

“LA TEORIA DEL NEGOCIO JURIDICO FRENTE A LA LEGISLACION CIVIL COSTARRICENSE”*

Dr. Gastón Certad M.

La teoría del negocio jurídico es, sin lugar a dudas, la más importante creación del Derecho Privado en estos últimos siglos. Elaborada al máximo por las más brillantes mentalidades jurídicas modernas y contemporáneas, ha contribuido a esclarecer una serie de instituciones que con anterioridad se hallaban sumidas en la más lúgubre penumbra, tanto en relación a su aspecto meramente dogmático, cuanto desde el punto de vista conceptual y de su naturaleza jurídica.

Luego de una breve reseña del tortuoso camino de “*la voluntad*” en el devenir histórico, pasando por la teoría del contrato hasta culminar con la del negocio jurídico, no sin olvidar mencionar el importantísimo papel de la autonomía privada dentro del marco de la relación negocial, me propongo examinar, a la luz de las más recientes enseñanzas sobre “*el negocio*”, nuestro ordenamiento jurídico privado, más concretamente, el Código Civil que aún nos rige, a fin de hacer reflexionar a tan paciente concurrencia sobre la necesidad imperiosa de reformarlo.

Aprovecharé la oportunidad para señalar dónde están los yerros, dónde las lagunas, dónde las incoherencias y contradicciones de nuestra ley conforme a los dictados de la mejor doctrina. Trataré, siempre dentro de los escasos minutos de que dispongo, de citar y comentar algunas sentencias de nuestros Tribunales y de examinar si éstos han cumplido con lo que debe ser su propósito y tarea ineludibles: vivificar y agilizar el Derecho estático contenido en las normas con mentalidad progresista o, en otras palabras, colocar a la legislación vigente, mediante una sana y recta interpretación, al nivel socio-económico alcanzado por un pueblo en un determinado momento histórico.

Todos sabemos que, en un primer período, el Derecho no se ocupó de los pactos y de su incumplimiento: la función del ordenamiento era únicamente la de mantener la paz social previniendo y regulando las guerras privadas. Sólo cuando un sujeto había producido un daño a la propiedad de otro, intervenía la justicia a fin de componer la litis y sancionar la ilicitud. Sobre esta obligación de restaurar el derecho violado se introducía a veces un “*pacto*” o “*acuerdo*” dirigido a realizar una composición amigable de la litis. La relevancia jurídica de este “*pacto*” se fundaba en la existencia de una obligación “*delictuosa*”: no expresaba una “*fuerza*” propia de la voluntad. La promesa y el acuerdo tenían un valor exclusivamente moral y religioso.

El primer contrato jurídicamente relevante de que se tiene conocimiento fue configurado como una “*transacción real*”, es decir, sobre la base de una “*datio*” o entrega material bilateral (permuta).

Por mucho tiempo la eficacia de los acuerdos o de las promesas “*puras*” permaneció fundada sobre la fe religiosa o sobre la disciplina interna de los grupos parentales. El incumplimiento determinaba una sanción religiosa de parte de los dioses que habían sido llamados como testigos del acuerdo alcanzado. Así sucede también en el Derecho Romano, en su fase primitiva (*nexum, stipulatio*) (1).

Cuando prevalece la normativa jurídica sobre la religiosa, la promesa se convierte en un “*negocio jurídico formal*”. Los hombres comprendieron que no podían tener suficientes garantías para el mantenimiento de un acuerdo atendiendo únicamente al sentimiento religioso o a la rectitud moral de mantener la palabra empeñada.

La creciente presión del interés en la seguridad del tráfico mercantil, acompañada del desarrollo económico y la expansión del mercado, fue añadiendo nuevas categorías de contratos innominados, tanto a los formales como a los reales-consensuales ya existentes. El formalismo fue poco a poco reduciéndose.

En la Edad Media la evolución hacia formas más ágiles y hacia una más sensible presencia de la voluntad se detiene gracias a la influencia de los derechos bárbaros. La responsabilidad de la parte que incumple no se

* (Conferencia impartida por el Dr. Gastón Certad M., Profesor de la Cátedra de Principios de Derecho Privado, en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica el 10. de marzo de 1976, para la inauguración del Año Académico 1976).

(1) ARIAS RAMOS, J. “Derecho Romano”, II, 9a. edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, págs. 598-603.

funda ya en la violación del empeño asumido sino que se recurre a la idea de ilicitud extra-contractual, a la idea de engaño, a la idea de fraude.

La voluntad como fuente de efectos jurídicos fue asumida o absorbida por el ritual místico que acompañaba a la promesa, o bien se identificaba con el hecho material de la entrega efectiva de un bien: el sujeto debía efectuar la contraprestación sólo porque había mediado a su vez una prestación en su favor y no ya por efecto de un acuerdo o de una declaración de voluntad. No jugando la voluntad ningún papel específico, su falta, sus vicios y los motivos que la habían determinado, carecían de relevancia.

Las primeras afirmaciones del principio de la eficacia jurídica del consentimiento podemos encontrarlas alrededor del siglo XVI, cuando la difusión del comercio y las transformaciones sociales en juego exigían una modificación de las estructuras jurídicas.

Este proceso llegó a feliz término en el plano conceptual gracias a la Escuela del Derecho Natural y a aquellas corrientes de pensamiento que precedieron y acompañaron a la Revolución Francesa.

Se debe a la aguda mente de Hugo Grocio la primera reelaboración seria y meditada de las distintas teorías sobre la eficacia del contrato; fue él quien, en último término, elaboró el principio de que el intento de obligarse constituye elemento esencial para que se produzcan los efectos jurídicos pero, añadía, "*se hace necesario distinguir entre derecho natural y derecho positivo*".

La distinción entre derecho natural y derecho positivo desaparece más tarde en los Autores sucesivos, en particular con Domat y Pothier. Al primero se debe la enunciación del principio de que en el contrato "*l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre*"; al segundo, la definición de convenio como "*le consentement de deux ou plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement...*"; principios y fórmulas éstas enteramente transcritas en el Code Napoleón (art. 1134).

Como bien ha sostenido el insigne jurista italiano Gorla respecto a este proceso evolutivo, "*la lucha por la libertad contractual ha sido siempre conducida por los acreedores o candidatos a acreedores, quienes sabían valerse de su posición activa o crediticia, y no por los deudores o candidatos a deudores, quienes no podían valerse de esa posición y quienes, por el contrario, han siempre luchado por limitar aquella libertad contractual*" (2).

La exaltación de la función de la voluntad por obra de los iusnaturalistas, tendía a resaltar el paso de una estructura social en la cual los derechos y las obligaciones se derivaban del "*status*" de la persona en la familia, en la corporación, en la sociedad, etc., hacia una organización económico-política fundada en la igualdad de todos los individuos y en la libre voluntad del hombre. El proceso de distribución de los bienes estaba confiado al poder privado (3).

Sobre estos filones problemáticos se introduce el inmenso debate que apasionó y dividió a los más ilustres exponentes de las distintas escuelas jurídicas del siglo XIX, particularmente a la pandectística alemana: me refiero al llamado dogma de la voluntad y a la teoría de la declaración.

Acentuando el aspecto de la creación del vínculo, los voluntaristas encontraron en el negocio la expresión de un verdadero y propio poder normativo. En la orientación opuesta, la actividad del sujeto fue degradada a mero presupuesto para la producción de efectos jurídicos, a una "*fattispecie*" que el ordenamiento tiene en consideración para otorgarle determinadas consecuencias jurídicas.

