

son solo tres: a) Voluntad y manifestación, que son considerados como los elementos estructurales (el primero de carácter subjetivo y material; el segundo de naturaleza formal y externa)⁷⁰ y b) la causa, que es el elemento funcional. Es "la conformidad de los intereses programados con los valores del ordenamiento jurídico".⁷¹

48. El ordenamiento jurídico, contempla dos tipos de sanciones genéricas, para los negocios que no se adecuan al mínimo de reglas que los rigen: a) la invalidez y b) la ineficacia. "Se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales o carezca de uno de los presupuestos necesarios del tipo a que pertenece. Invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo, que deriva de la lógica correlación establecida entre los requisitos y efectos. . . Se califica, en cambio, de simplemente ineficaz, el negocio en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, cuando, sin embargo, impida su eficacia un hecho extrínseco a él".⁷²

49. En nuestro derecho, la falta o vicio de un elemento esencial, o de un presupuesto o de un requisito, generan, para el negocio en cuestión, la sanción de invalidez. Aquí es donde precisamente, a nivel normativo, se establece la relación entre negocio, error e ignorancia. Se ha afirmado que "...el reconocimiento de la facultad que tienen los particulares para arreglar en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de su voluntad impone, a la vez, la necesidad de protegerlos contra su propia ignorancia y, principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctima al hacer uso de la referida facultad legal. Por este motivo, para todo acto jurídico no solamente se requiere que los agentes lo otorguen voluntariamente, sino que se exige que lo hagan con cierto grado de conciencia y de libertad, fuera del cual el acto existe, pero queda viciado de nulidad. Con otras palabras: para la existencia de un acto jurídico es necesaria la manifestación de la voluntad del agente o agentes que intervienen en su celebración; pero, además es indispensable para la validez del mismo acto que dicha voluntad

sea sana, es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye la libertad y la conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir las relaciones jurídicas".⁷³

50. Desde este punto de vista, puede afirmarse que el tratamiento que la Ley le otorga a la voluntad, mediante la regulación del error y la ignorancia responde a la exigencia de hacer coincidir el significado y el resultado objetivo del negocio, con la intención de su autor. La voluntad, nervio y motor del negocio jurídico, asume el doble papel de elemento esencial de la especie fáctica negocial, es decir, de la figura jurídica causal del negocio por una parte y de conexión entre sujeto y negocio por otra.⁷⁴ Voluntad y declaración, representan los dos puntos de referencia del complejo fenómeno negocial y son, según, lo señalamos, el elemento interno y el externo del negocio.

51. El error y la ignorancia inciden directamente en el elemento interno o volitivo. Con ello, lo vician o lo eliminan, determinando que, por este hecho, toda la especie fáctica causal del negocio venga a menos y se revele imperfecta y defectuosa. Por ello, desde el punto de vista normativo, error e ignorancia se relacionan con el negocio en virtud de su incidencia sobre la voluntad.

52. Desde el punto de vista práctico social, error e ignorancia también se relacionan con el negocio jurídico. Siendo el negocio un instrumento intersubjetivo para la consecución de determinadas finalidades prácticas, en su valoración ha de atenderse no solamente al resultado práctico que se pretende alcanzar, sino también a los sujetos que lo han puesto en existencia. La idoneidad del negocio como instrumento del tráfico jurídico, debe analizarse de conformidad con el resultado programado; pero sólo la correspondencia del negocio con los intereses del sujeto, es garantía de su aptitud para la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses.⁷⁵ El error y la ignorancia desde esta perspectiva, se revelan como un obstáculo para el funcionamiento del negocio como instrumento del tráfico jurídico.

70. *Ibíd.*

71. *Ibíd.* Sobre el tema, también puede consultarse a: CARIOTA FERRARA (Luigi). *Il Negozio giuridico del Diritto Privato Italiano*, Napoli, Morano Editore. S.E., S.F. p. 116-117.

72. BETTI (Emilio), *Teoría del negocio jurídico*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, segunda edición, 1959, p. 349.

73. Así, OSPINA y OSPINA, *op. cit.* p. 185.

74. Así, BARCELONA (Pietro) *op. cit.* p. 19.

75. *Op. cit.* p. 17.

2) La patología del conocimiento en la apariencia.

a) *El elemento subjetivo de la apariencia, no es una hipótesis de error en sentido jurídico negocial.*

53. Es común encontrarse en la doctrina, opiniones⁷⁶ según las cuales el elemento subjetivo de la apariencia puede tratarse de conformidad con las reglas que disciplinan el error en los negocios jurídicos. Estas afirmaciones son del todo ajenas a la realidad de las cosas. Los casos de apariencia, de la situación jurídica, en general, están referidos necesariamente a los presupuestos subjetivos de negociación. Ahora bien: el conocimiento que de ellos tenga el sujeto, no tiene ninguna relevancia a efecto de fundar la validez o invalidez del negocio. Su presencia determina autónomamente el cumplimiento de una de las condiciones exigidas por la ley para valorar el negocio como válido, así como su ausencia determina, por sí sola, su invalidez.

Los presupuestos no son objeto de conocimiento ni de volición, precisamente por el hecho de que tan sólo se presuponen. La falta de titularidad o legitimación, por ejemplo, no se subsana por el conocimiento que de ellas tenga el sujeto, como tampoco perjudica la validez del negocio, el hecho de que el sujeto desconozca su existencia (en aquellos casos en que existan positivamente). Lo que ha sido denominado "error en la apariencia", no es tal —ni mucho menos ignorancia—, si se entiende estos términos en sentido jurídico negocial. No es que haya una divergencia entre el contenido objetivo del negocio y la realidad, ni entre este contenido y la interpretación que de él haga uno de los sujetos negociantes. El contenido objetivo, según lo vimos, se encuentra integrado por todos aquellos aspectos que han sido aportados por las declaraciones negociales de voluntad y que son, precisamente, aquellos que pueden ser objeto de voluntad y conocimiento: el aspecto fáctico (objeto del negocio, que se resuelve en el dar, hacer o no hacer) y el aspecto preceptivo (la regulación normativa que determina lo que se ha dado en llamar la "Lex Contractus"). Estos aspectos, son sometidos a discusión y planeamiento. En cambio, acerca de los presupuestos negocia-

les no se entabla discusión alguna. Por ello, no forman parte del contenido negocial, sino que lo anteceden y condicionan en orden a su validez. En los casos de apariencia, lo propio es que la situación de hecho manifieste patológicamente como real, una situación jurídica que no es real. Esto puede originar —y a menudo lo hace—, que un sujeto, ajeno al defecto de la situación jurídica de su contraparte, se decida a llevar a cabo un negocio jurídico en el cual estará ausente uno de sus presupuestos de validez. Ciertamente, se tendrá en este caso, un falso conocimiento de la situación jurídica en cuestión, pero ello no autoriza a asimilar esta hipótesis a un caso de error en sentido jurídico negocial.

b) *El elemento subjetivo de la apariencia es una hipótesis de error en sentido no jurídico negocial.*

54. Se ha dicho que: "El error, provocado por la observación de la situación de hecho visible que correspondía al ejercicio de derechos en realidad inexistentes, es un elemento de la noción de apariencia".⁷⁷ Pero se agrega que "...no se trata de un error cualquiera. Una antigua tradición lo califica como error común; una tendencia más reciente, lo denomina error legítimo. La Jurisprudencia parece dudar entre estas dos concepciones".⁷⁸

55. El error común, es entendido como la opinión errada de la colectividad, como aquella creencia de la generalidad de los interlocutores sociales que atribuye a un determinado estado de hecho, la virtud de guardar correspondencia con el estado de derecho.⁷⁹ Según lo considera la doctrina, es la creencia de la colectividad la que induce por sí misma a error a los terceros y la que, por esta razón, es constitutiva de derechos.⁸⁰ Con la teoría del error común, se pretende objetivar la noción de error —que tiene necesariamente un carácter individual—, haciéndola reposar sobre la comunidad misma.⁸¹ Este error colectivo —considerado no como expresión numérica, como la suma de los errores individuales, sino como noción autónoma y abstracta—, es el perfil sobre el que se apoya la

76. Entre otros, FALZEA (Angelo) *Apparenza, Voci di Teoria General del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1970, p. 74, quien señala que: "El error que la apariencia determina en el sujeto no difiere, en sus caracteres esenciales, del error que vicia la voluntad y genera la invalidez del negocio jurídico".

