un ordenamiento jurídico positivo no es otra cosa que un sistema de intereses derivado de una vida común, y hecho objetivamente constatable por una común experiencia y cultura".<sup>103</sup>

El elemento formal viene constituido por el reconocimiento que el Derecho hace de esa materialidad.<sup>104</sup>

Cuando esa materialidad es reconocida por el Derecho el sujeto asume una especial cualidad jurídica: la personalidad jurídica; esta viene a ser por tanto la cualidad que tiene un ente de ser sujeto de Derecho, centro de imputación normativa.

De acuerdo al substrato material se distinguen personas físicas y jurídicas: en las primeras el Derecho reconoce como sujeto al organismo humano viviente; en las segundas, a un conjunto de hombres agrupados para conseguir un interés común. Persona es, por tanto, "todo substrato de hecho al cual el Derecho le reconoce el carácter de potencial portador de intereses jurídicos. Tal carácter es, precisamente, la personalidad jurídica".<sup>105</sup>

Nuestro Código Civil no contiene una definición de lo que debe entenderse por persona o sujeto de Derecho. Sólo reconoce la existencia de las dos categorías mencionadas, distinguiéndolas porque la existencia de las personas físicas comienza desde su nacimiento, y la de las personas jurídicas proviene de la ley.<sup>106</sup> Sin embargo, también el hombre es persona por el reconocimiento que el Derecho le confiere.

Además, según la Convención de Derechos del Niño (La Gaceta de 9 de agosto de 1990) el feto es persona.

99. FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 292-293.

100. PEREZ, Víctor. *Existencia y capacidad de las personas*. Instituto de Derecho Privado. Edición provisional. San José, Costa Rica, 1974. Pág. 52.

101. FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 294 y ss.

102. El componente de hecho del efecto jurídico es siempre un acto, aunque el hecho jurídico puede o no ser un acto. V. FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 286-290.

103. FALZEA, op. cit., supra nota 28, pág. 236.

104. Sobre estos temas y los siguientes, ver PEREZ V., op. cit., supra nota 100.

105. PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 85-86.

106. C.Civil.

En el negocio jurídico, como se ha visto, la función del sujeto es conectar necesariamente el hecho y el efecto. Pero él permanece fuera de la estructura negocial, aunque es su productor, precisamente por la posición activa que tiene frente a la figura jurídica primaria, en tanto coopere en el proceso de producción de los hechos jurídicos.<sup>107</sup> No puede existir un negocio sin un sujeto que le dé vida; pero una vez creado, estructuralmente, permanece fuera de la figura causal,<sup>108</sup> en tanto fenómeno lógicamente antecedente.

b- *Presupuestos subjetivos*

1. *La capacidad*

No basta que el negocio tenga un sujeto del que emane, es necesario que se trate de un sujeto capaz de actuar.

La capacidad se ha definido generalmente como la aptitud para adquirir derechos y ejercitarlos,<sup>109</sup> para ser sujeto de derecho y deberes,<sup>110</sup> es decir, sujeto activo o pasivo en una relación jurídica, capaz de derechos y obligaciones.<sup>111</sup>

Sin embargo, observando estas mismas definiciones tradicionales, se desprende la imposibilidad de un concepto unitario de "capacidad", pues se refiere a las dos manifestaciones fundamentales de la subjetividad: capacidad jurídica y capacidad de actuar; la primera hace relación a un carácter pasivo del sujeto en tanto que destinatario de consecuencias jurídicas. La segunda, en cambio designa una posición activa, de colaborador en la formación de figuras jurídicas primarias.<sup>112</sup>

Así lo ha considerado la doctrina francesa, que distingue entre capacidad de goce o disfrute, como aptitud para ser titular de derechos y capacidad de ejercicio, o poder para utilizarlos y transmitirlos.<sup>113</sup> Pero este criterio de distinción ha sido criticado,<sup>114</sup> prefiriéndose distinguir capacidad jurídica y capacidad de actuar, según se designe, la posición del sujeto en cuanto posible destinatario de efectos jurídicos, o bien su posición en cuanto posible autor de figuras jurídicas primarias, a las que el Derecho conecta consecuencias jurídicas, como aptitud activa.<sup>115</sup>

La capacidad jurídica se refiere a la abstracta cualidad del sujeto, prescindiendo de cualquier posición específica, y no va puesta en relación a ninguna consecuencia jurídica particular. Frente a ella está la capacidad concreta de destinación (capacidad de actuar) y la causa que provoca la con-

107. PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 57-58.

108. Algunos autores han ubicado como requisito de validez del contrato la pluralidad de las partes. Por ej. PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 27. Otros lo ubican como un elemento extrínseco al concepto de negocio. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 104.

109. COLIN Y CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho Civil*. E. Reus, S.A., Madrid 1975. Torno I, pág. 221.

110. ESPIN C., op. cit., supra nota 23, pág. 182.

111. DE COSSIO, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil*. Alianza Editorial S.A., Madrid 1975, pág. 8.

112. PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 50-81

113. Así por ej.: COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, pág. 221. En el mismo sentido. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 182. ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 351.

114. PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 38-39...

115. PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 98-99.

cretización de la primera en la segunda es la imputación funcional de una especie fáctica singular al sujeto, entendida como atribución a una persona de la cualidad de ser punto de destinación de los efectos de aquella especie fáctica.<sup>116</sup>

#### a- *Capacidad y negocio jurídico*

Todo negocio jurídico contiene una manifestación de voluntad por tanto sólo puede ser concluido por sujetos que estén en una situación de poder expresar una voluntad independiente y con seriedad, y de disponer conscientemente sobre sus relaciones jurídicas.<sup>117</sup> Es preciso tener la correspondiente capacidad de actuar, ya que esta es una cualidad reconocida a los sujetos, desde el punto de vista de su madurez intelectual y volitiva, para poner válidamente en existencia un negocio, esto es, para querer conscientemente y, en correspondencia, para emitir declaraciones de voluntad.<sup>118</sup>

El negocio requiere la capacidad de los sujetos, no sólo en el sentido de posibilidad de entender y querer, sino también en el de capacidad legal, de modo que pueda efectuarse con arreglo a las leyes un negocio válido y eficaz.

El artículo 627 C.C. exige la capacidad como esencialmente, indispensable para la validez de la obligación. Hace referencia a la capacidad de actuar, la cual, según el 628 se presume siempre mientras no se pruebe lo contrario.

Se trata así de proteger a los menores y enfermos mentales, en vista de su debilidad de juicio, inexperiencia o falta de aptitudes.

La capacidad de actuar se ha considerado como requisito de la voluntad, pues esta implica la conciencia del negocio que se efectúa.<sup>119</sup>

Ello es correcto respecto a la capacidad natural, pues sólo puede formar una voluntad negocial quien es capaz de entender y querer, y puede afirmarse también respecto de la capacidad legal, en tanto tiene como presupuesto a aquella.

Algunos autores no comparten esta idea; suponen que no se trata de que el consentimiento puede o no ser prestado, sino de si el negocio generado por este consentimiento es o no válido y eficaz. La capacidad no sería presupuesto de la validez y de la eficacia del negocio.<sup>120</sup> Sin embargo se ha visto que el presupuesto "capacidad" es un requisito de validez del negocio (art. 627 C.C.). Tal disposición de la ley deriva precisamente de que se considera irregular la voluntad formada en un incapaz, si es que llega a formarse, en tanto que carece precisamente de la posibilidad de entender y querer.<sup>121</sup>

116. V. FALZEA, loc. cit., supra nota 28.

117. JORS-KUNKEL. *Derecho Privado Romano*. Ed. Labor S.A., Barcelona, 1965, págs. 124-125.

118. PIRAS, op. cit., supra nota 24, págs. 35-36.

119. En este sentido, BONFANTE, op. cit., supra nota 70, págs. 76-77. Este criterio es aplicable en nuestro derecho: "El requisito de la capacidad es necesario para la validez de las obligaciones nacidas de los convenios, mas no de aquellas que proceden de los cuasicontratos, de los hechos ilícitos o de la ley, en cuanto ellas graven el patrimonio de los obligados, porque entonces la obligación se produce independientemente de la voluntad de la persona a quien afecta la necesidad jurídica del resarcimiento o del pago...". BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. Ed. Juricentro, San José, Costa Rica, 1977, pág. 15.

120. En este sentido, DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 100.

121. Algunos autores consideran la capacidad como requisito de eficacia. V., por ej.: LEHMANN, op. cit., supra nota 72, pág. 269. Pero ineficaz en un negocio donde están en regla todos los elementos y presupuestos exigidos por ordenamiento, pero otras circunstancias determinan la suspensión, eliminación o impedimento de la eficacia. En cambio es inválido el negocio en que falta o está viciado un elemento esencial o un presupuesto necesario.

## b- Incapacidad

Se distinguen la incapacidad natural, que consiste en la ineptitud de un sujeto para entender y querer, y la incapacidad legal, que es una condición objetiva y formal en que viene a encontrarse el sujeto. La incapacidad natural es el presupuesto para la declaración de interdicción.

Hay capacidad natural cuando el sujeto tiene facultades suficientes para manejar sus intereses. Puede suceder que alguien tenga la capacidad legal pero no la natural (por ejemplo un anciano)<sup>122</sup> o bien lo contrario (por ejemplo un menor de gran desarrollo mental).

La incapacidad legal es una valoración de no posibilidad de realizar ciertos comportamientos que provoquen efectos jurídicos.

Según el artículo 36 C.C., se modifica o limita por el estado civil, la edad y la incapacidad física, respecto de las personas físicas, y por la ley que las regula, respecto de las jurídicas.

La mayoría de edad se adquiere a los 18 años (art. 37 C.C.). El menor de edad no puede realizar por sí negocios jurídicos, pero sí es portador de intereses que el Derecho contempla, y por ello debe estar representado, por sus padres, o por un tutor cuando aquellos no pueden ejercer la patria potestad, o bien por un curador especial en los casos de opuesto interés entre representante y representado o entre incapaces bajo una misma representación (art. 127 C. Fam.).

Los actos de los menores de 15 años son absolutamente nulos, y de los menores mayores de 15 años son relativamente nulos. Sin embargo pueden realizar algunos actos que son considerados figuras jurídicas primarias, y cuyos efectos son imputables al menor; respecto a ellos existe la llamada "capacidad especial de actuar", por ejemplo, el caso de la madre menor y soltera que puede actuar a nombre de su hijo pero no por sí misma (art. 142 C. Fam.), la posibilidad del menor de contraer matrimonio (art. 15, inc. 3, 16 y 19 C. Fam., arts. 65, 21 inc. 1 y 17 C. Fam.); el art. 132 C. Fam. establece que el menor administrará y dispondrá de los bienes que adquiera por su trabajo. También se admite participación en asociaciones.

Los actos del incapaz mental son relativamente nulos, pero si su incapacidad ha sido declarada judicialmente, son absolutamente nulos, y en este caso se le designa un representante, llamado curador.

La incapacidad puede tener causas físicas; así, los actos del sordomudo que no sabe leer ni escribir son absolutamente nulos, y debe dotársele de un curador.

## 2. Legitimación

La capacidad hace referencia a cualidades intrínsecas y abstractas del sujeto pues se presenta como potencial productor de hechos jurídicos. Pero a veces no es suficiente para la conclusión válida de un negocio, sino que se exige un ulterior requisito subjetivo: la legitimación, que designa una determinada posición del sujeto, relevante respecto a ciertos presupuestos de hecho, más concretamente, respecto al objeto o al sujeto de la relación jurídica.<sup>123</sup>

El concepto ha asumido significados diversos, según los autores; el más corriente es el que lo hace coincidir con el poder de disponer, es decir la relación entre el sujeto y la materia en que el acto incide, el bien o relación sobre los que cae.<sup>124</sup> Generalmente se hace referencia a la re-

122. V. PIAZZA, Gabriello. *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*. Jovene-ed. Napoli, 1968, pág. 25 y PUGLIATTI, Salvatore. *Gli Istituti del Diritto Civile*. Vol. I Giuffrè-ed. Milano 1943, pág. 134.

Però la senilità en cuanto tal no basta. CAS. 15 hrs. 18-V., 1949, pág. 430. Igualmente la jurisprudencia extranjera. GACETA DEL FORO - FORO - Bs. Aires, T. 183, p. 285.

123. PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 136-137.

124. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, págs. 274-275.

lación del sujeto con el objeto<sup>125</sup> del negocio, reservándose el término "incapacidad jurídica relativa" para designar la posición frente al sujeto. Pero en realidad debe distinguirse entre legitimación activa y pasiva, según el papel del sujeto considerando la particular relación que existe o puede existir entre el sujeto y el objeto, o entre el sujeto y el otro sujeto (por ej. arts. 14, 101, 174 C. Fam. respecto a la legitimación activa; art. 204 C. Fam respecto a la pasiva).

### 3. Titularidad

En algunos negocios se requiere también que el sujeto tenga la titularidad. Esta señala su posición como destinatario actual, ya no potencial, de efectos jurídicos; es la concretización de la genérica capacidad jurídica respecto a determinadas consecuencias jurídicas.<sup>126</sup>

Por ejemplo, el sujeto debe ser titular del derecho de propiedad para poder transmitir el dominio a otro.

No se requiere la titularidad en el sujeto autor del negocio cuando actúa en el ejercicio de una representación (legal o voluntaria).

### 4. Compatibilidad

En ocasiones el sujeto se encuentra en una particular situación por tener ciertos cargos o funciones, que constituyen un obstáculo para realizar algunos actos. Puede operar en sentido contrario: ciertos cargos o funciones no pueden ser desempeñados por determinados sujetos.

## 2. El objeto y los presupuestos objetivos

### a- *Diversas concepciones del término "objeto"*

#### I. Objeto del negocio y objeto de la obligación

Una buena parte de la doctrina distingue entre objeto del contrato (en general, del negocio) y objeto de la obligación. El contrato crea obligaciones; se dice que el objeto del acto es el conjunto de derechos y obligaciones que crea, modifica o extingue.<sup>127</sup> A su vez las obligaciones y derechos tienen un objeto, cuya concepción varía de un autor a otro: las cosas o servicios; un dar, hacer o no hacer; un bien apetecible para el sujeto; las prestaciones prometidas.

Algunos autores han llegado a afirmar que un contrato no tiene objeto, sino efectos que consisten en la producción de obligaciones, y son estas las que tienen un objeto. De allí que sólo de un modo "elíptico" puede hablarse del objeto del contrato.<sup>128</sup>

125. CARNELUTTI, citado por FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 80. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 184, cita en igual sentido a BETTI y CARIOTA FERRARA.

126. PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 142-143.

127. JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, pág. 82. CASTAN T., op. cit., supra nota 29, pág. 393. ALTERINI, op. cit., supra nota 86, pág. 48. ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 359.

128. COLIN Y CAPITANT, citado por DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 133. RIPERT, citado por LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Vol. 2. Librería Bosch. Barcelona, 1977, pág. 111.

En este sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia: "El contrato es una relación jurídica nacida del acuerdo de los contratantes, que crea obligaciones, sea a cargo de cada uno de ellos, sea a cargo de uno solo, y es cada una de las obligaciones que de él se derivan la que ha de tener un objeto o cosa cierta y posible que le sirva de materia". Cas. 10:20 hrs. 10 de diciembre, 1940. N.º. 173, II Sem., tomo II, pág. 1 del apéndice.

Estas posiciones son insostenibles. A ellas cabe objetar que la relación jurídica, las obligaciones y derechos, no son objeto del contrato sino su efecto, en cuanto él las produce y de él emanan.<sup>129</sup> Esas obligaciones, que corresponden a la figura efectual van a su vez referidas a un objeto, que es el mismo de la figura causal, en tanto que, como se verá, es posible punto de conexión entre hecho y efecto, y además todo presupuesto del negocio lo es a la vez del efecto que él genera.

## 2. El objeto como interés

Para Betti objeto del negocio son los intereses que según la organización social consienten ser regulados directamente por obra de los mismos interesados en sus relaciones recíprocas; con ello incluye también los bienes.<sup>130</sup> Scognamiglio se refiere a los intereses y relaciones privadas de las que el sujeto dispone y en las que el acto incide, como presupuesto externo del mismo, es decir, los intereses que el negocio regula.<sup>131</sup> En relación al contrato, Piras habla de un interés relevante patrimonial, a cuya satisfacción y tutela jurídica económica tiende el contrato.<sup>132</sup>

La idea del interés es difusa, puede entenderse objetivamente como la relación del hombre con la realidad que se presenta como útil, o bien como el móvil que la impulsa.<sup>133</sup>

## 3. El objeto como contenido del negocio

Según una opinión, el objeto del negocio no es otro que su contenido.

Ello implicaría que se identifique en sustancia el objeto con el negocio mismo, con lo cual no puede hablar de él como elemento.<sup>134</sup>

## 4. El objeto como fin

Todo negocio persigue un fin, según la terminología de otros se supone un objeto, usándose conscientemente a veces el término en sentido teleológico.<sup>135</sup>

## 5. El objeto como bien o materia

El objeto de todo negocio jurídico es un bien, entendido, como realidad positiva para un ser humano, útil para la satisfacción de sus necesidades jurídicamente relevantes, como la utilidad que cae bajo el querer de los contratantes.<sup>136</sup>

---

129. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 133.

130. BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 68.

131. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 108.

132. PIRAS, op. cit., supra nota 24, págs. 23-24.

133. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 134.

134. Cit. por ALBALADEJO, Manuel. *Compendio de Derecho Civil*. Librería Bosch, Barcelona, 1970, pág. 124.

135. PEREZ, V., op. cit., supra nota 55, págs. 27-30.

136. ALTERINI, op. cit., supra nota 86, págs. 46-48.

DE CASTRO define el objeto del contrato como "la materia social afectada, la realidad social acotada como base".<sup>137</sup>

CARIOTA FERRARA ve en él "la materia, o los bienes, a las utilidades, o las relaciones que caen bajo la voluntad de las partes".<sup>138</sup>

#### 6. El objeto como cosa o hecho

Una corriente doctrinal muy difundida ve en el objeto del negocio (o bien de la obligación) la cosa material, o el hecho o la omisión, es decir la materia a la que se refiere, por lo que otros prefieren hablar de cosas o servicios.<sup>139</sup>

Sin embargo, hay tipos contractuales a los que no cabe aplicar esta idea. Por otra parte se unifican en un solo concepto dos ideas por completo diversas, como son una conducta y una cosa, que corresponden a categorías de fenómenos distintas: temporales la primera, espaciales la segunda, y lógicamente irreductibles.

#### 7. El objeto como prestación

Para una amplia corriente doctrinal el verdadero objeto del negocio es una prestación, es decir, un determinado comportamiento, la conducta exigible al deudor, que puede ser positiva o negativa, según consista en el dar, hacer o no hacer algo. De este modo las cosas o hechos vendrán a ser el objeto no de la obligación o del negocio, sino de la prestación.<sup>140</sup> Esta dirección es la tesis seguida por nuestro Código Civil, combinada con la que se ve en el objeto la materia, y que fue ya analizada, y aunque el artículo 631 parece referirse a la acepción de objeto como cosa o hecho.<sup>141</sup>

El artículo 627 exige en su inciso 2 un "objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación".<sup>142</sup>

Con ello parece confundirse el objeto con cosa en sentido material; pero el artículo 629 dice "Toda obligación tiene por objeto dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa...", con lo que se acepta el más amplio sentido de prestación, y es a esta acepción a la que deben referirse los requisitos del objeto exigidos por el Código. Objeto podría ser cualquier prestación que revista determinados requisitos legislativamente establecidos; a su vez, punto de referencia de la prestación podrían ser eventualmente una o más cosas o complejos de cosas.

En este sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia:

---

137. Cit. por GUILLON BAALLESTEROS, Antonio. *Curso de Derecho Civil, El negocio Jurídico*. Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pág. 103.

138. Cit. por DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 134, quien en igual sentido ve en el objeto la unidad pasiva de referencia, la realidad sobre la cual el contrato incide, con lo que admite la más diversa variedad de objetos, en tanto que bienes susceptibles de una valoración económica que corresponde a un interés de las partes.

139. ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 359; VENZI, op. cit., supra nota 32, pág. 144-145; CASTAN TOBEÑAS, op. cit., supra nota 29, pág. 394; RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 283.

140. DE COSSIO, op. cit., supra nota 111, págs. 225-226. JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, pág. 83; RIPERT, cit. por LA CRUZ BERDEJO, op. cit., supra nota 128, pág. 111; BRENES CORDOBA, op. cit., supra nota 119, pág. 15; PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Tomo IV. Volumen I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1951, pág. 26. PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 75.

141. En este sentido CERTAD, Gastón. "La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense". *Revista de Ciencias Jurídicas* Nº. 29, San José, Costa Rica. Mayo-agosto 1976, pág. 209.

142. Código Civil

*"...Tomemos el objeto y digamos que este consiste en las prestaciones mutuas a las que están obligados... pues de todos es sabido que por objeto de la obligación se entiende aquello que el acreedor puede exigir del deudor, lo que forma la materia del compromiso, el dar hacer o no hacer alguna cosa..."*.<sup>143</sup>

Tal concepción del objeto sólo es aceptable referida a la obligación. La prestación es una conducta, un comportamiento humano, y como tal viene a constituir el componente de hecho de un efecto jurídico, del efecto del negocio, que puede ser la obligación.

El componente de hecho del efecto jurídico es siempre y necesariamente un acto,<sup>144</sup> el dar, hacer o no hacer una cosa y está necesariamente referido a un sujeto. Así entendido el objeto, en un sentido amplio, como prestación, sería un presupuesto necesario para todos los negocios jurídicos, cuya ausencia produciría nulidad absoluta.<sup>145</sup>

b- *El objeto como fenómeno espacial, punto de vinculación posible entre hecho y efecto jurídico.*

En un sentido estricto el objeto no puede ser sino sinónimo de cosa, materialmente entendida, lo que no obsta para admitir la categoría de las cosas inmateriales (bienes culturales) que también requieren de un soporte material.

Dentro del cuádrinomio fundamental de la fenomenología jurídica se encuentran los fenómenos espaciales, que se configuran como cuerpo, cosa, objeto (y dentro de ellos, el sujeto, que en tanto entidad permanente mantiene su identidad a través del tiempo, y se presta para ligar hechos sucesivos o distantes).<sup>146</sup>

La función fundamental de puntos de vinculación sólo puede ser desempeñada por el sujeto; pero lógicamente, por su capacidad de permanencia indefinida en el tiempo, el objeto viene a ser punto de conexión, ya no necesario, pero sí al menos posible entre el hecho jurídico y el efecto jurídico.

Por regla general las dos situaciones (causal y efectual) deben presentar no sólo los mismos sujetos sino también los mismos objetos.<sup>147</sup>

Cuando el hecho jurídico está referido a objetos, puede ocurrir que este hecho se vincule objetivamente al efecto.

Entendido en este sentido estricto, el objeto sólo será esencialmente necesario en los negocios patrimoniales.

143. Cas. Nº. 109 de 13:30 hrs. del 20 de noviembre de 1952; sem. II, tomo único, pág. 1346. Añade que en la compraventa el vendedor está obligado a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio y tales son los objetos del contrato.

"El objeto está constituido por las concesiones recíprocas que se hacen las partes". Sala Civil 20:55 hrs. 11 junio 1940, pág. 46.

"Un contrato no tiene un objeto común a los contratantes". Cas. 10:20 hrs. 10 diciembre 1940, Nº. 173, II sem., II tomo, pág. 1 del apéndice.

144. FALZEA, op. cit., supra nota 35, pág. 63.

145. Arts. 1007, 627 inc. 2 y 835 inc. 1. C.C.

146. V. FALZEA, op. cit., supra nota 35, págs. 49-50.

147. FALZEA, op. cit., supra nota 35, pág. 65.

"...es de aprobar la opinión tendiente a calificar como términos del contrato tanto los sujetos cuando el objeto..." PIRAS., op. cit., supra nota 24, pág. 25.

"El objeto del derecho es o puede ser uno de los puntos o términos de referencia, de la relación jurídica, o sea del deber jurídico y del derecho subjetivo". MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 256.

### c- *Los presupuestos objetivos*

Los presupuestos objetivos hacen referencia a particulares requisitos que debe reunir un objeto, para que se constituya un negocio válido y eficaz.

La concurrencia de estos requisitos precisa fundamentalmente en las obligaciones de dar (es decir, en el objeto como cosa) pero algunos corresponden a cualquier tipo de obligación (es decir, al objeto como prestación) que se genere con el negocio.<sup>148.</sup>

El Código Civil habla de "objeto o cosa cierta y posible" (art. 627), que pueda reducirse a un valor exigible, que esté determinado o pueda determinarse (art. 630), y que sea física o legalmente posible (art. 631). De esta forma se configuran los presupuestos objetivos, que pueden reducirse a los siguientes:

#### 1. Existencia del objeto

La existencia del objeto se configura como requisito (arts. 627 inc 2 y 629 C.C.), cuyo defecto produce la nulidad absoluta del negocio. Pero es posible que los sujetos, considerando la probabilidad de existencia de una cosa futura, hagan a ésta objeto del negocio, la existencia actual de la cosa se requiere para que surjan los efectos del negocio, y no para la existencia del mismo. Los efectos permanecen suspendidos y sólo pueden realizarse cuando el objeto llegue a existir.<sup>149</sup>

Puede acarrear nulidad la venta de un objeto vendido como existente; pero si existe parte de él, el comprador puede apartarse del contrato, o mantenerlo con disminución proporcional del precio (art. 1060 C.C.).

#### 2. Posibilidad del objeto

Un objeto imposible es igual a uno inexistente y debe por tanto tener la misma sanción, es decir nulidad absoluta<sup>150</sup> así se desprende de los artículos 627 inc. 2, y 835 inc. 1 C.C., aunque inexplicablemente el artículo 631 sanciona la imposibilidad física o legal con la simple ineficacia.

### a- *Posibilidad Física:*

Si el objeto es físicamente imposible el negocio es absolutamente nulo. El objeto es posible cuando en la realidad física ya existe o pueda llegar a existir. Un comportamiento es posible si es compatible con las leyes naturales que señalan los límites a las obligaciones físicas e intelectuales de los hombres.<sup>151</sup> Existen varias formas de imposibilidad:<sup>152</sup> originaria y sobrevenida; total y parcial (por ej., destrucción de parte de la cosa); imposibilidad absoluta u objetiva, y relativa o subjetiva. La imposibilidad de esta última clase -personal-, debe ser absoluta y permanente (art. 631 C.C.). Se refiere a que la prestación o servicio prometido es posible en términos

148. V. BRENES CORDOBA, op. cit., supra nota 119, pág. 17.

149. FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 313-315. V. SCALISI Vincenzo. *Inefficacia, Diritto Privato*. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed. Milano, 1971, págs. 332, 333, 336.

150. CERTAD, op. cit., supra nota 141, págs. 209-210.

151. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 284.

152. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, págs. 137-138.

generales, pero es imposible para el promitente.<sup>153</sup>

La imposibilidad absoluta se refiere a que la prestación no puede ser llevada a cabo por nadie en ningún momento, es decir, se da para todos.

Se distingue entre imposibilidad originaria y subsiguiente, según que se dé al constituirse la relación jurídica o aparezca con posterioridad. Puede ser total o parcial según afecte a toda la prestación o parte de ella.<sup>154</sup>

#### *b- Posibilidad jurídica o licitud*

La licitud es la posibilidad jurídica del objeto del negocio, que debe valorarse a la luz no sólo de la ley, sino de los principios de orden público y las reglas de las buenas costumbres.<sup>155</sup> Así lo entiende el Código Civil que dice:

*Artículo 631 ...la imposibilidad legal existe:*

1. *Respecto de las cas que estén fuera del comercio por disposición de ley.*
2. *Respecto a los actos ilícitos como contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres.*

La ilicitud del objeto acarrea nulidad del negocio, pero no se produce el efecto restitutorio de lo que fue pagado a sabiendas (art. 844 C.C.) al igual que ocurre con la ilicitud de la causa.

#### 3. Determinación o determinabilidad del objeto

El objeto debe ser determinado, o al menos determinable (art. 630 C.C.).<sup>157</sup> De lo contrario permanece incierta la cosa de que se pretende disponer, lo cual haría imposible un eventual cumplimiento forzoso:

La cosa puede estar designada sólo por su especie, pero no es posible la designación sólo por el género, pues no existiría un compromiso serio.<sup>158</sup>

Deben estar determinadas también la cantidad y la calidad, si la cosa así lo amerita por su naturaleza. Si no se designa la calidad, no está obligado el deudor a darla de la mejor calidad ni el acreedor a recibirla de la peor (art. 770 C.C.).

