

SECCION II

ELEMENTOS ESENCIALES ESTRUCTURALES DEL NEGOCIO JURIDICO

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

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

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

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

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

1. LA VOLUNTAD.

A. Generalidades.

En un sentido ético, la voluntad es la actitud o disposición moral para querer algo (166).

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

"El acto que emana del ejercicio de esta voluntad de determinación de la acción con conoci-

miento de motivos y fines se denomina 'acto voluntario'. . .". "En este tipo de comportamiento encontramos tres momentos. . ."

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

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

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

Este acuerdo se denomina consentimiento; pero la operación interna, psicológica, no basta; debe formularse exteriormente por una declaración en la cual se manifieste su existencia. (168).

B. DESARROLLO DEL PAPEL DE LA VOLUNTAD.

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

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

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

(166) ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 300.

(167) PEREZ, Víctor. *Voluntad y manifestación en el negocio jurídico*. Revista Judicial No. 5, Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica, 1977, pág. 99.

(168) COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, págs. 208-209.

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

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

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

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

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

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

C. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

a. Autonomía de la voluntad y negocio jurídico:

En el negocio jurídico rige la regla de que el

sujeto tiene autonomía de voluntad. Puede o no celebrarlo, y, celebrándolo, puede regular mediante él sus relaciones jurídicas como deseé. Los particulares regulan sus relaciones recíprocas a la satisfacción de las necesidades propias según su libre apreciación; la autonomía privada es el mecanismo que mueve toda relación recíproca de intereses privados (173).

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

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

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

"Nuestro sistema de contratación civil está regido por el principio de autonomía de la voluntad, sea en la intención de las partes al convenir" (175).

b. Límites:

La autonomía de la voluntad encuentra en su misma esencia los límites dentro de los cuales opera: solo puede disponerse de los propios intereses hasta la barrera constituida por la igual autonomía de los demás sujetos (176).

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

En algunos sectores, como en el Derecho de Familia, los límites abundan hasta reducir en la práctica a un estrecho círculo al alcance del principio. En el Derecho de Obligaciones la autonomía alcanza su máxima extensión, particularmente a través de los contratos. Sin embargo han surgido cantidad de limitaciones que han restringido su

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

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

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

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

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

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

(175) Cas. 14:45 hrs. 10 Jun. 1951, I sem., tomo único, pág. 515. "La autonomía de la voluntad que rige en la contratación civil, permite conforme a la doctrina y a la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación, que las partes puedan introducir, en una forma temporal o definitiva, variaciones o modificaciones a un contrato". Cas. No. 95 de 15:30 hrs. del 31 de agosto de 1961, semestre II, tomo I, pág. 296.

(176) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 55.

alcance práctico, y que son consecuencia por un lado, de la concentración de capitales, y por otro, por la intervención del Estado (177).

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

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

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

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

D. DIRECCION DE LA VOLUNTAD.

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

El criterio del fin práctico es compartido en la jurisprudencia:

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

E. EL PAPEL DE LA VOLUNTAD.

a. Causa de los efectos.

La ley es la que dota de eficacia la voluntad del hombre; no es la voluntad la que produce los efectos, ni el ordenamiento por sí solo, sino que la ley autoriza a la autonomía privada, dotando de

efectos jurídicos al negocio; *"el derecho pone los efectos correspondientes a la voluntad"* (180).

b. Relación voluntad-norma:

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

La voluntad es el presupuesto de hecho para la realización del efecto, para la actualización de la norma (181).

c. La voluntad, elemento sustancial del negocio.

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

d. El papel de la voluntad en nuestro derecho civil.

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

En el Código Civil no se habla de voluntad, pero se debe entender como referencia a ella cuando se habla de consentimiento (arts. 53, 579 C.C.). Se establece que el consentimiento libre y claramente manifestado es elemento esencial de los contratos (arts. 1007 y 1008 C.C.), pues solo entonces se revela la existencia de un núcleo de intereses jurídicamente relevantes, y se ha afirmado que la validez de un acto o contrato descansa en la voluntad del otorgante (182).

La voluntad puede tener efectos jurídicos en virtud del reconocimiento del Derecho cuando es manifestada por un sujeto capaz de actuar. Pero la importancia de este elemento se observa en los casos de vicio o defecto de la voluntad, que producen invalidez del negocio, tanto cuando falta la capacidad de actuar, o la natural, con lo que falta

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

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

(179) Sala Primera Civil, No. 219 de 9:00 hrs. del 27 de agosto de 1973. En Boletín Informativo C.S.J., No. 215, pág. 47.

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

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

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

un presupuesto subjetivo del negocio, como en las hipótesis que se producen aún cuando el sujeto es capaz de actuar; el error, la fuerza o miedo grave, el dolor, etc., y que serán estudiados posteriormente.

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

- Regulación de precios, por ej.: la Ley de Protección al Consumidor, fijación de precios máximos a determinados bienes según disposiciones de la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía, Industria y Comercio. (Ley 1208 de 9 de octubre de 1950 y Ley 3914 de 15 de julio de 1967).
- Intervención en los servicios públicos, por ej.: la fijación de tarifas de autobuses.
- Intervención en materia de arrendamiento de inmuebles urbanos (Ley de Inquilinato No. 6, 21 de setiembre de 1939).
- Intervención en materia agraria (Ley de Tierras y Colonización No. 2825 de 14 de octubre de 1961).
- En materia laboral (Código de Trabajo), por ej.: art. 11.

- En materia de comercio (por ej., respecto a los productos farmacéuticos, y fijación de precios máximos en los artículos de primera necesidad).