Ambas perspectivas expresan una diversa concepción del hombre y de la organización social: en la primera se ha subrayado en el fenómeno negocial el aspecto voluntarista y consecuentemente se ha definido el negocio esencialmente como manifestación de voluntad, o, en una versión más moderna, como fuente de normas para los contratantes.

En la segunda perspectiva se ha acentuado, por el contrario, el aspecto objetivo de un acto que se introduce en el contexto social, es decir, la declaración, que tiene como contenido una regulación asumida por la ley en relación a los efectos jurídicos. Pero esta concepción objetivista no es otra cosa que una radical inversión de perspectiva respecto a las tesis del voluntarismo; trátase, en pocas palabras, de teorías diametralmente opuestas.

(2) GORLA, Gino. "El contratto. Problemi fondamentali trattati con el metodo comparativo e casistico", I, Giuffrè, Milano, 1955, pág. 12.

(3) Para que se pueda hablar de competencia privada en la distribución de los bienes es suficiente que el Estado no intervenga en el intercambio, ni para fijar las condiciones, ni para determinar los sujetos: es suficiente que el sistema económico-político reconozca a los individuos el poder de poseer y de disponer de los bienes y servicios, sea enajenando los mismos bienes, sea obligándose a prestar la actividad por cuenta de otros.

Por ello es inevitable que, bajo el empuje de las transformaciones sociales y de las consiguientes exigencias prácticas, se vengán con el tiempo formulando teorías intermedias o eclécticas, tales como la del Prof. Cariota Ferrara quien, intentando realizar un compromiso entre tutela del declarante y tutela del destinatario, propone la adopción de los criterios de la responsabilidad (autorresponsabilidad) y de la confianza sin culpa (4).

¿Pero dónde y cómo nace la teoría del negocio jurídico? Los brillantes juristas alemanes del siglo XIX, integrantes de la famosa Escuela Pandectista, estudiando y adentrándose en la teoría del contrato, se percataron de que todos y cada uno de sus elementos, requisitos y características —salvo claro está la bilateralidad o pluriteralidad— se presentaban en algunos actos unilaterales tales como el testamento, la remisión, la aceptación de la herencia, la donación (para algunos), etc. De ahí que, dentro del esquema del negocio jurídico, colocaron todos aquellos actos bilaterales o no consistentes en una manifestación de voluntad encaminada a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico.

Paralelamente se reafirmó el concepto de autonomía privada como alma del negocio jurídico, autonomía que encuentra en el negocio su máxima expresión. Con este término se designa aquel específico modo de inclusión del sujeto en el sistema normativo. Autonomía privada quiere decir, haciendo eco de las palabras del prof. Barcellona, "que al sujeto privado le corresponde no sólo el poder de crear las condiciones de hecho necesarias para la producción del efecto, sino, sobre todo, el poder de establecer condiciones ulteriores respecto a aquellas abstractamente predispuestas, de incidir sobre el modo de producción y sobre el contenido de los efectos mismos" (5). El problema de la autonomía privada coincide entonces con el de las relaciones entre sujeto privado y ordenamiento jurídico, entre función de la ley y función de la práctica.

Así como hemos visto que el hombre a partir del siglo XVI hasta mediados del siglo pasado luchó por obtener una completa libertad contractual, este proceso en el transcurso del siglo XX se ha invertido. Con ello pretendo decir que la autonomía privada no es, ni nunca fue, ilimitada; que tiene, además de su límite natural (mi autonomía llega hasta donde empieza la de los demás) otros límites que poco a poco el legislador ha ido introduciendo. Amén de los límites que se derivan del respeto a las normas ordenativas atinentes al negocio jurídico mismo y la obligación que grava sobre cada uno de nosotros de realizar un interés que se encuentre entre aquellos admitidos por la conciencia social y, por lo tanto, considerados merecedores de tutela jurídica, y no cualesquiera que nos venga en gana, día a día el Estado intervencionista del siglo XX, da respuesta lógica a un necesario y sensible cambio en las estructuras sociales, promulga leyes y decretos tendientes a la estabilización de precios y toda otra clase de medidas que lejos de permitir un libre accionar de la autonomía privada, están dirigidas a coartar la libertad contractual como, en nuestro país, la discutida y atormentada "Ley de protección al consumidor", promulgada a mediados del año pasado (6). Vemos cómo entonces en este siglo la tendencia es limitar la inserción del sujeto en el sistema normativo en favor de la comunidad y del bien social.

El negocio jurídico, en cuanto constituye uno de los medios para la autorregulación de los propios intereses, en cuanto es el vehículo de actuación del dominio de la voluntad en la esfera jurídica propia del individuo, es el instrumento más calificado de la autonomía privada, y así lo ha expresado también nuestra Sala de Casación:

"La autonomía de la voluntad que rige en la contratación civil permite, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, que las partes puedan introducir, en una forma temporal o definitiva, variaciones o modificaciones a un contrato" (7).

De inmediato surge en nuestras mentes frente a tales afirmaciones la siguiente cuestión: ¿Cuál es la causa de los efectos jurídicos? ¿Es la voluntad del particular o el ordenamiento jurídico? Según algunos, el ordenamiento jurídico es la sola y verdadera causa de los efectos jurídicos; de esta manera, la voluntad negocial confina con la zona del hecho, teniendo la simple función de determinar o condicionar la norma (8).

(4) CARIOTA FERRARA, Luigi. "El Negocio Jurídico", Ed. Aguilar, Madrid, 1956, págs. 52 y sgtes.

(5) BARCELLONA, Pietro. "Gli Istituti Fondamentali del Diritto Privato. Dispense introduttive ad uso degli studenti", 2a. Ed., Jovene, Napoli, 1971, pág. 197.

(6) Como ejemplos de límites a la autonomía privada en nuestro Código Civil podemos citar los artículos 410, 520, 595, 1068, 1205, etc.

(7) Sentencia No. 95 de las 15:30 hrs. del 31 de agosto de 1961, B. S. vs. R. R., II Sem., Tomo I, 1961, págs. 296 y sgtes.

(8) PUGLIATTI, Salvatore. "Nuovi aspetti del problema de la causa dei negozi giuridici", en Diritto Civile. Metodo.

Zitelmann, por el contrario, sostiene la tesis opuesta, dando valor causal (causa efficiens de los efectos jurídicos) a la voluntad del particular (9).

Tratándose de tesis extremas, me inclino a acoger, con el Prof. Cariota Ferrara, una solución conciliadora: es la ley la que dota de eficacia a la voluntad del hombre; es la ley la que "autoriza" a la voluntad privada haciendo posible que el negocio produzca por sí mismo los efectos jurídicos al dotarlo de eficacia; es el libre accionar de los sujetos, en cuanto permitido por el ordenamiento, la causa misma de los efectos jurídicos (10). Tenemos entonces que, respecto a los negocios jurídicos, el ordenamiento permite producir, o si se quiere más aún, produce, efectos correspondientes a la voluntad del declarante o declarantes, cosa que no sucede respecto a los demás hechos y actos.

La voluntad, elemento esencial del negocio, debe, además, tener una dirección: ella tiende a la obtención de un resultado práctico y no como afirman algunos a la consecución de los efectos jurídicos (11) o de un efecto jurídico en general (12), porque, si nos detenemos a pensar sólo un momento, realizamos que el sujeto la mayoría de las veces no conoce ni prevé los efectos jurídicos que se ligan a su declaración de voluntad; es más, éstos se verifican incluso si no fueron jamás previstos.