No es necesaria la determinación precisa: basta la posibilidad de determinar el objeto a través de criterios objetivos. Al respecto pueden darse varias hipótesis; entre ellas:<sup>159</sup>

---

153. Se habla de ineptitud del deudor para la prestación. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 138.

154. PUIG PEÑA, op. cit., supra nota 140, pág. 27.

155. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 286. Ello se justifica por si la ley no procede a la especificación todas las veces que prevé la ilicitud de un elemento del entero negocio. "Para que los negocios jurídicos sean eficaces han de tener un contenido jurídico admisible. Para ello es preciso... III. Que el negocio no choque contra una prohibición legal... IV. Que no choque contra las buenas costumbres". LEHMANN, op. cit., supra nota 72, págs. 280 y ss.

156. Cas. Nº. 72 de 15:30 hrs. del 23 de junio de 1972.

157. LEHMANN, op. cit., supra nota 72, pág. 280.

158. BRENES CORDOBA, op. cit., supra nota 119, pág. 20.

159. PUIG PEÑA, op. cit., supra nota 140, págs. 29-30. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 142.

1. Las partes han tenido a la vista muestras, con las cuales ha de ser conforme la mercancía (venta sobre muestra, art. 455 C. Com).
2. Las partes se remiten a criterios exteriores para la fijación de la cuantía. Por ej. el precio que alcance en el mercado una cosa tal día (art. 446 C. Com).
3. La determinación del objeto se deja al arbitrio de un tercero C (art. 1057 C.C.).
4. La determinación puede dejarse al señalamiento de una de las partes, previa fijación de ciertas bases para la determinación.

Si el objeto es indeterminado, pero determinable, el negocio es válido, pero ineficaz (art. 630 C.C., art. 1050 para la compraventa), y sólo puede adquirir eficacia cuando se determine o se den criterios para su determinación. Si el objeto es indeterminado pero determinable hay ineficacia pendiente. Si es indeterminable, resulta absolutamente nulo.

#### 4. Valor exigible

El objeto del negocio debe tener un valor apreciable en dinero. Tal es la doctrina clásica que parte desde el Derecho Romano, pero a mediados del siglo pasado se produjo una reacción profunda por parte de la doctrina germánica, dándose un arduo debate.

##### a- *Doctrina que exige la patrimonialidad:*

Savigni, partiendo de algunos textos romanos que no autorizaban al juez a pronunciar condenas que no fueran pecuniarias, entendió que la prestación debe tener valor pecuniario.<sup>160</sup> Tal doctrina fue seguida por el Código francés.

##### b- *Doctrina que niega la patrimonialidad como requisito esencial*

Se inicia a mediados del siglo pasado con Ihering y Windscheid. Para Ihering la obligación puede corresponder a un interés extrapatrimonial. Ambos niegan terminantemente que para la existencia de una relación obligatoria fuese necesario que el acreedor tuviera un interés patrimonial. Se extiende el concepto de patrimonio a bienes ideales, no sólo materiales, y a todo interés digno de protección según la concepción cultural de un pueblo, que sea apto para engendrar un vínculo obligatorio.<sup>161</sup> Tal criterio fue seguido por el Código alemán. El Código japonés 1896 establece de modo tajante que la prestación puede tener inclusive carácter no patrimonial (art. 399).

##### c- *Doctrinas intermedias*

- i. La que distingue entre el valor de la prestación y el interés del acreedor. La prestación debe ser patrimonial; debe tener contenido económico, para que haya posibilidad de hacerla efectiva en el patrimonio del deudor, pero el interés del acreedor puede tener mero alcance moral o afectivo.<sup>162</sup> Es el criterio de SCIALOJA Y RUGGIERO, acogido en Código italiano de 1942 (art. 1174)

160. CIL por ALTERINI, op. cit., supra nota 86, pág. 51.

161. Cil. por PUIG PEÑA, op. cit., supra nota 140, pág. 32.

162. Cit. por PUIG PEÑA, op. cit., supra nota 140, pág. 32. ALTERINI, op. cit., supra nota 86, pág. 52.

- ii. Doctrina que distingue entre la deuda y la responsabilidad. El debitum puede ser extrapatrimonial, pero la responsabilidad debe tener un fondo económico, Es la tesis de PACHIONI<sup>163</sup> y BRINZ.

Las doctrinas intermedias son más aceptables; el interés de las partes en un negocio puede ser de cualquier clase; bastando que sea lícito, digno de tutela por el ordenamiento; pero debe ser susceptible de una valoración económica, pues es la única posibilidad de hacer efectivo el derecho de un acreedor sobre el patrimonio del obligado, en caso de incumplimiento.

El artículo 630 C.C. exige que el objeto pueda reducirse a un valor exigible. De lo contrario el negocio resulta ineficaz: se trata de una ineficacia definitiva. El negocio es absolutamente nulo.

Sobre el valor económico del objeto, ha dicho la Sala de Casación:

*"Existe discusión en doctrina acerca del momento en que debe atenderse al valor del objeto litigioso... Algunos autores sostienen que debe tomarse como base el reclamado en la demanda; otros por el contrario, se refieren al de la convención misma; y una tercera corriente se inclina por estimar tanto uno como otro".*<sup>164</sup>

## SECCION II

### ELEMENTOS ESENCIALES ESTRUCTURALES DEL NEGOCIO JURIDICO

Esencia es necesidad: es no poder faltar en uno solo de los individuos de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella.

Desde un punto de vista lógico formal serán elementos esenciales aquellos que constituyen la definición, el concepto mismo del negocio jurídico, y que resultan de la descomposición analítica de la noción de negocio. Según las definiciones comunes, indudablemente, la voluntad, y su correspondiente manifestación, se configuran como los elementos esenciales de la estructura del negocio, sustancial el primero, formal el segundo.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, que se limita al dato positivo constituido por la norma, se trata de identificar los elementos con base en los cuales puede existir (o sin los cuales no puede existir) el negocio jurídico. Se puede hablar de elementos necesarios para la existencia jurídica del negocio, o sea, existenciales.<sup>165</sup>

Pero ambos puntos de vista van integrados. La noción más general del negocio jurídico se construye alrededor de la voluntad, convenientemente exterioriza. Faltando ella, la noción de negocio se disuelve.

Voluntad y manifestación constituyen el núcleo conceptual del negocio. Otros elementos son necesarios para la existencia de determinados grupos, o de esquemas singulares del negocio, pero la voluntad y su manifestación deben considerarse necesarios para todos los negocios jurídicos.

163. Cit. por PUGI PEÑA, op. cit., supra nota 140, pág. 32.

164. Cas. Nº. 119, 14:30 hrs. 4 diciembre, 1952, II sem. pág. 1496.

165. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, pág. 71.

## 1. La voluntad

### a- Generalidades

*En un sentido ético, la voluntad es la aptitud o disposición moral para querer algo.<sup>166</sup>*

*"Se denomina normalmente 'voluntad' a aquella facultad que nos determina a actuar con conocimiento del fin y de los motivos de la acción. En cuanto facultad es poder subjetivo, o más bien, una aptitud propia del ser humano, con la cual puede condicionar su vida futura mediante decisiones relativamente autónoma... Se trata de un conocimiento de fines y motivos, propios sólo de la esfera superior y por ellos propio sólo del ser humano..."*

*"El acto que emana del ejercicio de esta voluntad de determinación de la acción con conocimiento de motivos y fines se denomina 'acto voluntario'...". "En este tipo de comportamiento encontramos tres momentos..."*

*"A) La deliberación que es el conocimiento y examen de los motivos y del fin que mueve a la acción; en toda deliberación encontramos tres fases: 1) el conocimiento del objeto, 2) el conocimiento del fin y los motivos, 3) el juicio práctico sobre estos... b) La determinación o elección... En función del juicio práctico formulado en la deliberación del sujeto toma una resolución o determinación de obrar en cierta dirección. Puede considerarse que en la determinación volitiva se encuentra el elemento esencial del acto voluntario... c) La ejecución... es la realización del acto determinado por la voluntad. La ejecución puede ser interna o externa... Sólo la ejecución externa o manifestación de voluntad es relevante para el derecho..."<sup>167</sup>*

La doctrina distingue entre el negocio y el acto jurídico por la referencia del primero a la voluntad de la conducta y del contenido, voluntad que representa el papel de protagonista del negocio. El negocio no es un simple hecho material. En él la ausencia de la voluntad, o sus vicios determinan la inexistencia o invalidez.

Cuando el negocio es unilateral sólo hay una voluntad. Cuando es una convención, se requiere que las voluntades de los contratantes se pongan de acuerdo

Este acuerdo se denomina consentimiento: pero la operación interna, psicológica, no basta: debe formularse exteriormente por una declaración en la cual se manifieste su existencia.<sup>168</sup>

### b- Desarrollo del papel de la voluntad

El excesivo formalismo del derecho romano primitivo privaba en gran parte de su trascendencia a la voluntad. La tendencia al espiritualismo fue progresiva, en el derecho civil, y más aún en el canónico.

El principio de la eficacia jurídica del consentimiento aparece afirmado por vez primera en el siglo XVI, gracias a la Escuela del Derecho Natural, y a las corrientes filosóficas de la Revolución Francesa.

166. ALESANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 300.

167. PEREZ, Víctor. *Voluntad y manifestación en el negocio jurídico*. Revista Judicial N.º 5, Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica, 1977, pág. 99. V. FARIA, Rafael, *Psicología*. Ed. Voluntad, Bogotá, 1961, p. 272.

168. COLIN Y CAPITAN, op. cit., supra nota 109, págs. 208-209.

Fue Hugo Grocio quien elaboró el principio de la esencialidad de la intención de obligarse. Para él el valor del contrato como fuente de obligaciones consiste en "la libertad que tiene el hombre de disponer de sus actos", y como el poder del hombre sobre la propiedad le permite alienarla, "así cada hombre tiene el poder de alienar a otro, que acepta, una parte o más bien una consecuencia de su libertad".<sup>169</sup>

La idea se difundió, y llegó a aceptarse en forma generalizada. Se asimiló el ejercicio del poder de disponer de la propiedad u otro derecho, al ejercicio del poder de autoobligarse. El negocio sería un acto de ejercicio de un poder de la voluntad, o bien de un derecho subjetivo. La escuela liberal veía en la voluntad la fuente esencial de las obligaciones y pretende dejar a los individuos la mayor libertad.<sup>170</sup>

DOMAT enunció el principio de que en el contrato "el compromiso de uno es el fundamento del compromiso del otro". POTHIER definió la convención como "el consentimiento de dos o más personas para formar entre ellas cualquier compromiso". Ambos enunciados fueron transcritos en el Código de Napoleón (art. 1134), equivalente al 1022 de nuestro Código Civil.<sup>171</sup>

A partir de entonces se definieron las dos grandes perspectivas que delimitaron los debates doctrinales: el dogma de la voluntad, y la teoría de la declaración.

La Escuela Pandectista alemana colocó dentro del esquema del negocio jurídico todo acto consistente en una manifestación de voluntad. Con ello nació la teoría del negocio jurídico, y simultáneamente el concepto de "autonomía privada" se consolidó como su núcleo. La autonomía encuentra en el negocio su máxima expresión.

Contra esa concepción, las escuelas sociales han declarado que la voluntad es por sí mismo impotente para ese papel; que la sociedad y no el individuo creaba el derecho, y que la voluntad debía ser controlada.<sup>172</sup>

### c- El principio de la autonomía de la voluntad

#### 1. Autonomía de la voluntad y negocio jurídico

En el negocio jurídico rige la regla de que el sujeto tiene autonomía de voluntad. Puede o no celebrarlo, y, celebrándolo, puede regular mediante él sus relaciones jurídicas como desee. Los particulares regulan sus relaciones recíprocas para la satisfacción de las necesidades propias según su libre apreciación; la autonomía privada es el mecanismo que mueve toda relación recíproca de intereses privados.<sup>173</sup>

La iniciativa del sujeto no sólo se dirige a la realización de fines prácticos, sino también a crear los medios para lograrlos; el negocio jurídico es instrumento por excelencia. Aplicando el principio de autonomía de la voluntad, la ley permite a los particulares crear negocios nuevos (atípicos), no regulados especialmente en ella, siempre y cuando los sujetos observen las normas genéricas establecidas; en otras ocasiones pone a disposición de los sujetos, negocios establecidos de efectos inalterables en todo o en parte.<sup>174</sup>

169. PEREZ V., op. cit., supra nota 55, Tema 5, págs. 4-5.

170. MAZEUD y MAZEUD, op. cit., supra nota 34, pág. 124.

171. CERTAD, op. cit., supra nota 141, pág. 195.

172. Cit., por MAZEUD, op. cit., supra nota 34, pág. 124.

173. BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 40.

174. ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, págs. 111-112.

Generalmente la sanción del derecho se presenta como un reconocimiento de la autonomía en virtud de la cual el negocio adquiere efectos jurídicos y asume su función de instrumento de regulación de intereses privados.

La autonomía privada es el principio rector de nuestro Derecho Civil. Así lo ha reconocido la jurisprudencia:

*"Nuestro sistema de contratación civil está regido por el principio de autonomía de la voluntad, sea en la intención de las partes al convenir".<sup>175</sup>*

## 2. Límites

La autonomía de la voluntad encuentra en su misma esencia los límites dentro de los cuales opera: sólo puede disponerse de los propios intereses hasta la barrera constituida por la igual autonomía de los demás sujetos.<sup>176</sup>

La voluntad sólo vale en cuanto el negocio reúna los requisitos prescritos por la ley (capacidad del sujeto, aptitud del objeto, formalidades, etc.) Tal límite surge de las normas ordenativas.

En algunos sectores, como en el Derecho de Familia, los límites abundan hasta reducir en la práctica a un estrecho círculo el alcance del principio. En el Derecho de Obligaciones la autonomía alcanza su máxima extensión, particularmente a través de los contratos. Sin embargo han surgido cantidad de limitaciones que han restringido su alcance práctico, y que son consecuencia por un lado, de la concentración de capitales, y por otro, de la intervención del Estado.<sup>177</sup>

La expansión del llamado "contrato de adhesión" sólo deja al sujeto la libertad de contratar o no; toda modalidad del contenido del negocio le es sustraída.

La intervención del Estado se observa al determinar elementos del contrato, o bien, monopolizando ciertos bienes, con la consiguiente imposibilidad de libre contratación privada respecto a ellos.

Por otra parte, no todos los intereses pueden realizarse a través del negocio; es necesario que sean dignos de tutela por el ordenamiento jurídico, estableciéndose así un límite sustancial. Debe tratarse de intereses que no choquen contra la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Finalmente, un límite fundamental viene dado por los principios de autorresponsabilidad y de confianza, que luego se analizarán.

### d- Dirección de la voluntad

La voluntad tiende a la obtención de un fin o resultado práctico, que es tutelado por el ordenamiento. No puede sostenerse que ella pretenda la consecución de los efectos jurídicos, ya que estos se verifican aún cuando no fueron previstos, y los sujetos generalmente no los programan.<sup>178</sup>

175. Cas. 14:45 hrs., 10 de junio, 1951. I sem. tomo único, pág. 515 "La autonomía de la voluntad que rige en la contratación civil, permite conformar a la doctrina y a la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación, que las partes puedan introducir, en una forma temporal o definitiva, variaciones o modificaciones a un contrato". Cas. N° 95 de 15:30 hrs, 31 de agosto de 1961. II semestre, tomo I, pág. 296.

176. CARIOTA FERRARA, op.c it., supra nota 2, pág. 55.

177. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 59.

178. CERTAD, op . cit., supra nota 141, pág. 198.

El criterio del fin práctico es compartido en la jurisprudencia:

*"La aquiescencia en el contrato, que incluso puede ser verbal, resta y vincula a las partes, quienes con su actividad humana pretenden el logro de un fin propio, casi siempre económico, ya que después de haber manifestado y aceptado claramente las recíprocas actuaciones del interés en el objeto que las preocupa, quedan contractual y mutuamente obligados".*<sup>179</sup>

e- *El papel de la voluntad*

1. Causa de los efectos

La ley es la que dota de eficacia la voluntad del hombre; no es la voluntad la que produce los efectos, ni el ordenamiento por sí solo, sino que la ley autoriza a la autonomía privada, dotando de efectos jurídicos al negocio, "el derecho pone los efectos correspondientes a la voluntad".<sup>180</sup>

2. Relación voluntad-norma

La voluntad, en tanto manifestación de la actividad de un sujeto, pertenece a la zona del hecho. En el ordenamiento jurídico es considerada como hecho cuya función es condicionar y hacer posible la actuación de la norma. De la norma proviene la calificación jurídica; un fenómeno es jurídico por y en función de ella. La norma se apoya en el hecho, que constituye la condición para su concreta actuación.

La voluntad es el presupuesto de hecho para la realización del efecto, para la actualización de la norma.<sup>181</sup>

3. La voluntad, elemento sustancial del negocio

La voluntad es elemento estructural del negocio, tiene un sentido actual, dinámico, y es el elemento de carácter interno, material, en tanto que es querer humano, por el cual los sujetos reglamentan sus intereses en tal forma que reciben protección del ordenamiento, en cuanto ha sido libremente querida; de allí que el ordenamiento declare por lo general ilícitos los negocios en que la voluntad de una parte o ambas haya sido violada

4. El papel de la voluntad en nuestro derecho civil

Nuestro derecho civil es un sistema voluntarista; sin embargo la voluntad no puede actuar instrictamente, sino que está atenuada por múltiples instituciones, que tienden a aumentar en los últimos años.

En el Código Civil no se habla de voluntad, pero se puede entender como referencia a ella cuando se habla de consentimiento (arts. 53, 579 C.C.). Se establece que el consentimiento li-

---

179. Sala Primera Civil, N°. 219 de 9:00 hrs. del 27 de agosto de 1973. En Boletín Informativo C.S.J., N°. 215, pág. 47.

180. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 60-61.

181. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 81-82.

bre y claramente manifestado es elemento esencial de los contratos (arts. 1007 y 1008 C.C.), pues sólo entonces se revela la existencia de un núcleo de intereses jurídicamente relevantes, y se ha afirmado que la validez de un acto o contrato descansa en la voluntad del otorgante.<sup>182</sup>

La voluntad puede tener efectos jurídicos en virtud del reconocimiento del Derecho cuando es manifestada por un sujeto capaz de actuar. Pero la importancia de este elemento se observa en los casos de vicio o defecto de la voluntad, que producen invalidez del negocio, tanto cuando falta la capacidad de actuar, o la natural, con lo que falta un presupuesto subjetivo del negocio, como en las hipótesis que se producen aún cuando el sujeto es capaz de actuar; el error, la fuerza o miedo grave, el dolo, etc., y que serán estudiados posteriormente.

Por otra parte en nuestro derecho hay normas que limitan la autonomía privada en función de intereses colectivos. Por ejemplo, el artículo 50 Constitución Política da al legislador la posibilidad de intervenir en las relaciones económicas, y esa intervención se manifiesta en diversos campos: Así:

- Regulación de precios, por ejemplo: la Ley de Protección al Consumidor, fijación de precios máximos a determinados bienes según disposiciones de la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía, Industria y Comercio. (Ley 1208 de 9 de octubre de 1950 y Ley 3914 de 15 de julio de 1967).
- Intervención en los servicios públicos, por ejemplo: la fijación de tarifas de autobuses.
- Intervención en materia de arrendamiento de inmuebles urbanos (Ley de Inquilinato N.º. 6, 21 de setiembre de 1939).
- Intervención en materia agraria (Ley de Tierras y Colonización N.º. 2825 de 14 de octubre de 1961 y Ley del IDA).
- En materia laboral (Código de Trabajo), por ejemplo: art. 11.
- En materia de comercio (por ejemplo, respecto a los productos farmacéuticos, y fijación de precios máximos en los artículos de primera necesidad).

De modo que, además de los límites impuestos por los principios de responsabilidad y de confianza, existen múltiples limitaciones provenientes de la progresiva intervención estatal.

#### f- *Voluntad de la manifestación y voluntad del contenido*

Una gran parte de la doctrina distingue entre voluntad de la manifestación y voluntad del contenido de la manifestación, es decir, hay un doble "objeto" del querer.<sup>183</sup>

La voluntad de la manifestación es aquella que tiene por objeto la misma manifestación; es el "quiero decir (manifestar) que quiero" el querer el comportamiento en que la manifestación consiste.

La voluntad del contenido es la que tiene por objeto el resultado práctico o jurídico del negocio.<sup>184</sup>

Existen diferentes hipótesis en cuanto a la relación entre ambas direcciones de la voluntad,<sup>185</sup> hipótesis que cobran importancia en relación al estudio de los vicios del querer.

182. Cas. 10:45 hrs. 14 de setiembre de 1950, II sem., I tomo, pág. 88.

183. Se emplea aquí la palabra "objeto" en sentido teleológico.

184. CARRIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 404.

185. V. CARRIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 407.

Voluntad de la Manifestación	Voluntad del contenido	Ejemplos
a) perfecta	perfecta	Es el caso normal
b) no existe	no existe	Fuerza física, lapsus linguae
c) viciada	no existe	Error obstativo referente al nombre
d) perfecta	no existe	Reserva mental, declaración en broma negocios didácticos o teatrales
e) perfecta	viciada	Error vicio en la cualidad substancial del objeto, violencia moral y miedo grave.

g- *El consentimiento*

1. Generalidades

En los actos bilaterales la voluntad toma el nombre de consentimiento, que es el acuerdo de las voluntades de dos o más sujetos, la concordancia de las voluntades de las partes que celebran el negocio, puede ocurrir de modo expreso o tácito.

Consentimiento deriva del latín "cum-sentire" sentir con, es el común sentimiento de varias personas, cuya definición se confunde con la del contrato mismo.<sup>186</sup>

De acuerdo con la disciplina del Código, el requisito del consentimiento de los contratantes de que habla el artículo 1007 es precisamente ese acuerdo de dos o más personas capaces.

Según la regulación del consentimiento, en el capítulo II del Título I del Libro IV, para que exista un contrato válido es necesario que varias personas, con una representación recta del objeto y la causa del contrato, se propongan contratar libremente, de modo tal que sus determinaciones sean coincidentes.

Dentro del consentimiento pueden distinguirse tres fases:<sup>187</sup>

1. La voluntad interna, e individual, de cada contratante, su querer y el propósito que le inspira;
2. la declaración que emite cada sujeto, dando a conocer su voluntad a los demás;
3. la voluntad o intención común, es decir el punto en que las voluntades manifestadas coinciden, y que es el fundamento mismo del contrato.

Las voluntades no se manifiestan simultáneamente, sino que una de las partes dirige a otra una oferta; el destinatario la acepta o la rechaza con o sin discusión; si la acepta el consentimiento es perfecto y queda formado, pero ha habido un período precontractual, en el curso del cual las partes deben comportarse según los principios de buena fe.

186. V. JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, pág. 39, DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 103. ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 207; ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 313.

187. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 104.

## 2. La oferta y la aceptación

La oferta es un acto jurídico por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato, en términos tales que basta que el destinatario la acepte para su perfección.<sup>188</sup> Puede ser verbal o escrita, expresa o tácita; puede hacerse a una persona determinada, o bien indeterminada, como cuando va dirigida al público en general, de modo que cualquiera puede aceptarla. Se plantea la duda acerca de la fuerza obligatoria de la oferta, de si ella liga o quien la hace, al menos cierto tiempo, colocándolo a disposición contractual del destinatario. La doctrina y la jurisprudencia francesas responden negativamente.<sup>189</sup> Pero algunos códigos (como el alemán y el chino) formulan principio opuesto, dando a la oferta existencia jurídica independiente. Nuestro Código Civil acepta esta última posición. Regula la oferta a persona determinada (arts. 1010 y ss.) estipulando que la oferta puede retirarse mientras no haya sido aceptada por la otra parte,<sup>190</sup> y fijando plazos durante los cuales el proponente está obligado a mantener su oferta que obliga a sus herederos y representantes, en caso de muerte o incapacidad del proponente no hay regulación acerca de la oferta hecha al público.

La aceptación es el acto por el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella.<sup>191</sup> Puede ser expresa o tácita; pura y simple o condicional, según implique aceptación de la oferta tal como fue formulada o bien contenga reservas o modificaciones que alteren sus términos.

La aceptación debe ser oportuna, darse mientras la oferta esté vigente, y ser pura y simple para que se forme el consentimiento. Si la aceptación es condicional, se considera como una nueva oferta (art. 1010 C.C., párrafo segundo).

## 3. Momento en que se forma el consentimiento

Si el acuerdo resulta del encuentro de voluntades de las partes, puede decirse en forma general que el contrato es perfecto cuando ocurre tal acuerdo. La doctrina ha indicado varios criterios, debido a que reviste gran interés su determinación. Las condiciones de validez, especialmente la capacidad, se aprecian con respecto a ese momento, que también determina las leyes aplicables al contrato en caso de cambio en la legislación. En ese momento finaliza el derecho de revocar la oferta, se determina en algunos casos si hubo o no objeto ilícito, y se fija el punto de partida de la prescripción, o de la caducidad de algunas acciones.<sup>192</sup>

Entre presentes, como la aceptación es conocida por el oferente sin que medie un espacio de tiempo apreciable después de ser emitida, no hay problema para afirmar que el consentimiento

---

188. ALESSANDRI, *op. cit.*, supra nota, 25, pág. 314.

189. JOSSERAND, *op. cit.*, supra nota 24, pág. 41.

190. "El que hace una proposición puede retirarla mientras no haya sido aceptada por la otra parte, pero el contrato propuesto será válido si la persona a quien se hizo la proposición la acepta puramente antes de tener noticia de que había sido retirada." Casación 15:20 hrs. 23 de mayo de 1945, I sem., tomo único, pág. 297.

191. ALESSANDRI, *op. cit.*, supra nota 25, pág. 41.

192. ALESSANDRI, *op. cit.*, supra nota 25, pág. 325.

se forma en el momento en que se da la aceptación (arts. 1009 y 1011 C.C.) es decir, cuando las partes se ponen de acuerdo sobre todos los puntos, y saben que existe el consentimiento mutuo. El momento puede quedar diferido si las partes subordinan la perfección del acuerdo a la redacción de un escrito en forma de documento privado o notarial.<sup>193</sup>

Entre ausentes, es más difícil la determinación, y al respecto se han presentado varias teorías:

1. Teoría de la aceptación: El consentimiento se perfecciona desde el momento en que el destinatario da su aceptación aunque sea desconocida por el oferente. Pero a esta teoría, se objeta que se dejaría la formación del consentimiento al arbitrio del aceptante, y podría la aceptación quedar en nada, por ejemplo, si antes de enviarse es rota la carta que la contiene.

2. Teoría de la expedición: Es producto de una búsqueda de cierta seguridad de que sea irrevocable la declaración de aceptación; es el envío de esta el que señala el momento en que el contrato se forma; es decir, desde que el aceptante se desprende de su manifestación de voluntad, por ejemplo, enviando la carta, despachando al mensajero, etc. Pero en esta teoría se mantiene el carácter precario y la revocabilidad de la aceptación.

3. Teoría de la información: El consentimiento se forma cuando el proponente recibe la aceptación y toma conocimiento de ella. Pero de acuerdo con esto el aceptante debería conocer la aprobación que el proponente hace de su aceptación, y las cosas serían de no acabar. Además, no sería aplicable la teoría a los casos de aceptación tácita; y se prestaría a fraude pues basta al proponente, por ejemplo, no abrir la correspondencia, para dejar a su arbitrio la formación de contrato.

4. Teoría de la recepción: El consentimiento se forma cuando la aceptación llega a su destino, sin necesidad de que el proponente tome conocimiento de ella. Pero no hay duda de que cada parte debe saber lo que la otra quiere para que se forme el consentimiento, y ello no se cumple con esta teoría.

Se vacila fundamentalmente entre dos momentos aquel en que la aceptación se emite, y aquel en que llega a su destinatario, es decir, entre las teorías de la aceptación y de la información. Durante largo tiempo triunfó esta última pero poco a poco fue triunfando la de la declaración o aceptación. Esta es la aceptada en nuestro Código, pues en su artículo 1010 dice que el proponente puede retirar la oferta mientras no haya sido aceptada, y el artículo 1009 señala que queda perfecto el contrato desde que la estipulación se acepta.<sup>194</sup>

#### 4. Importancia del consentimiento

El consentimiento es la particular modalidad que la voluntad toma en los negocios bilaterales, fundamentalmente contratos. Sigue siendo elemento sustancial del negocio, al cual da preponderancia nuestro derecho civil, y nuestra jurisprudencia. Así por ejemplo:

193. JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, pág. 43.

194. Sobre estos temas ver : JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, págs. 43 y ss.; ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, págs. 326 y ss.