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

F. VOLUNTAD DE LA MANIFESTACION Y VOLUNTAD DEL CONTENIDO.

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

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

La voluntad del contenido es la que tiene por objeto el resultado práctico o jurídico del negocio (184).

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

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

G. EL CONSENTIMIENTO.

- a. Generalidades.
En los actos bilaterales la voluntad toma el nombre de consentimiento, que es el acuerdo de

las voluntades de dos o más sujetos, la concordancia de las voluntades de las partes que celebran el negocio, puede ocurrir de modo expreso o tácito. Consentimiento deriva del latín "cum-sentire" sentir con, es el común sentimiento de varias

(183) Se emplea aquí la palabra "objeto" en sentido teleológico.
 (184) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 404.
 (185) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 407.

personas, cuya definición se confunde con la del contrato mismo (186).

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

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

Dentro del consentimiento pueden distinguirse tres fases (187):

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

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

b. La oferta y la aceptación.

La oferta es un acto jurídico por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato, en términos tales que basta que el destinatario la acepte para su perfección (188). Puede ser verbal o escrita, expresa o tácita; puede hacerse a una persona determinada, o bien indeterminada, como cuando va dirigida al público en general, de modo que cualquiera puede aceptarla. Se plantea la duda acerca de la fuerza obligatoria de la oferta, de si ella liga a quien la hace, al menos cierto tiempo, colocándolo a disposición contractual del destinatario. La doctrina y la jurisprudencia francesas responden negativamente (189). Pero algunos códigos (como el alemán y el chino) formulan un

principio opuesto, dando a la oferta existencia jurídica independiente. Nuestro Código Civil acepta esta última posición. Regula la oferta a persona determinada (arts. 1010 y ss.) estipulando que la oferta puede retirarse mientras no haya sido aceptada por la otra parte, (190) y fijando plazos durante los cuales el proponente está obligado a mantener su oferta que obliga a sus herederos y representantes, en caso de muerte o incapacidad del proponente no hay regulación acerca de la oferta hecha al público.

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

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

c. Momento en que se forma el consentimiento:

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

Entre presentes, como la aceptación es conocida por el oferente sin que medie un espacio de tiempo apreciable después de ser emitida, no hay problema para afirmar que el consentimiento se forma en el momento en que se da la aceptación (arts. 1009 y 1011 C.C.) es decir, cuando las partes se ponen de acuerdo sobre todos los puntos, y saben que existe el consentimiento mutuo. El momento puede quedar diferido si las partes subordi-

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

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

(188) ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 314.

(189) JOSSEMAND, op. cit., supra nota 24, pág. 41.

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

(191) ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 41.

(192) ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 325.

nan la perfección del acuerdo a la redacción de un escrito en forma de documento privado o notorial (193).

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

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

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

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

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

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

d. Importancia del consentimiento.

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

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

2. LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD.

A. El negocio como comportamiento humano. Necesidad de la objetividad en el derecho. La manifestación.

La manifestación es elemento constitutivo del negocio, se integra con la voluntad, formándose una unidad: la manifestación de voluntad (196).

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

Toda manifestación es un tipo de comportamiento.

a. **El comportamiento:** Es un género dentro del cual se colocan las especies de hecho humanos manifestativos y no manifestativos. Las hipótesis posibles de comportamientos pueden sintetizarse así (198):

- 1) el comportamiento físico, referido a la materia (material);
- 2) el comportamiento orgánico, que va referido al ser viviente (vital);

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

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

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

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

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

(198) FALZEA, Angelo. *Voce Manifestazione*. En "Enciclopedia del Diritto", tomo XXV. Giuffrè-ed. Italia 1975. págs. 443 y ss.

- 3) el comportamiento animal, manifestativo en tanto es propio del organismo dotado de conciencia empírica y capacidad comunicativa;
- 4) el comportamiento humano, que puede calificarse como simbólico, es propio del animal con conciencia espiritual y lenguaje.

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

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

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

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

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

c. Manifestación significativa y manifestación simbólica.

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

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

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

En el campo de la manifestación, esta comprende aquellas dos posibilidades. La manifestación significativa es aquella en que el hecho manifestante es un comportamiento concreto; en la manifestación simbólica el hecho manifestante es una actividad simbólica, abstracta, lingüística; es el campo de la declaración (203).

d. Tipos de manifestación (204):

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

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

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

B. Manifestación de voluntad como elemento del negocio jurídico.

a. La manifestación como elemento formal del negocio.

Todo fenómeno jurídico tiene un elemento material y un elemento formal: su sustancia y su forma de presentarse. En el negocio jurídico hay un elemento interno, sustancial, que es la voluntad, y un elemento externo o formal, que es su

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

(200) FALZEA, op. cit., supra nota 198, pág. 445.

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

(202) FALZEA, op. cit., supra nota 198, pág. 472.

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

(204) PEREZ, íd., pág. 21.

objetivación a través de la manifestación. De allí que en este sentido amplio, el término "forma" se aparta de su significación tradicional, restringida como sinónimo de formalidad, para parecer como sinónimo de manifestación, en tanto que es el modo como el negocio se presenta a los demás, su figura exterior (205).

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

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

b. Naturaleza y sentido de la manifestación:

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

La reciente doctrina italiana, encabezada por CARNELUTTI y BETTI, distingue los actos trascendentes para el Derecho en actos con efecto psíquico o interno y actos con efecto material o externo; los primeros se subdividen según que el cambio deba producirse en la mente del autor del acto o en la de otros destinatarios. Cuando el suceso va dirigido a otros el acto asume la figura de la

declaración; cuando afecta al mismo actor, es una aprehensión de conocimiento (209).