77. GHESTIN (Jacques), GOUBEUX (Gilles) *L' apparence, Traité de Droit Civil, Introduction Générale*, París, LGAJ, T.I., 1977, p. 666.

78. *Ibid.*

79. Así, D'AMELIO (Mariano), *Apparenza del Diritto, Novissimo Digesto Italiano Torino, U.T.E.T. Terza edizione*, Vol. 1, 1968, p. 761.

80. *Ibid.*

81. PUGLIATTI (Salvatore). *La Trascrizione*, Milano, Giuffrè Editore, 1957, p. 254.

máxima heredada del derecho justiniano que reza: "Error Communis Facit Ius".⁸²

56. En este sentido, se ha apuntado que "El derecho romano, en algunas hipótesis le otorgaba validez a los actos cumplidos bajo el imperio de un error común. Los glosadores, elaboraron una fórmula sintética que, durante mucho tiempo fue considerada como la expresión de la teoría de la apariencia; el error común es fuente de derecho, él crea el derecho, 'error communis facit ius'. El exigir así que el error sea compartido, común, se comprende por la referencia al afán de proteger, en el interés general, la seguridad de las relaciones jurídicas. Es el interés público el que está en juego y el interés público no se deja absorber en la contemplación de un solo individuo. Este interés se ve amenazado, no por un individuo, sino sólo cuando un gran número ha caído o habría podido caer en el error, porque se ha creado una situación aparente en la cual cada quien ha podido legítimamente confiar. El error común no es sin duda un error universal. La verdad puede ser conocida por algunos. Pero es el error en que incurre la masa. Así conocido, la noción es objetiva. Es necesario que un número suficiente de personas haya sido engañada por la apariencia. Sin embargo, un criterio tal es relativamente simple y nada satisfactorio: un error ordinario compartido por muchos, no amerita ninguna protección. Un elemento subjetivo, debe pues intervenir. Precisa que aquel que pretende beneficiarse de la protección de la teoría de la apariencia, haya sido personalmente engañado y que su actitud no sea únicamente excusable, sino perfectamente razonable. Es solamente cuando es humanamente imposible evitar el lazo de la apariencia, que el imperativo de "seguridad dinámica", justifica el rechazo de las reglas de derecho. El error común, es un error invencible, el cual nadie normalmente puede evadir. El aspecto objetivo, constituido por el número de personas que han creído en un derecho aparente, no es más que el signo del carácter inevitable de la torcida representación surgida de la situación de hecho: es por esto que es "inevitable que el error sea común".⁸³

57. En general, los teóricos⁸⁴ que se han ocupado del problema, reconocen que no precisa que el

error, para ser común, afecte a todos y cada uno de los sujetos de la sociedad. Basta tan sólo que afecte o pueda afectar a la generalidad de las personas. Por esta vía, se llega a afirmar que, en última instancia, el error común es de naturaleza potencial.

58. En nuestro concepto, el planteamiento que la doctrina hace para subsumir el elemento subjetivo de la apariencia dentro de la hipótesis del error común no es adecuado. Por un lado, si no se trata de que toda la comunidad esté de hecho engañada sobre un punto específico, sino tan solo, de que potencialmente algunos puedan ser inducidos a error, debe reconocerse que el problema no es uno de apreciación subjetiva de las circunstancias, sino más bien, de la especial idoneidad que tienen éstas para generar, una apariencia de realidad. La importancia de esta afirmación, radica en el hecho de que se traslada la discusión de la perspectiva de los sujetos a la de los hechos. En otros términos, no se trata de exigir que un número más o menos amplio de sujetos haya sido engañado, sino más bien de comprobar si en el caso concreto, la situación de hecho es o no idónea, objetivamente, para generar una apariencia de realidad.⁸⁵ Por otra parte, si consideramos que el error común, sólo opera a condición de que lo experimente un sujeto en particular, cuando esto sucede, el error deja de ser común para transformarse en individual. Por ello, desde el punto de vista práctico, la pretendida "objetividad" del "Error Común", queda desvirtuada con estas observaciones.

59. Se logra un mayor progreso con la denominada noción de error legítimo. Al respecto, se dice que "La máxima error communis facit ius", impone una concepción asaz estricta de la apariencia como fuente de derechos. Este rigor, ha sido a veces sentido como excesivo y poco propicio a la seguridad de las relaciones negociales. También se ha apelado a una noción menos exigente: el error legítimo. En relación con la fórmula precedente, la flexibilidad se manifiesta en dos formas. En primer lugar, se trata de un error individual. Poco importa que alguna otra persona haya sido engañada. Así, se opera un desprendimiento de una noción muy abstracta de error (todos los individuos razonables son necesariamente engaña-

82. *Ibid.*

83. Así, GHESTIN y GOUBEAUX, *op. cit.* p. 666.

84. Así, HENRY y LEÓN (Mazeaud) y JEAN (Mazeaud). *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Parte Segunda, Vol. IV, 1969. p. 120.

85. Ello deberá determinarse de conformidad con las reglas de la experiencia.

dos de la misma manera, lo que traduce la idea del error común), hacia una apreciación concreta de la misma (el sujeto considerado con buenas razones de ser engañado: eso es un error legítimo). En segundo lugar, no es exigible que el error haya sido imposible de disipar. El interesado habría podido quizás, al precio de cierta búsqueda, descubrir la verdad. Mas estas investigaciones sobrepasan la diligencia normal en estos casos.⁸⁶

60. En nuestra opinión, puede admitirse que el elemento subjetivo de la apariencia se denomine "error legítimo", con tal que se repare en dos cosas:

a. Que no se le considere un error en sentido jurídico negocial, del cual, según lo dijimos, se diferencia claramente y;

b. Que se trata, no obstante, de un fenómeno reconducible al género de la patología del conocimiento.

c) Importancia del elemento subjetivo.

61. El error legítimo, como elemento del supuesto de hecho de la apariencia, hace que éste devenga especial, e impide que la hipótesis entera se haga acreedora del juicio de invalidez que, de otra manera, estaría llamada a recibir. El papel del elemento subjetivo, es precisamente el de completar el supuesto, a efecto de mostrar plenamente un interés específico, digno de tutela jurídica. Así, la particular eficacia con que el derecho valora las hipótesis de apariencia, solo puede surgir de la

unión del elemento objetivo y el subjetivo. Sólo en ese caso el supuesto se muestra completo, y el interés, plenamente integrado y autónomo.

62. El supuesto de hecho de la apariencia es de carácter complejo, lo que trae consigo la consecuencia metodológica de impedir que el todo se reduzca a sus partes. En virtud de ello, todo intento por reducir la apariencia a su elemento objetivo o a su elemento subjetivo está condenado necesariamente al fracaso. La entera especie fáctica de la apariencia, por ser de carácter complejo, es siempre unidad inescindible del elemento subjetivo y el objetivo.

63. Por otra parte, el conocimiento o desconocimiento que pueda tenerse de la situación jurídica de la contraparte (de su condición y eventuales defectos), importa en los casos de apariencia por otra circunstancia. Es relevante, precisamente, a efecto de fundar la buena fe, que es el substrato sobre el que se apoya el supuesto de hecho de la apariencia y el presupuesto lógico jurídico de su particular eficacia.⁸⁷

64. Es producto de las discusiones planteadas en el siglo pasado sobre el problema de la buena fe, el creer en la unidad sustancial de todas las disposiciones que tienden a tutelarla y el estimar que todas ellas se expresan en un mismo sentido.⁸⁸ No obstante, creemos que, si bien existe una identidad sustancial en la esencia de la buena fe, son

86. Así, GHESTIN y GOUBEUX, op. cit. pp. 667-678. Por otra parte, nada se gana afirmando que el elemento sicológico de la apariencia entraña un doble error: el común y el individual. Así, DERRIDA (Fernand), *Apparence*, en *Répertoire de Droit Civil*, Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, T I. p. 7. El problema del error común, según lo afirmamos, corresponde a la idoneidad de la situación de hecho para generar apariencia. No es un "elemento sicológico".