"El pensamiento jurídico moderno sobre la construcción del contrato, para efectos de estructurarlos, se elabora con prescindencia de ritos y formalidades extrínsecas, dando preeminencia al factor e ingrediente básico del consentimiento... El contrato en síntesis equivale a un acuerdo como expresión de la voluntad de las partes que no sólo regula una determinada relación de orden económico, sino también es susceptible de disolverla...".<sup>195</sup>

## 2. La manifestación de voluntad

### a- El negocio como comportamiento humano. Necesidad de la objetividad en el derecho. La manifestación

La manifestación es elemento constitutivo del negocio, se integra con la voluntad, formándose una unidad: la manifestación de voluntad.<sup>196</sup>

El primer requisito para que un fenómeno pueda tener relevancia jurídica en su objetividad, es decir, su posibilidad de percepción social.<sup>197</sup> El negocio adquiere objetividad y penetra en el mundo jurídico, gracias a la manifestación, que es la exteriorización de la programación de intereses forjada voluntariamente.

Toda manifestación es un tipo de comportamiento.

#### 1. El comportamiento

Es un género dentro del cual se colocan las especies de hechos humanos manifestativos y no manifestativos. Las hipótesis posibles de comportamientos pueden sintetizarse así: <sup>198</sup>

- 1) El comportamiento físico, referido a la materia (material);
- 2) el comportamiento orgánico, que va referido al ser viviente (vital);
- 3) el comportamiento animal, manifestativo en tanto es propio del organismo dotado de conciencia empírica y capacidad comunicativa.
- 4) El comportamiento humano, que puede calificarse como simbólico, es propio del animal con conciencia espiritual y lenguaje.

En el campo del derecho es necesario un tipo de comportamiento apropiado a la naturaleza propia de la realidad jurídica y social, en que el hombre aparece como partícipe de una vida en comunidad. Es condición del fenómeno social, y por ende del comportamiento, que tenga no sólo la objetividad propia que la materia de toda ciencia, sino en particular la específica objetiva observabilidad que corresponde al campo de la realidad humana que es la sociedad.<sup>199</sup>

Como fenómeno humano, el comportamiento se introduce en el mundo de los valores jurídicos. En tanto que hecho jurídicamente relevante, su papel depende de su influencia sobre los valores jurídicos e intereses humanos.

195. Sala Primera Civil, Nº. 382, 9:00 hrs. 10 setiembre de 1976.

196. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 397.

197. PEREZ, V., op. cit., supra nota 55, tema 6, pág. 1.

198. FALZEA, Angelo. Voce Manifestazione. En "Enciclopedia del Diritto, tomo XXV. Giuffrè-ed. Milano 1975, pág. 443 y ss.

199. FALZEA, op. cit., supra nota 198, pág. 445.

El grado de observabilidad del comportamiento debe ser tal que cualquier sujeto de la comunidad y a la distancia que en la vida común separa a cada persona de las otras, esté en posibilidad de observarlo, de modo que asume el grado de pública evidencia; se trata de una objetividad social.<sup>200</sup>

## 2. La manifestación

En forma general, manifestación es cada fenómeno que manifiesta otro fenómeno. De modo que hay en ella tres elementos: el hecho manifestante, el hecho manifestado y la relación entre ambos; el primero se ofrece a la observación sensible en su presencia material; el segundo sólo se indica por la referencia, pero no es materialmente presente ni apreciable por los sentidos. Es decir, hay una realidad no materialmente presente (espacial o temporalmente), que es la realidad manifestada. Esta es el contenido de aquella, la realidad manifestante, es el vehículo de expresión, la forma.<sup>201</sup>

En la teoría del negocio jurídico el hecho manifestante es la manifestación (o declaración misma), y el hecho manifestado es la voluntad. Pero en general, en el campo del derecho hecho manifestante es cualquier hecho del hombre capaz de revelar otro hecho, y hecho manifestado es cualquier hecho jurídicamente relevante.

## 3. Manifestación significativa y manifestación simbólica

De acuerdo a la esfera de la realidad en que se desenvuelven los comportamientos se distinguen en:

1. Comportamientos significantes: En ellos la significación está entendida como manifestación, de modo que un comportamiento en su materialidad, manifiesta una situación inmaterial no presente, el que el comportamiento surge al plano de la vida consciente.

2. Comportamientos simbólicos: En ellos la significación tiene el carácter de declaración, es decir, de un hecho de lenguaje, en el que puede distinguirse el comportamiento en su materialidad, y su significado inmaterial.<sup>202</sup>

En el campo de la manifestación, ésta comprende aquellas dos posibilidades. La manifestación significativa es aquella en que el hecho manifestante es un comportamiento concreto; en la manifestación simbólica el hecho manifestante es una actividad simbólica, abstracta, lingüística; es el campo de la declaración.<sup>203</sup>

## 4. Tipos de manifestación<sup>204</sup>

En la manifestación de ciencia o de conocimiento el sujeto reproduce los estímulos que percibió con anterioridad. Por ejemplo, la declaración de un testigo, art. 354 C.P.C.

En la manifestación de sentimiento hay un impulso del sujeto hacia el exterior, pero con bases irracionales, emocionales o sentimentales. Por ejemplo, la reconciliación de los cónyuges. (Arts. 52, 63 C. Fam.).

200. FALZEA, *op. cit.*, supra nota 198, pág. 445.

201. FALZEA, *op. cit.*, supra nota 198, págs. 442-469.

202. FALZEA, *op. cit.*, supra nota 198, pág. 472.

203. PEREZ, *op. cit.*, supra nota 55, Noción de negocio jurídico, págs. 19-20.

204. PEREZ, *id.*, pág. 21.

En la manifestación de voluntad lo manifestado es una intención, un querer del sujeto, racionalizado mediante la determinación de fines, motivos, objetos y sujetos, y concretizado en el proyectarse de una programación de intereses hacia el futuro, revelado en la manifestación. A esta categoría pertenece el negocio jurídico.

*b- Manifestación de voluntad como elemento del negocio jurídico*

1. La manifestación como elemento formal del negocio

Todo fenómeno jurídico tiene un elemento material y un elemento formal: su sustancia y su forma de presentarse. En el negocio jurídico hay un elemento interno, sustancial, que es la voluntad, y un elemento externo o formal, que es su objetivación a través de la manifestación. De allí que en este sentido amplio, el término "forma" se aparta de su significación tradicional, restringida como sinónimo de formalidad, para aparecer como sinónimo de manifestación, en tanto que es el modo como el negocio se presenta a los demás, su figura exterior.<sup>205</sup>

Para que se tenga manifestación, es necesario que la voluntad sea exteriorizada, llevada al mundo exterior desde el propio yo del sujeto, e inserta en la vida social de modo que sea perceptible a los demás. Toda voluntad que permanece interna es jurídicamente carente de valor, hasta que es exteriorizada; esto es suficiente; sólo en las manifestaciones de voluntad recepticias se requiere también que la voluntad sea elevada o comunicada a otros, interesados en su contenido.<sup>206</sup>

La manifestación es un acto humano dirigido a exteriorizar y hacer conocer a los demás un pensamiento, en las manifestaciones de ciencia, o bien un sentimiento o un querer del sujeto; no es requisito el conocimiento de los terceros, sino que basta la posibilidad de conocimiento. En toda manifestación hay una voluntad de manifestar, pero en la manifestación de la voluntad, la voluntad es el objeto concreto o contenido de la manifestación. La voluntad de manifestar tiene un doble contenido: un inmediato querer el acto de manifestación y un mediato querer las consecuencias del acto como contenido de la manifestación de voluntad.<sup>207</sup>

2. Naturaleza y sentido de la manifestación

Algunos intereses son realizables en forma directa. Otros requieren para ser satisfechos una programación con miras a una finalidad; son estos los intereses negociales, cuyo fin y el comportamiento que lo persigue son relevantes para el ordenamiento jurídico, que dota de eficacia a aquella programación, debidamente llevada a la vida social.<sup>208</sup>

La reciente doctrina italiana, encabezada por CARNELUTTI y BETTI, distingue los actos trascendentes para el Derecho en actos con efecto psíquico o interno y actos con el efecto material o externo; los primeros se subdividen según que el cambio deba producirse en la mente del autor del acto o en la de otros destinatarios. Cuando el suceso va dirigido a otros el acto asume la figura de la declaración; cuando afecta al mismo actor, es una aprehensión de conocimiento.<sup>209</sup>

Con ello coloca en la destinación a otro la esencia de la declaración, con lo cual se distinguiría de la simple exteriorización, que no lleva dirección alguna. Pero no siempre el negocio consiste en una declaración así entendida, ya que incluso puede realizarse a través de un comportamiento significativo (la llamada declaración tácita). El concepto debe entenderse en un sentido más amplio, hasta identificarse con la exteriorización misma de la voluntad.

205. BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 97.

206. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 397-399.

207. GULLON, op. cit., supra nota 137, pág. 27.

208. V. PEREZ, op. cit., supra nota 55. Noción del negocio jurídico, págs. 22-23.

209. BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 15.

La exteriorización tiene que permitir que se infiera la voluntad negocial; debe ser susceptible de interpretación, o bien tener un valor susceptible de ser comprobado.<sup>210</sup> El fenómeno es un evadirse el pensamiento de su autor y tomarse expresión objetiva dotada de vida propia, perceptible y apreciable en el mundo social.<sup>211</sup>

### 3. La manifestación como elemento esencial del negocio

Según el artículo 1008 C.C. "El consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado. La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito, o por hechos de que necesariamente se deduzca". La manifestación es la forma del negocio, la expresión o exteriorización de la voluntad, y como tal es indispensable en todo negocio; es un elemento esencial.

El negocio sólo puede ser jurídicamente considerado cuando se expresa la programación de intereses, pues esta es su figura jurídica primaria.<sup>212</sup>

### 4. La manifestación de voluntad en el contrato

En la base del contrato está el acuerdo, es decir, el encuentro entre dos o más voluntades, que convergen en un mismo resultado, es decir, el consentimiento.

Pero el consentimiento sólo puede considerarse como encuentro de las voluntades manifestadas por las partes, las cuales son recepticias, en tanto que la de cada uno se dirige a la contraria. El acuerdo puede escindirse analíticamente en sus elementos constitutivos, que son las diversas manifestaciones: la primera en el tiempo se llama oferta o propuesta, y la segunda aceptación.<sup>213</sup>

#### c- Clases de manifestaciones de voluntad

##### 1. a- Declaraciones expresas y tácitas

Una gran parte de la doctrina distingue entre declaraciones expresas y tácitas, distinción acogida por algunos con diversa terminología. Ha sido motivo de controversia el criterio de distinción; se han dado posiciones objetivas y subjetivas.

1. Para quienes siguen un criterio subjetivo es expresa aquella manifestación que se pone en existencia precisamente con el fin de exteriorizar determinada voluntad.

Tácita es la manifestación que se da para perseguir otros fines, pero de la que puede deducirse la voluntad negocial.

Según esta teoría subjetiva, debe observarse la intención del agente de hacer la declaración, que faltaría en la declaración tácita.<sup>214</sup>

210. ENNECERUS, op. cit., supra nota 16, tomo I, volumen II, pág. 115.

211. BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 15.

212. PEREZ, op. cit., supra nota 55. Tema 6, pág. 5 y 6.

213. PIRAS, op. cit., supra nota 24, págs. 38-40. ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 207.

214. ENNECERUS, op. cit., supra nota 210, págs. 115-116, prefiere hablar de declaraciones directas o inmediatas e indirectas o mediatas.

Von THUR, Andreas: *Parte General del Derecho Civil*. Ediciones Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 1977, pág. 74, acepta el criterio subjetivo, pero critica la denominación de declaración tácita, porque entre las tácitas se encuentran las que pueden desentrañarse de las palabras mediante interpretación.

2. Para los seguidores del criterio objetivista, es expresa la manifestación realizada con medios que por su naturaleza o por el acuerdo de las partes, son destinadas a externar la voluntad.

Tácita es la manifestación llevada a cabo con comportamientos de los cuales es posible deducir una determinada voluntad negocial.

Esta distinción se funda en la naturaleza del medio usado, y fue elaborada por ZITELMANN. De acuerdo con ella la declaración es expresa si la voluntad se exterioriza por "medios objetivos de declaración", cuyo sentido como tales está ya establecido, por la costumbre, la ley o el convenio; es tácita si hay una conducta distinta, que se hace concluyente junto con las circunstancias del caso concreto.<sup>215</sup>

En la declaración expresa el declarante se vale de medios idóneos para manifestar su pensamiento, de los cuales el más normal es el lenguaje, oral o escrito, pero también se aceptan los signos inequívocos.

#### b- Crítica a la distinción entre declaraciones expresas y tácitas

A la teoría subjetivista se objeta la dificultad de indagar en la intención del agente, a la otra teoría se opone que un comportamiento objetivamente concluyente puede corresponder por sus usos a los intereses del medio social, a un comportamiento no negocial.<sup>216</sup>

En todo caso, los objetivos "expresa" y "tácita" no tienen un significado unívoco; la nomenclatura conduce a faltas de precisión, pues la misma expresión "declaración tácita" es contradictoria. Por otra parte, la distinción tradicional no es idónea para comprender todas las posibles formas de comportamientos manifestativos; haciendo énfasis en el concepto de declaración, deja fuera comportamientos que no consisten en declaraciones, sino en actos reales, valorables desde el punto de la manifestación.<sup>217</sup>

#### 2. Declaración y manifestación en sentido estricto<sup>218</sup>

Más satisfactoria resulta la distinción entre declaración, en sentido propio, y manifestación, en sentido estricto.

Manifestación, en sentido lato, es todo hecho que manifiesta un hecho diverso, de modo que ella comprende a la declaración.

La declaración es un acto de lenguaje, escrito, oral o mímico. La manifestación, en sentido estricto es un comportamiento que permite deducir la realidad del fenómeno manifestado. No son figuras distintas de comportamiento, sino diversos aspectos formales de las mismas figuras.

La distinción puede establecerse con base en los dos subtipos de relación de significación: significación por señales y significación por símbolos. Un signo puede ser señal o símbolo se-

---

Para FRANCESCHELLI "...el distinguir entre declaración expresa y declaración tácita se resuelve en individualizar cual sea el fin de los actos de los cuales la voluntad tiene deducida". Op. cit., supra nota 15, pág. 82. En un sentido similar, ALBALADEJO, op. cit., supra nota 115, pág. 116. LA CRUZ BERDEJO, op. cit., supra nota 128, pág. 82.

215. LEHMANN, op. cit., supra nota 72, págs. 298-299. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Giuffrè Editore. Milano, 1973, pág. 151. COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. Unión Tipográfica, Editorial Hispanoamericana. México, 1938, pág. 385. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 105.

216. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 223.

217. SCALISI, Vincenzo. *Voce "Manifestazione in senso stretto"*. Enciclopedia del Diritto. Giuffrè Editore. Italia, 1975. Tomo XXV, pág. 477.

218. V. loc. ult. cit.

gún permita inferir la realidad o se limite a evocar la estructura ideal del fenómeno significado.<sup>219</sup>

Para algunos autores, todo negocio es declaración de voluntad, aún los no simbólicos (ENNECERUS). Otros reservan el término declaración para un subtipo de manifestación; otros prefieren distinguir entre declaraciones tácitas y expresas. A la declaración corresponde el uso del lenguaje, de las palabras orales o escritas, o bien signos convencionales. Los signos convencionales de que consta son simbólicos; pueden ser fonéticos, gráficos, mímicos.<sup>220</sup>

En la manifestación (en sentido estricto) no hay palabras, sino una conducta de la que se deduce la voluntad; supone la expresión del propósito por un inicio de ejecución, o una ejecución parcial del mismo.

En conclusión existen manifestaciones que no son declaraciones, pero toda declaración es una manifestación en sentido amplio. No existe entre ellas diferencia sustancial. Gráficamente:

M: manifestación en sentido amplio.  
m: manifestación en sentido estricto.  
d: declaración.

El artículo 1008 en su párrafo segundo expresa la posición del Código Civil, que utiliza el término manifestación en sentido amplio, estipulando que "la manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito, o por hechos de que necesariamente se deduzca".<sup>221</sup>

### 3. Manifestaciones presuntas

Se dan en los casos en que el derecho considera a cierto comportamiento, que no se dirige a manifestar, o que no es por su naturaleza medio de declaración, como manifestación de una determinada voluntad. La ley dispone que una conducta debe ser considerada como declaración de tal o cual voluntad, porque tal conducta corresponde normalmente a la determinada voluntad que se presume.<sup>222</sup>

Por la disposición legal la conducta debe ser considerada como una declaración de voluntad, de determinado contenido, o debe al menos producir los mismos efectos.

En ciertos casos, los propiamente llamados manifestaciones presuntas, su existencia se presume en tanto no se pruebe lo contrario; la prueba de la ausencia de voluntad demuestra que en realidad no había una manifestación de voluntad con ese contenido.<sup>223</sup> (Por ej., el art. 822 C.C. se refiere a la remisión tácita por entrega del documento; el acreedor puede probar que él no lo entregó, o que no era su intención el remitir la deuda).

En otros casos la ley no admite prueba en contrario; la conducta debe valer lisa y llanamente como manifestación de voluntad de un determinado contenido. Sólo había en realidad una manifestación de voluntad si existía en efecto una conciencia de manifestar; no obstante, aún faltando ésta, la conducta debe considerarse manifestación por disposición del derecho.<sup>224</sup> Son las lla-

219. PEREZ, op. cit., supra nota 55, pág. 7.

220. GULLON, op. cit., supra nota 137, pág. 29.

221. "El consentimiento en el contrato, además de la forma verbal y escrita, en que de ordinario se produce, puede manifestarse también por hechos de que necesariamente se deduzca" II semestre tomo II pág. 823, 1959. En el mismo sentido Cas. 18, II sem. I tomo, pág. 169, 1961. Cas. 140, 14:45 hrs., 23 noviembre de 1973, sem. II, sin publicar. Cas. 63, 16:20 hrs. 26 mayo de 1953, sem. I, tomo II, pág. 1336.

222. ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 116.

223. ENNECERUS, op.cit., supra nota 210, pág. 117.

224. Id., pág. 118.

madras manifestaciones legalmente determinadas o típicas, por ejemplo, la tácita reconducción del contrato en materia de arrendamiento, por la cual basta con la continuación de hecho del estado de arrendatario, para que se considere la existencia de una voluntad de prolongar el contrato.

Finalmente, hay casos en que debe producirse el efecto de una declaración sin que la haya; en tal caso no se trata de una manifestación, y no se le aplican sus reglas;<sup>225</sup> no existe tampoco un negocio jurídico. Por ej., el artículo 531 C.C.

#### 4. Manifestaciones recepticias y no recepticias

Las manifestaciones recepticias deben dirigirse a una o más personas a quien afectan; han de emitirse para que les lleguen, y no producen efectos jurídicos si no llegan a su conocimiento. Por ej. la oferta y la aceptación del contrato.

Las manifestaciones no recepticias no requieren tal exigencia; basta que se emitan sin que sea preciso encaminarlas a nadie, y producen sus efectos desde el momento en que exista la manifestación, independientemente del conocimiento que de ella puedan tener otros sujetos. Por ej.: la declaración testamentaria, su revocación, la aceptación de la herencia.<sup>226</sup>

#### 5. Manifestaciones directas e indirectas

En las manifestaciones directas el propósito comercial se reconocen inmediatamente por el medio elegido por el declarante destinado a hacer reconocible aquel propósito.

En las manifestaciones indirectas el propósito no se revela directamente sino que hay que deducirlo de un comportamiento cuyo destino común no es hacer socialmente reconocible el propósito.<sup>227</sup>

Como se observa, es una formulación de la distinción entre declaración expresa y tácita.

#### 5. Manifestaciones mediatas e inmediatas

Es inmediata una manifestación si el acto por el cual se expresa es percibido inmediatamente por el sujeto destinatario. Es mediata cuando llega al destinatario no el acto del declarante, sino otro provocado por él (manifestaciones a través de mensajero, telégrafo, radio, etc.).

Se usan dos criterios de distinción: el tiempo de la percepción, y las personas o instrumentos que participan.

#### 6. Negocios declarativos. Negocios de voluntad o de actuación

Para algunos autores los negocios de actuación son una categoría en que la voluntad no es manifestada sino actuada; se realiza inmediatamente sin poner al agente en comunicación con otros.

La base de tal figura es una sutil distinción entre la manifestación y la declaración; por esta se comunica a otro sujeto la voluntad; con aquella se revela una voluntad interna, no dirigida a alguien. Deriva de la noción de declaración de voluntad, de la cual, quitando la declaración queda la pura voluntad, y se hace necesario un acto exterior de realización del querer.

La consecuencia fundamental es la relevancia que tiene la voluntad interna; no va dirigida a nadie y por ello no valen los principios de responsabilidad y buena fe; no valen tampoco las teorías sobre la declaración; los vicios de la voluntad excluyen la existencia del negocio.

225. Id., pág. 118.

226. ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, págs. 115-116. GULLON, op. cit., supra nota 137, pág. 29.

227. GULLON, op. cit., supra nota 137, pág. 28.

A esta teoría es criticable la reunión de supuestos heterogéneos en una categoría común, con una fundamentación errónea. Falla al dar una línea distintiva, entre declaración tácita y negocio de voluntad. Además, no es posible enfrentar declaración y manifestación porque incluso la declaración es actuación o ejecución de una voluntad interna.<sup>228</sup>

## 7. El silencio<sup>229</sup>

### a- Como manifestación de voluntad

El silencio puede ser manifestación de voluntad. Generalmente ello no sucede, pero es posible que asuma un valor manifestativo en determinadas circunstancias.

Si las partes han acordado previamente dar al silencio un determinado valor, o este le viene atribuido por una norma jurídica, no existe problema alguno. Pero si no se da ninguna de estas dos situaciones deben tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes, y ciertas directrices generales.

No es posible que un sujeto atribuya un significado al silencio de otros; por ejemplo, que el oferente de un contrato establezca que de no recibir contestación considerará aceptada la oferta. El destinatario de tal oferta no tiene ningún deber de declarar, y por consiguiente no queda vinculado. Un significado semejante sólo puede derivar de la ley o de previo acuerdo de las partes

El silencio puede considerarse como una tácita aceptación sólo cuando la buena fe, y el aspecto objetivo del comportamiento así lo admiten, e imponen la necesidad de romper el silencio para variar la interpretación. Deben valorarse fundamentalmente tres condiciones: si existen entre las partes reiteradas relaciones de negocios; los usos generales del tráfico, y los usos individuales de las partes.

### b- Como omisión de una manifestación

En algunas hipótesis la ley permite la consecución de un derecho a condición de que el interesado emita una declaración correspondiente en un término, tras el cual se precluye la adquisición. El silencio produce un resultado análogo pero no equivalente a la renuncia. (Por ej., la aceptación de la herencia).<sup>230</sup>

## 9. Protesta y reserva

Aunque algunos autores identifican ambos términos, otros prefieren darles un uso diverso, aunque similar.

228. V. SCONGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, págs. 228-230. GULLON, op. cit., supra nota 137, pág. 35. nota 73, págs. 63-64.

229. TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, págs. 151-152. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 106.

230. Nuestra jurisprudencia ha sido restrictiva en el tratamiento del silencio. Véase por ej.: Cas. 140 de 14:45 hrs. 23 noviembre de 1973, II semestre. Sin publicar: "El artículo 1008 C.C., establece que el consentimiento debe ser libre y claramente manifestado y que la manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito, o de hechos de que necesariamente se deduzca. Siendo así el silencio no puede ser una forma de consentimiento, no sería una manifestación clara del mismo, ni constituye un hecho del que necesariamente se deduzca esa aprobación, ya que de él pueden deducirse otras diferentes suposiciones, pero no, única y necesariamente la de consentir y aprobar... el silencio de una parte, como principio general, no puede ser considerado como manifestación de voluntad, salvo en casos excepcionales, entre los cuales no puede ubicarse el presente juicio...".

La protesta es una declaración de voluntad por la cual una persona al ejecutar un hecho destruye la posibilidad de que se le atribuya el significado que de otro modo se le daría. La reserva es la protesta de un hecho que podría interpretarse como renuncia de un derecho.<sup>231</sup>

En ambos casos se trata de una declaración que sirve como medio para quitar a un comportamiento tácito el significado que objetivamente se le da. Pero es necesario que no sea incompatible con el comportamiento a que se refiere.

#### 10. Perfección de la manifestación

La manifestación se perfecciona cuando acaba de formarse, cuando nace a la vida del derecho y adquiere objetividad. Las declaraciones no recepticias se perfeccionan cuando se emiten, y las recepticias cuando llegan a conocimiento del destinatario.<sup>232</sup>

#### 11. Reproducción de la manifestación

Debe hacerse la diferencia entre la manifestación, y su reproducción mediante documentación. Tanto cuanto se exige documentación *ad substantiam*, como *ad probationem*, el documento es una reproducción o representación material de un acto previo, pero no el acto mismo. La documentación vale como representación de la manifestación.<sup>233</sup>

##### *d- Forma y formalidades del negocio jurídico*

#### 1. Manifestación, forma y formalidad

En la vida de relación un acto es reconocible a los demás a través de su forma; el mismo Derecho se sirve de diversos medios para realizar sus principios formales. Así, la forma es un concepto mucho más amplio que el que le atribuye su significado tradicional, que sólo refiere a los negocios solemnes.

En todo negocio hay una forma y un contenido; la forma es la objetivación de ese contenido, es la manifestación misma. Tradicionalmente a la forma se da un sentido más restringido como sinónimo de formalidad, con lo cual sólo sería necesaria para ciertos negocios jurídicos, o bien se usa el término "declaración", en lugar del más genérico de forma o manifestación. La voluntad negocial generalmente se expresa a través de un comportamiento declarativo, es decir, utilizando los signos del lenguaje; ello llevó a la doctrina a definir el negocio como declaración de voluntad. Modernamente se prefiere enfatizar la función, más que la estructura negocial, y se le define como regulación de intereses privados. Con ello se amplía el concepto y se aclara que la autonomía negocial se ejercita también a través de comportamientos no declarativos.<sup>234</sup>

Cuando se habla de declaración se hace referencia a una forma peculiar, no a la forma en general, o sea, a la exteriorización de la voluntad.<sup>235</sup> La doctrina muchas veces no considera tal distinción, y contrapone a la declaración la forma entendida como requisito específico.

Pero en realidad la declaración representa la forma más difundida de negocio, por cuanto responde mejor a la exigencia práctica de hacer reconocible a los demás el contenido del acto.

231. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 387.

232. ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 116.

233. PEREZ, op. cit., supra nota 167, pág. 109.

234. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 278.

235. SCOGNAMIGLIO, op.cit., supra nota 85, pág. 218.

La forma se ha considerado también como el modo de ser de la manifestación,<sup>236</sup> o el modo de ser del negocio, la vestidura exterior de los elementos, o los ritos o solemnidades que se deben observar para darles vida.<sup>237</sup> La forma se concibe como algo añadido al acto y exterior a él, como una envoltura que viene a cubrir la relación jurídica previamente creada, dotándola de nuevos efectos de que sin ella carecería, permaneciendo como algo oculto entre las partes. Pero esta idea es inexacta, porque toda relación exige para constituirse una cierta forma, por sencilla que sea no existe acto jurídico sin una forma determinada, y que es por tanto, esencial a él. Lo que ocurre es que el carácter de la forma ha variado. Antiguamente se concebía como fórmula; en el derecho moderno se admite como forma suficiente cualquier modo que la voluntad tenga de manifestarse.<sup>238</sup>

La voluntad interna se incorpora a una serie de signos exteriores que la manifiesten; tal es la forma, la manifestación misma, la salida de la voluntad de la esfera psíquica del sujeto, de modo que puede ser percibida por otros sujetos. No se concibe una regulación de intereses que no sea llevada al exterior, reconocible. Pero el acto de autonomía privada no puede reducirse al perfil formal, olvidando el aspecto sustancial. El negocio puede asumir cualquier forma que sea adecuada para su reconocibilidad objetiva.

La realidad social muestra cuáles son las formas más difundidas; la declaración y el comportamiento.<sup>239</sup> Tal es el concepto amplio de forma.

El principio general es la libertad de forma. La forma puede ser escogida libremente por los contratantes. Pero puede estar predeterminada por la ley o por los particulares; por ello se dice que algunos negocios son formales o solemnes, porque respecto a ellos la forma representa un requisito estructural.