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

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

c. La manifestación, elemento esencial del negocio:

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

El negocio solo puede ser jurídicamente considerado cuando se expresa la programación de intereses, pues esa es su figura jurídica primaria (212).

d. La manifestación de voluntad en el contrato.

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

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

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

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

(207) GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 27.

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

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

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

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

(212) PEREZ, op. cit., supra nota 55, págs. 5 y 6.

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

C. CLASES DE MANIFESTACIONES DE VOLUNTAD.

a. 1) Declaraciones expresas y tácitas.

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

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

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

Según esta teoría subjetiva, debe observarse la intención del agente de hacer la declaración, que faltaría en la declaración tácita (214).

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

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

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

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

2. Crítica a la distinción entre declaraciones expresas y tácitas.

A la teoría subjetivista se objeta la dificultad de indagar en la intención del agente, a la otra

teoría se opone que un comportamiento objetivamente concluyente puede corresponder por sus usos a los intereses del medio social, a un comportamiento no negocial (216).

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

b. Declaración y manifestación en sentido estricto:

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

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

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

La distinción puede establecerse con base en los dos subtipos de relación de significación: significación por señales y significación por símbolos. Un signo puede ser señal o símbolo según permita inferir la realidad o se limite a evocar la estructura ideal del fenómeno significado (219).

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

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

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

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

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

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

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

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

son simbólicos; pueden ser fonéticos, gráficos, mímicos (220).

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

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

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

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

c. Manifestaciones presuntas.

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

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

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

En otros casos la ley no admite prueba en contrario; la conducta debe valer lisa y llanamente como manifestación de voluntad de un determi-

nado contenido. Solo había en realidad una manifestación de voluntad si existía en efecto una conciencia de manifestar; no obstante, aún faltado esta, la conducta debe considerarse manifestación por disposición del derecho (224). Son las llamadas manifestaciones legalmente determinadas o típicas, por ejemplo, la tácita reconducción del contrato en materia de arrendamiento, por la cual basta con la continuación de hecho del estado de arrendatario, para que se considere la existencia de una voluntad de prolongar el contrato.

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

d. Manifestaciones recepticias y no recepticias.

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

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

e. Manifestaciones directas e indirectas.

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

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

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

f. Manifestaciones mediatas e inmediatas.

Es inmediata una manifestación si el acto por el cual se expresa es percibido inmediatamente por el sujeto destinatario. Es mediata cuando llega al

(220) GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 29.

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

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

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

(224) Id., pág. 118.

(225) Id., pág. 118.

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

(227) GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 28.

destinatario no el acto del declarante, sino otro provocado por él (manifestaciones a través de mensajero, telégrafo, radio, etc.).

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

g. Negocios declarativos.

Negocios de voluntad o de actuación.

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

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

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

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

h. El silencio (229).

1. Como manifestación de voluntad.

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

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

No es posible que un sujeto atribuya un significado al silencio de otros; por ej., que el oferente de un contrato establezca que de no recibir contes-

tación considerará aceptada la oferta. El destinatario de tal oferta no tiene ningún deber de declarar, y por consiguiente no queda vinculado. Un significado semejante solo puede derivar de la ley o de previo acuerdo de las partes.

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

2. Como omisión de una manifestación:

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

i. Protesta y reserva:

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

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

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

j. Perfección de la manifestación:

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

k. Reproducción de la manifestación:

Debe hacerse la diferencia entre la manifestación, y su reproducción mediante documentación. Tanto cuando se exige documentación ad substan-

(228) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, págs. 228-230. GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 35.

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

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

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

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

tiam, como ad probationem, el documento es una reproducción o representación material de un acto previo, pero no el acto mismo. La documentación vale como representación de la manifestación (233).

D. FORMA Y FORMALIDADES DEL NEGOCIO JURIDICO:

a. Manifestación, forma y formalidad:

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

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

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

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

La forma se ha considerado también como el modo de ser de la manifestación (236), o el modo de ser del negocio, la vestidura exterior de los ele-

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

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

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

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

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

b. Forma en sentido estricto. Las formalidades del negocio.

El ordenamiento pone algunos límites a la autonomía de las partes, disponiendo para ciertos

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

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

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

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

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

(238) COSSIO, cit., por GUILLON, supra nota 137, págs. 91-92.

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

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

actos la adopción de formalidades determinadas. La razón es que las partes tomen conciencia de la importancia y consecuencias del negocio.

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

1. La forma en el Derecho romano:

Los derechos modernos optan en general por la forma escrita.

El derecho romano se distingue por predominar las formalidades orales; sus formas eran verbales, con uso de términos fijos y sacramentales, a menudo simbólicos, generalmente típicas del determinado acto y correspondientes a su naturaleza. Ejemplos clásicos son la mancipatio y la estipulatio.

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

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

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

2. Posibilidades formales del negocio:

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

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

Los sujetos pueden adoptar cualquier forma negocial (243). Sin embargo, el ordenamiento dispone algunos límites, estableciendo para ciertos actos la adopción de formas determinadas. Este es

el concepto de forma en sentido estricto, es decir, de formalidad. De allí que es más correcto hablar de negocios con forma libre y negocios con forma vinculada, o de formas libres y forzadas (244).