87. Conocida es la crítica de PUGLIATTI, en el sentido de que conviene hablar sin más de tutela de la buena fe, más que de apariencia. En este sentido señala que: "El fruto del análisis es solo este: que la tutela jurídica de la buena fe comprende dos tipos de hipótesis; aquel del puro estado subjetivo y aquel del estado subjetivo sostenido por un dato objetivo. Este último se califica de apariencia. Mas aunque las hipótesis de este tipo integran una tutela de la buena fe, el concurso del elemento objetivo, más que devenir punto de apoyo de una particular tutela, constituye una limitación de aquella tutela que tiene por objeto la buena fe. Nada se gana, más bien se pierde, con la confusión que de aquí se deriva, continuando hablando de apariencia de derecho en estas hipótesis de tutela limitada de la buena fe. Tanto más en cuanto que aquel elemento objetivo, que constituye el límite, cambia la configuración de hipótesis a hipótesis y cuando se designa con el término genérico de apariencia, viene indicado sólo negativamente y "per relationem". Mejor se diría, precisamente, límite o momento objetivo de la especie fáctica designada como "buena fe". Más grave es la confusión cuando el término apariencia se adopta para designar la entera especie fáctica: la buena fe y su límite objetivo, como ocurre comúnmente. Así, PUGLIATTI, *La Trascrizione*, op. cit. p. 258. En este sentido, se replica, con éxito, diciendo que pretender reducir la apariencia a la buena fe, es tanto como reducir a mera buena fe otras figuras o instituciones jurídicas —como la usucapión— o ciertos tipos de publicidad, sólo porque sin ella, no produciría sus efectos típicos. En una especie fáctica, de naturaleza compleja no se puede definir el todo en función de sus partes. Así, FALZEA (*Apparenza*), op. cit. p. 64. No debe por tanto considerarse fruto del equívoco... la afirmación según la cual la buena fe sería elemento lógicamente necesario de la especie fáctica. Si la ley requiere que, como elemento concomitante de la apariencia, concorra la buena fe del tercero, el nexo instituido entre ambos fenómenos es un nexo jurídico y no lógico". *Ibid.* Sin embargo, debe apuntarse que a nivel de institutos jurídicos, todo nexo jurídico es también lógico ya que sin él, el concepto y el tratamiento del instituto devienen imposibles. Por otra parte, conviene recalcar que, en nuestro concepto, la buena fe, más que elemento del supuesto, es el sustrato sobre el que este se apoya.

88. Así, PIETROBON (Vittorino) op. cit. p. 250.

distintas las formas en que esta pueda manifestarse normativamente. Para percatarse de ello basta reparar en la distinción que la doctrina hace entre la buena fe creencia y la buena fe lealtad. La primera, hace referencia al estado de ánimo de quien, desconociendo el efectivo estado de las cosas, cree tener el derecho de que se trata en el caso concreto. Por su parte, la segunda se manifiesta en una obligación de lealtad. La buena fe se sitúa aquí como un comportamiento de fidelidad. Esta clasificación, ha sido conocida también según los términos de buena fe subjetiva-buena fe objetiva, señalándose como propia del campo de los derechos reales la primera⁸⁹ y como privativa del derecho de obligaciones la segunda.⁹⁰ No obstante, nos parece acertada la observación⁹¹ que la doctrina hace en el sentido de que la buena fe como estado subjetivo se protege en todo el ordenamiento jurídico. No obstante, parece posible establecer una distinción más sólida entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva, según que ésta se funde únicamente en particularidades del comportamiento de quien la invoca, o se base en un dato externo, al sujeto de que se trate.⁹² Esta sería la buena fe que se funda en el principio de publicidad que pudiese recaer sobre un objeto determinado.⁹³ La distinción recaería sobre la presencia del dato exterior que funda la buena fe, no sobre la existencia o no del estado subjetivo mencionado.

65. La distinción tiene consecuencias prácticas importantes, estrechamente relacionadas con el problema de la diligencia. La buena fe subjetiva, entendida como estado subjetivo abarcaría según nuestra clasificación tanto la buena fe creencia como la buena fe lealtad.⁹⁴ Ahora bien, esta buena fe subjetiva impone siempre deberes de carácter

positivo en el titular que la invoca, que se resumen en la necesidad de obrar diligentemente en orden a la conservación del estado de buena fe.⁹⁵ La buena fe objetiva, por fundarse precisamente en un dato externo a la persona del sujeto que la invoca, exime de la necesidad de realizar especiales pesquisas para conservar el estado que se invoca. Esta buena fe objetiva, es la que es propia de las hipótesis de apariencia.

66. Aquí, para determinar la existencia de la buena fe, se atiende a la determinación de si la situación de hecho generadora de apariencia es por sí misma objetivamente idónea para fundar la confianza de los terceros. La buena fe, significa aquí, tan solo, ausencia de mala fe. En consecuencia, en el análisis que el jurista haga de la buena fe en la apariencia, debe reparar únicamente en dos cuestiones: a) la idoneidad del elemento objetivo (situación de hecho) para fundar la confianza de terceros y b) la ausencia de mala fe en éstos, que se reduce al desconocimiento del defecto en la situación jurídica de su contraparte. Por ello, no es ni metodológica ni jurídicamente adecuado preguntarse, para determinar si el tercero afectado por la apariencia actuó de buena fe, si el comportamiento de aquél fue lo suficientemente diligente para evitar caer en error. Tampoco, debe exigirse una especial actitud como reveladora de la creencia de que se tiene el derecho de que se trata. Lo característico de la apariencia, es que la situación de hecho sobre la que se levanta, exime al tercero de la tarea de realizar especiales pesquisas para encontrar la verdad real de los hechos referentes a la situación jurídica de su conegociante, y funda autónomamente su creencia positiva de que tiene el derecho de que se trate.⁹⁶ Esto,

89. "La buena fe creencia es la posición de quien ignora determinados hechos y piensa, por tanto, que su conducta es perfectamente legítima y no provoca perjuicios a nadie". Así, PLA RODRÍGUEZ (Américo). *Los principios del Derecho de Trabajo*. Buenos Aires, De Palma, 2 edición, 1978, p. 310.

90. "La buena fe lealtad se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber". *Ibid.* Se basa en la adecuación de la voluntad de las partes, al principio que la inspira de ahí su naturaleza dispositiva.

91. Así, PIETROBON (Vittorino), op. cit. p. 252.

92. En este sentido SACCO (Rodolfo), *Affidamento*, Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè Editore 1958, Vol. I, p. 664, señala que: "El legislador puede fundar su protección, antes que sobre el hecho psicológico individual de la buena fe, sobre el hecho de la apariencia, es decir, sobre la apreciación, que la generalidad de los asociados, tiende a dar de una determinada situación". Y agrega: "Se nota una clara tendencia a no requerir la inculpabilidad de la buena fe, cuando la buena fe viene justificada por una apariencia o una publicidad conformes".

93. SACCO (Rodolfo). Op. cit. p. 664.

94. Tenemos entonces el siguiente cuadro: a) buena fe subjetiva: buena fe creencia y buena fe lealtad y b) buena fe objetiva, que se apoya en el dato externo al estado subjetivo de quien la invoca. SACCO reconoce un tercer tipo de buena fe, la temeraria, que sin estar fundada en un dato objetivo, ni exigir un determinado grado de diligencia, puede, en algunas circunstancias, ameritar la tutela del ordenamiento jurídico. Esta hipótesis, no es de recibo en nuestro sistema, el cual sólo admite la buena fe apoyada en un dato objetivo o en un grado de diligencia subjetiva. La falta de diligencia, no excluye la buena fe, pero la priva de relevancia. Ver *Infra* nota 125.

95. Sobre la buena fe en materia contractual, ver: BAUDRIT CARRILLO (Diego) *Teoría General del Contrato*, San José, Editorial Juricentro 1982, p. 52 y ss.

96. No en vano se trata de una hipótesis de error legítimo. Ver *supra* nota 86.

en virtud del principio de publicidad que se encuentra aparejado a toda situación de hecho generadora de apariencia. Por tanto, a diferencia de lo que sucede en el campo de los derechos reales, estimamos que la duda no es suficiente para excluir la buena fe en las hipótesis de apa-

riencia. Para ello, es necesario el conocimiento efectivo de que a la situación de hecho no le corresponde un auténtico estado de derecho, es decir, el dolo. La razón está en que la situación generadora de apariencia se subroga en el requisito de la creencia subjetiva.