En sentido estricto, la expresión forma indica los particulares medios que a consecuencia de una precisa disposición de la ley, o de una obligación contractual, deben usarse al declarar la voluntad, bajo pena de nulidad o de limitadas posibilidades de prueba,<sup>240</sup> es decir, las formalidades del negocio.

## 2. Forma en sentido estricto. Las formalidades del negocio

El ordenamiento pone algunos límites a la autonomía de las partes, disponiendo para ciertos actos la adopción de formalidades determinadas. La razón es que las partes tomen conciencia de la importancia y consecuencia del negocio.

Cuando la ley pide como esencia una determinada forma, todas las otras formas de manifestación quedan excluidas.

### a- *La forma en el Derecho romano*

Los derechos modernos optan en general por la forma escrita.

El derecho romano se distingue por predominar las formalidades orales; sus formas eran verbales, con uso de términos fijos y sacramentales, a menudo simbólicos, generalmente típicas

236. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 442.

237. ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 136, no considera la forma como elemento del negocio. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 83 BETTI, distingue la forma como posibilidad objetiva de reconocimiento en el ambiente social, mientras que la manifestación requiere una proyección más o menos consciente hacia otros sujetos. Op. cit., supra nota 91, pág. 99.

238. COSSIO, cit., por GULLON, supra nota 137, págs. 91-92.

239. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, págs. 230-231.

240. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 83.

del determinado acto y correspondientes a su naturaleza. Ejemplos clásicos son la *mancipatio* y la *estipulatio*.

En muchos casos, además, exige que se acompañen de ciertos casos algunas veces derivadas del contenido del negocio y explicables por el mismo, (formas reales), y que otras sólo guardan con él una relación simbólica (forma simbólica), prefiriéndose los primeros

En las etapas menos evolucionadas la formalidad no es algo que se injerta en el negocio sino la expresión necesaria del negocio mismo; sólo el actuar mediante formas tiene efectos jurídicos; la eficacia se basa no en el contenido sino en la forma.<sup>241</sup>

El progreso y el contacto con las demás naciones fueron reduciendo poco a poco las solemnidades. En la época romano helénica formas escritas y registros públicos sin carácter típico penetraron en la legislación.

#### *b- Posibilidades formales del negocio*

Forma es el modo en que el negocio se presenta a los demás en la vida de relación; sólo a través de ella es reconocible a los demás. La voluntad, mientras queda en puro fenómeno psíquico y no se traduce en actos, es privada de trascendencia social y jurídica. La clasificación en formales o no formales no debe inducir a la errónea creencia de que existen negocios sin forma. En realidad un acto, como hecho socialmente eficaz no existe sin una forma a través de la cual sea reconocible para los demás.<sup>242</sup>

Y en este sentido, puede venir exteriorizado por una manifestación (signos) o por una declaración (símbolos).

Los sujetos pueden adoptar cualquier forma negocial.<sup>243</sup> Sin embargo, el ordenamiento dispone algunos límites, estableciendo para ciertos actos la adopción de formas determinadas. Este es el concepto de forma en sentido estricto, es decir, de formalidad. De allí que es más correcto hablar de negocios con forma vinculada, o de formas libres y forzadas.<sup>244</sup>

De acuerdo con el artículo 1007 C.C., las formalidades ("solemnidades que la ley exija") son requisito de validez de las obligaciones. De este modo será nulo o anulable el negocio que no ha sido revestido de la forma exigida por la ley.

#### **1. Formalidades ad substantiam**

En algunos casos la ley exige solamente que la manifestación sea expresa, con lo que sólo queda excluida la forma tácita (es decir la manifestación en sentido estricto). Por ej. la aceptación de la herencia (art. 528 C.C.), la fianza (art. 1304 C.C.).

En otros casos la ley impone unas determinadas formalidades para ciertos negocios. Ejemplo de ello son todos los del Derecho de Familia: matrimonio, adopción, reconocimiento del hijo extramatrimonial (art. 89 C.F.); en el campo familiar patrimonial, las capitulaciones matrimoniales (art. 37 C.F.). En el derecho patrimonial, la donación, el testamento (arts. 1397, 583, 585 y 587 C.C.) y la hipoteca (409 C.C.).

Ciertos actos jurídicos deben publicarse, para que lleguen a conocimiento de terceros. Ejemplo: actos de adquisición y transición de inmuebles. Cuando estas formalidades no se lle-

241. JÖRS KUNKEL, op. cit., supra nota 117, págs. 128-129. BONFANTE, op. cit., supra nota 70, págs. 78-79.

242. BETTI, op. cit., supra nota 91, págs. 97-98.

243. V. por ej. Cas. 11:00 hrs. 19 julio 1946, II sem., tomo I, pág. 533.

244. BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 98.

nan, el acto es válido, pero no produce ningún efecto respecto a las personas protegidas por las medidas de publicidad.<sup>245</sup>

Cuando la ley exige la forma escrita o documentación, la suerte del negocio está conectada a la del documento, siendo posible su reconstrucción. El ordenamiento prevé dos formas escritas principales: la escritura privada y el acto público. La primera es el documento, en cualquier modo redactado, suscrito por las partes. El acto público en cambio es una formalidad muy rigurosa, que consiste en la redacción por escrito y obra del funcionario público, de las declaraciones hechas por las partes.<sup>246</sup> Debe hacerse la distinción entre documento público, definido por el artículo 369 C.P.C. como el que ha sido redactado o extendido por un funcionario público según las formalidades requeridas, y dentro del límite de sus atribuciones, e instrumento público, que según el artículo citado es la escritura otorgada ante Notario o Cartulario legalmente autorizado para el otorgamiento del documento, y ante los testigos instrumentales del caso. Ambos tienen un efecto sustancial probatorio; hacen prueba de lo que el funcionario declara que vio u oyó; la regla no es absoluta, pues la fe pública no cubre el contenido de la declaración, sino sólo de la certeza de que se declaró. Si el negocio esté viciado, no se convalida con la fe pública del funcionario.<sup>247</sup>

El documento privado tiene valor entre las partes; pero puede alcanzar el mismo valor que un documento público si es reconocido judicialmente o declarado por reconocido conforme a la ley (art. 379 C.P.C., Ley 7130).

## 2. Formalidades ad probationem

En otros casos, el Ordenamiento exige la forma, pero con consecuencias menos drásticas. Por ejemplo en el artículo 351 del nuevo Código Procesal Civil (ya no para la validez, sino para prueba).<sup>248</sup>

### c- Formas convencionales

Una exigencia de claridad y certeza induce a veces a las partes a pactar en el sentido de considerar vinculantes en sus relaciones sólo las manifestaciones negociales expresadas en una forma determinada, que por ley no sería necesaria.

El pacto que imponga una forma determinada debe ser hecho por escrito. Si las partes no han declarado expresamente que la forma convencional es necesaria sólo para la prueba, se presu-

245. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, págs. 211-212.

246. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 116. En el Derecho romano la escritura tuvo escasa importancia: generalmente el documento no corporificaba externo a él. Era un simple documento probatorio. JÖRS KUNKEL, op. cit., supra nota 117, pág. 141.

247. "Cuando se dice que un contrato se celebra ante notario es porque se ha otorgado el instrumento público del caso, ante el funcionario que tiene el título que le concede esa calidad y no simplemente en su presencia", Cas. Nº 22, 15:45 hrs. del 17 de marzo de 1964, semestre I, tomo I, pág. 317. "El documento público no justifica la certeza del dicho de los comparecientes", Cas. Nº 38, 14:00 hrs. 10 de abril de 1968. "La autenticidad que da el funcionario a tales hechos no se extiende hasta limpiarlos de defectos que puedan falsear el acto jurídico o contrato respectivo". Cas. Nº 100, 16:00 hrs. 24 setiembre 1965.

248. "El contrato puede tener plena existencia jurídica aunque el documento otorgado adolezca de defectos que le restan eficacia probatoria; y esto es así porque la escritura pública no constituye una formalidad sustancial en la compraventa ("ad solemnitatem") sino simplemente "ad probationem", al contrario de lo que ocurría si se tratara por ejemplo, de un testamento, de un poder general o generalísimo, o de una donación, según reglas de los artículos 583, 1251 y 1397 del Código Civil". Cas. Nº 83 de 15:45 hrs. del 15 de julio de 1970. II semestre, sin publicar.

me querida como requisito de validez del futuro negocio.<sup>249</sup> De modo que teóricamente puede hablarse de forma voluntaria ad substantiam y ad probationem.

Sin embargo se plantea en este punto la discusión de que lo relativo a las pruebas es materia de orden público, y por consiguiente no pueden las partes regular la carga de la prueba, o excluir ciertos medios de prueba en sus relaciones.

#### d- *Manifestación, documento y documentación*

El documento es un fenómeno espacial, un objeto; la manifestación es un fenómeno temporal, un acto. La documentación es un acto que viene a completar el negocio, a reproducirlo y tiene como producto un objeto; el documento. La declaración escrita es documentación. Si un documento se destruye o desaparece, la validez del negocio está fuera de duda, aunque surjan dificultades probatorias.<sup>250</sup>

La documentación es la operación u operaciones necesarias para plasmar y recoger documentalmente las declaraciones de voluntad. El documento es una cosa corporal, idónea, para incorporar, transmitir y conservar una declaración. No es un medio de manifestación de voluntad, sino de conservación de declaraciones ya hechas para el futuro. El negocio, que existía anteriormente, queda plasmado en el documento.<sup>251</sup>

#### e- *La forma y los negocios conexos*

Antes o después de un negocio las partes pueden realizar un pacto relativo al mismo negocio (pactos agregados), planteándose la duda de si deben quedar cubiertos por la forma exigida por la ley para el negocio principal.

De acuerdo con el principio de globalidad de lo escrito, lo que se incorpora en el texto es lo que se quiere, con lo que se derogan los pactos anteriores. Se presume que las partes incorporaron lo querido. En todo caso, si se sostiene que aquellos pactos subsisten, deben tener la misma forma del negocio; de lo contrario serían nulas.<sup>252</sup> Lo mismo vale para todos los pactos accesorios posteriores.

En nuestro ordenamiento no existe disposición al respecto; sin embargo, la Sala de Casación ha determinado que la mejor interpretación de un contrato deben hacerse considerando los anteriores y posteriores acuerdos y conductas de las partes. Tienen entonces relevancia interpretativa.

Los pactos sin formalidades agregados a negocios para los cuales la ley no exige formas determinadas, sí tiene valor.<sup>253</sup>

Todo el contenido del negocio tal como es querido y conformado por las partes, debe estar revestido de la forma exigida por la ley, y debe resultar del acto.<sup>254</sup>

Puede ocurrir que el contenido de un negocio concreto, o una de sus modalidades, se determine con referencia y remitiéndose a una fuente extraña al negocio; es el negocio per relatio-

249. TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, pág. 209.

250. En los documentos constitutivos como los títulos valores, los efectos del negocio están ligados a la existencia y disponibilidad del documento.

251. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, págs. 176-177.

252. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 449-450.

253. En este sentido, Sentencias de Casación: Nº. 49 de 1963, I sem., tomo único, pág. 614; Nº. 63 de 1957, II sem., tomo I, pág. 301, Nº. 22 de 16:15 hrs. de 11 de marzo de 1953: 15:20 hrs. de 11 de enero de 1944: 15:10 hrs. de 22 de diciembre de 1942, II sem., tomo único, pág. 1350.

254. CERTAD, op. cit., supra nota 141, pág. 200.

nem, el cual sería nulo en principio, por cuanto falta la forma que la ley impone; aunque el otro acto puede constituir, por sí, un negocio si persiste la voluntad.<sup>255</sup>

Los negocios abolutivos son los que revocan un negocio precedente; este está completo y es válido, pero hay un factor sobreveniente: la revocación surge por un acuerdo de las partes, que elimina la eficacia. La revocación es un nuevo negocio, cuya forma debería ser la misma del negocio revocado.<sup>256</sup>

### 3. Función y finalidad del formalismo en el negocio

En los ordenamientos jurídicos antiguos la forma valía para distinguir la obligación jurídica de la moral o social. El derecho moderno tiende a dar sanción jurídica a cada empeño en materia patrimonial, con lo que aquella función de las solemnidades ha venido a menos. El excesivo formalismo romano ha sido desplazado en gran parte, pero parece renacer una especie de nuevo formalismo, cuya naturaleza y objeto difieren del antiguo.<sup>257</sup>

Puede hablarse de efectos psicológicos y de función social de las formalidades.

Ellas implican protección contra la precipitación: son para la persona algo especialmente solemne, con lo que inducen a la reflexión en aquellos negocios de particular importancia. Por medio de las formas se induce a las partes a expresarse con mayor exactitud, a crear una expresión de la voluntad clara y completa. Se aísla el negocio separándolo de los tratos y conversaciones previas, se facilita la prueba, simplificando los litigios.

Además se facilita el control de ciertos actos, su vigilancia, y el hacerlos reconocibles a terceros interesados, resguardando los derechos de estos. Hay una función de certidumbre en la forma, en torno a las personas y su capacidad, el tiempo y lugar, el contenido de las declaraciones de voluntad.<sup>258</sup>

El inconveniente del formalismo negocial consiste en el hecho de que en sectores en que la contratación debe ser ágil y expedita, ello termina por constituir una traba.<sup>259</sup>

### 3. Relaciones entre voluntad y manifestación

#### a- *El conflicto entre voluntad y manifestación*

El problema de las relaciones entre voluntad y manifestación surge básicamente ante los fenómenos de falta de voluntad, bien del contenido, bien de su exteriorización. Se trata de aquellos casos en que la manifestación se realiza mecánica, inconsciente u obligadamente, o bien la mani-

255. CERTAD, op. cit. supra nota 141, pág. 201.

256. Se ha sostenido que ello no es preciso, con base en el principio de libertad de forma. Sin embargo se exige la forma del negocio revocado, como sucede por ejemplo en divorcio por mutuo consentimiento. En materia testamentaria, la revocación puede realizarse mediante una manifestación en sentido estricto; en el caso de la destrucción del testamento cerrado o lacrado, descrito por el art. 587 C.C.

257. "El formalismo de ahora, dice Jossierand, se explica de muy diversa manera que el antiguo. Por la multiplicidad y el desarrollo de las relaciones sociales y jurídicas, nosotros contratamos más rápida y continuamente que antes con personas que nos son desconocidas. Preciso es que contemos con los medios para cerciorarnos de su situación jurídica, de su capacidad, de los derechos que les pertenecen en cuanto a los bienes en cuya virtud entramos en trato con dichas personas... Por eso ella (la ley) somete ciertos actos jurídicos, para su "oponibilidad" al público, a nuevas especies de formalidades", cit. por ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, págs. 311-312.

258. LEHMANN, op. cit., supra nota 721, pág. 320. TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, págs. 206-207. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, págs. 171-172. ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, págs. 311-312.

259. TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, pág. 207.

festación es querida, pero no su contenido, y en fin, cuando la apariencia exterior del negocio no coincide plenamente con lo querido, sea o no voluntariamente.<sup>260</sup> Entonces se plantea el valor de una y otro, cuál debe prevalecer sobre cuál. Al respecto se han formulado varias teorías.

### 1. Teoría de la voluntad

La teoría más antigua, encabezada por SAVIGNY, sustenta que la voluntad es el elemento esencial del negocio, y la declaración sólo un medio de revelación. En caso de conflicto debe prevalecer la voluntad. El querer interno es el elemento productor de los efectos jurídicos. La declaración sólo tiene el fin de llevar a conocimiento del otro interesado la voluntad real; por eso el negocio no puede ser eficaz si falta la intención de concluirlo, en cuanto una declaración sin voluntad correspondiente es "como un cuerpo sin alma". Por tanto será nulo el negocio tanto si falta la voluntad de hacer la declaración, como si la voluntad efectiva no es la que resulta de la declaración.

Esta teoría conduce a sacrificar al aceptante de una declaración, cuyas esperanzas resultarían traicionadas por la mala fe o la culpa del declarante.

Por ello se buscaron medios para proteger de quienes no emiten su verdadera voluntad. Una parte de la doctrina voluntarista reaccionó contra una completa escisión entre declaración y voluntad.

IHERING afirma que todo contratante debe poner diligencia en la creación de las relaciones jurídicas en que interviene. Cuando por su culpa surge un contrato nulo, debe indemnizar al otro contratante.<sup>261</sup>

WINDSCHEID recurre a la ficción de la existencia de una garantía tácita del declarante para toda consecuencia perjudicial de su declaración. Debe asegurar la fe, la confianza, que él mismo provoca en la otra parte. Dice que la declaración es comunicación de una voluntad existente, pero de una voluntad contenida en ella. La declaración es ella misma la expresión de la voluntad, la voluntad en su revelación exterior. Posteriormente abandona las consecuencias extremas de la teoría volitiva y reconoce la validez del negocio si la causa de la divergencia entre declaración y querer reside en la culpa lata o el dolo del declarante.<sup>262</sup>

ENNECERUS compara la declaración de voluntad con la publicación de una ley, que no sólo es un medio de dar a conocer una ley ya existente, sino un elemento constitutivo de ella, que ni llega a ser conocida ni a existir como ley sin aquella.<sup>263</sup>

Para LEHMANN<sup>264</sup> desde el punto de vista práctico es preferible como regla la teoría de la voluntad.

El poder del hombre de ordenar sus relaciones por la propia voluntad sólo es posible si lo decisivo es esa voluntad y no la declaración errónea divergente de ella.

Pero en realidad esta tesis no responde a la vida práctica jurídica, y desconoce el innegable valor de la declaración.

260. Como casos de falta de voluntad de la manifestación se incluyen la falsedad, violencia física e incapacidad natural y algunas situaciones de error obstativo: el lapsus linguae o calami. Falta de voluntad del contenido en los casos de ausencia de seriedad (broma) representación teatral, declaraciones con fines dádicos (o por jactancia), reserva mental, simulación, disenso, y otros casos de error obstativo.

261. Cit. por GULLON, op. cit., supra nota 137, pág. 30.

262. Cit. por DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 107. GULLON, op. cit., supra nota 137, págs. 30-31.

263. Cit. por DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 107.

264. Op. cit., supra nota 72, pág. 180.

## 2. Teoría de la declaración

Es la antítesis del voluntarismo. Se dice que el negocio supone una declaración de voluntad, y es al primer término al que corresponde prevalecer. El querer interno no vale por sí mismo, es cambiante e inconsistente, y escapa del mundo exterior.

RÖVER hace el primer ataque a la teoría volitiva; para él la regla general debe ser que la declaración emitida por una persona capaz produce efectos jurídicos sin consideración a si lo declarado se ha o no querido. Para HORDER se queda obligado no porque se quiere sino por haber producido intencionalmente en la otra persona la expectativa de la prestación. KÖHLER niega que voluntad y declaración sean términos antagónicos; son dos polos de un mismo fenómeno; la declaración es una objetivación o encarnación del querer el movimiento de la voluntad en acción.<sup>265</sup>

Dice BÄHR que quien al contratar suscrita en los demás la confianza y la creencia de que su afirmación responde a una voluntad efectiva, debe responder como si realmente hubiese existido tal voluntad. DANZ concluye que la declaración es una conducta que permite a los demás concluir que existe tras ella una voluntad, por lo cual la declaración debe valer por sí misma.<sup>266</sup>

Esta tendencia declaracionista conduce a la negación del principio de que la voluntad es elemento esencial del negocio pues a ella se constituye el comportamiento exterior del sujeto, corresponda o no a la efectiva voluntad negocial, cuando el problema de esta relación reclama conciliaciones, o soluciones de compromiso. Se trata de encontrar el justo punto de equilibrio entre las razones del declarante y las del destinatario de la declaración, y no es posible delimitar netamente y en abstracto los intereses de uno y otros dignos de protección.<sup>267</sup>

Además, no puede desconocerse el valor real del querer, ni pretenderse sustituirle por uno inexistente.

## 3. Teorías intermedias

No debe caerse en el equívoco de creer que la fuerza vinculante del negocio reside en la voluntad, y que la declaración constituye sólo un medio para comunicación; no hay razón para vincular a los hombres por sus intenciones, por cuanto vengan a ser conocidas de cualquier forma. Hay de por medio una regulación de intereses, y confrontamiento de personas a través de la declaración negocial, a los cuales el Derecho atribuye significado y eficacia.<sup>268</sup>

Cuando la voluntad del sujeto no consuma el negocio, porque debe encontrarse con la declaración de otros, o está dirigida a varios destinatarios, no puede solucionarse un conflicto considerando sólo los intereses del autor de la declaración; deben tenerse en cuenta los intereses y las situaciones de los sujetos, a los cuales se dirige, en el significado que ellos pueden objetivamente atribuirle, y las expectativas suscitadas en ellos.<sup>269</sup>

El negocio va referido a un sujeto no sólo según el criterio psicológico sino, en general, según un criterio objetivo de autorresponsabilidad. La superación del voluntarismo no significa la adhesión a la concepción declaracionista. La doctrina dominante ha recurrido a los principios de responsabilidad y confianza.

265. Cit por GULLON, op. cit., supra nota 137, pág. 30.

266. Cit. por DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 108.

267. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 63-64.

268. Dentro de una tesis preceptiva. V. TRIMARCI, op. cit., supra nota 215, págs. 141-142.

269. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 279.

La ley contempla la protección de la voluntad con la tutela de los otros de buena fe; pide que la confianza sea sin culpa, que se ha dado sobre la base circunstancias objetivas y razonables.

Según el principio de confianza hay que atenerse a la declaración cuando el destinatario tiene razón para creer que corresponde a la voluntad real del declarante, aunque no exista tal congruencia. Pero si sabe que ésta falta, sus expectativas no merecen protección. De allí que el acto simulado es nulo.

De acuerdo con el principio de responsabilidad debe declararse nulo un acto cuando la declaración es disconforme con la voluntad sin culpa ni conocimiento del declarante, y debe declararse válido en el caso contrario, sustituyéndose la voluntad por un nuevo elemento. Dice RUGGIERO<sup>270</sup> que quien hace una declaración y sabe que es disconforme por causa que le es imputable, tiene una responsabilidad con respecto al destinatario, cuya buena fe y el principio de seguridad exigen que sea protegido. De ahí que tampoco es válido si la otra parte conocía o podía conocer la discordancia.

La responsabilidad viene a tener una doble dirección: hacia la otra parte y los terceros, con la obligación de resarcir el daño que se produzca, y autorresponsabilidad, por la cual el declarante doloso debe sufrir las consecuencias del negocio.<sup>271</sup>

#### 4. Ausencia y vicios de la voluntad

La voluntad puede estar viciada, o faltar por completo, pudiendo ocurrir que falte la voluntad de la manifestación, o bien la del contenido.

##### a- *Hipótesis de falta de voluntad de la manifestación y consecuente falta de la voluntad del contenido*

En algunos casos hay falta de voluntad del sujeto, porque este no ha querido la manifestación.

##### 1. Falsedad

Se da cuando una persona se hace pasar por otro de modo que aparentemente la manifestación proviene de ésta; o bien se hace circular un documento suscrito por alguien que no lo ha

270. Cit. por ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 308.

271. Las doctrinas intermedias han tenido gran difusión entre los autores, que de una u otra forma tratan de corregir los excesos de las teorías extremas.

ZITELMANN, ante la formulación radical de ambas teorías, opta por afirmar que, si bien rige el principio de que la declaración no puede producir ningún efecto jurídico no querido por el declarante, en la práctica el juez debe corregir las eventuales injusticias. Las exageraciones de la teoría volitiva pueden desaparecer por obra del arbitrio judicial.

Para HARTMANN la solución al conflicto debe basarse en una apreciación de los intereses del caso con arreglo a los principios de equidad y buena fe.

Según FERRARA, no puede establecerse de modo absoluto que bajo el imperio de la buena fe debe estarse incondicionalmente a lo declarado, pues no sería justo que el declarante soporte un daño derivado de errores fortuitos e inevitables ni es conveniente que se introduzca un formalismo, molesto incluso al comercio jurídico. Es preciso investigar el momento de la divergencia y ver si el declarante es o no culpable de ella, y si merece o no sufrir sus consecuencias.

Cuando la divergencia proviene del dolo o culpa del declarante, no tiene valor y subsiste la eficacia.

Cits. por GULLON, op. cit., supra nota 137, págs. 31-32. V. también DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, págs. 109-110.

emitido o se falsifica un documento<sup>272</sup> puede tratarse de falsedad personal o documental.

En ambos casos, del todo no hay voluntad. Relacionando los artículos 1007 y 835 inciso 1 C.C. se encuentra el efecto, que no puede ser otro que nulidad absoluta.

## 2. Violencia física

La violencia, en términos generales comprende el miedo y la fuerza (violencia moral y física). Siempre se trata de una presión que se ejerce sobre un individuo para determinarle a ejecutar un acto. Pero la violencia física reduce a la víctima a un estado puramente pasivo, pues actúa sobre los medios materiales de que debe valerse para realizar el acto mientras que la violencia moral opera sobre el ánimo. La fuerza, violencia física o absoluta es la coacción material o constreñimiento para forzar a alguien a una manifestación. En este caso no existe del todo voluntad, mientras que en la violencia moral la voluntad existe pero está viciada.<sup>273</sup>

El negocio realizado bajo violencia física debería ser absolutamente nulo, sin embargo el artículo 1017 lo declara anulable, equiparándolo a la violencia moral, lo cual es erróneo, pues en un caso falta un elemento esencial, mientras que en el otro está sólo viciado.<sup>274</sup>

## 3. Incapacidad natural

Es la ausencia de capacidad volitiva y cognoscitiva, sin que exista declaratoria de interdicción. Puede ser debida a cualquier causa, incluso temporal (embriaguez, sonambulismo, etc.).

Presenta problemas determinar la falta de capacidad natural. La jurisprudencia dice que no es suficiente probar los antecedentes (testigos, dictámenes médicos, etc.) sino que el momento relevante para determinar la incapacidad, para efectos de invalidar el negocio, es aquel en que este se realiza.<sup>275</sup>

272. "Si hubo violencia o falsificación en perjuicio del girador o endosantes de un cheque, el tenedor del mismo no podría cobrarlo a ninguno de aquéllos, es decir, ni a tal girador ni a tales endosantes". Tribunal Superior Civil. Nº. 801, 16:15 hrs. del 16 de noviembre 1973.

273. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, págs. 217-219. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 387. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 489.

274. "La fuerza física y el miedo los considera la ley como vicios del consentimiento que hacen anulable el contrato, pero no lo vician de nulidad absoluta, y esa nulidad relativa queda subsanada por el transcurso de cuatro años". Cas. 10:20 hrs. 10 diciembre 1940, II sem., II tomo, pág. 1 de apéndice. Para BRENES CORDOBA, el contrato que adolezca de violencia no es nulo de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia del perjudicado por tratarse un hecho que sólo a él afecta, y por ser la única persona que está en condiciones de demandar la nulidad o mantenerlo practicado a pesar de la irregularidad. Op. cit., supra nota 25, pág. 7.

275. "Tanto nuestra jurisprudencia (9:30 hrs. 9 de marzo de 1949) como la doctrina jurídica, sientan como principio que para anular tales actos y contratos por causa de incapacidad mental de un otorgante, se requiere una prueba evidente de la existencia de esa incapacidad en el momento mismo de otorgamiento. Cas. 10:10 hrs. 12 de junio 1951. En el mismo sentido sentencias de Casación: Nº. 59 de 9 hrs. 12 de junio 1952. Nº. 91 de 10 hrs., 6 de octubre de 1951. Nº. 80 de 11 hrs. 15 julio de 1953. Nº. 70 de 10:55 hrs., 20 de agosto de 1961: Nº. 116 de 16:40 hrs. 17 de setiembre de 1975. Jurisprudencia, cit. por PEREZ V., op. cit., supra nota 100, pág. 80.

b- *Falta de voluntad por error: el error obstativo*

1. Error

El error es el falso o equívoco conocimiento, o el desconocimiento total de una cosa, es un estado de la mente en que la representación de un objeto es impedida, o sustituida por otra falsa.<sup>276</sup>

Puede ser una parcial, ambivalente, o errónea representación mental, que no coincide con la realidad. En este sentido es un fenómeno mental, pero puede verse en otros planos: emotivo, inconsciente, irracional.

En el terreno negocial tiene dos aspectos: por una parte, es factor que perturba la formación del negocio, por otra, es un supuesto del aspecto causal de la invalidez del negocio.