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

i. Formalidades ad substantiam:

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

En otros casos la ley impone unas determinadas formalidades para ciertos negocios. Ej. de ello son todos los del Derecho de Familia: matrimonio, adopción, reconocimiento del hijo extramatrimonial (art. 89 C.F.); en el campo familiar patrimonial, las capitulaciones matrimoniales (art. 37 C.F.). En el derecho patrimonial, la donación y el testamento (arts. 1397, 583, 585 y 587 C.C.); los negocios traslativos o constitutivos de derechos reales; la venta de inmuebles, usufructo (art. 335 C.C.) uso y habitación (art. 366), servidumbre (arts. 378, 379, 385, C.C.), la hipoteca (art. 409 C.C.), etc.

Ciertos actos jurídicos deben publicarse, para que lleguen a conocimiento de terceros. Ej.: actos de adquisición y transición de inmuebles. Cuando estas formalidades no se llenan, el acto es válido, pero no produce ningún efecto respecto a las personas protegidas por las medidas de publicidad (245).

Cuando la ley exige la forma escrita o documentación, la suerte del negocio está conectada a la del documento, siendo posible su reconstrucción. El ordenamiento prevé dos formas escritas principales: la escritura privada y el acto público. La primera es el documento, en cualquier modo redactado, suscrito por las partes. El acto público en cambio es una formalidad muy rigurosa, que consiste en la redacción por escrito y obra del funcionario público, de las declaraciones hechas por las partes (246). Debe hacerse la distinción entre documento público, definido por el artículo 732 C.C. como el que ha sido redactado o extendido por un funcionario público según las formalidades requeridas, y dentro del límite de sus atribuciones, e instrumento público, que según el artículo 733 C.C. es la escritura otorgada ante Notario o Cartulario legalmente autorizado para el otorgamiento

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

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

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

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

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

(246) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 116. En el Derecho romano la escritura tuvo escasa importancia;

del documento, y ante los testigos instrumentales del caso. Ambos tienen un efecto sustancial probatorio; hacen plena prueba de lo que el funcionario declara que vio u oyó; la regla no es absoluta, pues la fe pública no cubre el contenido de la declaración, sino solo da la certeza de que se declaró. Si el negocio está viciado, no se convalida con la fe pública del funcionario (247).

El documento privado tiene valor entre las partes; pero puede alcanzar el mismo valor que un documento público si es reconocido judicialmente o declarado por reconocido conforme a la ley (art. 741 C.C.).

ii Formalidades ad probationem:

En otros casos el ordenamiento exige la forma, pero con consecuencias menos drásticas. Por ej. un negocio cuya cuantía exceda los ₡ 250 debe documentarse (art. 752 C.C.), ya no para efectos de validez sino de prueba. Son formalidades ad probationem; requieren al menos forma documental (248).

3. Formas convencionales:

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

El pacto que imponga una forma determinada debe ser hecho por escrito. Si las partes no han declarado expresamente que la forma convencional es necesaria solo para la prueba, se presume querida como requisito de validez del futuro negocio (249). De modo que teóricamente puede hablarse de forma voluntaria ad substantiam y ad probationem.

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

4. Manifestación, documento y documentación.

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

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

5. La forma y los negocios conexos.

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

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

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

Los pactos sin formalidades agregados a nego-

generalmente el documento no corporificaba el negocio, sino solo antestiguaba el acto negocial externo a él. Era un simple documento probatorio. JORS-KUNKEL, op. cit., supra nota 117, pág. 141.

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

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

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

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

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

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

cios para los cuales la ley no exige formas determinadas, sí tiene valor (253).

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

Puede ocurrir que el contenido de un negocio concreto, o una de sus modalidades, se determine con referencia y remitiéndose a una fuente extraña al negocio; es el negocio *per relationem*, el cual sería nulo en principio, por cuanto falta la forma que la ley impone; aunque el otro acto puede constituir, por sí, un negocio si persiste la voluntad (255).

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

c. Función y finalidad del formalismo en el negocio.

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

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

Ellas implican protección contra la precipitación: son para la persona algo especialmente solemne, con lo que inducen a la reflexión en aquellos negocios de particular importancia. Por medio de las formas se induce a las partes a expresarse con mayor exactitud, a crear una expresión

de la voluntad clara y completa. Se aísla el negocio separándolo de los tratos y conversaciones previas, se facilita la prueba, simplificando los litigios.

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

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

3. RELACIONES ENTRE VOLUNTAD Y MANIFESTACION.

A. El conflicto entre voluntad y manifestación:

El problema de las relaciones entre voluntad y manifestación surge básicamente ante los fenómenos de falta de voluntad, bien del contenido, bien de su exteriorización. Se trata de aquellos casos en que la manifestación se realiza mecánica, inconsciente u obligadamente, o bien la manifestación es querida, pero no su contenido, y en fin, cuando la apariencia exterior del negocio no coincide plenamente con lo querido, sea o no voluntariamente (260). Entonces se plantea el valor de una y otro, cuál debe prevalecer sobre cuál. Al respecto se han formulado varias teorías.

a. Teoría de la voluntad:

La teoría más antigua, encabezada por SAVIGNY, sustenta que la voluntad es el elemento esencial del negocio, y la declaración solo un medio de revelación. En caso de conflicto debe prevalecer la voluntad. El querer interno es el elemento

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

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

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

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

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

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

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

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

productor de los efectos jurídicos. La declaración solo tiene el fin de llevar a conocimiento del otro interesado la voluntad real; por eso el negocio no puede ser eficaz si falta la intención de concluirlo, en cuanto una declaración sin voluntad correspondiente es "como un cuerpo sin alma". Por tanto será nulo el negocio tanto si falta la voluntad de hacer la declaración, como si la voluntad efectiva no es la que resulta de la declaración.

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

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

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

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

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

Para LEHMANN (264) desde el punto de vista práctico es preferible como regla la teoría de la voluntad.