SECCIÓN II

CONSECUENCIAS METODOLÓGICAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL ERROR Y LA IGNORANCIA NEGOCIALES Y EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA APARIENCIA

67. No todo caso de error en sentido jurídico comercial es considerado relevante por el derecho. Este se hace acreedor de una específica valoración jurídica, solo en los casos en que reúna dos requisitos, uno objetivo y otro subjetivo. Denominaremos requisito objetivo del error, a la esencialidad y requisito subjetivo, a lo que la doctrina estudia bajo el nombre de la excusabilidad y de la reconocibilidad. Sólo la confluencia de estos dos elementos, genera la relevancia del error en términos de producir su eficacia típica: la invalidación del negocio en que recae.

68. La exigencia de estos requisitos, se justifica en virtud de un doble orden de ideas. En primer término, la esencialidad parece estar fundada en la necesidad de conservar los negocios jurídicos, de la naturaleza que sean. Por su parte, la excusabilidad y la reconocibilidad, encuentran su razón justificativa común, en el postulado de la diligencia.⁹⁷

69. En la presente sección, procederemos a investigar si tiene sentido exigir que el error legítimo, en que se resuelve el elemento subjetivo de la apariencia, sea esencial y, en su caso, excusable o reconocible.

A. SEGÚN EL REQUISITO OBJETIVO DEL ERROR.

1. El problema de la esencialidad del error en el negocio jurídico.

70. Afirma generalmente la doctrina⁹⁸ que, para que el error produzca consecuencias inválidas, precisa que sea esencial. La esencialidad se configura así, como un límite a la posibilidad que tiene el sujeto que yerra, para que se acoja, en sentencia, su acción invalidante del negocio, en cualquiera de los dos supuestos que consagra el ordenamiento jurídico costarricense: a) nulidad y b) anulabilidad.

71. Estimamos que un correcto planteamiento de la cuestión, debe partir de la consideración del negocio como un instrumento del tráfico y de los procesos que se verifican en el sujeto en el iter que culmina con la celebración de un acto comercial.

72. Causa eficiente de un negocio, es siempre una necesidad. Ahora bien, el negocio se justifica funcionalmente, según el argumento de que, en un estado de derecho, todo conflicto de intereses —que se plantea siempre a raíz de una necesidad— debe ser solucionado racionalmente, sea median-

97. La diligencia en lo que respecta a la reconocibilidad se pone de manifiesto en el artículo 1431 del Código Civil Italiano de 1942, cuando se dice que el error es reconocible cuando, en relación con el contenido, las circunstancias del contrato o bien a la cualidad de los contratantes una persona de normal DILIGENCIA, habría podido advertirlo. Sobre el punto, ver: TRABUCCHI (Alberto), *Errore (Diritto Civile)*. Novissimo Digesto Italiano, Torino U.T.E.T. Terza Edizione, T. VI, 1968, p. 670 y ss.

98. Así, por ejemplo TRABUCCHI (Alberto) op. cit. p. 668.

te el consenso de las partes o por la decisión de un tercero imparcial. La primera vía, conduce a la institución del contrato y, más generalmente, del negocio jurídico. La segunda, a la idea de la jurisdicción.⁹⁹

73. Según lo vimos anteriormente, cuando alguien se dispone a celebrar un negocio, realiza un proceso, un iter psicológico, que puede descomponerse en varias partes, dos de las cuales son a) la etapa cognoscitiva o de apreciación y control de los hechos y aspectos preceptivos; y b) la valorativa, que se resuelve en un juicio sobre la aptitud del medio elegido para satisfacer la necesidad que se padece. El error, como problema que es del conocimiento, recae exclusivamente sobre la fase cognoscitiva de la deliberación. Escapa, por tanto, a la fase valorativa. Esta, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se deja al libre arbitrio de los sujetos, los cuales asumen, por este hecho, el riesgo que a ella es inherente.¹⁰⁰ Como se ha afirmado, a la ley lo único que le interesa, es que los presupuestos de las valoraciones, esto es, los procesos cognoscitivos, sean adecuados para fundar el libre juicio valorativo de los sujetos y nada más. Aquí es donde precisamente entra en juego el problema de la esencialidad.

74. Esta, debe verse exclusivamente con relación al problema psicológico de la programación negocial. Así, será esencial todo error que impida que se forme adecuadamente el conocimiento de aquellas situaciones sobre las cuales se juzga la idoneidad del negocio para cumplir el fin que se le asigna y que son las que actúan como presupuesto o causa eficiente de la voluntad negocial.¹⁰¹ Error esencial, es aquel que recae sobre las circunstancias que "causan" la voluntad del sujeto. Es aquel que recae sobre los aspectos fundamentales del negocio —considerado desde un punto de vista general— o sobre aquellos que han sido tomados por las partes, en el caso concreto, como fundamento de su actividad negocial.

75. Nuestro sistema de derecho, sigue dos criterios con respecto a la esencialidad del error que podemos denominar: a) Esencialidad normativa o abstracta y b) Esencialidad en concreto. La primera, está recogida en el artículo 1015 del Código Civil, que considera que la especie del acto o contrato que se celebra; la identidad de la cosa y la sustancia o calidad esencial, son siempre circunstancias que, per se, funcionan como causa eficiente de la voluntad subjetiva y que por tanto, en aquellas hipótesis en las cuales un error recaiga sobre ellas, la voluntad ha de devenir viciada y consecuentemente, el sujeto podrá, de concurrir también el elemento subjetivo del error, solicitar la declaración de invalidez del acto realizado. En estos casos, es la norma la que define el criterio de esencialidad.

76. Con respecto a otros supuestos de error, no contemplados en el artículo citado, deberá utilizarse el criterio de esencialidad en concreto. Habrá de estudiarse de conformidad con este criterio, si en el caso específico la circunstancia de que se trate, ha actuado como causa eficiente y determinante del negocio. De ser así, el error en el caso concreto, habrá de ser reconocido como esencial. Así por ejemplo, el error *in personam* será esencial en aquellos contratos que la doctrina clasifique como "intuito personae".¹⁰²

77. Baste finalmente indicar que la doctrina¹⁰³ señala dos criterios para analizar cuáles circunstancias son las que, en el caso concreto, son relevantes a efecto de fundar un juicio sobre la esencialidad del error. Según una dirección, serán únicamente aquellas que fueron tomadas "personalmente" en cuenta por las partes a la hora de contratar. Para otra, serán las que comúnmente acepta el tráfico jurídico, según el negocio de que se trate y dependiendo del tiempo y del lugar en que se celebre el negocio.¹⁰⁴ En mi criterio, en un sistema individualista y marcadamente voluntarista como el consagrado en nuestro

99. Seguimos aquí, la idea básica de CARNELUTTI, quien "...distinguía entre conflicto de intereses, relación jurídica y litigio. El conflicto de intereses nace cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta. La relación jurídica supone un conflicto de intereses regulado por el derecho, regulación que consiste en que la norma determine cuál ha de prevalecer. El litigio (litis) es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro. El fin del proceso es la composición del litigio". Así MONTERO AROCA (Juan), *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Editorial Tecnos, 2da. edición, 1979, p. 86. Agregamos que cuando la norma que soluciona el conflicto de intereses en relación jurídica es la LEX CONTRACTUS, estaremos ante un contrato. En el segundo caso, nos situaremos ante el problema de la jurisdicción.

100. Así, PIETROBON (Vittorino), op. cit. p. 473.

101. Op. cit. p. 474.

102. Como por ejemplo, el contrato laboral en lo que toca al trabajador.

103. Así, ver: ALONSO PÉREZ (Mariano), op. cit. p. 501.

104. *Ibid.*

derecho privado, el único criterio válidamente aceptable, es el de la naturaleza personal de la circunstancia valorada.

2. El juicio de esencialidad en la apariencia.

78. El juicio de esencialidad se exige en el error en sentido jurídico negocial, a fin de conservar, hasta donde sea posible, la eficacia negocial. Como en el negocio, los aspectos relacionados con la actividad de planeamiento son muy variados —concretamente, todos aquellos que directa o indirectamente tienen algo que ver con la fase fáctica o preceptiva del negocio— se pretende evitar, mediante el requisito en cuestión, que los que no tienen influencia decisiva sobre la planeación del negocio vengan a privarlo de efectos en aquellos casos en que recaiga sobre ellos un error determinado.