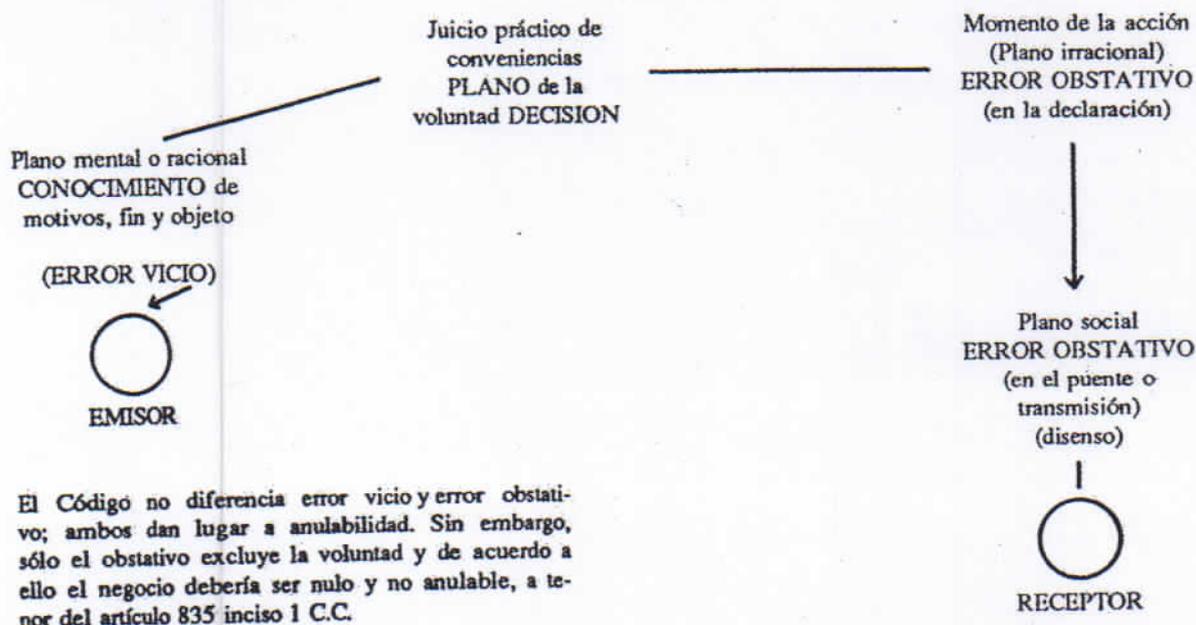
2. Clases de error

Debe distinguirse el error que excluye la voluntad del error que la vicia.

El primero es el error obstativo o impropio; tiene lugar en la declaración o en la transmisión de ésta, y su resultado es una discordancia entre voluntad y declaración

El otro, el error vicio o propio, se inserta en el proceso de formación de la voluntad, con lo cual la vicia.

En una forma esquemática, y simplificando, puede representarse el proceso volitivo de la siguiente manera, observando el diverso momento de error.



El Código no diferencia error vicio y error obstativo; ambos dan lugar a anulabilidad. Sin embargo, sólo el obstativo excluye la voluntad y de acuerdo a ello el negocio debería ser nulo y no anulable, a tenor del artículo 835 inciso 1 C.C.

Suele distinguirse también entre error esencial y no esencial o accidental, según recaiga sobre cualidades esenciales del negocio, o bien sobre cualidades irrelevantes. Tal distinción hace referencia al objeto del error: la persona, la cosa, etc. Sólo el error esencial invalida el negocio. El error en cualidades secundarias sólo daría lugar a invalidez si tales cualidades se hubiesen considerado en forma especial y determinante.<sup>277</sup>

276. SAVIGNY, cit. por CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 412, nota 74.

277. BRENES CORDOBA, op.cit., supra nota 25, págs. 7-8.

Una errónea clasificación distingue entre error unilateral y bilateral. En realidad se darían uno o varios errores, cuyo número es irrelevante para efecto de anulabilidad.

Se diferencia también el error de hecho y el de derecho. El error de hecho es la equivocada apreciación de elementos reales; el error de derecho se produce por falsa, errónea, o incompleta apreciación de una norma, o del valor que la norma asigna a un acto.

### 3. Error en los motivos

Generalmente se da esta denominación a los casos de error vicio, cuando recae en los móviles individuales, pero ello es incorrecto, por cuanto en tal caso ni siquiera existiría error, ya que sería irrelevante. La excepción se da en el testamento, respecto al cual puede importar el error en los motivos, de acuerdo a la importancia de estos en dicho negocio, según los artículos 580 y 581.

### 4. Error obstativo o error-obstáculo

El error obstativo es de carácter inconsciente; tiene su esfera de incidencia en la declaración, o en la comunicación.

Se inserta entre el momento de la decisión, y aquel en que esta se exterioriza, o bien, entre su exteriorización y la percepción por el receptor.

En el primer grupo se comprenden los casos llamados "lapsus linguae" o "calami", que consisten en una falsa expresión deslizada al hablar o escribir, que hace discrepar tal manifestación de la verdadera voluntad. (Por ej.: digo caballo en lugar de asno, por distracción; mi secretaria escribe palabras diversas de las que le dicté). También comprende el error que se da durante la transmisión de la declaración. (Por ej.: escribo una palabra y el telegrafista transmite una diversa).

El segundo grupo comprende las hipótesis de "disenso", que sólo pueden darse en negocios bilaterales o plurilaterales.

En estos negocios se requiere coincidencia de ambas manifestaciones de voluntad; si no existe esa coincidencia, surge el disenso. La declaración llevó al exterior la verdadera voluntad del declarante, pero sólo hay apariencia de consentimiento.

La mala comprensión de la declaración por parte del destinatario suscitó en él una falsa representación de la voluntad de la contraparte, y suscitó de modo viciado la declaración de aquel.<sup>278</sup> De modo que opera como un error vicio, pero como excluye el consentimiento, se le considera equiparado al error obstativo.

El error obstativo puede incidir en diversos componentes del negocio.

El error *in negotio* se da en la identidad del negocio, en su naturaleza (digo donar en lugar de vender, a causa de lapsus) o en su contenido, que incide en alguno de sus elementos.

Se da así el error *in corpore*, que afecta la identidad del objeto (quiero manzanas y digo cerezas); el error *in substantia*, referido a una cualidad sustancial del objeto (quiero un anillo de plata y digo de oro); error en la cantidad (quiero 100 y mi secretaria escribe 1000); error *in persona* (quiero vender a Juan y digo José), o en la cualidad de la persona (quiero donar a los hospitales y digo a los dementes). Lo mismo sucede con el disenso, según que la otra parte entienda una persona, objeto, cualidad, etc., diversos.

En cuanto a los efectos, el Código otorga igual tratamiento al error obstativo y al vicio: la anulabilidad.

278. CANDIAN, op. cit., supra nota 52, pág. 161.

Sin embargo el obstativo excluye por completo la voluntad,<sup>279</sup> por lo que debería tener como efecto la nulidad. (Art. 835 inc. 1 C.C.).

No existe en el Código norma específica relativa al disenso. Si el disenso es el resultado de un error, que opera como vicio, pero se considera obstativo porque excluye el consentimiento, y si el Código da igual tratamiento a ambos tipos de error, pareciera que la misma regla de la anulabilidad debe operar en el disenso.

## 5. Error de cálculo o escritura

Los errores de cálculo o errores en la expresión misma, de acuerdo con el artículo 1016 C.C., no dan lugar a invalidez del negocio, sino sólo derecho a su rectificación.<sup>280</sup>

### c- Falta de voluntad por manifestación consciente de lo no querido

Puede suceder que una persona emita consciente y voluntariamente una manifestación, pero sin querer realmente su contenido. En tales casos se produce la invalidez del negocio, en la forma de nulidad absoluta, por faltar un elemento esencial. (Aunque lo mismo sucede en la violencia física, y el Código le da diverso tratamiento, así como también en el error obstativo).

#### 1. Falta de seriedad en la manifestación

La voluntad es seria cuando lleva el propósito de crear un vínculo jurídico. Pero puede haber una manifestación sin que exista tal propósito. Así sucede en los casos de representación teatral, con fines de enseñanza, por jactancia, y, en particular, en la broma. Si la broma es reconocible hay falta de voluntad; de lo contrario el negocio es válido, en aplicación de los principios de responsabilidad y de confianza, y el declarante está obligado a indemnizar los daños a quien confió en él. Lo mismo si la broma persigue un fin de engaño. En éstos casos de falta de voluntad, la consecuencia es la nulidad del negocio.<sup>281</sup>

#### 2. Reserva mental

En la reserva mental el declarante quiere una cosa y manifiesta otra; no desea por tanto el contenido de lo manifestado sino algo diverso, y su actuación persigue un fin de engaño del destinatario, no de los terceros.

Puede ser absoluta o relativa, según que lo manifestado no se quiera para nada, o se quiera de manera diversa.

En este caso la manifestación de voluntad es vinculante para su autor y produce todos sus efectos, siempre y cuando a su destinatario no le haya sido reconocible; de ser así el negocio es inválido.

279. Tal afirmación aparece ya desde los romanos. "El error de los litigantes no significa consentimiento". (ULPIANO: Lib. V. tit. 1, ley 2ª). "La voluntad del que yerra es nula". (POMPONIO: Lib. XXXIX, tit. III, ley 20). "Quienes yerran no parece que consentan". (ULPIANO, ley 116 s. 11). Cit. por CABANELLAS, Guillermo, *Repertorio de máximas, aforismos latinos y castellanos*. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1973, págs. 375, 928, 1582.

280. "El error en la cita de inscripción de una finca bien determinada por otros medios en el contrato no da pie para invalidarlo". Cas. Nº. 22, 16:15 hrs. 11 de marzo de 1953.

281. Según SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, págs. 200-201, en estos casos no puede decirse que se trate del concepto de negocio, pues no se dicta una regulación de los propios intereses.

Hay también reserva cuando se emite una declaración, pero se calla algo que se sabe evitaría el negocio. Puede llegar a constituir dolo.<sup>282</sup>

### 3. Simulación

Hay simulación cuando el declarante y la parte contraria convienen en que sus manifestaciones no tengan validez.<sup>283</sup>

Los dos sujetos de un negocio bilateral están de acuerdo en hacer respectivas manifestaciones, pero no tienen la voluntad de crear los efectos correspondiente, y estos no deben verificarse, o deben verificarse de aquel otro modo que corresponde no a la voluntad declarada, sino a la real.<sup>284</sup>

Existe un contraste entre una declaración externa, que las partes quieren para que sea operativa respecto a los terceros, y una declaración interna, que quieren sea operativa en ellas.<sup>285</sup>

*"Se reconocen como elementos constitutivos del negocio jurídico aparente:*

- a) *el acuerdo entre partes*
- b) *el propósito de engañar, ya sea inocuo o en perjuicio de terceros, ya de la ley*
- c) *la disconformidad entre la voluntad y la declaración.*

*El acto simulado consiste en el acuerdo de partes de dar una declaración de voluntad o designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar, inocuamente o en perjuicio de la ley o de terceros, llamándose simulación del vicio que afecta a ese acto.*

*Cuando los contratantes llevan a cabo el acto simulado, realizan un negocio jurídico sólo aparente, con interés de efectuar otro distinto, que sería simulación relativa, o de no verificar ningún otro, que sería una simulación absoluta".<sup>286</sup>*

La simulación puede ser relativa objetiva, que versa sobre la naturaleza del negocio, o uno de sus elementos; o bien relativa subjetiva, llamada también interposición ficticia de persona; supone que un sujeto figure como contratante o destinatario de la manifestación, cuando en realidad es otro el verdadero contratante o destinatario respecto al cual deben verificarse realmente los efectos del negocio.<sup>287</sup>

282. Para nuestra jurisprudencia, callar un defecto en materia negocial, es dolo. Así, Cas. Nº, 103, 10:30 hrs. 3 diciembre 1956, semestre II, tomo II, pág. 1 988:

"Planiol y Ripert, trad. española, tomo VI, pág. 272, afirman: "En cambio callar un defecto por serio que sea no constituye necesariamente dolo si, en atención a las circunstancias, era posible a la otra parte percatarse del mismo o hacerlo investigar, siempre que no se haya hecho nada para impedir o desviar este propósito"... El mismo profesor Georges Ripert, en su obra "La Regia Moral en las Obligaciones Civiles". págs. 75 y 76, expone: "Nulidad por reticencia... puede llegarse hasta encontrar una causa de nulidad en la simple reticencia, es de hecho que la otra parte ignora, y que, de conocerlo, la hacía modificar profundamente sus intenciones. Se dice que por lo general, la reticencia no constituye dolo. Mas es imposible sentar un principio tal inmoral... la reticencia se hace culpable cuando una de las partes tiene la obligación en conciencia de hablar, so pena de abusar de la ignorancia de la otra... Cuando el contrato supone una conciencia recíproca entre las partes, la obligación de informar con exactitud de causa-habientes se convierte en obligación jurídica, y la reticencia en causa legal de nulidad del contrato"...

283. Von THUR, op. cit., supra nota 214, pág. 103.

284. CANDIAN, op.cit., supra nota 52, pág. 162.

285. SCOGNAMIGLIO, op.cit., supra nota 85, pág. 201.

286. SALA PRIMERA CIVIL, Nº. 107 de 9:05 hrs. del 27 de abril de 1973.

287. CARIOTA FERRARA, op.cit., supra nota 2, pág. 545.

En la simulación hay una divergencia querida entre voluntad y manifestación, con el fin de engañar a terceros, en lo que diverge de la reseva mental. Es básico el acuerdo simulatorio que se hace ocultamente para quitar los efectos al negocio, operando como contradecación.<sup>288</sup>

La simulación puede estudiarse bajo un doble enfoque, cuyas posiciones son contradictorias; como divergencia querida entre voluntad y manifestación, o bien como problema causal. Desde este último punto de vista se determina que las partes pretenden crear, para sus fines e intereses una apariencia negocial, que puede encubrir un negocio real distinto, o ninguna sino sólo una situación real. Existe la voluntad negocial de crear la apariencia, y es libre y sin vicios. Lo declarado concuerda con esa voluntad; el problema radica en la causa. Lo que las partes no han querido es la efectiva producción del resultado empírico que derivaría normalmente del negocio, con lo que este se funda en una causa inexistente.<sup>289</sup>

Este enfoque causal se ha considerado erróneo por cuanto la divergencia abraza al entero negocio; no sólo a su causa; en la simulación absoluta falta cualquier intento de negocio, lo cual lleva a admitir que el de la simulación es un problema de existencia o falta de voluntad relativa al contenido, de intención.<sup>290</sup>

Efectos de la Simulación: De los artículos 1007, 1008 y 835 inciso 1 C.C. resulta la nulidad absoluta del negocio, en la simulación absoluta; porque falta del todo el elemento voluntad.<sup>291</sup> La nulidad puede hacerse valer contra todos, incluso contra terceros. En el caso de simulación relativa, el negocio disimulado puede ser válido, siempre y cuando reúna los requisitos que la ley exige para él.

En las relaciones entre las partes, el negocio simulado no produce ningún efecto, pero sí el que verdaderamente quisieron (disimulado) si subsisten junto con la sustancia los requisitos de forma. Esto sucede entre los sujetos del negocio; no podría existir en las relaciones con terceros adquirentes del adquirente simulado sin una lesión a la confianza de los terceros de buena fe, que se traduciría en una amenaza a la estabilidad de los negocios. Las contradecaciones en escritura privada son inoponibles a los terceros, con lo que estos pueden derivar derechos del negocio simulado, aunque este no haya sido querido por las partes; en este las anormales consecuencias de la falta de voluntad derivan de la impotencia de la contradecación, de su inoponibilidad (o ineficacia relativa) frente a los terceros.<sup>292</sup>

Prueba de simulación: se presenta el problema de la prueba del acuerdo simulatorio, ya que normalmente se da en forma oculta. Nuestra jurisprudencia, consciente de esa dificultad, ha establecido que se admite cualquier tipo de prueba, incluso la indiciaria.<sup>293</sup>

288. "El acuerdo simulatorio se realiza, por lo general, con parientes o amigos íntimos, u otras personas de confianza". Cas. Nº. 22 de 14:30 hrs. 31 de marzo 1970, semestre I. Sin publicar.

289. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, págs. 146-147.

290. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 434.

291. Cas. Nº. 22, 14:30 hrs. 31 de marzo 1970, semestre I. Sin publicar. Cas. Nº. 14 de 10:30 hrs. del 23 de enero de 1967, semestre I, tomo I, pág. 280. Ya el Código de Justiniano Lib. 11, tit. IV, ley 21 establecía: "Lo simulado se tiene por no hecho" Lib. IV. tit. XXII, rúbrica "Vale más lo que se hace que lo expresado simuladamente". CABANELLAS, op.cit., supra nota 279, Nº. 33, 98.

292. PUGLIATTI, op.cit., supra nota 73, pág. 64.

293. Cas. Nº. 26, 10:50 hrs., 24 marzo 1954 semestre I, tomo I, pág. 362, Cas. Nº. 123 de 14:45 hrs. 6 de diciembre 1967, semestre II, tomo II, pág. 1088. Cas. Nº. 125 de 14:10 hrs. 25 octubre 1973, Nº. 22 de 14:30 hrs. 31 mayo 1970, Nº. 102 de 16:00 hrs. 21 agosto 1975, Nº. 29 de 15:00 hrs. 25 abril 1973. Sala Segunda Civil Nº. 234, 15:30 hrs. 23 agosto 1973. Jurisprudencia cit., por PEREZ V., Victor. *Patología Negocial. Invalidez e ineficacia del Negocio Jurídico*. En Revista Judicial Nº. 8. Corte Suprema de Justicia. San José, C.R., año II, junio 1978, pág. 107.

#### d- *Vicios de la voluntad*

El vicio es un factor que interviene en el proceso de formación de la voluntad, ya sea afectando la posibilidad de escogencia, ya la de conocimiento. Sus efectos se ubican entre la voluntad manifestada y la voluntad hipotética; se da una divergencia entre lo que se quiso y se declaró, y lo que se hubiera querido y declarado de no existir el vicio.

Cuando existe un vicio, no se da divergencia entre voluntad y declaración; estas son congruentes; lo que sucede es que la voluntad se formó mal por la influencia de elementos externos.

##### 1. Error vicio

Se diferencia del obstativo en que es un error que se inserta en el proceso de formación de la voluntad; no la excluye, como aquel, sino que contribuye a su indebida formación. Es un proceso psíquico de carácter subjetivo, por lo que para su prueba se admiten incluso los indicios.<sup>294</sup> De acuerdo con el desarrollo hecho por CARIOTA FERRARA, el error vicio puede ser de hecho y de derecho con diferentes modalidades.<sup>295</sup>

##### 1. Error vicio de derecho y su relevancia:

- Error en la naturaleza jurídica del negocio (A cree que lo que va a realizar es una donación, y en realidad es una venta). De acuerdo al artículo 1015 inciso 1 C.C. da lugar a nulidad relativa.
- Error en los requisitos legales del negocio (A cree que ello es posible y hace un testamento oral). El error es irrelevante. El negocio carece de validez y de eficacia por faltarle requisitos exigidos por la ley.
- Error en la situación jurídica concreta (A compra un parque público creyendo que es posible comerciar con los bienes del Estado). Es irrelevante el error. La invalidez del negocio no deriva de él sino de otras razones.
- Error en los efectos jurídicos del negocio (A contrae una deuda creyendo que no debe pagar intereses). El error es irrelevante. Los efectos, establecidos por la ley, se adaptan al caso, o simplemente se aplican.
- Error en los motivos (B asegura su casa creyendo estar obligado por ley). Es irrelevante en los contratos, que despliegan su eficacia. Pero tienen relevancia en los testamentos (arts. 580 y 581 C.C.)

##### 2. Error vicio de hecho y su relevancia:

- Error en el objeto del negocio. Puede referirse a la identidad del objeto (error in corpore: A compra un instrumento musical, por creer que perteneció a un famoso maestro, cuando no fue ese sino otro instrumento); a una cualidad esencial (error in substantia) o a una cualidad accidental. Para distinguir ambos tipos de cualidades, se sugiere un criterio objetivo, por el cual son esenciales las que hacen pertenecer una cosa a una categoría determinada, y que es el que aparentemente acepta el Código (art. 1015 inc. 2 C.C.); y un criterio subjetivo, que ve como esenciales las cualidades que así hayan considerado las partes.<sup>296</sup>

294. Cas. Nº. 36 de 14:45 hrs. 19 de abril de 1960, semestre I, tomo II, pág. 757, Cas. 4:05 hrs. p.m., 5 de octubre de 1926, II semestre 1926, pág. 400.

295. Sobre estos temas V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 565-590.

296. La distinción ha sido claramente establecida en jurisprudencia. La substancia se refiere a las cualidades sustanciales de la cosa objeto del contrato, entendiendo por estas, las cualidades determinantes, conducentes, propulsoras de la voluntad de las partes". Cas. Nº. 36 de 14:45 hrs. 19 abril 1960, semestre I, tomo II, págs. 763.

- El error es relevante, y lleva a la anulabilidad del negocio (art. 1015 inc. 2 C.C.)<sup>297</sup> salvo en el caso de cualidades secundarias.
- Error en la persona (in persona); puede referirse a su identidad, a sus cualidades, a su nombre (A dona a X creyendo que fue quien le salvó de un naufragio, cuando en realidad fue Y; A contrata a X por creerle un gran pintor, lo que no es cierto; A quiere donar a X, pero cree que su nombre es Y). Este error es relevante en los negocios intuitu personal (V. por eje. art. 15 C. Fam.), y cuando recae en la identidad. En las cualidades sólo es relevante si estas han sido determinantes en la celebración del negocio.
- Error en las modalidades del negocio (tiempo, espacio, condición). Es irrelevante en nuestro ordenamiento jurídico.
- Error en los motivos. Es irrelevante en contratos, y relevante en los testamentos.

## 2. Violencia moral

La violencia moral es la presión que se ejerce sobre un individuo para determinarle a ejecutar un acto, en la forma de amenazas que producen un temor insuperable; la amenaza puede dirigirse contra cualquiera de los bienes de la vida del hombre; el cuerpo o la existencia, la libertad, el honor o la fortuna. No destruye la voluntad, pues el amenazado puede optar entre varias determinaciones<sup>298</sup> rebelarse, ejecutar el acto, o sufrir el daño. La declaración es real, pero la voluntad está viciada; la amenaza actuó como un motivo esencial en su formación.<sup>299</sup> El mal que la amenaza anuncia debe ser futuro, injusto e importante. La "importancia" hace referencia al juicio de la influencia que la violencia produce, en el cual debe considerarse una persona media sensata, en atención, a la edad, sexo y condición (art. 1018 C.C.)<sup>300</sup> El mal debe ser injusto, es decir, que no se tenga derecho a infringirlo.<sup>301</sup>

El mal debe ser futuro y cierto; no basta la creencia de que las amenazas se van a producir, sino que deben ser reales y actuales,<sup>302</sup> y provenientes de una persona, sea parte en el negocio, o tercero.<sup>303</sup>

297. "El error substancial que sufra el adquirente de una cosa es causa de anulabilidad del contrato, independientemente del dolo en que haya incurrido el vendedor". Cas. Nº. 36 I sem., II tomo 1960, pág. 637.
298. Von THUR, op. cit., supra nota 214, pág. 105, COLIN Y CAPITANT, op.cit., supra nota 109, págs. 217-218.
299. De allí los aforismos latinos "Coactus voluit, sed voluit (quiso coaccionado pero lo quiso) "Voluntas, etiamsi coacta, tamen voluntas est" (La voluntad, aun coaccionada, sigue siendo voluntad), CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, números 2419 y 4262.
300. "El miedo (justo) no es el de un hombre apocado, sino el que con razón experimenta un hombre muy animoso", GAYO, Digesto, Lib. IV, tit. II, ley 6ª. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, pág. 13 Nº. 339.
301. "En principio, cuando es cierto el motivo de la reparación de un daño es válida la obligación contraída al efecto aún cuando se hubiese consentido por la amenaza de persecuciones judiciales. En otros términos, no hay, en general violencia injusta, si la obligación que se ha suscrito tiene una causa eficiente válida. Si habría violencia injusta si el acreedor por daños que se le han causado no se manifiesta dentro de los límites de su derecho y con la amenaza de la justicia represiva y con el estado de presión del deudor obtiene de éste una obligación exagerada a su favor.. "Cas. Tomo I, Semestre II, pág. 1121, "No se considera que comete violencia quien usa de su derecho y ejercita la acción ordinaria". PAULO, ley 155 s. 1 CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, pág. 54, Nº. 1638.
302. "Por miedo debemos entender el presente, no la sospecha del que se haya de infundir". (Dig. ULPIANO Lib. IV, tit. II, ley 9ª.). "Daño que amenaza es daño todavía no hecho, pero que tenemos como futuro". (Dig. GAYO. Lib. XXXIX, tit. II ley 2ª.). CABANELLAS, op.cit., supra nota 279, números 340 y 920.
303. "El miedo causado por uno no debe convertirse en utilidad de otro". (ULPIANO Lib. IV, tit. II, ley 14 s.v.) CABANELLAS, op.cit., supra nota 279, pág. 13.

La violencia moral produce la nulidad relativa del negocio (art. 1017 C.C.)<sup>304</sup>

### 3. Dolo

Dolo es toda maquinación o fraude para engañar a una persona logrando que manifieste su voluntad de realizar un negocio jurídico que no hubiese hecho, o hubiera hecho distinto, de no existir el dolo. Comprende todo artificio de que uno se sirve para engañar a otro. Por ello se sirve de maniobras fraudulentas, afirmaciones falaces, para provocar error en una persona y determinarla a ejecutar un acto.<sup>305</sup>

Para que exista dolo (*dolus malus*) se requiere que el comportamiento, además de engañoso, sea ilícito; con ello quedan excluidas las maniobras de astucia propias del mundo comercial (*dolus bonus*).<sup>306</sup>

*"El dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera habido contrato".<sup>307</sup>*

Las características del dolo son, por tanto, que se trate de un comportamiento ilícito, que provenga de una sola de las partes, y que sea determinante. Se compone de un elemento objetivo, que es el comportamiento, y uno subjetivo, que es la intención de engañar.<sup>308</sup>

También existe el dolo omisivo, que vendría a ser la ocultación engañosa de alguna circunstancia, cuyo conocimiento sería determinante para la otra parte.<sup>309</sup>

El dolo puede también provenir de un tercero. Si el dolo proviene de un tercero ignorándolo la parte que se beneficia sólo da lugar a la acción de daños y perjuicios para la parte perjudicada. Si una de las partes conoce el dolo del tercero, ella a su vez incurre en dolo, que da base para impugnar el negocio

El dolo determinante da lugar a la nulidad relativa del negocio, en tanto que constituye vicio de la voluntad (arts. 1020 y 836 inc. 1 C.C.). Se admite cualquier prueba, aun la indiciaria dada la dificultad de probar los fenómenos psíquicos.<sup>310</sup>

### 4. Lesión

La lesión es el perjuicio que puede experimentar una persona cuando ejecuta ciertos negocios, resultante de la desigualdad entre la ventaja obtenida y el sacrificio hecho para obtenerla, producto del aprovechamiento que hace una de las partes del estado de necesidad o de peligro de la otra. Existe una desigualdad en las prestaciones, a causa de la lesión que opera como un vicio, pues sin la presión de las circunstancias exteriores el acto no se hubiera ejecutado.<sup>311</sup> No existe

304. V. también Cas. 10:20 hrs. 10 diciembre 1940, cit., supra nota 252.

305. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 385. COLIN Y CAPITANT, op.cit., supra nota 109, pág. 215.

306. "Dolo malo es cierta maquinación para engañar a uno simulando alguna cosa y haciendo otra". (ULPIANO Lib. IV, tit. III, ley 1ª). "Se pacta con dolo malo siempre que, con objeto de engañar a otro, se hace una cosa y se simula hacer otra". (ULPIANO Lib. II, tit. XIV, ley 7ª s. IV). CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, págs. 12-13, número 343 y 303.

307. Cas. 14:50 hrs. 1 diciembre 1943, II sem. II tomo, pág. 1159.

308. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 562.

309. V. Cas. Nº. 103, 10:30 hrs. 3 diciembre 1956, sem. II, tomo II, pág. 1988.

310. Cas. Nº. 36, 14:45 hrs. 19 abril 1960, sem. I, tomo II, págs. 757-762.

311. V. COLIN Y CAPITANT, op.cit., supra nota 109, pág. 219.

en nuestro ordenamiento la rescisión por lesión, con la cual se quita eficacia al negocio realizado en tales situaciones. Se discute si se trata de un vicio de la voluntad o de la causa.