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

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

b. Teoría de la declaración:

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

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

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

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

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

c. Teorías intermedias:

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

(261) Cit. por GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 30.

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

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

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

(265) Cit. por GUILLON, op. cit., supra 137, pág. 30.

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

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

los cuales el derecho atribuye significado y eficacia (268).

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

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

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

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

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

La responsabilidad viene a tener una doble dirección: hacia la otra parte y los terceros, con la

obligación de resarcir el daño que se produzca, y autorresponsabilidad, por la cual el declarante doloso o culposo debe sufrir las consecuencias del negocio (271).

4. AUSENCIA Y VICIOS DE LA VOLUNTAD.

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

A. Hipótesis de falta de voluntad de la manifestación y consecuente falta de la voluntad del contenido.

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

a. Falsedad.

Se da cuando una persona se hace pasar por otra de modo que aparentemente, la manifestación proviene de esta; o bien se hace circular un documento suscrito por alguien que no lo ha emitido o se falsifica un documento (272) puede tratarse de falsedad personal o documental.

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

b. Violencia física:

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

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

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

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

(271) Las doctrinas intermedias han tenido gran difusión entre los autores, que de una u otra forma tratan de corregir los excesos de las teorías extremas. ZITELMANN, ante la formulación radical de ambas teorías, opta por afirmar que, si bien rige el principio de que la declaración no puede producir ningún efecto jurídico no querido por el declarante, en la práctica el juez debe corregir las eventuales injusticias. Las exageraciones de la teoría volitiva pueden desaparecer por obra del arbitrio judicial. Para HARTMANN la solución al conflicto debe basarse en una apreciación de los intereses del caso con arreglo a los principios de equidad y buena fe. Según FERRARA, no puede establecerse de modo absoluto que bajo el imperio de la buena fe debe estarse incondicionalmente a lo declarado, pues no sería justo que el declarante soporte un dato derivado de errores fortuitos e inevitables ni es conveniente que se introduzca un formalismo, molesto incluso al comercio jurídico. Es preciso investigar el momento de la divergencia y ver si el declarante es o no culpable de ella, y si merece o no sufrir sus consecuencias. Cuando la divergencia proviene del dolo o culpa del declarante, no tiene valor y subsiste la eficacia. Cits. por GUILLON, op. cit., supra nota 137, págs. 31-32. V. también DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, págs. 109-110.

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

del todo voluntad, mientras que en la violencia moral la voluntad existe pero está viciada (273).

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

c. Incapacidad natural.

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

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

El efecto de la incapacidad natural es la nulidad absoluta del negocio, salvo que sea un incapaz mental que no se encuentra en estado de interdicción, cuyo negocio es anulable.

B. FALTA DE VOLUNTAD POR ERROR: EL ERROR OBSTATIVO.

a. Error.

El error es el falso o equívoco conocimiento,

o el desconocimiento total de una cosa. Es un estado de la mente en el que la representación de un objeto es impedida, o sustituida por otra falsa (276).

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

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

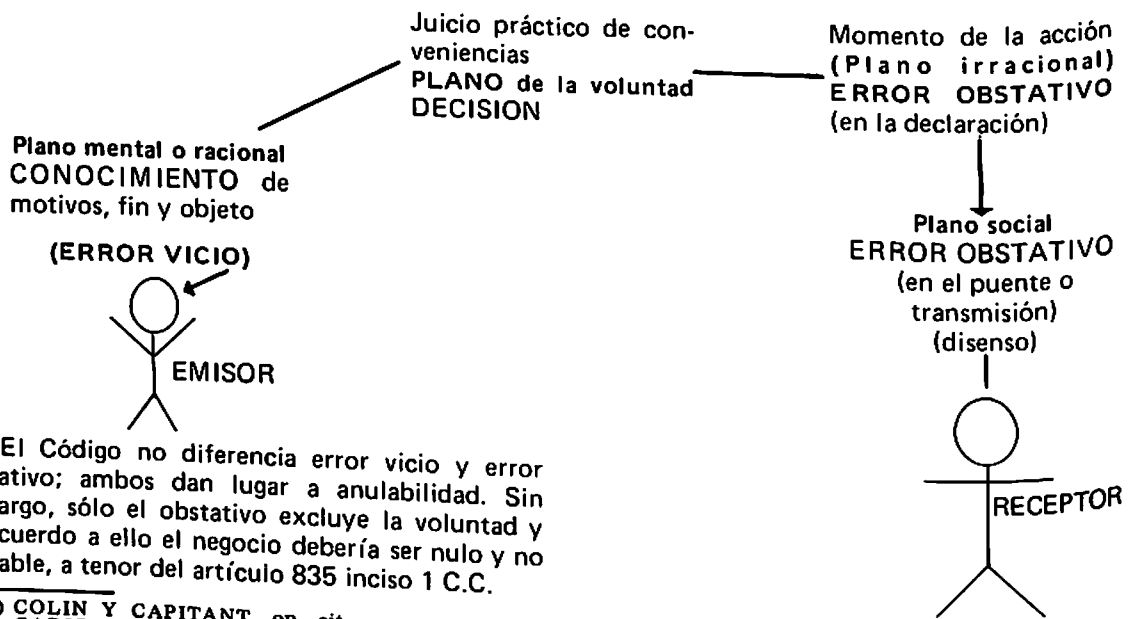
b. Clases de error.