Parecen compartir este criterio los Magistrados de nuestra Sala Primera Civil cuando afirman:

"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 de interés en el objeto que las preocupa, quedan contractual y mutuamente obligados" (13).

Conforme a estos postulados, el negocio jurídico debe conceptuarse como toda manifestación de voluntad encaminada a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta la responsabilidad o autorresponsabilidad de el o de los sujetos que en él intervengan y la no culposa confianza de los demás.

Distinguimos así en todo negocio los siguientes elementos esenciales: voluntad y manifestación, capacidad, causa y objeto; mientras que para algunos negocios son también esenciales la forma y la legitimación.

Los dos primeros se combinan en una unidad llamada "*manifestación de voluntad*". La manifestación es la exteriorización de la voluntad, del querer interno del individuo. Gracias a ella se hace reconocible nuestra voluntad para los demás.

Por otra parte, todo sujeto que realiza un negocio debe estar revestido de aquel específico tipo de capacidad que es la capacidad de actuar, esto es la posibilidad que el sujeto tiene, presentes ciertos presupuestos, de adquirir derechos y contraer obligaciones o, si se quiere, haciendo eco de las palabras del Prof. Falzea, "*la posibilidad que el Derecho reconoce al sujeto, que se encuentra en los presupuestos de hecho previstos para su reconocimiento, de revelar y hacer valer intereses propios en el mundo del Derecho, determinando con su propio comportamiento la aplicación de las normas y el nacimiento de los efectos por ellas predisuestos*" (14).

La causa, para quienes creemos en su necesaria existencia, es la función práctico-social del negocio, mientras que el objeto es la materia, o los bienes, o las utilidades, o la prestación, o las relaciones que caen bajo la voluntad de las partes (15).

La forma es aquel especial modo de ser de la manifestación que opera como elemento esencial (ad substantiam) en todos los negocios solemnes.

Por su parte, la legitimación es, según el insigne jurista italiano Francesco Carnelutti, aquella "*especifica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes e intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser*

Teoria. Pratica., Giuffrè, Milano, 1950, págs. 81 y sgtes.

(9) ZITELMANN, "Irrtum und Rechtsgeschäft", Leipzig, 1897, págs. 115 y sgtes.

(10) CARIOTA FERRARA Lulgi, op. cit., págs. 45-46.

(11) BETTI, Emilio. "Teoria generale del negocio giuridico", Utet, Torino, 1960, págs. 60-61, nota 1.

(12) MESSINEO, Francesco. "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", I, Giuffrè, Milano, 1957, No. 34, pág. 364.

(13) Sentencia No. 219 de las 9:00 hrs. del 27 de agosto de 1973, A. P. M. vs. P. U. de C. S. A., en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, No. 215, pág. 47, No. 1042.

(14) FALZEA, Angelo. "Capacità". Voci di teoria Generale del Diritto, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 106.

(15) Nuestro Código Civil, artículo 627 inciso 2o. define el objeto como la "cosa cierta y posible que sirve de materia a la obligación", definición que no me satisface pues yo propugno un concepto más amplio de objeto que abarque el objeto cosa y el objeto prestación. De ahí que lo considere como elemento esencial, necesario e imprescindible en todo negocio.

operante respecto a éstos, es decir, en otros términos, una particular relación del sujeto con el objeto del negocio" (16).

El Código Civil que, muy a pesar de nosotros los privatistas, aún nos rige, data de 1886. De marcado corte liberal, inspirado en última instancia en el "*Code Napoléon*", no ha establecido una disciplina general del negocio jurídico en cuanto figura que absorba en sí las figuras singulares. En él se han regulado, por un lado, los contratos (negocios bi o plurilaterales por excelencia), con una parte general, por cierto, bastante deficiente, y, por el otro, diseminados en todo su contexto sin ninguna sistemática, los singulares negocios unilaterales como el testamento, la remisión, la aceptación y la renuncia de la herencia, etc.

Ante la carencia en nuestra legislación civil de esta columna vertebral del Derecho Privado que es la teoría del negocio jurídico, poco o casi nada han hecho nuestros Tribunales. Después de buscar y rebuscar encontré dos aisladas sentencias de la Sala Primera Civil en donde tímidamente se habla de negocio jurídico (17).

Esta falta de sistematización de nuestra ley civil, acompañada de la conformista y conservadora posición de nuestros Jueces, ha producido un atraso muy sensible en todas nuestras instituciones jurídicas que inminentemente debe concluir. Las lagunas que presenta nuestra legislación privada son tan grandes e infranqueables que debiéramos más bien hablar de océanos.

Examinemos brevemente algunas de ellas y otros tantos sinsentidos y contradicciones.

Es una lástima que, habiéndose reformado recientemente (art. 2o. de la Ley No. 5476 de 7 de noviembre de 1973) los artículos 13 a 61 del Código Civil no se hubiere aprovechado la oportunidad para hacer las cosas bien, aboliendo una serie de defectos que contenía el articulado derogado. Para empezar no es clara la distinción —o mejor dicho, se confunden los términos— entre capacidad jurídica y capacidad de actuar: el artículo 18 párrafo 1o. alude, sin lugar a dudas, a la capacidad jurídica, pero en el párrafo 2o. agrega que "*respecto de las personas físicas, se modifica o limita por su estado civil, por su edad, o por su incapacidad física o legal, conforme a la ley. En las personas jurídicas, por la ley que las regula.*", sin parar mientes en que, como lo sostiene pacíficamente toda la doctrina contemporánea, la capacidad jurídica no se modifica ni limita. La que se modifica y limita es precisamente la capacidad de actuar de la que falta toda referencia, mención y concepto en nuestra ley de donde debemos inferir, necesariamente, que el comentado párrafo 2o. se refiere a ésta y no a aquélla. Se repite aquí, imperdonablemente, el error que contenía el derogado artículo 20 del Código Civil.

En lo atinente a la forma de la manifestación, y más concretamente a los llamados negocios solemnes, surgen serias dudas, ante la total carencia de regulación, para determinar lo que debe resultar en la "*forma*" querida por la ley. En tesis de principio debe considerarse que todo el contenido del negocio, tal y como él es en concreto, querido y formado por las partes, debe estar revestido de la forma exigida por la ley y, por consiguiente, debe resultar del acto.

Los problemas comienzan cuando nos encontramos con ciertos acuerdos, cláusulas o pactos que las partes, amén de los elementos esenciales, quieren para el tipo de negocio realizado y que suelen denominarse en doctrina "*acuerdos o pactos accesorios o agregados*". Se trata de acuerdos o pactos alcanzados por las partes dentro de un negocio solemne, como la donación, pero que, por cualquier motivo, no fueron incluidos en el contexto del negocio, sea que no fueron revestidos de la forma "*ad substantiam*" prescrita por la ley. En relación a los pactos convenidos antes de la transcripción del negocio en el documento público o privado, si las partes no los han incorporado, en la duda, debe considerarse que han desistido de los mismos. Se trata de la presunción de precisión y de totalidad de lo escrito. Puede ocurrir sin embargo, que existan casos de los que se deduce que, según la voluntad de las partes, incluso ese pacto informal debe valer junto al negocio formalmente realizado. ¿Estos pactos y aquellos contemporáneos y posteriores a la transcripción del negocio