#### 5. El miedo grave

Otro vicio de la voluntad generalmente aceptado por la doctrina (RESCIGNO, TOMMASINI, BETTI, CARBONNIER, MESSINEO, BORDA, ORUE, PINO), la legislación (artículo 15 inciso 1 del Código de Familia de Costa Rica, artículo 32 Ley de Matrimonio de Chile, 41 y 45 de la Ley Matrimonial de Yugoslavia, 101 Código Civil español, 140 Código Civil colombiano, 115 Código Civil de Nicaragua, 35 de la ley de 28 de julio de 1949, 14) inciso 4 del Código Civil de Honduras, 162 del Código Civil de El Salvador y 85 del Código Civil de Filipinas) y la jurisprudencia (caso Mutil-Nezca. Dioc. París, 4 de abril de 1919, ORUE, Jurisprudencia canónica matrimonial, Rev. Der. Priv. T. VIII, pág. 26) es el "miedo grave". Se asemeja mucho a la violencia moral, pero, a diferencia de ésta no requiere que la intimidación sea producida por una amenaza, bastando que por factores objetivos y subjetivos se produzca el miedo en el sujeto y sea este miedo la causa eficiente del acto de autonomía (viciado), esto es, sea determinante. Este vicio es utilizado por el Derecho, en particular para ciertos actos donde la voluntad debe ser especialmente libre, como el matrimonio.

### SECCION III

#### EL ELEMENTO ESENCIAL FUNCIONAL DEL NEGOCIO JURIDICO

##### 1. La Causa

###### a- Acepciones jurídicas de la palabra causa

La palabra causa tiene en derecho tres acepciones fundamentales:<sup>312</sup>

a- Fuente. Causa eficiente: Es el antecedente generador de un efecto, la fuente jurídica de la obligación. Los romanos emplearon la palabra especialmente con este sentido; la obligación requería algo más que el consentimiento: era necesaria la causa, por ejemplo, las solemnidades en la *stipulatio*, la transmisión de la cosa en los contratos reales.

b- Motivo. Causa ocasional o impulsiva: Es el motivo la razón mediata personal que mueve a las partes a declarar.

c- Fin. Causa final: La causa final es común a quienes realizan un negocio, y la misma en todos los negocios de igual categoría; es un elemento esencial de la obligación y del negocio, cuyo sentido y definición ha sido uno de los problemas más arduamente debatidos por la doctrina.

312. ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 382. Ya Aristóteles distinguía las causas formal (que determinaba la materia para ser algo), material (el sustrato, la condición necesaria para que ese algo fuese lo que era y la eficiente y final que pertenecían al devenir, la primera como agente que daba lugar al acto, la segunda, el por que de ese acto. Tal formulación entonces con la de Santo-Tomás de Aquino. A partir del Renacimiento se desarrolla en especial la noción de causa eficiente y de causa final, también relevantes para el Derecho. ALTERINI, op.cit., supra nota 86, pág. 60.

## b- Evolución del concepto de causa

### 1. Derecho Romano

El Derecho Romano nunca hizo de la causa final un elemento de existencia y validez de los actos. En un principio no se atendió en absoluto a la voluntad o intención, bastando que se llenaran las formalidades. Poco a poco fue penetrando el concepto de fin, pero sólo como correctivo de equidad para impedir que el acto produjese efectos ilícitos o contrarios a la voluntad. La noción se introdujo definitivamente con la admisión de los contratos consensuales, en que se aplica el principio de la interdependencia de las prestaciones, que iguala los efectos del convenio según los fines perseguidos por las partes.

El germen de la causa se halla en los contratos innominados que eran los que no tenían nombre ni acciones en el derecho civil, pero fueron luego tutelados. Se perfeccionaban por la ejecución de la prestación, y esta se hacía para obtener la contraprestación. En las donaciones y legados la causa era el *animus donandi*.<sup>313</sup>

### 2. Edad Media

Los glosadores llegaron a admitir que como debe existir una relación de causa a efecto entre la demanda y su fundamento, el promitente puede oponer la excepción de dolo a toda estipulación sin causa.

Con el choque entre los postulados de la moral y el Derecho los canonistas concluyeron que toda promesa debía cumplirse, pues lo que vale es la voluntad de obligarse. Lo contrario constituía pecado mortal; poco después exigieron en la escritura la mención de la causa de la obligación. En el siglo XIII Gregorio IX resolvió en una decretal que el acuerdo en juicio debía indicar la causa de la obligación. El contratante se obliga porque cuenta con la ejecución de la prestación que le fue prometida en cambio. Las consecuencias de este principio fueron la excepción del contrato no cumplido y la acción resolutoria del contrato por inejecución de la obligación de una de las partes.

En tiempos de Bartolo (1314-1357) aparece el concepto de causa considerado como el fin, pero a veces se confunde con el de causa impulsiva. Así, poco a poco fue entrando en la técnica jurídica el concepto de causa final. Pero hasta Domat las teorías son imprecisas.<sup>314</sup>

### 3. Causalismo clásico

JEAN DOMAT es el creador de la teoría. La elabora sobre una base puramente racional. Señala que, en lo que hoy llamaríamos obligaciones sinalagmáticas, las obligaciones encuentran su fundamento en las que corresponden a la otra parte. En las donaciones y otros actos unilaterales, cualquier motivo razonable y justo sirve de causa para el que recibe y no da nada. La presencia de una causa es un requisito esencial de la obligación; nadie se obliga sólo por vincularse sin una razón exterior.<sup>315</sup>

POTHIER condensó y perfiló aún más la teoría. Dice que los contratos son la causa más frecuente de donde nacen las obligaciones. Toda convención debe tener una causa honesta. En los contratos onerosos la causa del compromiso de cada parte está en lo que la otra se compromete-

313. ALESSANDRI, *op. cit.* supra nota 25; Referencias a la Causa se encuentran en el Derecho de Justiniano: "En todo contrato hay que examinar el principio y la causa". ULPIANO Lib. XVII, Tit. 1. L. 8. v. tamb. PAPIANO Lib. XXXV. T. 1 L. 75. CABANELLAS *op. cit.* supra 279, N. 571, 884.

314. ALESSANDRI. *op. cit.* supra nota 25, p. 387, 388.

315. Cit. por GULLON, *op. cit.*, supra nota 136, pág. 58.

te a dar; en los contratos de beneficencia, la liberalidad que una parte quiere ejercer es causa de su compromiso. Al enumerar los requisitos del contrato, no exige la causa, dando por supuesto que se halla implícita en la operación; es su ausencia o ilicitud lo que pone de relieve el requisito de su existencia o moralidad.<sup>316</sup>

El "Código Napoleón" (art. 1108) exige como elemento esencial de validez de las convenciones la necesidad de una causa lícita en la obligación, pero no la define. Lo mismo el italiano de 1865.

#### 4. Anticausalismo

Es la corriente que niega que la causa sea un elemento necesario para la existencia y validez de los contratos, o bien le niega su autonomía, identificándola con otros elementos del contrato. Sostiene que es un requisito falso e inútil. El iniciador fue el profesor Antonio Ernst; que expresó su punto de vista en 1826

ERNST critica el considerarla como elemento esencial. Si en los contratos sinalagmáticos es lo que cada parte debe a la otra, se confunde con el objeto. Si en los gratuitos es la liberalidad, no es otra cosa que el consentimiento. LAURENT comentando el "Código Napoleón", llegó a idénticas conclusiones a las cuales se unieron diversos autores, entre ellos Planiol.

En general sostienen que la teoría de la causa es falsa, porque en los negocios bilaterales se suponen dos obligaciones que nacen simultáneamente y se sirven de causa, cuando es imposible que dos efectos distintos se sirvan recíprocamente de causa. En los contratos reales, en que la causa sería la prestación efectuada, se confunden causa final y eficiente.

En las liberalidades, la causa carece de sentido, pues se identifica con el ánimo liberal. Es una noción inútil, porque en los negocios onerosos se confunde con el objeto, y en los gratuitos con el consentimiento, y por tanto no constituyen un elemento nuevo del negocio.<sup>317</sup>

#### 5. Neocausalismo

Es la corriente que defiende la necesidad de conservar la causa como elemento indispensable de la obligación, distinto del objeto y del consentimiento, es decir, autónomo, al igual que el causalismo clásico, pero lo considera y fundamenta de manera diversa. En ello coinciden todos, pero razonan con argumentos diversos y personales. Son los autores contemporáneos a partir de Capitant, que publicó su obra en 1923.

La teoría anticausalista no es satisfactoria. A ella se critica que en los negocios onerosos no puede identificarse la causa, que es una sola, con el objeto, que puede ser uno o varios. Además, en los negocios unilaterales no puede confundirse con el animus domandi, porque puede existir voluntad sin que haya causa; además, como razón formal, el Código distingue unos y otros (arts. 627, 1007 C.C.)

316. Cit. por GULLON, op. cit., supra nota 136, pág. 58. BRENES CORDOBA, op. cit., supra 119, pág. 28. Otros representantes de la teoría clásica fueron: Aubry y Rau. Duranton, Demolombe, Bufnoir, Marcadé, Mourlon, García Goyena, Manresa, etc. Ha sido adoptada por numerosos autores modernos.

317. V. ESPIN, op. cit., supra nota 23, págs. 399-400. ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, págs. 390-392. GUILLON, op. cit., supra nota 136, págs. 65-66. JOSSERAND hace una detallada refutación al anticausalismo, demostrando que la teoría de la causa no es falsa ni inútil, permite atacar por ilícitas operaciones que no pueden atacarse con base en el objeto ilícito, y es la base de una serie de institutos como las teorías de la resolución y los riesgos y la excepción non adimpleti contractus. Op.cit., supra nota 24 pág. 104.

#### a- *Teorías subjetivas*

CAPITANT, iniciador del neocausalismo, ve en la causa la finalidad perseguida por las partes, el móvil impulsivo y determinante en cada negocio concreto.<sup>318</sup>

Otros autores han adoptado tal concepción subjetiva de la causa, a la que definen como fin o motivo determinante (DUGUIT, DEMOGUE), motivo último, causa impulsiva y determinante, móvil inmediato, fin común, etc.

La causa viene a ser una noción de orden psicológico, un acto un fenómeno de volición. Las partes han podido guiarse por un gran número de móviles, pero la causa es aquel inmediato, decisivo, el mismo para cada tipo de contrato.

Es la razón de ser, el porqué de la obligación, que se encuentra respondiendo a la pregunta "¿por qué te obligas?".<sup>319</sup> Según esta concepción, los tribunales se erigen en verdaderos controles de la moralidad de las operaciones jurídicas.

Según esta corriente, la causa diverge del móvil, de los motivos remotos; ella es determinante, estos, variables, contingentes, e irrelevantes para el derecho.

Se ha criticado que tal concepción rompe el propósito, separando de él el fin, y haciéndole elemento autónomo, exterior al negocio; además, el fin práctico individual no justifica la tutela jurídica; es necesario considerar la norma:<sup>320</sup> la objetividad es indispensable para la vida jurídica, y la intención de las partes debe ser acorde a los valores del sistema.

Por otra parte la teoría subjetiva se extiende hasta anular negocios que, según otra concepción serían válidos, pero que explorando los móviles determinantes de las partes, aparecen como inmorales.<sup>321</sup> La teoría no permite distinguir la causa de los motivos, como lo reconoció DEMOGUE, uno de los partidarios.<sup>322</sup> La doctrina observa estas dificultades, y busca salvarlas concediendo que la causa tenga algo de objetivo, de típico, viendo así en el querer algo objetivo, con lo que se expone a otra grave objeción; una contradicción interna. Si habla de motivo o fin típico y se le distingue de la voluntad subjetiva, de las razones determinantes, puede decirse que coincide en realidad con lo determinante del querer, sin que se logre salir del subjetivismo.<sup>323</sup>

La noción subjetiva de la causa aparece como parte de la tendencia que basa los conceptos jurídicos en la voluntad, desconociendo la norma. No es la voluntad la que da valor a la causa, sino que esta es el fundamento del negocio y el sostén de la voluntad. No puede transferirse a la voluntad el principio de legitimación que corresponde a la norma.

#### b- *Teorías objetivas*

El concepto de causa sólo puede ser convenientemente construido desde un punto de vista objetivo. Pero en esta perspectiva se han construido gran cantidad de teorías, entre ellas:

318. Cit. por RANGEL LAMUS, Amenodor. Estudios de Derecho Privado. Editorial Elite, Caracas, 1937 págs. 142-143. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 400.

319. JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, págs. 93 y ss. Al concretizar la causa, sigue a DOMAT y la teoría clásica, como sucede con muchos de quienes adoptan la posición subjetivista. En el mismo sentido, BRENES CORDOBA, op. cit., supra nota 119, pág. 22. VENZI, op. cit., supra nota 32, págs. 145, 147. MAZEUD, op. cit., supra nota 34, págs. 292, 303. PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 61. ENNECERUS, op. cit., supra nota 210, pág. 80. DE COSSIO, op. cit., supra nota 111, pág. 297. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 14, págs. 97-98.

320. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 237. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 595.

321. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 400.

322. Cit. por RANGEL LAMUS. Amenodor. Estudios de Derecho Privado. Ed. Elite. Caracas, 1937, pág. 237.

323. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, págs. 237-238.

1. Causa es la **FUNCION PRACTICO SOCIAL DEL NEGOCIO**, la función que el negocio objetivamente tiene y el Derecho reconoce<sup>324</sup> o bien la función económico social que el negocio tiene, la cual lo caracteriza y justifica<sup>325</sup> (BETTI, CARIOTA FERRARA). En los negocios onerosos sería producir un intercambio entre prestaciones; en donaciones, producir un enriquecimiento del donatario; en el testamento, producir una destinación de bienes para después de la muerte.  
A esta teoría se critica que se produce un dualismo insuperable entre la función del negocio, que pertenecería a categorías extrajurídicas, y su estructura, que es de dominio del derecho.<sup>326</sup> En particular, quienes hablan de función económico social restringirán incorrectamente la causa a los negocios patrimoniales.
2. La causa es la razón económico jurídica del negocio, fin práctico o típico protegido por el derecho (COVIELLO, MESSINEO).<sup>327</sup> Esta concepción es equívoca, y en última instancia subjetiva;<sup>328</sup> el fin práctico es el contenido mismo de la manifestación de voluntad.
3. La causa es el interés perseguido a través del negocio (CARNELUTTI). Sigue siendo una visión subjetiva, pues los intereses son propios del sujeto, y están contenidos en el acto de voluntad.<sup>329</sup>
4. La causa es el fundamento del negocio, la razón que justifica su protección y su tutela, o bien el fundamento jurídico del mismo.<sup>330</sup> Pero viene a resolverse en el propósito práctico que se pretende lograr, y sigue siendo subjetiva, como propósito del resultado empírico, o finalidad genérica del negocio.
5. Causa es la operación jurídica que el negocio realiza, y que justifica al negocio, tanto desde el punto de vista de los sujetos como del ordenamiento.<sup>331</sup> Es una posición intermedia entre las citadas supra 1 y 4, que adolece de sus mismos efectos.
6. Causa es la finalidad objetiva y típica que el negocio realiza en forma inmediata, y cuya representación subjetiva impulsa a las partes a contratar,<sup>332</sup> es la regulación de intereses. Con eso se identifica la causa con el negocio mismo.
7. Causa es la razón justificativa de la eficacia del negocio (FERRARA, DUSI)<sup>333</sup> Es muy genérica, pues la eficacia se justifica en la norma; además dice poco y se refiere no a la esencia sino a un atributo de la causa.
8. Causa es la relación económico social de los sujetos entre los cuales el negocio crea una transferencia patrimonial o bien una relación preexistente (BONFANTE, ALESSI). Pero no se señala la diferencia entre esta relación y la jurídica. El negocio opera en la relación actual o preexistente, pero no se dice cómo ni por qué. La relación social es una construc-

324. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 79-80. Este autor la ve por ello como "función jurídica del negocio".

325. LACRUZ BERDEJO, op. cit., supra nota 128, pág. 124. BRANCA, op. cit., supra nota 31, pág. 79. TORRENTE, op. cit., supra nota 33, pág. 193. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 288.

326. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 108-109.

327. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 446. STOLFI, op. cit., supra nota 14, pág. 32.

328. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 597.

329. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, pág. 88.

330. VON THUR, op. cit., supra nota 214, p. 81, DIEZ PICAZO, cit. supra nota 21, p. 163.

331. TRIMARCHI, op. cit., supra 215, p. 187.

332. ALBALADEJO, op. cit., supra 134, p. 126.

333. Mencionada por CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 597.

ción arbitraria al no referirse a la norma y apoyarse en un elemento psicológico y no jurídico.<sup>334</sup>

9. Causa es el conjunto de la voluntad de las partes (fin práctico) y del objeto (medio para conseguir tal fin) objetivados por la ley, y como causa de los hechos jurídicos no voluntarios el conjunto de los elementos de hecho objetivados. Se oscila entre la causa subjetiva y la objetiva, mezclando lo concreto y lo abstracto y se confunde el esquema causal predisuelto abstractamente en la norma con las condiciones de hecho necesarias para su aplicación.<sup>335</sup>
  10. Causa es el efecto jurídico por el cual la voluntad se manifiesta (MAZZONE), o el conjunto de sus efectos específicos concretos (CARNELUTTI), o bien la síntesis de los efectos negociales (PUGLIATTI).<sup>336</sup> Esta posición está muy cerca de la verdad, pero al hacer énfasis en los efectos deja de lado el intento práctico, de cuyo reconocimiento nacen esos efectos, con lo que no se mira el negocio como el todo complejo que comprende la situación determinante y sus consecuencias.
6. Crítica a las doctrinas objetivistas de la causa

La teoría objetiva es más aceptable porque pone su énfasis en el momento funcional del negocio, pero se expone a graves dificultades y equivocaciones. Parte de una constatación exacta: que el negocio debe responder a una función que sea reconocida por el derecho, pero con ello pone en el mismo plano dos factores de diversa naturaleza: uno subjetivo, la libre determinación de las partes, y uno, en cierto sentido objetivo, de la función del negocio, que es la misma respecto a un tipo y la razón del reconocimiento jurídico. La contradicción se observa al pretender aplicar la noción de causa a las hipótesis patológicas de su falta o ilicitud. Si el negocio es admitido por el derecho por su función o causa, cómo puede faltar o ser ilícita. En realidad, el negocio es reconocido por el derecho sólo en cuanto responde a intereses merecedores de tutela.<sup>337</sup> La teoría no explica cómo un negocio típico, con una función económico social típica, puede en ocasiones quedar afectado por el propósito o intención específica de las partes.<sup>338</sup>

Por otra parte, la formulación objetiva de esa causa, se resuelve en una subjetiva, o en una mera abstracción: el fin práctico es el contenido de la manifestación volitiva. Los mismos partidarios de la teoría admiten que subjetivamente haya una causa de la manifestación de voluntad, con lo que aparece un dualismo de fines prácticos, y no se sabe con precisión qué es la causa del negocio. No es el efecto de la norma, porque la causa sólo está reconocida por el derecho; no es el fin concreto del sujeto, porque como fin social se aliena del sujeto y se hace abstracto.<sup>339</sup>

#### c- *La función del negocio y el concepto de causa*

Según el artículo 627 inciso 3 la causa es uno de los requisitos para la validez de la obligación, y es un elemento esencial, que debe coexistir con el consentimiento y el objeto. Si la cau-

334. Cit. por CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 597-598. PUGLIATTI, op.cit., supra nota 73, pág. 90.

335. Cit. por PUGLIATTI, op.cit., supra nota 73, págs. 90-91. CARIOTA FERRARA, op.cit., por CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 598.

336. Cit. por CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 598.

337. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 127; op cit., supra nota 85, págs. 238-239. En su opinión la dificultad estriba en ver la causa como elemento del negocio.

338. V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 157.

339. PUGLIATTI, op.cit., supra nota 73, págs. 87-88.

sa se refiere a la voluntad como pretende el subjetivismo, no se podría distinguir del acto volitivo, del cual constituiría el contenido. La causa es un elemento autónomo, distinto de la voluntad. El negocio sin causa es nulo; también es sancionado con nulidad el negocio con causa ilícita; ello reafirma la idea de que la causa constituye un elemento esencial del negocio.

De acuerdo al principio general de la autonomía de la voluntad, por el cual el sujeto es libre de vincularse como quiera puede correrse el riesgo de que deba ser considerada como obligatoria cualquier manifestación de voluntad, y válida aunque dé origen a una relación ilícita. Para evitar tales riesgos se exige que el negocio tenga una causa, y que esta sea lícita.

Los intereses que se pretenden regular por medio del negocio, y que están en su base, deben ser merecedores de tutela, guardar una relación de conformidad con los valores del ordenamiento. Sólo entonces puede el negocio desplegar su función jurídica, la cual se resume en la síntesis de sus efectos.<sup>340</sup>

La causa expresa esa relación de conformidad entre el interés programado en el negocio, y los valores que el sistema tutela. Cuando los intereses negociales son relevantes y actuales el negocio puede cumplir su función.

Cuando los intereses negociales son relevantes y actuales, el negocio tiene causa justa y puede desplegar su función jurídica, la cual es la síntesis de los efectos, teniendo como antecedentes la confrontación con los intereses del ordenamiento.<sup>341</sup>

De esta manera, combinando las teorías objetiva y subjetiva, se observa que la causa no se agota en la función del negocio sino que es necesario confrontar la voluntad concreta y los fines de los sujetos con la función jurídica del negocio y constatar si se da la coincidencia esencial necesaria para el nacimiento y la normal existencia del derecho.

Las concepciones tradicionales de la causa son unilaterales, pues no dan razón del reconocimiento jurídico del negocio en el caso singular, con base en el concreto interés que lo determine. La causa sólo puede resultar de la confrontación entre la voluntad y la norma, los términos sustancial y formal de binomio del cual resulta constituido el negocio jurídico. De esa previa confrontación surge la función jurídica típica de un tipo negocial, la "síntesis de sus efectos jurídicos esenciales".<sup>342</sup> La causa es la función del negocio que sólo puede operar cuando los intereses negociales son relevantes para el derecho.

La causa constituye un importante límite de la voluntad negocial. Ella es función social y función jurídica. La función social, elemento material del negocio, pero con un elemento formal, el reconocimiento jurídico, pasa a ser la función jurídica del negocio. La causa tiene carácter objetivo y adquiere su mayor relevancia, influyendo sobre la validez del negocio, cuando falta o es ilícita, es decir, cuando el negocio se realiza con negación o violación de su propia función jurídica, y es entonces susceptible de impugnación.<sup>343</sup> De acuerdo con este concepto de causa son susceptibles de impugnación por ilicitud negocios no atacables con base en las normas referentes al objeto. Por ejemplo, la causa de la compraventa es la función de intercambio entre cosa y precio. Si A se obliga a entregar una suma de dinero, y B se obliga a cumplir, a cambio, un deber propio de su cargo, ambos objetos son lícitos, pero es ilícita la función de intercambio entre ellos.

340. PEREZ, V., op.cit., supra nota 293, pág. 119.

341. Tal noción resulta de combinar las posiciones de Pugliatti y Falzea. Véase PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73. "Nuovi aspetti del problema de la causa del negozio giuridico" y "Preciazioni in tomo al tema della causa del negozio giuridico".

342. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 82-83. Según este autor, y citando a MAZZONE, de una forma similar la noción de causa se encuentra en la definición de hecho jurídico, pues esta viene dada por el nexo de causalidad entre el hecho y las consecuencias jurídicas, a través de la voluntad de la ley.

343. La causa o condición objetiva expresa que el efecto no es lesivo del derecho de los demás y puede decirse que representa la voluntad de la ley frente a la voluntad privada. Consiste en una relación con otros o también con todos los miembros del consorcio social, la cual justifica la adquisición y la pérdida jurídica que el negocio produce. BONFANTE, op.cit., supra nota 70, págs. 86-87.

La causa se determina diversamente según la índole del negocio, pero es siempre la misma para todo tipo negocial.

*d- La causa y los motivos*

La causa debe ser netamente distinguida de los motivos. Motivo es cualquier circunstancia cuya representación intelectual determina al sujeto a querer el acto, de modo que precede y determina la manifestación de voluntad. Los motivos tienen un valor meramente subjetivo e interno, pues consisten en representaciones psíquicas; la causa en cambio, tiene un valor objetivo. Los motivos pueden ser numerosos y diversos, mientras la causa es típica y constante para cada tipo del negocio.<sup>344</sup>

Principalmente es diversa su fuente: La causa deriva de la confrontación entre los intereses que el negocio persigue y los tutelados por la norma. Los motivos provienen de la voluntad. Diversa es también la función: los motivos precisan el contenido de la manifestación de voluntad; por la causa el negocio despliega su eficacia.<sup>345</sup>

En las concepciones subjetivas de la causa se considera a esta como un motivo, pero cualificado por cierta objetividad.

Dentro del grupo de representaciones que mueve el sujeto hay un motivo típico del acto, último, común a quienes celebran el negocio, que es la causa. Puede admitirse, a lo sumo, que el negocio y su función operen como un motivo en la mente del sujeto, pero ello es insuficiente, como se ha visto, para explicar la noción de causa.

Los motivos están fuera del contenido del negocio, y son irrelevantes en nuestro ordenamiento, excepto en materia testamentaria.

*e- Relevancia genética y funcional de la causa*

La causa asume especial importancia, en tanto ella tiene un valor genético: puede faltar o ser ilícita o estar viciada al inicio de la relación negocial, cuando se configura como elemento necesario para la validez del negocio. Pero tiene también relevancia funcional, ya que puede venir a menos sucesivamente, en todo o en parte, es decir, sigue actuando hasta la extinción del negocio, sigue desplegando su influencia después de surgido este.<sup>346</sup>

La causa puede venir perturbada al inicio del negocio cuando existe pero opera en forma anormal, porque se ve desviada por circunstancias extrañas.

Ejemplo de ello es la lesión. También puede venir perturbada durante la vida del negocio, como en el caso de la excesiva onerosidad sobreviniente. Estas situaciones no están contempladas en nuestra legislación, pero sí es posible encontrar otros ejemplos de relevancia funcional de la causa, como la imposibilidad sobrevinida de una prestación (arts. 830 y ss. C.C.), o el incumplimiento de la obligación de una parte en un negocio bilateral (art. 692 C.C.)

*f- Clases de causas*

1. Causa iuris

Es la causa en su sentido de "fuente", como hecho o supuesto de hecho del cual nace la eficacia.

344. STOLFI, op. cit., supra nota 17, pág. 33.

345. V. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, pág. 86-87.

346. GULLON op.cit., supra nota 137, pág. 76. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 131.

## 2. Causa natural y accidental

Una parte de la doctrina distingue entre la causa natural y permanente del negocio, y una causa accidental y eventual, que sí depende de la voluntad de las partes, las cuales deben asumir la causa propia del negocio, pero pueden elevar al grado de concausa cualquier circunstancia que tenga fuerza determinante. Se dan como ejemplo: las manifestaciones de voluntad que tienen una causa en sí, como la compraventa, y que se realizan en cumplimiento de una obligación anterior, como la promesa de venta. Esta sería la causa accidental.

Tal es un concepto erróneo, pues lo que existe son dos negocios con sus respectivas causas. El reconocer una doble causa trae la consecuencia de un doble significado y función del elemento causal, pudiendo llegarse a la desintegración del negocio. La causa es una y exclusiva; no sólo no admite otras causas sino que las excluye por completo.<sup>347</sup>

## 3. Causa próxima y remota

Algunos negocios tienen una función propia, pero la realizan de acuerdo a un presupuesto objetivo, y en relación con esta. Por ejemplo un pagaré garantiza el resultado económico de una compraventa. La causa próxima es la función de garantía del pagaré. La causa remota es la función de intercambio de la compraventa.<sup>348</sup> Tal distinción es irrelevante; si el segundo negocio se quiere atacar, puede hacerse con relación a su causa, ya que no existe derivación de causas.

## 4. Causa solvendi, donandi y credendi

Comúnmente se agrupan las causas en tres grupos, clasificación que viene desde el Derecho Romano:

1. Causa solvendi, consiste en el cumplimiento de una obligación, el deber de extinguir una deuda, o bien la obtención de un contravalor, e intercambio de utilidades.
2. Causa donandi, que consiste en producir un lucro en la parte contraria, sin contraprestación, es decir, el producir un enriquecimiento gratuito.
3. Causa credendi, que es la adquisición de una prestación equivalente, a que otro se obliga y que puede consistir en el derecho de reclamar la restitución de lo entregado, o en el de exigir una contraprestación.<sup>349</sup>

### g- *Negocios causales y abstractos, típicos y atípicos*

De acuerdo con la posición dominante en doctrina, es posible distinguir entre negocios causales y abstractos.