79. En cambio, no es adecuado exigir que el error que caracteriza el elemento subjetivo de la apariencia sea calificado de esencial para que pueda producir su eficacia típica. Esto es así, en virtud de que solo puede recaer sobre un aspecto determinado y concreto: la situación jurídica del conegociante. En efecto, el tercero que yerra, estima, inducido por la situación de hecho generadora de apariencia, que la situación jurídica de su contraparte es perfecta sin serlo esta en realidad. En principio, como lo vimos cuando se expuso acerca del elemento objetivo de la apariencia, la situación jurídica sobre la que recae el problema de la apariencia, es del tipo de las llamadas prenegociales (capacidad, legitimación, titularidad, compatibilidad), las cuales funcionan, en general, como antecedentes jurídicos indispensables para la validez y eficacia de un negocio jurídico. No son parte del supuesto de hecho, porque no son hipotizaciones fácticas, sino, más bien, valoraciones de posibilidad de actuar atribuidas y concretadas en un sujeto determinado. Por esta razón, el error que sobre ellas recaiga, será en todo caso esencial. En consecuencia, no tiene sentido estudiar en cada caso de apariencia si el error ha sido esencial. Ello debe darse por supuesto.¹⁰⁵ Por tanto, el requisito de la esencialidad deviene aquí, irrelevante.

80. Por ello, a diferencia de lo que sucede con el error en sentido jurídico negocial, donde el defecto de conocimiento no es suficiente por sí solo para producir sus consecuencias invalidantes, en el caso de la apariencia, el elemento subjetivo completa por sí solo el supuesto de hecho, el cual, por esta sola circunstancia, se hace acreedor a una particular valoración jurídica.¹⁰⁶ Completo el supuesto, el efecto ha de devenir incondicionado.

B. SEGÚN EL REQUISITO SUBJETIVO DEL ERROR.

1. El problema de la excusabilidad y reconocibilidad del error en el sistema de derecho costarricense.

81. El Código Civil costarricense se encuentra a este respecto, en una posición similar a la del Código Civil italiano de 1865 y al del actual Código Civil español: nada se dice con respecto al problema de la excusabilidad o reconocibilidad del error. Todo lo que al respecto se ha dicho ha sido obra de la jurisprudencia y doctrina, las cuales han señalado, de manera más o menos intuitiva, la necesidad de que se tenga a la excusabilidad como límite a la posibilidad de hacer valer el propio error. Se ha dicho que aquel que no ponga la debida diligencia para no incurrir en error, no amerita la tutela del ordenamiento jurídico. La razón de esta afirmación se hace recaer en consideraciones equitativas: aquel que está en culpa, no puede hacer valer su propia negligencia para sustraerse del cumplimiento de una obligación previamente adquirida.¹⁰⁷ Sin embargo, nada se dice respecto a la reconocibilidad.

82. Estimamos que un correcto planteamiento de la cuestión debe partir de la solución que se le dé, conforme a nuestro derecho, al problema de las relaciones entre voluntad y declaración. Esto, porque el problema del error, desde el punto de vista que aquí nos interesa, se puede plantear como uno de disconformidad entre la voluntad real de un sujeto¹⁰⁸ y la declaración negocial que haya emitido, y por que excusabilidad y reconocibilidad, son soluciones a ese problema. Por eso, el preguntarse en qué situaciones el sujeto que

105. Porque todo problema referente a los presupuestos subjetivos de negociación, incide directamente sobre la génesis y desarrollo del negocio, y es, por tanto en todo caso relevante. Ahora bien: como el problema del error en la apariencia recae siempre sobre estos presupuestos, es siempre de carácter esencial.

106. En el capítulo siguiente, se estudiará cuál es la eficacia que el ordenamiento liga a los casos de apariencia.

107. Así, BARCELONA (Pietro) op. cit. p. 195.

108. Entendemos por voluntad real, aquella que habría tenido el sujeto de no haberse presentado el vicio o error obstáculo que la afectaron negativamente.

yerra, puede hacer valer su propio error, no es otra cosa sino plantearse la pregunta de si se le debe otorgar más relevancia a la declaración que a la voluntad, o viceversa.

83. El tema de las relaciones entre voluntad y declaración ha sido ampliamente tratado en la doctrina. Alrededor de él, se han tejido las más acaloradas discusiones doctrinales y aún hoy, ocupa un lugar relevante en las investigaciones de los científicos del Derecho. A pesar de la multiplicidad de puntos de vista, estimamos que es posible clasificar las distintas opiniones vertidas sobre el tema, en tres grandes movimientos: a) el voluntarismo, b) el declaracionismo y c) eclecticismo, que se descompone a su vez en las teorías de la responsabilidad y la confianza, de las cuales parten también varias vertientes.

84. Nacido en Alemania, bajo la brillante dirección de SAVIGNY, el movimiento voluntarista señaló que la voluntad, dado que es el medio por el cual el individuo manifiesta su autonomía en el campo social, es el nervio del negocio jurídico. La declaración, según esto, juega un papel de mero exteriorizador del querer, siendo lo relevante, en todo momento, la voluntad. Por eso, en caso de conflicto, debería prevalecer la voluntad sobre la declaración. Se llegó a afirmar que la declaración de una voluntad falsa no es, desde el punto de vista del derecho, una verdadera declaración.¹⁰⁹

85. Las consecuencias de esta tesis, condujeron a un sistemático sacrificio del sujeto que recibe la declaración y a una tutela ilimitada del declarante. Por eso, la doctrina se dio a la tarea de encontrar remedios que, siempre desde la perspectiva del voluntarismo, sancionaran a los declarantes que cul-

posa o dolosamente, emitieran declaraciones que no correspondieran a la verdadera voluntad. Es así como surgen las tan conocidas teorías de la culpa in contrahendo¹¹⁰ y del compromiso tácito de garantía¹¹¹ que tan cuidadosamente elaboraron, respectivamente, Ihering y Windscheid.

86. Los excesos de la teoría voluntarista, originaron una reacción que constituyó el movimiento declaracionista. Los adeptos de esta tesis, se valieron de varios argumentos para atacar al dogma que se había creado en torno a la voluntad. Así, algunos autores, partiendo de la distinción entre declaraciones de última voluntad y declaraciones entre vivos, sostuvieron que las segundas, a diferencia de las primeras, no son medios de reconocimiento o de prueba, sino medios para vincular y atar a los contratantes. Y puesto que todo medio que se emplee para ligar a los contratantes en sus recíprocos intereses debe ser tan firme como ofrecerle al comercio jurídico la estabilidad necesaria para su desarrollo, es necesario que la declaración emitida por un sujeto de derecho sea capaz de producir efectos aun en contra de la voluntad real.¹¹² Algunos consideraron, por su parte, que la declaración es siempre un juicio de existencia sobre la voluntad, que vincula per se al producir en otra persona la expectativa de que la prestación, que se ha prometido cumplir, sea cumplida efectivamente.¹¹³ Otros estimaron que no es posible separar la voluntad de la declaración en términos de atribuirle relevancia jurídica al mero querer interno, sino que la declaración de voluntad es la objetivación de la voluntad en el terreno real.¹¹⁴ Lo relevante, lo que existe, es la declaración y la voluntad pasa a ser considerada como mera ficción o artificio. Se llega por esta vía a sostener que la declaración, es la base del negocio jurídico.

109. Ver así, FERRARA (Francesco), *La simulación de los negocios jurídicos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, p. 2.

110. "El razonamiento de Ihering, que él trata de apoyar en varios pasajes de textos romanos es muy sencillo: todo contratante debe poner diligencia, no sólo respecto a las relaciones jurídicas ya establecidas, sino también respecto de las que se están formando. Si, pues un contratante da lugar, por su culpa, a la conclusión de un contrato nulo, es responsable frente al otro del interés contractual negativo". *Ibíd.* p. 3.