- (16) CARNELÜTTI, Francesco. "*Sistema di Diritto Processuale Civile*", II, Cedam, Padova, 1938, No. 449 y sgtes.; IDEM. "*Legittimazione a comprare*", en Riv. di Dir. Comm., 1935, pág. 503 y sgtes. En el mismo sentido, SANTORO-PASSARELLI, Francesco. "*Dottrine Generali del Diritto Civile*", Jovene, Napoli, 1971, pág. 26. Para estos Autores la legitimación es la particular relación del sujeto con el objeto del negocio pues, en aquellos casos en que el negocio se prohíbe por su particular posición frente a otro u otros sujetos, no hablan de falta de legitimación sino de incapacidad jurídica relativa. Pero carecen de razón estos Tratadistas, pues la legitimación es aquella particular relación que existe o puede existir entre el sujeto y el objeto o entre dos sujetos. Así, entre otros, FALZEA, Angelo, op. cit., págs. 172-179; PUGLIATTI, Salvatore. "*Gli Istituti del Diritto Civile*", I, Giuffrè, Milano, 1943, pág. 132; PEREZ, Víctor. "*Existencia y Capacidad de las Personas*", U. de C. R., Fac. de Derecho, Inst. de Der. Priv., San José, 1974, págs. 136-138.
- (17) Sentencia No. 219 de las 9:00 hrs. del 27 de agosto de 1973, cit. y sent. No. 48 de las 9:05 hrs. del 31 de enero de 1975, L. V. G. vs. L. B. V., en Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia, No. 222, pág. 138, No. 65.

formal y no insertos en él, tienen valor? No resuelve este punto nuestro Código. Si concluimos que son absolutamente nulos los pactos no revestidos de la forma esencial, ¿su nulidad queda circunscrita únicamente a ellos o se comunica al entero negocio? (imaginémosnos por un momento el caso extremo de un sujeto que concluyó el negocio solemne gracias exclusivamente a la existencia de ese pacto agregado que resulta nulo por no revestir la forma legal, sea que el pacto agregado fue el determinante de su voluntad). Este problema tampoco tiene solución en el Código pues falta en él un artículo como el 1418 del Código Civil Italiano en donde se dice que la nulidad de una cláusula contractual se comunica al entero negocio si ella resultó determinante en la intención de las partes al contratar.

Siempre en relación a la forma, puede suceder en el mundo del negocio que el declarante, para determinar el contenido de la voluntad, o alguna modalidad del mismo, se refiera a una fuente extraña al negocio solemne, remitiéndose a ella; estamos aquí en el campo del negocio concluido "*per relationem*". En tesis de principio, éste es absolutamente nulo en cuanto falta la forma de manifestación de voluntad impuesta por la ley; pero hacemos notar que a veces puede el otro acto (el referido) constituir, él mismo, el negocio válido, con tal que persista la voluntad negocial. El problema se torna delicado, en sede de documentos privados, cuando un documento incompleto se entiende sólo mediante referencia a otro documento ya existente o que ha de crearse, o cuando nos encontramos ante un acuerdo carente de forma en el que se establece que deba valer como escritura un documento ya creado para otros fines, o cuando el documento hace referencia a otro trozo de papel que se añade a él en sentido unitario. ¿Hay en estos casos validez o invalidez? Ninguno de estos problemas encuentra solución en nuestro Código Civil.

Se dice en doctrina que existe forma libre y forma vinculada; también se dice que tanto la forma libre como la forma vinculada se dividen a su vez en forma ad probationem y forma ad substantiam. Caen dentro del vasto grupo de las formas ad probationem todas aquellas convenciones o disposiciones mediante las cuales la ley o los particulares tienden a regular la prueba en los negocios y las relaciones que de ellos se derivan; éstas pueden tener un doble aspecto: regular la carga de la prueba, invirtiéndola, o bien regular el modo de la prueba, excluyendo ciertos medios probatorios en beneficio de otros. Mediante la forma ad substantiam, por el contrario, la ley o los particulares no quieren ya operar en el terreno probatorio o procesal, sino en el del derecho substancial, añadiendo a los elementos esenciales generales dispuestos por el legislador, otro querido por ellas que funge como elemento esencial específico. Las consecuencias derivadas de su violación son diversas: mientras para las convenciones probatorias surge únicamente una dificultad o, cuando más, la imposibilidad práctica de probar la relación negocial, para las demás hay nulidad absoluta del negocio. Ahora me pregunto, ¿es válida en Costa Rica la forma libre ad probationem?. ¿Pueden los sujetos por su propia voluntad regular el modo de la prueba o la carga de la misma?

Se dijo líneas atrás que voluntad y manifestación forman en el negocio una unidad, "*la manifestación de voluntad*". A este respecto tiene una gran importancia la distinción hecha por una gran parte de la doctrina entre voluntad de la manifestación y voluntad del contenido de la manifestación, más comúnmente llamada voluntad negocial. La primera es aquella que tiene por objeto la propia manifestación: si yo compro una casa, quiero y debo querer tanto efectivamente comprarla, es decir, tener para mí la casa, cuanto declarar comprarla. Vemos aquí un doble objeto del querer: querer declarar y querer los efectos que el ordenamiento jurídico deduce de esa declaración querida.

La voluntad negocial está referida, por el contrario, al contenido del negocio: es la voluntad encaminada al fin práctico.

Dentro de la teoría del negocio la falta del elemento voluntad —siendo éste un elemento esencial general— está sancionada con la nulidad absoluta. Y se dice que falta la voluntad cuando falta, bien la voluntad de la manifestación, bien la voluntad negocial; de ahí que un gran sector doctrinario haya sostenido que es necesario examinar por separado los supuestos de hecho en los que falta una y otra voluntad.

Se ha dicho que falta la voluntad de la manifestación en las siguientes hipótesis: falsedad (personal y documental), violencia física, incapacidad natural y en aquellos casos de error obstativo que la doctrina llama "*lapsus linguae*" o "*calami*" y error en la transmisión de la declaración ya formada.

Puede ocurrir que una manifestación se presente exteriormente como manifestación del sujeto A y, por el contrario, no provenir de él sino de B, en cuanto B se hace pasar por A, personalmente o mediante el teléfono; o suscribe un documento con el nombre de A; o pone en circulación un documento suscrito por A pero no emitido por éste. Cuando esto ocurre tenemos lo que dentro de la teoría del negocio se llama falsedad

personal —en la primera hipótesis— o falsedad documental —en las restantes—. La primera no está prevista por nuestro Código Civil y ni siquiera tipificada como delito en nuestro Código Penal. La documental sólo está sancionada en la vía represiva (arts. 357, 358 y 359 C. P.). He aquí otra de las tantas lagunas de que hablábamos.

La violencia física es otro caso de falta de voluntad de la manifestación. Es la constricción material y directa que un sujeto realiza sobre otro con el fin de obtener de éste una determinada declaración negocial; es la "*vis corpore illata*" de los romanos. La violencia física excluye la voluntad de la manifestación pues la persona constreñida a manifestar en determinado modo no ha querido en momento alguno manifestar.

La violencia física, en cuanto excluye o suprime la voluntad, es una hipótesis de falta de ésta: falta la voluntad de la manifestación. El negocio concertado mediante el concurso de una tal violencia debe por ello, y en buena técnica, ser absolutamente nulo pero, inexplicablemente, sin yo saber ni sospechar siquiera las razones que nuestro legislador tuvo, el Código Civil en su artículo 1017 lo sanciona con nulidad relativa, equiparándolo de esta manera al negocio realizado mediante violencia moral. El error, desde el punto de vista lógico y de sistemática jurídica, es obvio: mientras la violencia física excluye la voluntad, la moral únicamente la vicia.