El negocio abstracto es el que opera y produce sus efectos desvinculado de la causa, de tal modo que sin ella siempre se producen las consecuencias jurídicas. Hay una disociación entre el negocio y su causa; el negocio aparece desligado e independizado de su causa, y como tal funciona; la causa no se halla contenida en la declaración de voluntad. Por ejemplo A se obliga a pagarle a B una suma de dinero, sin expresarse el título que fundamenta su obligación.<sup>350</sup> El negocio

347. Sobre la unidad del concepto de causa. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 78-79.

348. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 601-602.

349. Von THUR, op. cit., supra nota 214, págs. 81,82 ALBALADEJO, op.cit., supra nota 134, pág. 126 ENNECCERUS, op.cit., supra nota 210, págs. 80-81: añade otras posibles causas por ej. la causa no vandi, dotis constituendae, etc.

350. GUILLON, op.cit., supra nota 137. pág. 83.

abstracto es un intento de independizar el efecto jurídico de las vicisitudes o anomalías de que puede adolecer el negocio, y de que el destinatario no tenga que considerarlas o verse afectado por ellas.<sup>351</sup>

El negocio es causal cuando la existencia y la licitud de la causa operan como presupuestos de validez del contrato.<sup>352</sup>

El negocio abstracto no está desprovisto de causa.<sup>353</sup> Todo negocio debe llenar este requisito. A lo sumo puede aceptarse, dentro de un concepto más restringido, que hay una zona en la cual la voluntad soporta límites insuperables, se trata de negocios en los cuales la causa señala un esquema negocial rígido, rigurosamente determinado por la norma, de acuerdo a la función del negocio y a los intereses que trata de realizar. Así sucede en el derecho de Familia. Ello lleva a hacer más aceptable la distinción entre negocios típicos y atípicos.

Tipicidad significa adecuación del negocio jurídico concreto con el negocio tal como es configurado normativamente por el ordenamiento. Tipicidad y atipicidad se encuentran en función de la causa, porque lo que define y delimita los tipos negociales es la función que realizan y el resultado que produce.

La autonomía de la voluntad tiene más relevancia en los negocios atípicos, en que el esquema causal no está predeterminado específicamente por la norma, sino sólo en forma genérica o en los relativamente típicos, en que la norma determina un esquema causal, pero puede tener influencia la voluntad.<sup>354</sup>

#### h- Falta e ilicitud de la causa

La causa puede faltar del todo en un negocio, en forma originaria o sobreviniente. Puede faltar si no está dentro de las causas específicas en los negocios típicos, o en los esquemas generales de los atípicos o si las partes han simulado una causa, o creen existente una causa que no existe, o que es diversa de la real.<sup>355</sup>

Además de existir, la causa debe ser justa (arts. 1007 y 627 inc. 3 C.C.), es decir, lícita, que no sea contraria a la ley, el orden público o las buenas costumbres. (V. art. 805 C.C.).

El concepto de causa ilícita parece a veces semejante al de objeto ilícito; la ilicitud del objeto se refleja o repercute en la causa, haciéndola ilícita. Pero hay hipótesis en que el objeto es lícito, pero la ilicitud resulta de poner las prestaciones en relación de intercambio, por ejemplo pagar a un funcionario para que haga un acto propio de su oficio.

En ocasiones el interés perseguido no es digno de tutela por el ordenamiento, y el negocio carece de causa porque no tiene una utilidad suficiente para justificar que el derecho coopere en su actuación. Por ejemplo la apuesta, que no otorga al vencedor una acción para reclamar el pago.<sup>356</sup>

La falta o ilicitud de la causa da lugar a nulidad absoluta del negocio (arts. 627 inc. 3, 1007 y 835 inc. 1 C.C.)

351. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 164.

352. DIEZ PICAZO, op.cit., supra nota 21, pág. 164. Para este autor la distinción se funda en la vinculación entre existencia y licitud de la causa, y validez y eficacia del negocio.

353. GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 83. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 401.

354. V. DIEZ PICAZO, op.cit., supra nota 21, págs. 145-146. PUGLIATTI, op.cit., supra nota 73, págs. 84-85.

355. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 607

356. TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, págs. 190-191. V. art. 1409 C.C.

El pago efectuado bajo una causa ilícita es repetible (art. 835 párrafo 1), salvo si se ha dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (art. 844 C.C.).<sup>357</sup>

i- *La causa en la jurisprudencia*<sup>358</sup>

El Código Civil carece de una definición de la causa. Incluso parece contradictorio que se exija causa justa para la validez de la obligación (art. 627 inc. 3) si las obligaciones pueden derivar de hechos ilícitos (art. 632: delitos y cuasidelitos).

La jurisprudencia, sin embargo, se ha encargado de dar una elaboración más o menos amplia al concepto, apegada generalmente a las ideas clásicas.

Así, se ha expresado que:

*"En las obligaciones bilaterales las obligaciones de las partes se sirven recíprocamente de causa".*<sup>359</sup>

*"...Si lo que en el fondo hubo fue una donación y no una venta, la causa justa de tal acto de liberalidad reside en el 'animus donandi'..."*<sup>360</sup>

*"Que si en la donación la causa es la voluntad de donar, sin retirar ningún equivalente de la obligación que se contrae..."*<sup>361</sup>

La causa ha sido, en ocasiones, confundida con la contraprestación, el objeto, e incluso el consentimiento.

*"Esas obligaciones principales del arreglo se sostienen mutuamente y sirven de fundamento las unas a las otras, constituyendo recíprocamente su causa, y dando el repetido carácter de bilateralidad del contrato..."*

*...En los contratos sinalagmáticos las causas de las obligaciones de una parte es la prestación o prestaciones de la otra"*<sup>362</sup>

*"...la causa de la venta, sea el precio de los diversos bienes que especifica la escritura respectiva..."*<sup>363</sup>

También se ha dado la confusión de causa y objeto para efectos de nulidad.<sup>364</sup> y la aceptación de una concepción subjetivista de la causa. Así, por ejemplo:

357. Cas. Nº. 109 de 13:30 hrs. 20 noviembre 1952, semestre II, tomo único, pág. 1346.

358. El derecho anglosajón maneja la idea de la "CONSIDERATION", paralela a la noción de causa fin. Esta constituye la finalidad, la razón determinante del acto, y debe tener algún valor o representar algún interés para el sujeto, aunque no resulte proporcionado, con tal que sea conforme a Derecho. Hay "consideration" cuando existe cierta contraprestación y de allí que los contratos sin consideration sólo son vinculantes si cumplen determinadas formalidades. ALTERINI, op.cirt., supra nota 86, pág. 62.

359. Cas. 15 hrs. 7 junio 1945. I semestre, tomo único, pág. 143.

360. Cas. Nº. 47, 15:30 hrs. 30 abril 1953, I semestre II tomo.

361. Cas. 3:30 p.m., 14 diciembre 1922, II semestre, pág. 624.

362. Sentencia citada supra nota 361, Considerando 16. Para la causa como obligación o contraprestación V. Cas. 9 a.m., 27 abril 1922, I semestre, pág. 263.

363. Cas. Nº. 47, cit., supra nota 339.

364. Cas. 63, 27 junio 1969, I semestre.

*"Se dice en el escrito de expresión de agravios que el juez confundió el móvil psicológico con la causa de la obligación lo expuesto en la demanda como móvil de la transacción, (...) pero, a juicio de la Sala, esa confusión no existe, pues... el deseo de evitar un litigio que en definitiva puede resultar gravoso para la parte, puede ser causa suficiente para que esta se decida a transigir (...). Este temor, esa duda y ese deseo de evitar gastos y molestias fueron motivo "mediato", particular o personal del actor, desde luego que los demandados sabían que eran precisamente esas circunstancias las que hacían necesaria y conveniente la transacción, y en ese móvil o causa de la obligación en la forma que inspiró el contrato... no hay nada de contrario a la moral o a las buenas costumbres..."*<sup>365</sup>

Como se ve, no existe un enfoque unitario del problema; el Código, con su indefinición, ha dejado las puertas abiertas a la interpretación, y la causa ha sido un instituto de gran importancia práctica, aunque no técnicamente elaborado.

#### SECCION IV

#### ELEMENTOS NATURALES DEL NEGOCIO JURIDICO

Los elementos naturales se han definido, en general, como aquellas consecuencias que derivan de la misma naturaleza jurídica de un determinado negocio, verificándose por disposición de la ley, en el caso de silencio de los interesados, de modo que las partes sólo tienen que hacerlos especial objeto de manifestación de voluntad para excluirlas.<sup>366</sup>

Vendrían a ser cláusulas que en el negocio particular no necesita expresa formulación, porque al considerarse que son los más conformes con los intereses de las partes, se insertan normalmente por la previsión legal, concediéndose la autonomía de los particulares, para suprimirlos, aumentarlos, o disminuirlos en el ámbito de eficacia.<sup>367</sup>

Como ejemplos de elementos naturales se citan la garantía de evicción en el contrato de compraventa (art. 1034 C.C.), por la cual en la función de intercambio se busca asegurar que el bien será del nuevo dueño; la gratuidad en el mandato, en el mutuo y en el depósito.<sup>368</sup>

El contenido contractual y negocial no se agota en la previsión de los llamados elementos esenciales, sino que por su función, otros puntos son merecedores de tutela; tal es así que el legislador se preocupa de que pueda haber lagunas en las disposiciones de las partes, y en defecto de su previsión establece la forma en que han de solucionarse ciertos conflictos de intereses en la forma más adecuada a la naturaleza del contrato, e incluso haciendo reenvío a cuanto dispongan las leyes, y los usos.<sup>369</sup> Con los elementos naturales se llega a la máxima especificación; se hace referencia al esquema de un negocio particular, previéndose la posibilidad de que respecto de

365. Sala Civil, 10:55 hrs. 11 junio 1940, aceptado por Cas. 10:20, 10 diciembre 1940, Nº. 137, pág. 42, 32-34 apéndice. Sobre la causa en la estipulación a favor de un tercero, Cas. Nº. 136, 14:45 hrs. 16 noviembre 1973. Para una concepción normativa de la causa. Cas. 109, 13:30 hrs. 20 noviembre 1952, II semestre, tomo único, pág. 1346.

366. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 115. STOLFI, op. cit., supra nota 17, pág. 13. LA-CRUZ, op. cit., supra nota 128, pág. 43.

367. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 30.

368. LA CRUZ, op. cit., supra nota 128, pág. 43. Ver art. 109 C.P.C.

369. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 140. En este sentido de integración del contrato, V. el art. 1023 C.C.

ciertos elementos, el contenido típico del negocio cual es determinado por las normas, sea modificado por una concreta voluntad manifestada por las partes. Son elementos normales pero no necesarios, sino eliminables.<sup>370</sup>

Sin embargo, hay en la concepción de los "naturalia negoti" un error evidente: no pueden ser elementos del negocio algunas consecuencias. Pertenecen a su zona efectual.

*"Por tradición, se suelen mencionar también los denominados elementos naturales: pero estos no son verdaderos y propios elementos, sino más bien efectos implícitos del determinado negocio, en concreto, y no del negocio en general; los cuales efectos, a veces están previstos y establecidos por el declarante (o por los declarantes, en los negocios bilaterales), pero nacerían igualmente por ley; tanto que la utilidad de hacer referencia a aquellos elementos (retius: efectos) se manifiesta, más cuando se los quiere excluir que cuando se los quiere provocar.*

*Por consiguiente, no hay lugar a través de ellos en la doctrina general del negocio jurídico".<sup>371</sup>*

Se podría hablar más bien de "efectos naturales", pues no forman parte la reglamentación negocial prevista por las partes, sino que son tomados por la ley precisamente a falta de tal previsión. Se trata de la configuración que la ley da a los efectos del negocio según una valoración de la normalidad<sup>372</sup> y únicamente entraría en el plano causal aquella disposición voluntaria tendiente a modificarlos o suprimirlos.

Entendidos como consecuencias jurídicas, los "naturalia negoti" sólo pueden encontrar lugar en una distinción relacionada con las normas que disciplinan un determinado instituto; en esta hipótesis son jurídicamente irrelevantes, y como tales no pueden incluirse en una clasificación de los elementos del negocio. Si, en cambio, se entienden como cláusulas negociales cabe un doble sentido: verlos como cláusulas expresas, en cuanto dirigidas a un efecto preordenado por una norma, o como cláusulas tácitas que el ordenamiento presupone al aprobar las consecuencias previstas en las normas. Pero en ambos casos resultan insubsistentes, porque la disposición normativa opera en forma automática cuando el negocio no tiende a un fin práctico contrastante con los efectos en ella previstos.<sup>373</sup>

Si se fundamentase un criterio de clasificación de elementos sobre la correspondencia entre el contenido y los efectos del negocio,<sup>374</sup> el concepto de elemento natural podría definir una categoría que puede no corresponder a una regla determinada por las partes, distinguiéndose así cuáles disposiciones son puestas por las partes y tienen el valor jurídico de un precepto de autonomía privada, y cuáles son puestas por la ley, contraponiendo en un sentido distinto al tradicional entre elementos esenciales, como los que deben ser expresamente queridos, y elementos naturales, que pueden ser no expresamente queridos.

370. S. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, pág. 73.

371. MESSINEO, op. cit., supra nota 34, pág. 356. En el mismo sentido, LACRUZ, op. cit., supra nota 128, pág. 43. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 115. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23 pág. 301. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 68. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, págs. 140-141.

372. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 301.

373. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 68.

374. RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 108.

En cierto sentido, los elementos accidentales y los naturales asumen una posición opuesta; estos son puestos por la ley y la voluntad de las partes es relevante para excluirlos aquellos sólo pueden ser puestos por la voluntad de las partes.<sup>375</sup>

## SECCION V

### ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL NEGOCIO JURIDICO

#### 1. Generalidades

##### a- *Los llamados elementos accidentales*

El ordenamiento ofrece a los sujetos privados múltiples instrumentos para un ejercicio más amplio de su autonomía, cuando forman un negocio en razón de particulares intereses. A esta finalidad, de enriquecer el ejercicio de la autonomía privada, sirven los elementos accidentales del negocio, que los sujetos pueden introducir en el esquema negocial, y una vez insertos asumen el mismo valor de los elementos esenciales.<sup>376</sup>

Tradicionalmente se han definido los elementos accidentales como aquellos que no son necesarios para que exista el negocio, ni le acompañan normalmente, sino que por voluntad de las partes se incorporan a él. Pueden o no existir con relación a un determinado negocio; no entran en su esquema típico, de modo que este puede subsistir sin ellos, sin que se obstaculice su existencia o su validez. Normalmente se reflejan en la eficacia negocial.

Se trata de determinaciones de voluntad de las partes, para modificar los efectos normales del negocio, en virtud de su autonomía. Su presencia no es indispensable, pero cuando existen por una manifestación de voluntad humana, libre, limitan la eficacia del negocio. Su accidentalidad radica precisamente en ese depender de la voluntad que los interesados son libres de manifestar o no.<sup>377</sup>

Los elementos accidentales aparecen así como contrapuestos a los esenciales, que deben estar siempre presentes para que una determinada situación de hecho venga a ser considerada como negocio jurídico.

La expresión es comúnmente usada para referirse a la condición, el término y el modo, y quiere decir que son elementos extraños al esquema típico del negocio, que realizan los intereses por los cuales el negocio se efectúa.

De accidentalidad se habla sólo en relación con una consideración del tipo negocial abstracto frente al negocio concreto realizado por las partes, respecto al cual estos elementos asumen el carácter de esenciales; a través de ellos las partes realizan intereses que no quedarían satisfechos con el recurrir a la estructura típica del negocio. Pero también estos elementos son idóneos para ser aplicados a negocios jurídicos de tipo variado.<sup>378</sup>

Los llamados elementos accidentales sólo lo son en el sentido de que puedan introducirse o no a voluntad de las partes, y de que no pertenecen al esquema típico del negocio; sin embargo,

375. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, p. 73.

376. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 264.

377. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, págs. 81, 100-101. ESPIN op. cit., supra nota 73, pág. 403. ENNECCERUS, op. cit., supra nota 210, págs. 299-300. MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 357. STOLFI, op. cit., supra nota 17, pág. 13. CASTAN TOBEÑAS, op. cit., supra nota 29, pág. 375. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 116.

378. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 302. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 66. RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 98.

algunos de los caracterizados como elementos de esta clase pueden ser absolutamente esenciales respecto a ciertos tipos negociales.<sup>379</sup> Por otra parte, al ponerse en contraposición a los elementos esenciales, ambas nociones se construyen sobre bases diversas pues estos últimos se definen respecto al hecho negocial. Los accidentales en cambio serían tales, no tanto porque el negocio puede existir sin ellos, sino más bien por no formar parte de su esquema negocial (ya que aquello sería consecuencia de esto). Por ello se hace necesaria una revisión del concepto de elemento accidental, que viene modificado por la noción de elemento esencial.

b- *Los elementos del negocio y la eficacia negocial*

La clasificación de los elementos del negocio es posible básicamente desde dos puntos de vista:

- a- Según sean o no indispensables para la validez del negocio, pudiéndose definir como esenciales los componentes del hecho negocial cuya falta da lugar a la invalidez del negocio, y como accidentales aquellos que se añaden al núcleo indispensable para la validez, y cuya falta no afecta la validez misma.<sup>380</sup>
- b- Según sean o no indispensables para que surja un determinado tipo de negocio. La doctrina más reciente dedica mayor atención a este punto de vista, entendiendo el negocio como una especie fáctica compleja, que comprende múltiples elementos necesarios para la verificación del efecto jurídico, configurándose un núcleo central en el conjunto de todas las determinaciones dada por los sujetos.

Ambas clasificaciones son, en cierta medida, excluyentes; la inserción de un elemento accidental en un negocio determinado no deja de reflejarse sobre la validez; y puede provocar la invalidez del negocio en su totalidad (como sucede por ejemplo con la condición suspensiva imposible, o con la condición ilícita). Por ello es conveniente atender en principio a los elementos en relación con la existencia y la eficacia del negocio y efectuar posteriormente su calificación de acuerdo con su influencia en la validez.

En una especie fáctica es posible efectuar una distinción entre la zona de los elementos esenciales y una zona marginal o periférica en la que se agrupan todos los elementos que, por representar notas accidentales o variables lógicas respecto a la esencia, determinan la extensión y los límites de su esfera de eficacia legal.<sup>381</sup> Para que surja la relación jurídica basta que sean realizados los elementos esenciales, constitutivos que son su presupuesto exclusivo; pero para que se produzca la situación efectual puede no ser suficiente la existencia de ese núcleo central, sino que se requieren "ulteriores elementos a los cuales no puede atribuirse una función causativa igual a aquella que debe reconocerse a la especie fáctica central, porque de ellos depende sólo el "sí" o el "cuándo" del subentrar de la situación efectual".<sup>382</sup> El negocio es causa del efecto negocial, mientras que el término, por ejemplo, decide el momento en que ha de realizarse tal efecto.

Estas concausas de eficacia, que conciernen sólo a las consecuencias jurídicas de un negocio ya perfeccionado en todos sus elementos constitutivos, son en este sentido elementos acci-

379. LACRUZ BERDEJO, op. cit., supra nota 128, págs. 43-44, cit. como ejemplo el término en relación al comodato, al mutuo y al depósito.

380. RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 103.

381. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 53.

382. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 35.

dent  
cia c  
tos i  
Las  
sició  
y en  
taric  
zar :

c-

Perc  
conc  
dive

les c  
sion  
lunt  
nom

fuer  
acci  
requ

lunt  
gorf  
ejerr

no y  
cen ;  
lizar

383.

384.

385.

386.

387.

388.

denciales del negocio.<sup>383</sup> A los elementos esenciales, causas de la eficacia, corresponde la relevancia o irrelevancia de la situación causal; a las concausas, que más bien deberían llamarse elementos inesenciales o marginales, corresponde la eficacia o ineficacia de la situación condicionante. Las concausas o coelementos pueden ser clasificados a partir de dos criterios: en relación a la posición respecto al núcleo central, de donde se dividen en anteriores, contemporáneos y sucesivos; y en relación a la fuente, privada o legal de donde deriva su inclusión, distinguiéndose en voluntarios y legales.<sup>384</sup> Interesan fundamentalmente los de carácter voluntario, siendo necesario realizar algunas distinciones previas.

#### c- Distinciones conceptuales

Se llaman cláusulas del negocio las diversas proposiciones de que consta o puede constar. Pero ellas son diversas de los elementos. Sea que haya una sola o varias cláusulas, en el negocio concurren elementos, implícita o explícitamente previstos por la ley, y que pueden clasificarse diversamente; las cláusulas no son susceptibles de clasificación.<sup>385</sup>

No es correcto configurar como elementos accidentales todas las posibles cláusulas especiales que las partes introducen en un negocio jurídico, si no son elementos de eficacia.<sup>386</sup> En ocasiones se denomina también a los elementos accidentales modalidades, autolimitaciones de voluntad, cláusulas, disposiciones o determinaciones accesorias<sup>387</sup> sin embargo algunas de estas denominaciones tienen una connotación diversa.

Los requisitos voluntarios de eficacia, dependen de la voluntad de las partes y limitan la fuerza de la manifestación incidiendo en su eficacia; coinciden en buena parte con los elementos accidentales; la condición y el término pertenecen a ambas categorías; el modo en cambio, no es requisito de eficacia.

Las autolimitaciones de voluntad forman un concepto coincidente con el de requisitos voluntarios de eficacia; en cambio, las disposiciones o determinaciones accesorias forman una categoría muy distinta, porque modifican el contenido normal del negocio sin alterar su esencia, por ejemplo la cláusula penal, las disposiciones referentes a los "efectos naturales", reservas etc.<sup>388</sup>

Bajo el epígrafe elementos accidentales se estudian tradicionalmente la condición, el término y el modo. Las partes pueden agregar en el contenido negocial estas cláusulas, que no pertenecen al esquema esencial del negocio, pero que son relevantes en el caso concreto, y tienden a realizar los intereses correspondientes a las finalidades por ellas perseguidas.

383. Esta clasificación de elementos vendría a corresponder a una clasificación de normas. Las normas principales disponen los componentes típicos y los efectos esenciales de un acto; las normas integrativas entran después de la realización de un elemento ulterior. En este sentido es elemento accidental, aquel hecho específico a cuya presencia la norma integrativa subordina la intervención de la norma principal. FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 69-70.

384. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 63.

385. MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 354. Sobre el convenio principal y sus adiciones. V. Cas. Nº. 119 de 15:45 hrs. 1 de octubre de 1975. Sin publicar.

386. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 116.

387. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, pág. 155. CASTAN TOBENAS, op. cit., supra nota 29, pág. 375.

388. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pag. 661.

## 2. La condición<sup>389</sup>

### a- Concepto, caracteres, naturaleza jurídica

#### 1. Concepto

El negocio se considera sujeto a condición si las partes disponen que su eficacia dependa del verificarse de un evento futuro e incierto. Con el nombre condición se designa cualquier hecho futuro, e incierto, al verificarse del cual las partes subordinan la producción o el cesar de los efectos del negocio. Se designa así la cláusula que da un hecho tal carácter, es decir, la propia determinación de voluntad, y también al propio acontecimiento o suceso.<sup>390</sup>

FALZEA distingue la previsión condicional y el evento condicionante:

*"...se distinguen netamente en momento subjetivo (condición como previsión) del momento objetivo (condición como evento)..."*

*La previsión condicional y el evento condicionante constituyen respectivamente: uno un elemento del acto jurídico en su contenido de voluntad, y parte de la compleja declaración negocial; el otro un elemento externo al acto e investido de la cualidad de concausa de la eficacia. De donde el ligamento entre ambos tiene lugar sólo en cuanto la previsión condicional forma parte del acto, y es en relación a este último, considerado en su integridad, que funciona la concausa, así que resultan netamente separadas la previsión condicional que se refiere a la zona central del acto, y el evento condicionante, que concierne en cambio a la zona marginal. El evento constituye el punto fundamental sobre el cual gravita todo el mecanismo condicional, y a la previsión corresponde poner en marcha el mecanismo en función de una particular intención de los sujetos..."*<sup>391</sup>

Desde un punto de vista teleológico, la condición se justifica con miras al interés de las partes. Los sujetos, al regular sus intereses, pueden querer que tengan actuación de inmediato y que surjan entonces las respectivas consecuencias jurídicas.

Pero puede ser que los sujetos, para conseguir una meta específica, establezcan que sus intereses se realicen en cierta circunstancia, de modo que no les conviene una eficacia inmediata. La condición implica la valoración de intereses posteriores, externos, futuros e inciertos, en contraste con el interés interno tendiente a la función típica del acto.<sup>392</sup>

389. En el derecho romano la condición fue conocida y se agregaba a negocios de todas clases, sobre todo a la stipulatio y los legados, quedando excluidos los "actus legitimi". Sólo bien destineada la figura de la condición suspensiva en cuanto a la resolutoria, se creía que las partes hubiesen creado otro negocio sujeto a su vez a condición suspensiva; si el evento se verificaba, este segundo negocio producía su efecto, que era el de cortar la eficacia del otro negocio. El negocio sujeto a condición suspensiva no producía por lo pronto efecto alguno pleno; los derechos pendientes fueron garantizados por efectos previos que limitaban en gran medida a la otra parte. Se consideró que la condición debía responder a los requisitos de la incerteza, licitud y posibilidad; debía ser además un hecho futuro. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, págs. 101-103. JORS-KUNKEL, op. cit., supra nota 117, págs. 120-124.

390. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 101. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 665. ESPIN, op. cit., supra nota 23, págs. 403-404. TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, pág. 211.

391. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 78-79.

392. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 80.

## 2. Características

El evento condicionante se caracteriza por su posición en el futuro y su incerteza. A estos requisitos se añaden la exterioridad, la accidentalidad,<sup>393</sup> y la voluntariedad de su inserción. La condición es extrínseca al acto al que precede; por ello es elemento marginal o coelemento del negocio. La incertidumbre hace referencia a que sea dudosa la realización del acontecimiento. En ello difiere de las llamadas condiciones legales o iuris, y hace referencia también a la determinación de cuándo es posible para los particulares en ejercicio de su autonomía establecer condiciones que funcionen como tales.

## 3. Naturaleza jurídica

Algunas teorías hacen depender de la condición la existencia de la voluntad o bien la del negocio mismo.<sup>394</sup> Otras, más acertadamente, hacen depender de la condición los efectos del negocio. La primera teoría contrasta con el derecho positivo, por el cual el negocio condicional, aparte de la pendencia de sus efectos, debe tenerse como ya existente.

En el negocio condicionado la voluntad sólo quiere los efectos en una determinada circunstancia; no es que se quiera una cosa y luego se añada otra; sólo se quiere bajo condición.

La voluntad de las partes subordina los efectos del negocio a la producción de un evento extraño.

La condición afecta únicamente los efectos de negocio, bien suspendiéndolos, bien haciendo cesar los ya producidos. Es una concausa de eficacia de la declaración de voluntad negocial.<sup>395</sup> Pero la declaración y la condición sólo analíticamente pueden considerarse como diversas, pues son en realidad algo único e indisoluble, en atención a su función. Si de la condición depende el efecto del negocio, ella viene a formar parte integrante y sustancial del mismo.<sup>396</sup>

### b- Clases de condiciones

Conviene previamente distinguir las verdaderas condiciones de las *conditio iuris* y las llamadas condiciones impropias.

#### 1. *Conditio iuris* o condiciones legales

La condición es un requisito voluntario de eficacia, y por ello se distingue de los elementos exigidos por la ley para la eficacia de ciertos negocios, y que por eso se llaman *conditio iuris*. En esta categoría pueden ubicarse todos aquellos actos o hechos extrínsecos al negocio que la ley considera decisivos para su eficacia, de acuerdo a su naturaleza o a la situación de los interesados, como podría ser la autorización al tutor para enajenar o gravar bienes del pupilo, la realización del matrimonio para la eficacia de las capitulaciones, etc. Estos deberían ubicarse en una categoría diversa, como requisitos legales de eficacia.

Se asemejan a la condición voluntaria en su incidencia sobre la eficacia, pero la diferencia se observa considerando que en la verdadera condición se da una particular determinación de la autonomía negocial para la satisfacción de los intereses privados; las *conditio iuris* son en cambio

393. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 132.