111. "Windscheid, en sus primeras ediciones de las Pandectas, imaginaba la existencia de una garantía tácita del declarante para toda consecuencia perjudicial de su declaración. El contratante —dice— debe responder de los daños que causa con su declaración, cuando traiciona la confianza de la otra parte. Debe asegurar la fe que él mismo provoca y, por eso, asume la garantía de sus consecuencias jurídicas". *Ibíd.*

112. El argumento es de WILH (Roever), en UEBER *Die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, Rostok, 1874, citado por FERRARA, *Ibíd.* p. 4. Vale decir que a este autor alemán le corresponde el mérito de haber dirigido el primer ataque decidido contra el dogma voluntarista.

113. Entre ellos HOLDER, citado por FERRARA, *Ibíd.*

114. El argumento es de KOHLER, citado por FERRARA, *ibíd.*, p. 6.

87. No obstante la defensa que hacen WINDSCHEID y ZITELMANN¹¹⁵ de la teoría volitiva, la crítica que el declaracionismo le hizo al dogma de la voluntad, al señalar que conduce al sacrificio de los intereses del que recibe la declaración y en general, de la seguridad del tráfico jurídico, acabó por minar su pretendida firmeza. Pero no por ello triunfó la tesis declaracionista. Esta incurrió en no menos contradicciones. Se apuntó en su contra, su carácter esencialmente formalista, que se detiene en los signos lingüísticos y rompe la conexión con el querer del declarante. Incluso, se dijo que su excesivo formalismo y rigidez, perjudica el libre tráfico (al que pretendió favorecer una vez) degenerando así en su propia negación.

88. La insuficiencia de las teorías discutidas, planteó la necesidad de buscar nuevas rutas, nuevos caminos que permitieran armonizar todos los intereses en juego en el momento en que se plantea un caso de disconformidad entre voluntad y declaración. A esta necesidad, responden las teorías de la responsabilidad y de la confianza.

89. Estimo que pueden distinguirse dentro de la corriente de la responsabilidad, dos variantes cla-

ramente definidas: a) aquella que se origina respecto a la otra parte y los terceros y b), la que se origina respecto de sí mismo. Para la primera tesis, el comportamiento adquiere carácter antijurídico cuando lesiona preceptos jurídicos dispuestos con el fin de tutelar intereses ajenos. En el campo civil, tiene por consecuencia el resarcimiento; en el penal, la sanción. Para la teoría de la autorresponsabilidad, el negociante doloso o culposo debe sufrir las consecuencias de su negocio pactado bajo estos supuestos.¹¹⁶

90. Por su parte, el principio de la confianza se subdivide en dos concepciones. Desde un primer aspecto, la confianza se revela como una reacción al conceptualismo jurídico —ya criticado por Ihering— y, se manifiesta a nivel de interpretación de los negocios, como un rechazo a los criterios lógico-formales de interpretación, para sustituirlos por otros sustentados en la buena fe.¹¹⁷ Desde un plano estricto, la confianza pretende asignarle a la buena fe del destinatario de la declaración, el puesto que se le asigna usualmente a la voluntad.¹¹⁸ En el primer sentido, se manifiesta como un principio de interpretación; en el segundo, como fundamento de la eficacia negocial.

115. Véase en este sentido, la exposición hecha por FERRARA, *ibid.*, p. 7: "Windscheid abandona las consecuencias extremas de la teoría volitiva y reconoce la validez del negocio jurídico, a pesar del conflicto entre voluntad y declaración, si la causa de la divergencia reside en el dolo o en la culpa lata del declarante. No se obliga simplemente al autor de la declaración disconforme con la voluntad al resarcimiento del daño, sino al cumplimiento de lo prometido, a la satisfacción de la esperanza que despertó. Así Windscheid se aleja de la teoría dominante y es el precursor y fundador de la teoría de la responsabilidad. (Ver *Schuldungstheorie*)".

116. *Ibid.* p. 269. En este sentido, ver también UMAÑA ROJAS (Ana Lorena) y PÉREZ VARGAS (Víctor), *op. cit.* p. 95. La doctrina distingue generalmente entre responsabilidad con respecto a terceros y responsabilidad con respecto a sí mismo o autorresponsabilidad. Se ha dicho que la primera "...adquiere relevancia jurídica y reclama la aplicación de remedios en relación al comportamiento del cual se puede deducir la amenaza o el peligro de la violación del precepto (final) protector del interés que el ordenamiento jurídico tiende a preservar. Así PUGLIATTI (Salvatore), *Autorresponsabilità*, Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè Editore, T. IV. 1959, p. 453. Lo propio, en el caso de la responsabilidad con respecto a terceros, es que derive de la "...violación de un precepto jurídico prohibitivo o imperativo puesto con el fin de tutelar intereses ajenos". *Ibid.* Paralelamente, se dice que "...debe insistirse para evitar confusiones, en subrayar el presupuesto esencial en base al cual el concepto de "autorresponsabilidad puede presentarse como concepto autónomo, respecto a aquel de responsabilidad con respecto a terceros (o, se puede decir, siguiendo un criterio terminológico difuso, "heterorresponsabilidad"): a saber, debe tratarse en consecuencia, de un comportamiento que no incida en la tutela de un interés ajeno o de un interés general". *Ibid.*, p. 454. "La autorresponsabilidad, entonces se refiere a la iniciativa y a la modalidad de la acción (u omisión) libre. Desde el punto de vista jurídico, esta afirmación adquiere un preciso significado, que sirve para delimitar la extensión del concepto. Si, en efecto, la libertad del sujeto se encuentra específicamente vinculada por una obligación determinada, en relación a la cual existe una situación subjetiva (activa) de otro, la acción u omisión disconforme o divergente de aquella a la cual el sujeto se encuentra vinculado, implica responsabilidad (directa) con respecto a terceros: no, por tanto, autorresponsabilidad. La obligación, ciertamente, es instrumento de tutela de los intereses ajenos. La autorresponsabilidad, como ha sido caracterizada, se circunscribe a la esfera DE LOS INTERESES DEL SUJETO AGENTE (La mayúscula es nuestra). De esta forma, parece apropiado recurrir al concepto de carga, que no implica la idea de un *vinculum iuris* respecto a terceros; más, si acaso, aquella valoración económica, en sentido lato, de la oportunidad de realizar un determinado comportamiento para la obtención de un resultado determinado "Ibid., p. 455. Debe señalarse que para que haya autorresponsabilidad, no basta con decir que el sujeto debe sufrir los efectos del acto o negocio creado o de la omisión. Esto no es sino la actuación normal de la regla de derecho. Para que haya autorresponsabilidad, es necesario que las consecuencias de la acción u omisión recaigan sobre el patrimonio o la esfera jurídica del sujeto sobre el que pesa la carga. Ver en este sentido, *Ibid.* pp. 456 y ss. El concepto de autorresponsabilidad ha sido muy usado en materia de declaraciones negociales y del error. Así por ejemplo, se dice que el que admite una declaración en broma, sin que la broma sea reconocible; o bien, quien, comete un error inexcusable o el que no advirtió un error reconocible, deben sufrir sobre su patrimonio, las consecuencias de su acción, toda vez que no ha observado la carga que el ordenamiento ha impuesto para tutelar su voluntad real, esto es, un proceder diligente.

117. Así, PIETROBON (Vittorino), *op. cit.* p. 17.

118. *Ibid.*

91. A grandes rasgos, el anterior es el panorama de la ciencia jurídica con relación al tema que nos ocupa. La determinación del sistema seguido por el derecho costarricense, deberá partir de la consideración del texto normativo legal, en virtud del principio de prevalencia del texto.

92. Ante todo, precisa determinar cuál es el papel que juega la voluntad en el Código Civil, a efecto de determinar si su orientación es básicamente voluntarista o declaracionista. Estimo que sin gran dificultad, puede decirse que la línea seguida por el Código Civil es claramente voluntarista. Para convencerse de ello, basta reparar en los siguientes casos que enunciamos a continuación, a guisa de ejemplo: 1) el artículo 1007, que señala que para la validez de las obligaciones nacidas del contrato, se requiere "...el consentimiento...", 2) el artículo 480, que estipula que "la propiedad de muebles e inmuebles se transmite con relación a las partes contratantes, por el solo hecho del convenio que tenga por objeto transmitirla, independientemente de su inscripción en el Registro y de la tradición", 3) las reglas que sancionan con la invalidez, al negocio afectado por error, dolo, fuerza, miedo, 4) el artículo 627, que señala que para la validez de las obligaciones es indispensable, entre otras cosas la capacidad de la parte que se obliga,¹¹⁹ 5) la relevancia asignada a los motivos en materia sucesoria, toda vez que la voluntad es, por naturaleza, teleológica. Todos estos ejemplos señalan claramente que el Código, en este punto, ha hecho una clara elección al determinar el fundamento de la eficacia negocial, señalando a la voluntad, como el eje del sistema.