La incapacidad natural consiste en la efectiva y real ineptitud psíquica —causada por deficiencias psico-físicas— en que se encuentra el sujeto en el momento mismo de concluir el negocio; es la incapacidad de entender y querer debida a cualquier causa (como por ejemplo la incapacidad mental no declarada judicialmente), incluso transitoria (como el sonambulismo, la sugestión hipnótica, el delirio febril, la embriaguez, etc.). Con excepción del incapaz mental (art. 23), nuestro Código Civil guarda absoluto silencio sobre los restantes casos de incapacidad natural, sea que ni los menciona, ni indica la sanción, por lo que necesariamente debemos recurrir, como en los casos de falsedad y en tantos otros, a los principios generales de las nulidades (art. 835, inciso 1o. del Código Civil) (18).

La última hipótesis en donde falta la voluntad de la manifestación es el error obstativo, o mejor dicho, aquellos casos del mismo conocidos en doctrina como "*lapsus linguae*" o "*calami*" y error en la transmisión de la declaración ya formada.

Error es aquel estado de la mente en el que resulta impedida la verdadera representación de un objeto, o ella es substituida por otra no verdadera (19). Hay, fundamentalmente, dos tipos de error: el que excluye la voluntad y el que la vicia; obstativo o impropio llamamos al primero; vicio, propio o motivo, al segundo. El obstativo recae en la declaración o en su transmisión dando lugar a una discordancia inconsciente entre voluntad negocial y manifestación.

El término error obstativo fue usado en un principio por la doctrina francesa (*erreur obstacle*) para indicar la discrepancia entre una y otra declaración de las partes en los contratos; (20) después se prolongó a la discordancia entre voluntad y manifestación pero en un mismo sujeto, aunque siempre en consideración de "*obstáculo*" para la formación del contrato (más tarde del negocio), y, por consiguiente, causa de inexistencia de éste, de donde se sigue la contraposición del mismo al "*error nulidad*" (*erreur-nullité*), sea el error que sólo vicia el consentimiento y da lugar a anulabilidad (21).

Nosotros desgraciadamente carecemos de una norma en nuestro Código Civil que acoja específicamente el error obstativo, de donde nos encontramos frente a dos alternativas: I.— Que hablando el artículo 1015 de error en sentido genérico, sus clases (obstativo y vicio) quedan sometidas a idéntica regulación, sea a anulabilidad, lo que no es correcto, pues el primero excluye la voluntad, mientras que el segundo tan sólo la vicia; o II.— Que el artículo 1015 contempla únicamente casos de error-vicio, lo que nos obligaría a acudir al tan

(18) Tampoco he encontrado en nuestra jurisprudencia casos de incapacidad natural a no ser los del incapaz mental: entre otras, Cas. No. 59 de las 9:00 hrs. del 12 de julio de 1952, tomo único, II Sem., pág. 703; Cas. No. 91 de las 10:00 hrs. del 6 de octubre de 1951, II Sem., Tomo II, pág. 1138; Cas. No. 22 de las 10:10 hrs. del 12 de junio de 1951, I Sem., tomo único, pág. 513.

(19) SAVOGNY, "Sistema di Diritto Civile", trad. italiana, III, No. 136; IDEM, "apéndice", VIII, pág. 422, cit. por CARIOTA-FERRARA, L., op. cit., pág. 412, nota 74.

(20) LAROMBIERE, "Théorie et pratique des obligations", I, págs. 45 y sgtes, quien es el primero en hablar de "*erreur obstacle*"; DEMOLOMBE, "Traité des contrats", I, números 83 y sgtes.; AUBRY ET RAU, "Droit Civil Français", V, Libraires Techniques, Paris, 1952; G. BAUDRY-LACANTINERIE, "Traité theorique et pratique de droit civil", Y. Cadout impr., Bordeau, 1901, XI, 50 y sgtes.; LAURENT F. "Principes de droit civil", Bruylant-Cristophe & Cie. Ed., XV, Bruxelles, 1878, p. 422.

(21) MESSINEO, "Teoria dell'errore ostativo", Roma, 1916, págs. 59 y sgtes.

citado 835 inciso 1o. para resolver los casos de error obstativo. Cualquiera que sea la solución que se adopte es ostensible que se hace imprescindible una norma específica que trate, con la debida claridad, estos casos de error. Vale la pena apuntar que nada he encontrado en nuestra jurisprudencia en materia de error obstativo.

Se ha dicho que falta la voluntad del contenido o voluntad negocial, en los siguientes supuestos: los restantes casos de error obstativo, las declaraciones no serias, la reserva mental y la simulación.

Puede ocurrir que una manifestación de voluntad negocial se exteriorice consciente y voluntariamente pero sin que se quiera su contenido, y puesto que la voluntad del contenido es esencial al negocio jurídico, en cuanto la propia manifestación no puede tender a la consecución de un resultado práctico, la indicada manifestación carecería de un fin. Pensemos sólo por un momento que una declaración de voluntad puede tener lugar sin que en el fondo exista una voluntad seria: se declara algo o bien se firma un documento en escena, durante una representación teatral; o con "*animus docendi*", o por jactancia, o con fines de propaganda, o en el calor de una disputa o, simplemente, en broma. En estos casos la manifestación existe y es incluso querida, pero no es querido en absoluto su contenido o resultado; de una voluntad seria desde un punto de vista negocial no se puede hablar; son éstas las llamadas declaraciones no serias, no previstas tampoco por nuestro Código Civil.

Lo mismo debe decirse de la reserva mental, en donde se emite una declaración no querida en su contenido ni en su resultado con el fin de engañar a la contra-parte, produciéndose una divergencia consciente entre manifestación y voluntad.

Falta también en nuestra ley civil una normativa que atienda detalladamente el tan conocido y cotidiano fenómeno de la simulación. Aunque parezca increíble, a su respecto existen escasas dos normas desordenadamente diseminadas en el Código Civil; me refiero a los artículos 455 y 978. Sin embargo, es mi deber señalar la encomiable labor desarrollada por nuestros Tribunales en esta materia (22).

Pasemos ahora a examinar los llamados vicios de la voluntad.

Como es sabido, la violencia moral, el dolo y el error-vicio no dan lugar a problemas de relaciones entre voluntad y manifestación; en ellos éstas, por el contrario, se corresponden: la voluntad se manifiesta adecuadamente, congruentemente, sólo que está mal formada por la influencia de elementos externos como el miedo, el error mismo y el engaño.

Ante la carencia de serios defectos en nuestra legislación en materia de violencia moral, dirigiré mi atención al dolo y al error-vicio.

Por dolo se entiende cualquier comportamiento ilícito de una persona dirigido a engañar a otra, determinándola a realizar una declaración de voluntad que sin el dolo no habría realizado (dolo determinante) o habría realizado pero en condiciones distintas (dolo incidental). Según el artículo 1020, el dolo apto a producir invalidez debe reunir las siguientes características: a) que se trate de un comportamiento ilícito ("*dolus malus*"); b) que dicho comportamiento ilícito provenga de una sola de las partes; y c) que sin el dolo no hubiere habido negocio (determinante) (23).

Nótese bien que nuestra ley no exige, en absoluto, para este tipo de dolo, la voluntad o conocimiento en el agente de producir un daño a la parte contraria. Surge entonces esta duda: ¿Puede anularse un negocio por dolo determinante si no se ha producido daño o perjuicio a la contra-parte? ¿Es esto lógico?