394. ARNDTS, ADICKENS, FERRARA, etc., cit. por CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 664 y ss.

395. GULLON, op. cit., supra nota 137, pág. 167.

396. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 459.

el producto de disposiciones normativas que limitan la autonomía de las partes, subordinando la eficacia del negocio a la realización de los eventos a los cuales la ley da tal valor en función de intereses extraños a los sujetos, con lo que está en juego la existencia misma de la relación jurídica por deficiencia de un requisito impuesto por la ley.<sup>397</sup>

En última instancia, sin embargo, es posible reducir a un esquema general las condiciones legales y voluntarias; ambas son mecanismos para subordinar la regulación negocial de modo que no entre en colisión con un sistema de intereses ulteriores; claro está que la condición voluntaria se introduce para fines particulares, y con función instrumental, entre el acto y sus efectos.<sup>398</sup>

## 2. Condiciones impropias

En la condición existe un estado de incertidumbre objetivo a cerca de la producción o el cese de los efectos del negocio. En ello difiere de las llamadas condiciones impropias, que pueden ser subjetivas o necesarias.

No pueden considerarse condiciones las cláusulas que hacen depender la eficacia de un evento ya realizado, pero subjetivamente incierto, pues en tal caso faltaría la situación de pendencia, bastando la constatación del hecho para que el negocio despliegue su eficacia.

Tampoco son verdaderas condiciones las llamadas necesarias, es decir, eventos que deben necesariamente darse, pero sin que se sepa exactamente cuándo. Estos en realidad funcionan como términos.<sup>399</sup>

## 3. Clasificación de acuerdo a la naturaleza del hecho condicionante: condiciones potestativas, causales y mixtas

Es causal la condición que consiste en un hecho sustraído a la voluntad del interesado, sea un hecho de la naturaleza o un comportamiento de un tercero.

Es potestativa si supone un acto de una de las personas que intervienen en el negocio, dependiendo de su voluntad.

Es mixta si el hecho depende a la vez de la voluntad de un sujeto del negocio, y de un hecho natural o de la voluntad de un tercero.<sup>400</sup>

En el segundo grupo citado se distinguen las condiciones meramente potestativas, que dependen de la mera voluntad del sujeto o de un hecho voluntario del todo irrelevante y que según el art. 681 C.C., son nulas si se refieren a la simple voluntad del promitente, nulidad que se extiende a la entera obligación; no sucede así si depende de la voluntad del acreedor, caso en el cual es perfectamente válida la condición. Las condiciones potestativas, en cambio, dependen de la voluntad del sujeto, pero de tal forma que no pueden realizarse o dejarse de realizar indiferentemente, porque están sujetas a otras circunstancias externas (por ejemplo, si hago un largo viaje). Estas condiciones pueden introducir en el negocio válidamente, e influyen como tales en sus efectos.

397. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, págs. 143-144. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, págs. 459-460.

398. FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 113-114, 93.

399. Ya en el Derecho Romano existían similares regulaciones sobre las condiciones impropias. DIGESTO. ULPIANO, Lib. XXVIII Tit. VII L. 10. v. CABANELLAS, cit. supra nota 279, Nos. 815 y 1974.

400. V. VON THUR, cit., supra nota 214, p. 88. CARIOTA FERRARA, cit., supra 2, p. 670.

4. Clasificación de acuerdo a la naturaleza del hecho: condiciones positivas y negativas

Una segunda clasificación con referencia a la naturaleza del hecho, distingue las condiciones en positivas o negativas, según el correspondiente carácter del evento. Son positivas si deben cambiar el estado actual, y negativas las que lo deben mantener.

5. Clasificación de acuerdo con la influencia en la eficacia del negocio: condiciones suspensivas y resolutorias.

La condición es suspensiva si de su verificación depende el nacimiento de los efectos; tal es la hipótesis más difundida porque responde mejor a los fines del mecanismo condicional. La condición es resolutoria si se hace derivar de ella la cesación de los efectos.

Para algunos autores sólo existe la condición suspensiva, pues toda condición suspende algo, sea el nacimiento, sea la extinción de la obligación, la condición resolutoria para una de las partes es suspensiva para la otra, de modo que aquella es sólo una faz de esta.<sup>401</sup> Pero tal posición no es exacta, ya que ambas clases de condiciones presentan una naturaleza diversa, tanto en su posición estructural como en su función.

La condición suspensiva constituye una concausa de eficacia un elemento marginal del acto sobre el que incide, presentándose como una particular forma que asume el proceso de producción; opera en lo interno del acto, insertándose entre los momentos de la relevancia y de la eficacia, retardando la llegada de esta.

La condición resolutoria, en cambio, constituye un hecho estructuralmente autónomo; presupone que el acto exista ya en todos sus elementos, centrales y periféricos, y que haya producido sus consecuencias; opera hacia lo externo sobre tales consecuencias, de modo que sus efectos se contraponen a los del acto condicional.<sup>402</sup>

En la condición suspensiva las partes subordinan la actualización del interés programado a la realización de un evento previsto; sólo en ella hay verdadera dependencia, pues mientras no se cumpla, no se sabe si se producirán los efectos.

En la condición resolutoria, en cambio, la situación jurídica nace de inmediato, y sólo existe incertidumbre acerca de si llegará a desaparecer. La condición resolutoria aparece como hecho extintivo, cuya función está en relación con el permanecer de la situación efectiva.<sup>403</sup>

6. La llamada condición resolutoria implícita

En el capítulo del C.C. sobre las obligaciones condicionales aparece el art. 692, referente al incumplimiento contractual y a la llamada condición resolutoria implícita. Tal emplazamiento del artículo es inadecuado, e incorrecta también aquella expresión, que debiera ser "cláusula resolutoria sobreentendida". La verdadera naturaleza jurídica del instituto es la de un derecho potestativo del sujeto para exigir el cumplimiento del contrato o pedir su resolución. No se trata de una condición, pues este término se refiere técnicamente a los elementos accidentales del negocio jurídico, producto de la voluntad de las partes. Se trata más bien de un efecto que proviene de la ley. La denominación es la misma del Código Civil francés, acogida en nuestra legislación.<sup>404</sup>

401. V. por ej.: ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 465.

402. FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 84, 239.

403. FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 239, 243.

404. V. Sobre este tema CASAFONT ROMERO, Pablo. "Ensayos de Derecho Contractual". La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en la legislación costarricense. Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1968, págs. 11 y ss. En especial, págs. 18-19.

c- *Requisitos de la condición, condiciones imposibles, ilícitas y perplejas*

Sólo se admiten las condiciones que no rebasen los límites de la autonomía privada: la ley, el orden público y las buenas costumbres, y que sean además posibles.

1. *Condiciones ilícitas*

Son ilícitas las condiciones contrarias a la ley, el orden público y las buenas costumbres. Los negocios inter vivos son viciados enteramente por estas condiciones y devienen absolutamente nulos.

De acuerdo con el art. 679 C.C. sólo es nulo el negocio cuando la condición debe realizarse por quien debe obtener la ventaja del negocio, es decir, el acreedor, por ejemplo "doy mil a Ticio si mata a mi enemigo". Pero si el hecho debe cumplirse por quien debe sufrir la pérdida económica (el deudor), el negocio es válido; por ejemplo "te daré mil si mato a mi enemigo".

Ello en razón de que el lucro constituye un incentivo para consumir el acto ilícito cuando la condición debe cumplirla el acreedor, mientras que tal incentivo falta si debe cumplirlo el deudor.<sup>405</sup>

Según el art. 680 C.C., para las condiciones resolutorias rigen los mismos principios, en sentido inverso. De este modo, la condición resolutoria consistente en un hecho ilícito es válida si es positiva, por ejemplo "te dono mil pero si frecuentas lugares de corrupción la donación se tendrá como no hecha". Será nula si es negativa, por ejemplo "te dono mil, pero si no frecuentas lugares de corrupción la donación quedará resuelta". En el primer caso el negocio es lícito porque la posibilidad de resolución es un estímulo para abstenerse del hecho ilícito; lo contrario sucede en el segundo, que es nulo porque la resolución es incentivo al mal.<sup>406</sup>

En el testamento, negocio mortis causa, las condiciones ilícitas se tienen por no puestas y por pura y simple la institución, excepto si la condición ha sido la causa impulsiva y determinante de la liberalidad, caso en el cual es nulo todo el negocio (art. 615 C.C.); ello se justifica en el principio de conservación del negocio, porque el testador, ya muerto, no hubiera podido cambiar su disposición.<sup>407</sup>

2. *Condiciones imposibles*

La condición es imposible cuando no puede verificarse por obstáculos materiales, físicos, naturales, porque tienden a la verificación de un hecho irrealizable (si es positiva) o evitar un hecho necesario (si es negativa<sup>408</sup>), todo ello de acuerdo con las leyes naturales y el estado de los medios materiales al momento del negocio.

La condición imposible anula la obligación entera, pero es válida y válido el negocio si la condición es de no hacer una cosa imposible, tratándose de suspensiva, o de hacer una cosa imposible, si es resolutoria (arts. 678 y 680 C.C.). Al igual que la condición ilícita, se tiene por no puesta en el testamento salvo si ha sido la causa impulsiva y determinante del negocio caso en el cual es nula toda la disposición (art. 615 C.C.).

405. V. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 468.

406. V. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 469. En el Derecho Romano Clásico la condición imposible se tuvo por no escrita, y no viciaba la institución. Digesto, ULPIANO, Lib. XXVIII, tit. VII. Ley la JULIANO Lib. XXX, tit. I, Ley 104, s. 1. No así en el Derecho Justiniano: Institutas de JUSTINIANO. Libro III, tit. XX s. XL. V. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, Nos. 812, 836 y 1802.

407. COVIELLO considera injustificable tal excepción, por la indivisibilidad de la declaración de voluntad, y sugiere su aplicación restringida. Op. cit., supra ota 215, pág. 466.

408. Las condiciones jurídicamente imposibles se remiten al criterio de ilicitud.

### 3. Condiciones perplejas

Es necesario que la condición tenga una conexión lógica y jurídica con el entero negocio. Las condiciones perplejas, que hacen inteligible y contradictoria consigo misma la declaración de voluntad, quitan toda validez al negocio. Por ejemplo: Instituyo heredero universal a Ticio, si instituto como mi heredero a Cayo.<sup>409</sup>

#### d- *Negocios condicionables*

Con base en el principio de autonomía de la voluntad, la condición puede ponerse en la mayor parte de los negocios jurídicos, salvo algunas excepciones.

En algunos negocios de derecho patrimonial, la ley excluye tal posibilidad. Así por ejemplo la aceptación y repudiación de la herencia (art. 527 C.C.). Los negocios del derecho de familia son incompatibles con toda condición. No puede condicionarse el matrimonio (art. 12, C.Fam.) por ejemplo, ni el divorcio, la adopción, etc.

Si se llegase a estipular una condición, se tiene por no puesta y el negocio es válido.

#### e- *Efectos de la condición*

##### 1. Pendencia de la condición

La condición es pendiente desde el momento en que se da vida al negocio, hasta que se cumple el evento o se tiene la certeza de que no llegará a verificarse.<sup>410</sup>

Si la condición es suspensiva, el negocio no produce ningún efecto. Entre tanto las personas tienen una simple expectativa a las posiciones jurídicas que deben derivar del negocio, si este llega a ser eficaz. No adquieren ningún derecho ni obligación, sino sólo una expectativa a tenerlos, que se convertirá en una situación jurídica consolidada si se verifica la condición.<sup>411</sup> Mientras tanto, es objeto de protección por el ordenamiento. No es exacto afirmar que sólo hay una esperanza de derecho; el derecho condicionado existe aunque no despliegue su eficacia, y su titular puede ejercer medidas de conservación para defenderlo (art. 683 C.C.) disponer de su expectativa. El negocio existe y es válido, y por tanto, vincula al deudor. La condición suspensiva se coloca entre el momento de la relevancia y el de la eficacia. Cuando se produce el núcleo central de una especie fáctica: se provoca la intervención de la correlativa norma jurídica, en dos momentos lógicamente distintos: en el primero se reconoce al hecho la posibilidad de producir consecuencias jurídicas, es decir, se le atribuye eficacia potencial, en el segundo se actualizan las consecuencias dispuestas. Si existe una condición, estos dos momentos se presentan históricamente destacados y distantes. Mientras está pendiente, se da la relevancia jurídica, que revela una apti-

409. V. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 469. Semejante disposición existió en el derecho romano: "Non dubitamos quin turpes condiciones remittendae sint". (No dudamos de que las condiciones torpes deben ser remitidas). Marcelo, Digesto Lib. XXXV, tit. I, Ley 20. "La condición perpleja anula la institución". Digesto, Lib. XXVIII, tit. VII, Ley 16. CABANELLAS, op.cit., supra nota 279, Nos. 877, 816.

410. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 104.

411. Expectativa es "la posición históricamente individualizada del sujeto en cuanto punto concreto de referencia de los futuros efectos de la especie jurídica, ya perfeccionada en los elementos constitutivos... constituye una relación jurídica actual, instaurada por la norma con carácter preliminar, en función de las consecuencias jurídicas suspendidas...". FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 23-30. Al igual que en el derecho moderno, entre los romanos, "antes del cumplimiento de la condición la persona tenía una expectativa jurídicamente protegida del derecho condicionado, activa y pasivamente transmisible a los herederos. JORS KUNKEL, op. cit., supra nota 113, pág. 123.

tud de la situación de hecho para desplegar los efectos (perfil objetivo) y una investidura de un sujeto en la posición de potencial destinatario de tales efectos.<sup>412</sup>

Si la condición es resolutoria, el negocio produce plenamente sus efectos. El adquirente puede ejercitar su derecho pero el enajenante puede cumplir actos conservativos (art. 683 C.C.) ambos están obligados a observar una conducta de buena fe para conservar íntegras las razones de la otra parte. El adquirente está sujeto a que la eficacia del negocio cese por completo cuando la condición se realiza y él sufre la pérdida de la cosa si ésta se produce estando aquella pendiente (art. 689 C.C.).

La condición resolutoria funciona entonces en relación con el permanecer o no de la situación efectual.

## 2. Cumplimiento de la condición. Retroactividad

La incertidumbre cesa cuando la condición se cumple. Si era suspensiva, a partir de ese momento se producen los efectos del negocio. Se considera cumplida cuando se verifica el evento que la forma; entonces el sistema de los intereses internos se traduce en realidad jurídica, y la situación de neutra se convierte en favorable.

Si la condición era resolutoria se da la incidencia de los intereses externos sobre los internos, después de que estos han encontrado actuación en consecuencias jurídicas ya producidas.

Los efectos hasta entonces producidos cesan por completo. En general los ordenamientos se inclinan por dar a la producción o cesación de los efectos un alcance retroactivo. Ello significa que desaparece la incertidumbre, y la posición jurídica y económica del que tenía el derecho incierto es igual a la que hubiese tenido de no existir incertidumbre, es decir, el resultado del negocio es idéntico al que hubiera existido de ser el negocio puro y simple, salvo respecto a los frutos y actos de administración (arts. 685, 690 y 691 C.C.). Consecuencia de la retroactividad de la condición suspensiva es que el negocio se reputa cumplido desde el principio pura y simplemente: son válidos todos los actos, aún de disposición, ejecutados por el adquirente, e ineficaces los del enajenante. Si la condición era resolutoria, el negocio se tiene como no hecho, y quedan sin eficacia los actos del adquirente, persistiendo los del enajenante.<sup>413</sup>

## 3. Ficción de verificación

El artículo 682 C.C. dispone implícitamente el deber de los obligados de no impedir el verificarse de la condición. Establece que se tiene por cumplida si el deudor impide su cumplimiento.<sup>414</sup> Ello se fundamenta en la necesidad de hacer respetar la intención manifestada por las partes garantizando que pueda llegar a actuarse la regulación de intereses internos, que sólo el interferir de determinados intereses externos contrarios habría debido paralizar.<sup>415</sup>

V. También art. 620 C.C.

## 4. Falta de la condición

El estado de incertidumbre cesa también cuando el evento no llega a realizarse, pero se presenta el problema de la determinación del tiempo. Se considera que falta la condición cuando se

412. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 28.

413. V. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, págs. 474-475.

414. Así lo establecía ya el Digesto, JULIANO, Lib. XXXV tit. I, Ley 24. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279. Nº. 878.

415. V. FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 206-207.

tiene la certeza, y no sólo la duda, de que no podrá realizarse.<sup>416</sup> Si la condición era suspensiva se tiene como perpetuamente pendiente, y el negocio no surte ningún efecto. Si era resolutoria, las situaciones jurídicas se consolidan definitivamente, como si el negocio hubiese sido puro y simple.

Si la condición era suspensiva, y el evento no se verifica, el mecanismo de la condición opera excluyendo en forma definitiva el producirse de las consecuencias jurídicas del negocio, y este deviene absolutamente inútil.<sup>417</sup> Persisten los actos de disposición realizados por el enajenante y se tienen pero no realizados los del adquirente.

Si la condición era resolutoria, persisten los actos dispositivos del adquirente y caen los del enajenante.

### 3. El término o plazo<sup>418</sup>

#### a- Concepto

El término es un evento futuro pero cierto a partir del cual deben producirse o cesar los efectos del negocio. Su introducción corresponde a una finalidad práctica: limitar o diferir en el tiempo la eficacia del contrato. El término indica el momento temporal futuro pero cierto en que finalizan o se inician los efectos del negocio.

Según la doctrina predominante, el término puede considerarse como un elemento accidental del negocio, que se resuelve en una cláusula a través de la cual las partes ponen un límite a la eficacia, y que es compatible con la función típica del negocio. El término es aquella parte de la regulación negocial que opera la colocación de los intereses en el tiempo; en tanto que no es posible una regulación de intereses sin una dimensión temporal, se ha visto en el término un elemento esencial, necesario e indefectible del negocio.<sup>419</sup> En realidad los intereses humanos se desenvuelven y tienen significado respecto a un tiempo determinado: los comportamientos son fenómenos temporales, y el tiempo es por ello esencial a ellos, pero el término hace referencia a la posibilidad de que la dimensión temporal de intereses puede ser libremente operada por las partes. En ese sentido el término se configura como elemento voluntario, frente a los casos en los cuales es la ley la que señala cuándo deben verificarse los efectos del negocio, o las obligaciones de él surgidas.

El término difiere de la condición en que no existe un estado de incertidumbre sobre los efectos del negocio, pues se sabe que debe necesariamente llegar.

#### b- Clases

##### 1. Término inicial y final

Un término puede ser puesto al negocio a fin de diferir sus efectos; en tal caso es inicial (*dies a quo*), a su vencimiento el negocio iniciará la producción de sus efectos. Puede ser puesto también a fin de hacer cesar sus efectos: es el término final (*dies ad quem*)

416. Cas. 94, 15:30 hrs. 26 de noviembre de 1957, sem. II, tomo II, pág. 753.

417. Sobre la inutilidad del negocio V. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 177.

418. También los romanos conocieron el término, cuya aposición hacía que los efectos del negocio fueran puestos en relación a un "dies", tal que se produjeran desde o hasta un día determinado. El término no podía preceder a algunos negocios, como la herencia, y, a la par de la condición, a los *actus legitimi*. Se hablaba de disposiciones *ex die* (término inicial) e *in diem* (término final) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 105.

419. RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 83.

## 2. Término de eficacia y de cumplimiento

El término puede desempeñar dos funciones: puede influir en la eficacia del negocio, entendida como producción de los efectos, o bien puede referirse únicamente, limitándose en el tiempo, al ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones ya producidas como efectos del negocio. En este último caso no es posible hablar de negocio a término, ya que no es el negocio lo que pende del término sino sólo su ejecución.<sup>420</sup> Por ello algunos autores entienden que ese tipo de término no es una modalidad del negocio sino de su cumplimiento. En esta situación, el término se refiere a uno solo de los efectos negociales, señalando el momento en que la obligación debe ser exigida; es propio por tanto de los negocios obligatorios. Está establecido normalmente en beneficio del deudor, y como tal se presume pero puede estarlo en interés del deudor, o de ambos. En razón de aquella presunción, el acreedor no puede exigir la prestación antes de la caída del término, excepto si el deudor ha llegado a ser insolvente, o ha disminuido por hecho propio las garantías que había prometido.<sup>421</sup>

Ambas figuras de término, no obstante su diverso modo de operar, constituyen determinaciones relativas a la colocación de los intereses negociales en el tiempo, y pueden reducirse a un común denominador en tanto que indican el momento en el cual deben tener lugar la satisfacción del interés programado.<sup>422</sup>

## 3. Término esencial y accidental

A veces se distingue entre término esencial y accidental para indicar que hay negocios que han de someterse necesariamente a algún término (por ejemplo el comodato o el depósito). Pero con más frecuencia se denomina término esencial, con referencia al momento de ejecución de las obligaciones, a aquel que las partes fijan para el cumplimiento de la prestación, con exclusión de cualquier otro, por ser el único momento en que sus intereses puedan ser satisfechos. (Por ejemplo A contrata una orquesta para que amenice su fiesta del 31 de diciembre).

## 4. Clases de términos según su designación

El término puede designarse con la mención de un día, por ejemplo el 25 de enero de 1983, es el *dies certus an et quando*; también por la fijación de un evento que se producirá necesariamente, aunque se ignore cuándo, por ejemplo el día de la muerte de X; es el *dies certus an et incertus quando*. El tercer tipo de término que se suele señalar, el "*dies incertus an et certus quando*" (por ejemplo cuando llegues a los 80 años de edad), funciona generalmente como condición.

### c- Efectos

Durante la pendency del término, si es inicial, el negocio no produce ningún efecto; si es final, el negocio despliega toda su eficacia. En el momento en el cual se producen todos los elementos constitutivos de la especie fáctica negocial, se determina en los sujetos una situación jurídica que es diversa de la situación definitiva a producirse cuando venza el término, por eso el contenido de esta última es realizado en aquel momento sólo potencialmente.<sup>423</sup>

420. ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 144.

421. V. TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, p. 218 "Disposiciones similares existieron ya entre los romanos. Así ULPIANO, Libro XVI, tít. II, Ley 7. "Lo deido a término no se compensará antes de que venza" CELSO, Ley 186. Reglas de Derecho. V. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279. n° 554, 1689

422. RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 45.

423. FALZEA, p. cit., supra nota 22, pág. 32.

Tratándose de término de cumplimiento, mientras no venza, el cumplimiento de la obligación ya constituida no puede ser exigido por el acreedor, ni el deudor está obligado a efectuar la prestación. Si el término es final, las obligaciones deben cumplirse hasta que se dé el transcurso del plazo. Al vencimiento del término, si es inicial, el negocio despliega sus efectos, y si es final, no produce desde ese momento más efectos.

Si el término se refiere al cumplimiento, cuando vence la obligación se hace exigible, y a partir de ese momento puede reclamar el acreedor la prestación. Mientras tanto, es posible que el deudor, renunciando al plazo, haya llevado a cabo el cumplimiento. Cuando se dan determinadas circunstancias que dan a entender que el deudor puede intentar frustrar, o que menoscaba de hecho los intereses del acreedor, el ordenamiento dispone, valorando ciertos hechos, el vencimiento anticipado del término (art. 777 C.C.), llamado técnicamente "decadencia o caducidad del beneficio del término". (V. Revista Judicial 32, nota 1882).

En todo caso, el vencimiento del término produce efectos *ex nunc*, no *ex tunc* como la condición; por lo tanto, en el término final, los efectos antes producidos quedan paralizados. No se da la retroactividad.<sup>424</sup>

#### 4. El modo o carga

El modo es una declaración de voluntad accesoria por la cual se impone el adquirente la obligación de realizar una prestación.<sup>425</sup>

Es una disposición que puede añadirse sólo a los negocios a título gratuito; al menos así ha funcionado en la experiencia jurídica, y se suele entender como medida o límite de las liberalidades.

Como determinación accesoria que introduce el disponente difiere de la contraprestación propia de los negocios a título oneroso; el modo no es un correlativo sino más bien un límite de la atribución, una limitación de la liberalidad. Por ello se ha sostenido que no cabe en los negocios onerosos, sino sólo en los de liberalidad, sean *intervivos* o *mortis causa*.<sup>426</sup>

El modo se distingue de los simples consejos o recomendaciones por cuanto impone un deber, cuyo incumplimiento puede sancionarse coactivamente. En él, además de quererse los efectos propios del negocio, quiere uno de los sujetos que se imponga al otro una carga, consistente normalmente en señalar un uso o destino determinado a la cosa objeto del negocio. Se persigue alcanzar no sólo de los efectos típicos, sino otros no previstos en el tipo negocial puro. Se perfilan en el negocio modal una voluntad principal y una accesoria: la modal que se rige por las reglas propias de las obligaciones.

Desde el punto de vista de los sujetos cabe distinguir entre el gravado por el modo, o deudor de la carga, y el acreedor de ésta que es el donante, o en su caso, el beneficiario. La carga puede imponerse en utilidad del propio donante de un tercero, o del mismo donatario, e incluso desligada de un beneficiario concreto, o con carácter espiritual. Mientras la condición y el término suspenden o hacen cesar los efectos del negocio cuando se cumplen, cuando se introduce un modo se quieren los efectos propios más el nuevo efecto de la carga. A diferencia de aquellas disposiciones, el modo no suspende los efectos del negocio, y es fuente de deberes.

La índole jurídica del modo se ha discutido largamente en doctrina. Se ha equiparado a la condición resolutoria potestativa, o a la suspensiva negativa, a una condición resolutoria tácita, como la de los contratos bilaterales (pero esta es un efecto dado por la ley y no un elemento que-

424. FRANCESCHELLI, *op.cit.*, supra nota 15, pág. 106.

425. ESPIN, *op. cit.*, supra nota 23, pág. 409.

426. V. TRIMARCHI, *op. cit.*, supra nota 215, pág. 219. ESPIN, *op. cit.*, supra nota 23, pág. 409. RESCIGNO, *op. cit.*, supra nota 23, pág. 307. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, supra nota 15, pág. 106.

rido por el autor del negocio) a un fideicomiso parcial, a la causa, la presuposición, etc.<sup>427</sup> Pero en realidad el modo tiene una naturaleza jurídica propia; es una declaración accesoria de voluntad, que introduce nuevos efectos en el negocio, y que debe realizarse para que se mantengan los efectos típicos.<sup>428</sup>

El sujeto adquiere los derechos derivados del negocio, según las reglas de éste e independientemente del cumplimiento de la carga, es decir, el negocio produce sus efectos en cuanto es perfecto; el modo no impide la eficacia, pero constriñe al cumplimiento del deber en que consiste.

El beneficiado debe efectuar la prestación en los límites de la atribución, y corresponde a cualquier interesado el poder de actuar para el cumplimiento de la carga. En caso de incumplimiento, cabe exigir la devolución de lo percibido, con sus frutos e intereses, es decir, se produce la resolución del negocio, cuyos efectos alcanzan a los actos de disposición llevados a cabo por el beneficiado incumpliente, salvándose los derechos de terceros.

Cuando el incumplimiento de la carga no es culpable, el obligado debe cumplir el gravamen en otros términos, los más análogos a la voluntad del beneficiario.<sup>429</sup>

En caso del incumplimiento debe atenderse siempre en primer lugar a lo que al respecto hubiese dispuesto el donante o testador.

En el negocio modal los efectos se producen de inmediato, pero si no se cumple la carga, puede producirse la devolución de lo adquirido. Entonces sí aparece el modo influyendo como requisito de eficacia, porque debe realizarse para que esta se mantenga.

La doctrina es conforme en admitir que el modo imposible o ilícito debe tenerse por no puesto,<sup>430</sup> aunque algunos opinan que deben aplicarse por analogía las reglas de la condición.

## BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, Manuel: *Compendio de Derecho Civil*. Librería Bosch, Barcelona, 1970.

ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel: *Curso de Derecho Civil*. Ed. Nascimento. Santiago, Chile, 3ª edición, 1961. Tomo I, Volumen I, Parte General.

ALTERINI, Atilio Anibel, y otros: *Curso de Obligaciones*. Vol. I. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1975.

ALVAREZ, Teodoberto: *Derecho Civil*. Teoría de los actos jurídicos. Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1949.

BETTI, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, Segunda edición.

BONFANTE, Pedro: *Instituciones de Derecho Romano*. Instituto Editorial Reus Madrid. Traducción de la 9ª ed. italiana por Bacci y Larrosa.

BRANCA, Giuseppe: *Istituzione di Diritto Privato*. 5ª. Edizione. Zanichelli, Bologna, 1973.

427. V. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, págs. 486 y ss.

428. GULLON, op. cit., supra nota 137, pág. 168.

429. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 411.

430. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 190. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 150.