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

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

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

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



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

(273) COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, págs. 217-219. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 387.
 (274) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 489.
 (275) "La fuerza física y el miedo los considera la ley como vicios del consentimiento que hacen anulable el contrato, pero no lo vician de nulidad absoluta, y esa nulidad relativa queda subsanada por el transcurso de cuatro años", Cas. 10:20 hrs. 10 dic. 1940, II sem., II tomo, pág. 1 de apéndice. Para BRENES CORDOBA, el contrato que adolezca de violencia no es nulo de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia del perjudicado, por tratarse un hecho que solo a él afecta, y por ser la única persona que está en condiciones de demandar la nulidad o mantenerlo practicado a pesar de la irregularidad. Op. cit., supra nota 25, pág. 7.
 (276) "Tanto nuestra jurisprudencia (9:30 hrs. 9 de marzo de 1949) como la doctrina jurídica sientan como principio que para anular tales actos y contratos por causa de incapacidad mental de un otorgante se requiere una prueba evidente de la existencia de esa incapacidad en el momento mismo de otorgamiento", Cas. 10:10 hrs. 12 de junio 1951. En el mismo sentido sentencias de Casación: No. 59 de 9 hrs., 12 de julio 1952; No. 91 de 10 hrs., 6 de octubre de 1951; No. 80 de 11 hrs., 15 de julio de 1953; No. 70 de 10:55 hrs., 20 de agosto de 1961; No. 116 de 16:40 hrs., 17 de setiembre de 1975. Jurisprudencia cit. por PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, pág. 80.
 (276) SAVIGNY, cit. por CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 412 nota 74.

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

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

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

c. Error en los motivos:

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

d. Error obstativo:

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

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

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

El segundo grupo comprende las hipótesis de

"disenso", que sólo pueden darse en negocios bilaterales o plurilaterales.

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

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

El error obstativo puede incidir en diversos componentes del negocio.

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

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

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

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

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

e. Error de cálculo o escritura:

Los errores de cálculo o errores en la expresión misma, de acuerdo con el artículo 1016 C.C., no dan lugar a invalidez del negocio, sino solo derecho a su rectificación (280).

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

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

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

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

C. FALTA DE VOLUNTAD POR MANIFESTACION CONSCIENTE DE LO NO QUERIDO.

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

a. Falta de seriedad en la manifestación.

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

b. Reserva mental:

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

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

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

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

c. Simulación.

Hay simulación cuando el declarante y la parte contraria convienen en que sus manifestaciones no tengan validez (283).

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

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

"Se reconocen como elementos constitutivos del negocio jurídico aparente:

*a) el acuerdo entre partes
b) el propósito de engañar, ya sea ino-
cua o en perjuicio de terceros, ya de la
ley*

c) la disconformidad entre la voluntad y la declaración.

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

Cuando los contratantes llevan a cabo el acto simulado, realizan un negocio jurídico solo aparente, con interés de efectuar otro distinto, que sería simulación relativa, o de no verificar ningún otro, que sería una simulación absoluta" (286).

La simulación puede ser relativa objetiva, que versa sobre la naturaleza del negocio, o uno de sus elementos; o bien relativa subjetiva, llamada también interposición ficticia de persona; supone que

- (281) Según SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, págs. 200-201, en estos casos no puede decirse que se trate del concepto de negocio, pues no se dicta una regulación de los propios intereses.
- (282) Para nuestra jurisprudencia, callar un defecto en materia negocial, es dolo. Así, Cas. No. 103, 10:30 hrs. 3 diciembre 1956, semestre II, tomo II, pág. 1988: "Planiol y Ripert, trad. española, tomo VI, pág. 272, afirman: "En cambio callar un defecto por serio que sea no constituye necesariamente dolo si, en atención a las circunstancias, era posible a la otra parte percatarse del mismo o hacerlo investigar, siempre que no se haya hecho nada para impedir o desviar este propósito". . . El mismo profesor Georges Ripert, en su obra "La Regla Moral en las Obligaciones Civiles", págs. 75 y 76, expone: "Nulidad por reticencia. . . puede llegarse hasta encontrar una causa de nulidad en la simple reticencia, es de hecho, que la otra parte ignora, y que, de conocerlo, la hacía modificar profundamente sus intenciones. Se dice que por lo general, la reticencia no constituye dolo. Mas es imposible sentar un principio tal inmorale. . . la reticencia se hace culpable cuando una de las partes tiene la obligación en conciencia de hablar, so pena de abusar de la ignorancia de la otra. . . Cuando el contrato supone una conciencia recíproca entre las partes, la obligación de informar con exactitud de causahabiente se convierte en obligación jurídica, y la reticencia en causa legal de nulidad del contrato". . .
- (283) Von THUR, op. cit., supra nota 214, pág. 103.
- (284) CANDIAN, op. cit., supra nota 52, pág. 162.
- (285) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 201.
- (286) SALA PRIMERA CIVIL, No. 107 de 9:05 hrs. del 27 de abril de 1973.

un sujeto figure como contratante o destinatario de la manifestación, cuando en realidad es otro el verdadero contratante o destinatario respecto al cual deben verificarse realmente los efectos del negocio (287). La persona interpuesta actúa como testafierro o prestanombre.

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

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

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

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

En las relaciones entre las partes, el negocio

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

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

D. VICIOS DE LA VOLUNTAD.

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

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

a. Error vicio:

Se diferencia del obstativo en que es un error que inserta en el proceso de la voluntad; no la excluye, como aquel, sino que contribuye a su indebida formación. Es un proceso psíquico de carácter subjetivo, por lo que para su prueba se admiten incluso los indicios (294). De acuerdo con

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

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

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

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

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

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

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

(294) Cas. No. 36 de 14:45 hrs. 19 de abril de 1960, semestre I, tomo II, pág. 757. Cas. 4:05 hrs. p.m., 5 de octubre de 1926, II semestre 1926, pág. 400.

el desarrollo hecho por CARIOTA FERRARA, el error vicio puede ser de hecho y de derecho con diferentes modalidades (295).