- (22) Sala Segunda Civil, sent. No. 1 de las 15:30 hrs. del 3 de enero de 1975, A. S. S. vs. M. C. M. R. y otros, en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, No. 222, pág. 145, Núm. 82; Sala Segunda Civil, sent. No. 373 de las 15:20 hrs. del 1o. de noviembre de 1974, N. S. J. vs. C. P. S. y otra, *ivi*, No. 221, pág. 186, Núm. 1599; Sala de Casación, sent. No. 125 de las 14:10 hrs. del 25 de octubre de 1973, E. R. CH. vs. F. C. S. y otra, *ivi*, No. 217, pág. 54, Núm. 1635; Sala Segunda Civil, sent. No. 234 de las 15:30 hrs. del 23 de agosto de 1973, G. V., J. vs. A. V. M., *ivi*, No. 215, pág. 48, núm. 1045; Sala Segunda Civil, sent. No. 154 de las 14:30 hrs. del 14 de junio de 1973, M. T. B. C. vs. R. V. R., *ivi*, No. 212, pág. 103, núm. 362; Sala Primera Civil, sent. No. 107 de las 9:05 hrs. del 27 de abril de 1973, E. R. CH. vs. F. C. S. y otra, *ivi*, No. 211, págs. 50 y 52, núms. 4, 5, 7 y 12; Sala de Casación, sent. No. 22 de las 14:30 hrs. del 31 de marzo de 1970, *ivi*, No. 190, mes de octubre, pág. 1; Sala Segunda Civil, sent. No. 183 de las 9:05 hrs. del 7 de mayo de 1971, D.R.R. vs. R.R., *ivi*, No. 190, mes de octubre, pág. 8; Sala de Casación, sent. No. 123 de las 14:45 hrs. del 6 de diciembre de 1967, U.A. vs. M.M. y M.M. vs. U.A. y otro, II Sem., tomo II, pág. 1088; Sala de Casación, sent. No. 14 de las 10:30 hrs. del 23 de enero de 1967, I Sem. tomo I, C.M. vs. R.V. y otro, pág. 280; Sala de Casación, sent. No. 26 de las 10:50 hrs. del 24 de marzo de 1954, H.CH. vs. A.F., I Sem., tomo I, pág. 362; Sala de Casación, sent. de las 10:00 hrs. del 6 de diciembre de 1944, C.G., II Sem., tomo único, pág. 897; Sala de Casación, sent. de las 10:00 hrs. del 10 de abril de 1940, V.B. vs. A.V. y otros, I Sem., tomo único pág. 235, etc.
- (23) En nuestra jurisprudencia ver, principalmente, sent. Cas. No. 36 de las 14:45 hrs. del 19 de abril de 1960, T. R. vs. S. A., I Sem., tomo II, pág. 637; sent. Cas. No. 103 de las 10:30 hrs. del 3 de diciembre de 1956, F. P. vs. M. M., II Sem., tomo II, pág. 1988; sent. Cas. de las 14:50 hrs. del 1o. de diciembre de 1943, J. C. vs. F. L. y otros, II Sem., tomo II, pág. 1159.

Centremos ahora nuestra atención sobre la segunda característica: "*el dolo debe ser obra de una de las partes*". ¿Qué sucede entonces con el dolo de tercero? Parece ser que éste es siempre incidental. Esta solución de nuestra ley realmente no me satisface habida cuenta de que el dolo de tercero, si es determinante de la voluntad, puede causar los mismos daños y perjuicios, y aún más, que el proveniente de uno de los contratantes. En otras palabras, no logro encontrar la "*ratio*" de semejante disposición, aún consciente de que no es propia, exclusiva de nuestra legislación, sino acogida pacíficamente por la mayoría de las legislaciones de los países con derecho escrito, y por los tratadistas.

De la lectura del 1020 nace otra inquietud: al afirmar dicho texto que el dolo debe ser obra de una de las partes, ¿estará excluyendo la posibilidad de dolo determinante, generador de invalidez, en los negocios unilaterales, cuando menos recepticios? (24).

Sobre el error-vicio la disciplina contenida en el artículo 1015 debe reconocerse como deficiente e incompleta. Ante todo, no existe por ningún lado una clara distinción entre error de hecho y error de derecho (distinción que también sería operante en sede de error obstativo); se dejan además por fuera ciertas hipótesis de error que, a mi concepto, deberían incluirse, tales como el "*error in nomine*", el error en el valor económico de la cosa, el "*error in quantitas*", el error en la modalidad del negocio (por ejemplo, en una condición), y el error en los motivos (25). Tampoco es clara en nuestra ley la distinción entre error esencial y no esencial, de suma importancia en materia de "*error in qualitas*" (26).

Pasando ahora a examinar la causa (27), he de decir que en este terreno han combatido durante mucho tiempo, con probabilidades de éxito casi idénticas, la teoría que niega la autonomía de la causa, sea que la niega como elemento esencial del negocio jurídico, y la que, por el contrario, la afirma. En el ámbito de esta última, han luchado a su vez la concepción subjetiva y la objetiva. Hoy día podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que ha triunfado la teoría causalista y, de ella, la tesis objetivista, aunque todavía se discute dentro de esta última cuál de todas sus variaciones es la más exacta.

Para nuestro Código (arts. 1007 y 627 inciso 3o.) la causa es elemento esencial del contrato (negocio).

Inexplicablemente falta en nuestra ley un instituto al cual los Autores han atribuido siempre con mayor insistencia la función de permitir una investigación acerca de la "*justicia*" del negocio; me refiero a la "*rescisión por lesión*", a la hoy llamada "*perturbación de la causa*" que, como es sabido, establece la ineficacia del negocio en la hipótesis en que un contratante, aprovechándose del estado de necesidad de otro, logre una retribución mayor que la obtenible en condiciones normales. Y digo "*inexplicablemente*" porque esta institución apareció por vez primera en un rescripto atribuido a los emperadores Diocleciano y Maximiliano, allá por el año 284 d.C. (28).

En particular, y con mucha razón, la doctrina ha sostenido que mediante este instrumento se hace posible "*controlar*" la relación de proporcionalidad entre las ventajas y los sacrificios que se derivan del contrato para cada contratante.

Es cierto que desde los tiempos del Código Justiniano el principio de la rescisión por lesión ha sido muy discutido por la doctrina, sobre todo en cuanto al carácter adecuado de las prestaciones en la relación contractual, suscitando consensos y disensos igualmente vivaces y acalorados. Sus adversarios han encontrado en él una inadmisibles limitación de la autonomía privada y una grave derogación del principio que establece que sólo el libre juego de las fuerzas operantes en el mercado puede garantizar una más justa repartición de los sacrificios y ventajas entre los contratantes. Su momentánea abolición por obra de la ley del 14 "*fruttidoro*" del año tercero se debió probablemente al temporáneo prevailecimiento de esta intransigente corriente de pensamiento. Pero poco tiempo después, Portalis, en la fase de elaboración del "*Code Napoléon*", abogaba vehementemente por su necesaria inclusión aduciendo que, sin él, el más fuerte dictaría leyes al más débil y la moral bien pronto sería desterrada de la legislación y de la sociedad, con grave perjuicio al interés general: "*si*

(24) La duda surge de que el buen lenguaje jurídico, el término "*partes*" se usa para distinguir a los sujetos que intervienen en los negocios bi o pluri-laterales.

(25) En cuanto a este tipo de error, debería preverse la invalidez cuando el motivo haya sido determinante de la voluntad.