93. Las consideraciones hechas con respecto a la voluntad y al papel que esta juega en materia civil, pueden aplicarse, de manera general, a la materia mercantil: el régimen de invalidez, es el mismo, ya que éste es en principio unitario en el Derecho Privado costarricense. Incluso el principio voluntarista se ve reforzado en materia contractual por el

Artículo 411 del Código Mercantil, que señala que: "Los contratos no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que *quisieron obligarse*".

94. El problema que se plantea, por tanto, no es el de determinar cuál es el fundamento del sistema negocial, sino, por el contrario, el precisar si la voluntad es en todo caso relevante, o si es posible elaborar un concepto de voluntad jurídicamente relevante.

95. Estimamos, junto con un sector doctrinal¹²⁰ que la voluntad no es en todo caso relevante como pilar del sistema negocial. Es decir, el concepto de voluntad psicológico, se distingue del concepto jurídico que se puede formar de ella. Esto es así, en virtud de que la ley subordina la relevancia, de la voluntad al cumplimiento de determinados requisitos. El Derecho sanciona la voluntad (cuidándola de aquellos elementos que la vicien o la eliminen y colocándola como fundamento de la eficacia negocial) porque es un instrumento idóneo para armonizar los intereses sociales, mediante el desarrollo del tráfico jurídico. Por ello resulta lógico que, cuando la voluntad no cumple con los cometidos por los cuales se hace acreedora de la tutela del ordenamiento, el Derecho le niegue su protección. El Derecho se ocupa de que la voluntad no se desnaturalice, convirtiéndose en un elemento omnipotente, dominador irrestricto de las relaciones intersubjetivas. Esto se evita, introduciendo límites a su relevancia. Aquí precisamente entra a jugar el problema de la esencialidad, —que ya estudiamos—, y el de la excusabilidad o reconocibilidad. En otras palabras, éstos funcionan como excepciones al principio de la relevancia de la voluntad, por lo que su estudio debe ser hecho a la luz de las teorías de la responsabilidad y la confianza.

119. Se ha distinguido la capacidad jurídica que designa "...la posición general del sujeto en el mundo del derecho como destinatario en parte actual y en su mayor parte potencial, de los efectos jurídicos (y sustancialmente, como destinatario de todos los intereses del sistema)". Así, PÉREZ VARGAS (Víctor). *Existencia y capacidad de las Personas*, San José, Costa Rica, Lex. Lic. Cuarta Edición, 1977, p. 40. Paralelamente se habla de capacidad de actuar, entendida, como 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 en el mundo del Derecho, determinando con su propio comportamiento la aplicación de las normas y el nacimiento de los efectos por ellas predispuestos. En otras palabras, la capacidad de actuar es la posibilidad de realizar personalmente comportamientos que provocan la constitución de efectos jurídicos". *Ibíd.* p. 44. Desde esta segunda perspectiva, es claro que la capacidad requiere, del sujeto, la posibilidad de conocer y valorar sus actos y la facultad de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Y esto lo valora el Derecho porque, según lo expusimos, los aspectos cognoscitivos y valorativos son siempre presupuestos de la voluntad.

120. La idea de un concepto de voluntad jurídicamente relevante es de FRANCESCO FERRARA, así, FERRARA, *op. cit.* pp. 37 y ss.

96. Parece claro, que la teoría de la confianza, tal y como la hemos definido, no tiene cabida, de manera general, en nuestro ordenamiento jurídico. Según lo vimos, la teoría de la confianza tiende a asignarle a la buena fe del destinatario de la declaración, el papel que juega, a nivel de eficacia, la voluntad. Señala que, allí donde la declaración haga suscitar la confianza en el receptor, el negocio habrá de estimarse perfecto y habrá de producir, por tanto, sus efectos típicos aun cuando no haya mediado dolo o culpa del declarante. Desde esta perspectiva, en un eventual conflicto entre una voluntad tutelable (por no haber mediado dolo o culpa del declarante) y la confianza del tercero, el derecho habrá de inclinarse por tutelar a ésta en desmedro de aquella. Claro que se dice que la confianza ha de ser a su vez tutelable, porque esta teoría hace que se traslade el requisito de la diligencia del declarante al receptor de la declaración: si el receptor pudo con una mediana diligencia reconocer la divergencia entre voluntad y declaración, su confianza no sería tutelable. Ahora bien, las normas que disciplinan a la voluntad como fundamento de la eficacia negocial, son en principio de carácter imperativo, por lo que sólo pueden dejarse de observar en virtud de disposición expresa de la ley. Y es claro que si el conflicto entre una voluntad tutelable y la confianza del tercero se resuelve en favor de ésta y se deja sin protección aquella, se violarían flagrantemente las normas que sancionan la eficacia negocial y la voluntad como fundamento de aquella. El criterio de la confianza como fundamento de la eficacia negocial, elimina la importancia de la fase de planeamiento negocial y, en última instancia, hace que el negocio devenga pura ejecución.

97. A diferencia de lo que ocurre con el criterio de la confianza, la tesis de la autorresponsabilidad

sí parece de recepción en nuestro ordenamiento. De conformidad con este último criterio, en el conflicto entre una voluntad no digna de tutela (por haber mediado dolo o culpa del declarante) y la confianza que haya suscitado la declaración en un tercero de buena fe, el Derecho se inclinará en favor de las legítimas expectativas del tercero, en perjuicio de la voluntad no tutelable.

98. De conformidad con un sector doctrinal¹²¹ la teoría de la autorresponsabilidad requiere de norma expresa para que sea de recepción en un ordenamiento jurídico dado. En este sentido, conviene señalar que, según la doctrina, la autorresponsabilidad se justifica en última instancia por una exigencia de equidad negocial. El obligar al declarante doloso o culposo a cumplir las consecuencias de su acto, no es sino una consecuencia que nace del principio de la equitativa nivelación de los intereses negociales.¹²² Ahora bien, la equidad se encuentra aceptada de modo claro en el Derecho costarricense en tres artículos fundamentales del Código Civil: a) artículo 11, que señala que "la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita", b) artículo 21, que estipula: "Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe" y c) artículo 1023, que reza: "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta". Este artículo 1023, permite expresamente fundar una obligación contractual única y exclusivamente en una razón de equidad. El artículo 11, por su parte fija la pauta que habrá de guiar la interpretación y aplicación de las normas que disciplinan la voluntad

121. PIETROBON (Vittorino), op. cit. p. 269 in fine.

122. Téngase presente que el principio que le sirve de base al de la confianza, es precisamente, el de la "equitativa nivelación de los intereses. Así, p. 234. Debe tenerse presente que, en el ámbito de las declaraciones negociales y fundamentalmente, del error, la teoría de la autorresponsabilidad, aun cuando tiene su "causa eficiente" en el dolo o culpa del sujeto, presupone el que el destinatario de la declaración haya confiado en las manifestaciones del declarante. Por eso, se habla, en un sector de la doctrina, de autorresponsabilidad por la confianza ajena. Así, PIETROBON (Vittorino) op. cit. p. 269. La razón es clara: si se le exige diligencia al declarante, lo mismo debe pedirse del receptor de la declaración negocial. En este sentido se ha dicho que "Aquel que emite una declaración de naturaleza negocial, y especialmente una declaración contractual, asume la responsabilidad relativa a la existencia y al contenido de la declaración misma. El fundamento de tal responsabilidad, estará en el "dato elemental e indiscutible de que, del íntimo querer de cada una, la otra parte nada sabe, ni está supuesta a saber, sino aquello que le revele y le hace patente la declaración y la conducta de la primera". La responsabilidad, nace de la fundamentación de la convivencia y de la correlativa exigencia de la comunicación por palabras y señas. El lenguaje, en efecto, tiene una base social de naturaleza convencional, por la que, cuando se ejerce fuera del campo de los fenómenos y de las consecuencias jurídicas, la violación de las normas convencionales tiene en sí misma la sanción de la incomprensión y del equívoco; en tanto que, cuando incide en las relaciones intersubjetivas jurídicamente relevantes, creando legítimas expectativas o constituyendo el instrumento en base al cual se da vida a relaciones jurídicas, es fuente de autorresponsabilidad para quien lo emplea, en relación al hecho de haberlo empleado y en relación al modo en que ha sido empleado". Así, PUGLIATTI, Autorresponsabilidad, op. cit. p. 461. Esto pone de manifiesto que, por el hecho de que las declaraciones pueden hacer surgir "legítimas expectativas" (Es decir, que los terceros pueden depositar en ellos su confianza), la idea de la autorresponsabilidad está ligada a la idea de la confianza.