1. Error vicio de derecho y su relevancia.

- Error en la naturaleza jurídica del negocio (A cree que lo que va a realizar es una donación, y en realidad es una venta). De acuerdo al artículo 1015 inciso 1 C.C. da lugar a nulidad relativa.
- Error en los requisitos legales del negocio (A cree que ello es posible y hace un testamento oral). El error es irrelevante. El negocio carece de validez y de eficacia por faltarle requisitos exigidos por la ley.
- Error en la situación jurídica concreta (A compra un parque público creyendo que es posible comerciar con los bienes del Estado). Es irrelevante el error. La invalidez del negocio no deriva de él sino de otras razones.
- Error en los efectos jurídicos del negocio (A contrae una deuda creyendo que no debe pagar intereses). El error es irrelevante. Los efectos, establecidos por la ley, se adaptan al caso, o simplemente se aplican.
- Error en los motivos (B asegura su casa creyendo estar obligado por la ley). Es irrelevante en los contratos, que despliegan su eficacia. Pero tienen relevancia en los testamentos (arts. 580 y 581 C.C.).

2. Error vicio de hecho y su relevancia.

- Error en el objeto del negocio. Puede referirse a la identidad del objeto (error in corpore: A compra un instrumento musical, por creer que perteneció a un famoso maestro, cuando no fue ese sino otro instrumento); a una cualidad esencial (error in substantia) o a una cualidad accidental. Para distinguir ambos tipos de cualidades, se sugiere un criterio objetivo, por el cual son esenciales las que hacen pertenecer una cosa a una categoría determinada, y que es el que aparentemente acepta el Código (art. 1015 inc. 2 C.C.); y un criterio

subjetivo, que ve como esenciales las cualidades que así hayan considerado las partes (296).

- El error es relevante, y lleva a la anulabilidad del negocio (art. 1015 inc. 2 C.C.) (297) salvo en el caso de cualidades secundarias.
- Error en la persona (in persona); puede referirse a su identidad, a sus cualidades, a su nombre (A dona a X creyendo que fue quien le salvó de un naufragio, cuando en realidad fue Y; A contrata a X por creerle un gran pintor, lo que no es cierto; A quiere donar a X, pero cree que su nombre es Y). Este error es relevante en los negocios intuitu personal (V. por ej. art. 15 C. Fam.), y cuando recae en la identidad. En las cualidades solo es relevante si estas han sido determinantes en la celebración del negocio.
- Error en las modalidades del negocio (tiempo, espacio, condición). Es irrelevante en nuestro ordenamiento jurídico.
- Error en los motivos. Es irrelevante en contratos, y relevante en los testamentos.

b. Violencia moral:

La violencia moral es la presión que se ejerce sobre un individuo para determinarle a ejecutar un acto, en la forma de amenazas que producen un temor insuperable; la amenaza puede dirigirse contra cualquiera de los bienes de la vida del hombre; el cuerpo o la existencia, la libertad, el honor o la fortuna. No destruye la voluntad, pues el amenazado puede optar entre varias determinaciones (298) rebelarse, ejecutar el acto, o sufrir el daño. La declaración es real, pero la voluntad está viciada; la amenaza actuó como un motivo esencial en su formación (229). El mal que la amenaza anuncia debe ser futuro, injusto e importante. La "importancia" hace referencia al juicio de la influencia que la violencia produce, en el cual debe considerarse una persona media sensata, en atención, a la edad, sexo y condición (art. 1018 C.C.) (300). El mal debe ser injusto, es decir, que no se tenga derecho a infringirlo (301).

(295) Sobre estos temas V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 565-590.

(296) La distinción ha sido claramente establecida en jurisprudencia. La substancia se refiere a las cualidades sustanciales de la cosa objeto del contrato, entendiendo por estas, las cualidades determinantes, conducentes, propulsoras de la voluntad de las partes". Cas. No. 36 de 14:45 hrs. 19 abril 1960, semestre I, tomo II, pág. 763.

(297) "El error substancial que sufra el adquirente de una cosa es causa de anulabilidad del contrato, independientemente del dolo en que haya incurrido el vendedor". Cas. No. 36 I sem., II tomo 1960, pág. 637.

(298) Von THUR, op. cit., supra nota 214, pág. 105. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, págs. 217-218.

(299) De allí los aforismos latinos "Coactus voluit, sed voluit (Quiso coaccionado pero lo quiso) "Voluntas, etiamsi coacta, tamen voluntas est" (La voluntad, aun coaccionada, sigue siendo voluntad), CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, números 2419 y 4262.

(300) "El miedo (justo) no es el de un hombre apocado, sino el que con razón experimenta un hombre muy animoso". Gayo, Digesto, Lib. IV, tit. II, ley 6a. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, pág. 13, No. 339.

(301) "En principio, cuando es cierto el motivo de la reparación de un daño, es válida la obligación contraída al efecto aún cuando se hubiese consentido por la amenaza de persecuciones judiciales. En otros términos, no hay, en general violencia injusta, si la obligación que se ha suscrito tiene una causa eficiente válida. Si habría violencia injusta si el acreedor por daños que se le han causado no se mantiene dentro de los límites de su derecho y con la amenaza de la justicia represiva y con el estado de prisión del deudor obtiene de este una obligación exagerada a su favor". Cas. Tomo I. Semestre II, pág. 1121, Considerandos I y II.