(26) Sin embargo, esta distinción la ha venido a establecer bastante claramente nuestra Sala de Casación en su sentencia No. 36 de las 14:45 hrs. del 19 de abril de 1960, cit.

(27) Sobre el tema de la causa, recomiéndoles el maravilloso trabajo de GIORGIANNI, Michele. "*La causa del negozio giuridico*", Giuffrè, Milano, 1961.

(28) Así, BARCELLONA, Pietro, op. cit., pág. 242.

la lesión enorme no pudiese denunciarse útilmente, no habría más pudor ni comedimiento en la asunción de los empeños". Como lógica consecuencia, el Code Napoleón sancionó definitivamente el principio de la rescindibilidad del contrato por lesión (29).

En términos aún más generales el Código Civil alemán estableció que podía ser impugnado el contrato con el cual alguien, abusando de la necesidad o de la inexperiencia del otro contratante, se hacía prometer por una prestación ventajas patrimoniales que superaban su valor en modo tal que, habida cuenta de las circunstancias, las ventajas se encontraban en evidente desproporción con la prestación misma.

El Código Civil italiano de 1865 reprodujo esta institución en idénticos términos al Code Napoleón y de ahí pasó, sin sufrir mayores reformas, al hoy vigente Código de 1942 (arts. 1447 y 1448).

Como es fácil comprender de esta sumaria exposición de sus precedentes históricos, la rescisión por lesión no constituye una novedad en la disciplina del contrato, y precisamente por ello no entiendo por qué fue excluida por nuestro legislador del 86. No tengo noticia de que la figura haya sido admitida y aplicada en nuestro medio por vía jurisprudencial.

La causa, además de existir, debe ser "justa", reza el inciso 3o. del artículo 627 de nuestro Código Civil (en relación con el 1007 *ibídem*). ¿Qué debemos entender por causa justa?. Gramaticalmente, justa quiere decir que obra según justicia y razón; y justicia es la virtud que inclina a dar a cada uno lo que le pertenece. Estos conceptos no nos ayudan a esclarecer qué es lo que nuestro legislador pretendía al exigir en el contrato una "causa justa". Debemos entonces concluir, con la mejor doctrina, que por causa justa nuestro legislador quiso decir "causa lícita", arreglada a derecho, dirigida a regular intereses dignos de tutela según el ordenamiento jurídico. Y esto lo confirman los artículos 844 (en donde expresamente se habla de ilicitud de la causa) y 805 (donde se dice "causa contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres", es decir, causa ilícita).

¿En qué consiste la ilicitud de la causa? En la contrariedad de la misma a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. Debemos entonces distinguir entre legalidad e inmoralidad como categorías de lo ilícito. Se tiene ilegalidad cuando la causa es contraria, no a todas las normas jurídicas del sistema, sino a aquel específico grupo que son las normas imperativas, sean éstas, positivas (consistentes en un mandato) o negativas (consistentes en una prohibición). Sobre estas últimas hay que precisar que no cualquier contrariedad a las mismas implica ilegalidad, pues es preciso que la norma sea "perfecta", es decir, que establezca como sanción la invalidez, pues si es "minus quam perfecta", en cuanto impone únicamente una pena o multa, no hay ilegalidad del negocio en caso de violación de la misma. Debo aún aclarar que no es preciso, para la ilegalidad, que en la norma imperativa prohibitiva esté sancionada "expressi verbis" la nulidad, basta que ella se deduzca del espíritu de la norma. Es esta la llamada "nulidad virtual".

También hay ilegalidad de la causa por contrariedad de la misma al orden público, entendido como aquel cúmulo de principios generales, fundamentales e inderogables de un determinado ordenamiento jurídico.

La inmoralidad se presenta cuando la causa ("turpis") es contraria a las buenas costumbres, sea aquel complejo de principios que constituyen la "moral social", o, si se quiere, el conjunto de las exigencias éticas de la conciencia social o colectiva existente al momento del negocio.

Nada de esto es claro en nuestro Código Civil que ni siquiera establece la sanción cuando la causa falta o cuando, presente, fuere ilícita.

Líneas atrás se dijo que en Costa Rica, con la única excepción del negocio testamentario, los motivos son irrelevantes. Es esta otra de las graves omisiones de nuestra ley, pues si los motivos son de tal entidad que por ellos, y sólo por ellos, el sujeto se ha decidido a contratar, deben ser relevantes y producir, cuando menos, anulabilidad. Pensemos sólo por un momento en el motivo ilícito: ¿es posible que en nuestro país no pueda ser invalidado un negocio con motivo ilícito?

Me planteo aquí la siguiente cuestión: siendo el testamento un negocio jurídico ¿podremos aplicar por analogía las disposiciones de los artículos 580 y 581 a los restantes negocios, sean estos unilaterales o no?

(29) Así, BARCELONA, Pietro, *op. cit.*, págs. 243-244.

En mucho defecciona nuestro Código en materia de "objeto". Como es bien sabido, el objeto del negocio debe reunir ciertos requisitos o cualidades:

- a) Existir (arts. 627, inciso 2o. y 629 C. C.);
- b) ser determinado o determinable (art. 630 C. C.);
- c) ser posible (arts. 627, inciso 2o., 629 y 631 C. C.);
- ch) tener un valor exigible (valor económico; art. 630 C. C.) y
- d) ser lícito (art. 631, inciso 2o. y 844 C. C.).

No establece nuestro Código la sanción si el objeto falta, pero es de suponer que, tratándose de un elemento esencial general (30), habrá nulidad absoluta (arts. 1007, 627 inciso 2o. y 835 inciso 1o. C. C.; para la compra-venta, ver además el art. 1060).

Si el objeto es indeterminado o indeterminable, el negocio es válido pero no es apto para producir efectos, es ineficaz (art. 630 C. C.; para la compra-venta, ver además el art. 1050 *ibídem*). El negocio adquirirá su eficacia cuando el objeto se determine o se den criterios bastantes para determinarlo.

Si el objeto fuere física o legalmente imposible el negocio es absolutamente nulo (arts. 1007, 627 inciso 2o. y 835 inciso 1o. C. C.). Y aquí es de rigor hacer el siguiente comentario: la lógica impone que un objeto imposible es igual a un objeto inexistente; así, si la inexistencia del objeto se sanciona, como dije, con la nulidad absoluta, la imposibilidad física o legal del mismo debe tener idéntica sanción. Y de esta manera parece entenderlo nuestro Código Civil cuando en su artículo 627, en relación con el 1007, dice:

"Para la VALIDEZ del contrato (negocio) es ESENCIALMENTE INDISPENSABLE:
2o. Objeto o cosa cierta y POSIBLE...".

Se establece aquí la "posibilidad del objeto" como requisito de validez del negocio en modo tal que, para que el negocio sea válido, debe tener un objeto ("cosa cierta") posible. Pero, inexplicablemente, en el artículo 631 la imposibilidad del objeto se sanciona con la simple ineficacia del negocio; ¿cuál es entonces la solución correcta?

Si el objeto no fuere reducible a un valor exigible, a un valor económico, el negocio es válido pero ineficaz (art. 630 C. C.).