como eje del sistema negocial. Es claro: es una consecuencia de equidad el impedir que la voluntad se convierta en dominador irrestricto de la materia negocial. Por su parte, el artículo 21, limita el derecho conferido a las partes de invalidar el negocio y ser restituidas al estado en que se hallarían de no haber existido un negocio inválido. Esto, porque el que concurre dolosa o culposamente a causar la invalidez negocial, lesiona la buena fe contractual. En el caso de la culpa, la falta de diligencia perjudica gravemente el deber de colaboración negocial. En estas normas, reside el fundamento normativo de la autorresponsabilidad.

99. No nos resta ahora sino determinar cuál de los requisitos subjetivos del error —el de la excusabilidad o el de la reconocibilidad— se adecua al criterio de responsabilidad válido para el Derecho costarricense. La respuesta puede obtenerse ahora, con relativa facilidad. La reconocibilidad señala que el error sólo es relevante en caso de que haya sido reconocible. Si esto no es posible, se estima que el receptor de la declaración viciada por error, ha depositado su confianza en ella y por tanto el acto deberá mantenerse y producir sus efectos típicos, aun careciendo de voluntad real. El sujeto que recibe la declaración viciada por error irreconocible, podrá exigir su cumplimiento forzoso o el cumplimiento por equivalente. Se evidencia por tanto, que la tesis de la reconocibilidad tiene fundamento en el principio de la confianza como fundamento de la eficacia negocial, que no es de recepción en nuestro sistema (salvo eventuales excepciones introducidas por la ley, que son de naturaleza específica y de interpretación restrictiva).

100. Por tanto, estimamos que el único límite aceptable en nuestro sistema, es el que viene impuesto por el principio de la excusabilidad, que señala que el sujeto que incurra en error inexcusable, no podrá hacer valer las conse-

cuencias de su propia negligencia a efecto de impugnar el acto nacido defectuosamente por su culpa. Esta tesis, tiene sustento en el moderno principio de la autorresponsabilidad y es la que parece correcto aplicar.

2) Excusabilidad y reconocibilidad en la apariencia.

101. Si se parte de la idea de que el defecto de conocimiento (que lleva al tercero a estimar que la situación jurídica de su conegociante es perfecta sin serlo) es constitutivo de error, en sentido jurídico-negocial, debe llegarse por esta vía a aplicarle un juicio de excusabilidad¹²³ o reconocibilidad. Esto porque la buena fe que priva en este tipo de error, es la que rige en todo el derecho de obligaciones y que se descompone, por una parte, en el postulado de la diligencia, del cual excusabilidad y reconocibilidad son expresiones suyas.

102. En cambio, si se acepta que el error que caracteriza al elemento subjetivo de la apariencia, no tiene el carácter jurídico negocial, puede admitirse sin problema alguno, la posibilidad de que produzca sus efectos típicos con independencia de toda relación con el juicio de excusabilidad o reconocibilidad.

103. Esta idea, se ve reforzada por la siguiente consideración: la buena fe que domina en los casos de apariencia, es la que denominamos objetiva, es decir, la que se funda en datos externos, independientes del sujeto que la invoca. Este tipo de buena fe, reviste tan sólo un carácter negativo, pues, como vimos, se reduce a la ausencia de mala fe. Por darse con independencia de los comportamientos subjetivos y por tener un carácter negativo, la buena fe objetiva no precisa, para su configuración, de estar ligada a la idea de diligencia, que es un comportamiento de carácter positivo.¹²⁴ En consecuencia, si el elemento subjetivo de la apariencia no precisa de la diligencia para generar sus efectos típicos, tampoco necesitará para ello,

123. Así se manifiesta expresamente, entre muchos otros FALZEA (Apparenza). Op. cit. p. 74 y ss.

124. Sobre el punto se ha dicho que "ciertamente, la apariencia de derecho está integrada por circunstancias tales que excluyen, siempre en línea de principio, la posibilidad del tercero de conocer con un mínimo de diligencia la situación jurídica real del alineante y entonces la prueba de la apariencia de derecho implica el establecimiento de una serie de idénticas circunstancias capaces de legitimar una "prae sumptio hominis", no simplemente de la buena fe del tercero, sino también de la buena fe no imputable a culpa grave". Así, MENGONI (Luigi) Acquisto "a non domino", Novissimo Digesto Italiano, Torino, U.T.E.T., Terza Edizione, T.I. 1968, p. 248.

por mayoría de razón, unirse a un juicio de excusabilidad o reconocibilidad. Estos presuponen la

idea de diligencia y por tanto, la relevancia de la culpa grave.¹²⁵

CONCLUSIONES

104. Del desarrollo del presente capítulo, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a. En primer término, debe tenerse presente el hecho de que tanto el error, como la ignorancia autónomas presentan problemas prácticos diversos, cada uno de los cuales es susceptible de recibir un tratamiento jurídico normativo particular. Esta distinción, puede comprenderse claramente mediante el uso de un concepto específico: el contenido objetivo del negocio.

b. Tanto la idea de contenido objetivo, como la de ignorancia autónoma, permiten una nueva visión de lo que ha sido dado en llamar "error común", y de las teorías de la presuposición y de la base negocial.

c. Los problemas del error, de la ignorancia y del elemento subjetivo de la apariencia, pueden ser reconducidos al género de la "patología del conocimiento". Sin embargo, la circunstancia de que todos ellos pertenezcan a la misma categoría

genérica, no debe hacernos olvidar las diferencias específicas que median entre ellos.

d. Estas diferencias específicas, se manifiestan siempre, en el plano jurídico, bajo la forma de efectos de derecho que crean una particular disciplina.

e. Que la particular disciplina del error, a nivel estructural, se manifiesta en la exigibilidad de que el error sea esencial, excusable o reconocible para ser a su vez, jurídicamente relevante.

f. La debida inteligencia del problema de la apariencia, demuestra que esta plantea un problema de conocimiento diverso del error en sentido jurídico negocial.

g. La última consecuencia que se sigue de nuestro desarrollo, es la de excluir los problemas de apariencia, del ámbito de aplicación de la máxima: "Error Communis Facit Ius". Se trata, como vimos, de lo que se ha denominado como error legítimo.

125. Se ha dicho que "El error inexcusable no es menos error que aquel que es excusable, y por eso en ningún caso la culpa grave puede poner en discusión la existencia de la buena fe. El problema de la culpa grave, implica, en cambio, la pregunta de si la buena fe determinada por crasa negligencia, es suficiente. En estos términos, el problema ha sido correctamente establecido por el legislador de 1942, en relación a los efectos de la posesión de buena fe, y resuelto en el sentido de que "la buena fe no juega si la ignorancia depende de culpa grave" (artículo 1147, inciso 2). La culpa grave no excluye la buena fe, sino su relevancia jurídica y por ello viene equiparada, quod effectum, a la mala fe". Así, *Ibid.*, p. 247. Las observaciones del profesor MENGONI, son aplicables a lo que hemos denominado error en sentido jurídico negocial. Aquí el error debe ser excusable —o reconocible—, debido a que el criterio de buena fe, que lo sustenta supone la diligencia de los sujetos y por tanto la relevancia de la culpa grave a efecto de eliminar el carácter excusable o incluso reconocible del error. Esta culpa, no hace que desaparezca el error, pero sí excluye la relevancia de la buena fe que pudiera sustentarse en aquella.