"No se considera que comete violencia quien usa de su derecho y ejercita la acción ordinaria". Paulo, ley 155 s.1. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, pág. 64, No. 1638.

El mal debe ser futuro y cierto; no basta la creencia de que las amenazas se van a producir, sino que deben ser reales y actuales (302), y provenientes de una persona, sea parte en el negocio, o tercero (303).

La violencia moral produce la nulidad relativa del negocio (art. 1017 C.C.) (304).

c. Dolo:

Dolo es toda maquinación o fraude para engañar a una persona logrando que manifieste su voluntad de realizar un negocio jurídico que no hubiese hecho, o hubiera hecho distinto, de no existir el dolo. Comprende todo artificio de que uno se sirve para engañar a otro. Por ello se sirve de maniobras fraudulentas, afirmaciones falaces, para provocar error en una persona y determinarla a ejecutar un acto (305).

Para que exista dolo (*dolus malus*) se requiere que el comportamiento, además de engañoso, sea ilícito; con ello quedan excluidas las maniobras de astucia propias del mundo comercial (*dolus bonus*) (306).

"El dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera habido contrato" (307).

Las características del dolo son, por tanto, que se trate de un comportamiento ilícito, que provenga de una sola de las partes, y que sea determinante. Se compone de un elemento objetivo, que es el comportamiento, y uno subjetivo, que es la intención de engañar (308).

También existe el dolo omisivo, que vendría a ser la ocultación engañosa de alguna circunstancia, cuyo conocimiento sería determinante para la otra parte (309).

El dolo puede también provenir de un tercero. Si el dolo proviene de un tercero ignorándolo la parte que se beneficia solo da lugar a la acción de daños y perjuicios para la parte perjudicada. Si una de las partes conoce el dolo del tercero, ella a su vez incurre en dolo, que da base para impugnar el negocio.

El dolo determinante da lugar a la nulidad

relativa del negocio, en tanto que constituye vicio de la voluntad (arts. 1020 y 836 inc. 1 C.C.). Se admite cualquier prueba, aun la indiciaria dada la dificultad de probar los fenómenos psíquicos (310).

d. Lesión:

La lesión es el perjuicio que puede experimentar una persona cuando ejecuta ciertos negocios, resultante de la desigualdad entre la ventaja obtenida y el sacrificio hecho para obtenerla, producto del aprovechamiento que hace una de las partes del estado de necesidad o de peligro de la otra. Existe una desigualdad en las prestaciones, a causa de la lesión que opera como un vicio, pues sin la presión de las circunstancias exteriores el acto no se hubiera ejecutado (311). No existe en nuestro ordenamiento la rescisión por lesión, con la cual se quita eficacia al negocio realizado en tales situaciones.

e) El miedo grave:

Otro vicio de la voluntad generalmente aceptado por la doctrina (RESCIGNO, TOMMASINI, BETTI, CARBONNIER, MESSINEO, BORDA, ORUE, PINO), la legislación (artículo 15 inciso 1 del Código de Familia de Costa Rica, artículo 32 Ley de Matrimonio de Chile, 41 y 45 de la Ley Matrimonial de Yugoslavia, 101 Código Civil español, 140 Código Civil colombiano, 115 Código Civil de Nicaragua, 35 de la ley de 28 de julio de 1949, 141 inciso 4 del Código Civil de Honduras, 162 del Código Civil de El Salvador y 85 del Código Civil de Filipinas) y la jurisprudencia (caso Mutil-Nezca. Dioc. París, 4 de abril de 1919, ORUE, Jurisprudencia canónica matrimonial, Rev. Der. Priv. T. VIII, pág. 26) es el "miedo grave". Se asemeja mucho a la violencia moral, pero, a diferencia de ésta no requiere que la intimidación sea producida por una amenaza, bastando que por factores objetivos y subjetivos se produzca el miedo en el sujeto y sea este miedo la causa eficiente del acto de autonomía (viciado), esto es, sea determinante. Este vicio es utilizado por el Derecho, en particular para ciertos actos donde la voluntad debe ser especialmente libre, como el matrimonio.

(302) "Por miedo debemos entender el presente, no la sospecha del que se haya de infundir". (Dig. Ulpiano Lib. IV, tít. II, ley 9a.). "Daño que amenaza es daño todavía no hecho, pero que tenemos como futuro". (Dig. Gayo. Lib. XXXIX, tít. II, ley 2a.). CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, números 340 y 920.

(303) "El miedo causado por uno no debe convertirse en utilidad de otro". (Ulpiano Lib. IV, tít. II, ley 14 s.v) CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, pág. 13.

(304) V. también Cas. 10:20 hrs. 10 dic. 1940, cit., supra nota 252.

(305) ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 385. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, pág. 215.

(306) "Dolo malo es cierta maquinación para engañar a uno simulando alguna cosa y haciendo otra". (Ulpiano Lib. IV, tít. III, ley 1a.). "Se pacta con dolo malo siempre que, con objeto de engañar a otro, se hace una cosa y se simula hacer otra". (Ulpiano Lib. II, tít. XIV, ley 7a. s.IV). CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, págs. 12-13, números 343 y 303.

(307) Cas. 14:50 hrs., 1 dic. 1943, II sem., II tomo, pág. 1159.

(308) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 562.

(309) V. Cas. No. 103, 10:30 hrs. 3 dic. 1956, sem. II, tomo II, pág. 1988.

(310) Cas. No. 36, 14:45 hrs. 19 abril 1960, sem. I, tomo II, págs. 757-762.

(311) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, pág. 219.