El objeto, además, debe ser lícito (arts. 631 inciso 2o. y 844 C. C.) de lo contrario el negocio es ilícito, como ilícito es el negocio con causa "injusta". Acerca de las consecuencias, es evidente que el negocio ilícito por ilicitud del objeto es absolutamente nulo, sea que no produce efectos jurídicos (arts. 1007, 627 incisos 2 y 3, 631 inciso 2o., y 835 inciso 1o. y 844 C. C.). Sin embargo se hace necesario aquí hacer el siguiente comentario: La imposibilidad legal está prevista expresamente en el artículo 631 del Código Civil y se presenta respecto de las cosas que estén fuera del comercio por disposición de ley (inciso 1o.) y respecto a los actos ilícitos como contrarios a la ley, a la moral o las buenas costumbres (inciso 2o.). Según el número de comentario, la imposibilidad legal (al igual que la física) del objeto produce la simple ineficacia de la obligación.

Por su parte, el artículo 627 dice:

"Para la validez de la obligación (léase contrato —o negocio— ante la remisión operada por el 1007) es esencialmente indispensable:
2o. Objeto o cosa cierta y POSIBLE...".

Se fija entonces la "posibilidad" del objeto como requisito de validez y no ya de simple ineficacia del negocio. Y si imposible legalmente es el objeto ilícito en un negocio, siguiendo ese orden de ideas, inválido necesariamente ha de ser el mismo. ¿Pero cómo se salva entonces tan tremenda contradicción?. Recurriendo a otras normas que nos aclaren cuál fue la verdadera intención del legislador. Así nos encontramos con el artículo 844 en donde específicamente se habla de nulidad (sea invalidez y no simple ineficacia) del acto o contrato con objeto o causa ilícita.

(30) Entendiéndolo claro está en un sentido amplio como cosa y como prestación, pues si lo identificáramos únicamente con "cosa", sería elemento esencial específico, propio de los negocios reales.

El negocio ilícito se caracteriza por una contrariedad de su causa o de su objeto a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. Frente a las normas imperativas, el negocio ilícito se encuentra en una posición de evidente y abierto contraste, es un acto "*contra legem*"; la violación es segura y manifiesta, aún si las partes la desconocen (art. 1o. párrafo 2o. C. C.); pero si éstas se han percatado o conocen o quieren a toda costa el resultado prohibido por las normas imperativas, intentarán de seguro soslayar la situación para evitar el franco y claro contraste del negocio con dichas normas. Al efecto pueden seguir dos caminos: a) Cubrir el negocio "*contra legem*" con el velo de otro negocio aparentemente lícito (la llamada simulación relativa). La ventaja de esta solución estriba en que se logra por completo el mismo resultado prohibido por la ley sin los riesgos directos del negocio ilícito; el inconveniente está en que bien podría tratarse de una consecuencia efímera pues descubierta la simulación, caída la máscara, el negocio disimulado resultaría también absolutamente nulo por ser "*contra legem*". b) La consideración de esa inconveniencia ha abierto la mente a los prácticos hacia otro camino más tortuoso, por lo general menos satisfactorio pero mucho más seguro: servirse no ya directamente del negocio prohibido, no ya del negocio ilícito cubierto de falsa apariencia, sino de un negocio, o de un sistema consistente en un complejo de negocios y actos, todos ellos lícitos, pero tendientes unos y otros al logro de los mismos fines del negocio prohibido. Tenemos así "*fraus legi facta*". Aquí la norma se respeta, puesto que no se choca directamente contra su mandato, pero en realidad se elude su aplicación en cuanto se realiza un resultado final, que si no es ni puede ser idéntico, en especial en el terreno estrictamente jurídico, sí es análogo, particularmente en el terreno práctico, al que se obtiene mediante el negocio ilícito.

Los distintos ordenamientos jurídicos no pueden permanecer indiferentes frente a tal expediente o engaño. Nuestro Código, tal y como sucede con el español, carece de una norma como el artículo 1344 del Código Civil italiano del 42, en la que se declara expresamente la invalidez del negocio fraudatorio, pero ello no significa que no castigue este tipo de contrataciones. Y en verdad sería absurdo y contradictorio pensar que la ley mientras por un lado prohíbe el fin ilícito en los contratos, por otro permite alcanzarlo indirectamente a través del negocio en fraude. Para nuestro Derecho Positivo el apoyo legislativo concreto del principio de invalidez de los negocios en fraude de la ley se halla, a mi concepto, en el combinado de los artículos 1, 2, 3 y 10, párrafo 2o. del Código Civil. No conteniendo esta "*mezcla*" de disposiciones la sanción, es decir, el grado de invalidez del negocio fraudatorio, ¿se tratará de nulidad absoluta o de nulidad relativa?. Personalmente me inclino por la nulidad absoluta por tres razones: 1) si el negocio ilícito es, como vimos líneas atrás, absolutamente nulo en cuanto su causa o su objeto se contraponen a una norma imperativa, al orden público o a las buenas costumbres, el negocio en fraude de la ley, si bien sus elementos causa y objeto no son ilícitos, al alcanzar un resultado análogo al del negocio ilícito debe ser sancionado con el mismo grado de invalidez; 2) no existiendo una norma "*ad hoc*" que —como el citado número 1344 del Código Civil italiano— establezca el grado de invalidez, debemos inclinarnos por la regla general en esta materia que es la nulidad absoluta, y no por la relativa que es la excepción; y 3) el párrafo 2o. del ya citado artículo 10 habla de nulidad y no de anulabilidad. Y es verdaderamente en esta última disposición donde se encuentra enunciado —aunque no en la forma en que todos desearíamos— el principio general de derecho que informa y sanciona todos aquellos actos y negocios violatorios de la ley (o que la defraudan).

Otro problema surge al determinar qué debe entenderse por "*leyes prohibitivas*" en el párrafo 2o. del artículo 10. Recordemos que, en buena técnica, leyes prohibitivas son una sub-división, un sub-tipo, de ley imperativa, sea aquellas que contienen una prohibición (no debe - no puede), llamadas también negativas. ¿Querrá con ello decirse que los actos o contratos contrarios a las normas positivas (el otro tipo de norma imperativa) o contra el orden público o las buenas costumbres no son inválidos? (31).

En síntesis, los negocios en fraude de la ley, en cuanto negocios reales, es decir, efectiva y seriamente queridos y realizados lo mismo en sí que en su resultado, son, al igual que los negocios *contra legem*, sea aquellos directamente contrarios a normas inderogables, ilícitos. Su contrariedad se considera como existente y operante no obstante el artificio o engaño, no obstante la desviación a la que se ha recurrido.

(31) Absurdo sería hacer aquí, a mi concepto, una interpretación de tipo restringido y literal del párrafo de comentario. Así las cosas, sostengo que el concepto de "*leyes prohibitivas*" debe ser entendido en sentido lato, sea incluyendo las restantes normas imperativas (las positivas), el orden público y las buenas costumbres.

Dado el breve tiempo de que dispongo me veo forzado a concluir mi exposición en este punto. Por fuera han quedado muchos aspectos interesantes de la teoría del negocio: los requisitos de eficacia, los efectos propiamente dichos y sus vicisitudes, la teoría de la invalidez, la representación la interpretación. Respecto a todos y cada uno de ellos encontramos defectos más o menos graves en nuestra legislación; todos y cada uno de ellos claman a gritos por una inmediata reforma.

Hemos visto sumariamente algunas de las deficiencias más serias de que, a mi concepto, adolece nuestro Código Civil. La más seria de todas: la falta de sistematización y de adoptar una teoría que, como la del negocio jurídico, sirva de columna vertebral, de punto de apoyo, para todas aquellas manifestaciones de voluntad producto de nuestra propia autonomía y para que, con una buena teoría general, puedan resolverse, con cierto grado de exactitud y equidad, los problemas que a diario se esgrimen en los Tribunales de Justicia.

