

Tratado de derecho contractual latinoamericano

Volumen I
Formación del contrato

Íñigo de la Maza Gazmuri

Álvaro Vidal Olivares

Directores

Natanael Peña Calderón

Coordinador



Derecho Privado

TRATADO DE DERECHO CONTRACTUAL LATINOAMERICANO
VOLUMEN I: FORMACIÓN DEL CONTRATO

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Consejo Asesor

Antonio Pau Pedrón, Registrador de la Propiedad. Notario. Abogado del Estado. Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

**TRATADO DE DERECHO CONTRACTUAL
LATINOAMERICANO
Volumen I
Formación del contrato**

Directores

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI

Universidad Diego Portales, Chile

ÁLVARO VIDAL OLIVARES

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Coordinador

NATANAEL PEÑA CALDERÓN

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2025

Primera edición: diciembre de 2025.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los contenidos, sus autores.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-25-159-5 (edición en papel)

144-25-160-8 (edición en línea, PDF)

144-25-161-3 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3104-3

Depósito legal: M-23182-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO	23
 PRIMERA PARTE: Formación del consentimiento 	
ARGENTINA. <i>Lidia M. R. Garrido Cordobera</i>	29
I. La formación del contrato en diferentes cuerpos del ordenamiento argentino	29
II. Los términos del consentimiento	30
1. Oferta	30
2. Aceptación	32
3. Los contratos plurilaterales	34
III. La cuestión de la modificación, retractación y la caducidad	34
1. Las modificaciones de la oferta	34
2. La retractación o revocación	35
3. La caducidad	36
IV. Los acuerdos parciales	37
V. Las tratativas contractuales. El derecho a retirarse de las negociaciones, límites y consecuencias. Responsabilidad	39
1. Libertad de negociación	40
2. Deberes emanados de la buena fe	41
3. Las cartas de intención	43

	Páginas
VI. Regulación de los contratos por adhesión y los contratos de consumo en el código civil y comercial	44
1. Contrato por adhesión	44
a) Las cláusulas particulares	45
b) Interpretación de las cláusulas ambiguas	45
c) Las cláusulas abusivas	46
2. Contratos de consumo	48
VII. Regulación de ciertas modalidades contractuales	50
1. Los contratos preliminares	50
2. El pacto de preferencia	52
3. El contrato sujeto a conformidad	53
VIII. Regla para la conclusión del consentimiento	54
1. Régimen entre presentes y ausentes	55
Bibliografía citada	57
BRASIL <i>Rodrigo Almeida Magalhães, Eduardo Henrique De Oliveira Barbosa, Adriano Stanley Rocha Souza, Landulfo de Oliveira Ferreira Júnior</i>	59
I. Introdução	59
II. Blockchain	63
III. Smart contracts	67
IV. A vontade nos contratos autoexecutáveis	72
V. Considerações finais	74
Referências	76
CHILE <i>Rodrigo Momberg Uribe</i>	79
I. La regulación de la formación del contrato en el derecho	79
II. La oferta y la aceptación	81
III. Casos en que la oferta pierde eficacia	82
1. Retiro de la oferta	82
2. Revocación o retractación	82
a) Ofertas irrevocables	84
3. Caducidad	84
a) Rechazo	85
b) Por vencimiento del plazo	85

	Páginas
c) Muerte e incapacidad sobrevenida del oferente	86
d) Deudor sujeto a un procedimiento concursal (Ley 20.720) ...	87
IV. Los requisitos de la aceptación para la formación del consentimiento	87
1. La oferta debe estar vigente	87
2. La conformidad de la aceptación a la oferta. La regla del espejo ..	88
V. Momento u oportunidad en que se forma el consentimiento	89
VI. Lugar de formación del consentimiento	91
VII. Los contratos de adhesión	91
VIII. Los contratos preparatorios	92
IX. La formación del consentimiento en los contratos electrónicos ...	93
X. El retiro unilateral de las negociaciones como supuesto de responsabilidad	96
Bibliografía citada	99
Jurisprudencia citada	100
COLOMBIA <i>Isué Natalia Vargas Brand</i>	101
I. Introducción	101
II. Los tratos preliminares y la responsabilidad por retiro unilateral de las negociaciones	102
1. El deber precontractual de información	104
2. El deber de reserva y de secreto	104
III. La oferta	105
1. La vinculación de la oferta	106
a) Vigencia y revocación en la oferta privada	107
b) Vigencia y revocación en la oferta o propuesta pública	108
2. La aceptación de la oferta	110
a) Aceptación tácita y silencio	111
b) La regla espejo	112
c) Tiempo y lugar de la formación del consentimiento	112
d) La formación de actos solemnes	112
IV. La responsabilidad precontractual	113
V. Conclusiones	116
Bibliografía citada	117
Jurisprudencia citada	117

	Páginas
ECUADOR <i>Farith Simon Campaña</i>	119
I. Fuentes que regulan la formación del consentimiento	119
II. Ámbito de aplicación de las reglas de formación	120
III. Nociones de oferta y aceptación	121
IV. Caducidad, retracto y reserva de la oferta	122
V. La aceptación y sus efectos	123
VI. Contratos por adhesión y de consumidores	124
VII. Contratos preparatorios	125
VIII. Formación y contratos electrónicos	127
IX. Responsabilidad precontractual	129
Bibliografía citada	131
MÉXICO <i>Juan Carlos Marín González</i>	133
I. Introducción	133
II. Fuentes normativas sobre formación del consentimiento	135
III. Ámbito de aplicación de las normas sobre formación	137
IV. Nociones de oferta y aceptación	139
V. Caducidad y retracto de la oferta	140
1. Caducidad de la oferta	140
2. Retracto del oferente	141
VI. Tiempo y lugar en que se forma el contrato	142
VII. Situación de los contratos por adhesión	143
VIII. Contratos preparatorios	145
IX. Responsabilidad precontractual	150
Bibliografía citada	152
Jurisprudencia citada	152
PERÚ <i>Daniel Ugarte Mostajo</i>	155
I. El principio consensualista en el Derecho peruano	155
II. Teorías sobre el momento y lugar de la formación del consentimiento: conocimiento y recepción	157
III. La oferta: noción y requisitos	158
1. Noción de oferta	158
2. Requisitos de la oferta:	159
a) Debe ser completa o autosuficiente	159
b) Debe contener intención de contratar	160

	Páginas
c) Debe ser conocida por el destinatario (carácter recepticio de la oferta)	161
d) Debe observar la forma solemne	163
IV. La aceptación y sus requisitos	163
1. Noción de aceptación	163
2. Requisitos de la aceptación	163
a) Debe ser congruente con la oferta	163
b) Debe ser oportuna	164
c) Debe ser conocida por el oferente (carácter recepticio de la aceptación)	166
d) Debe observar la forma requerida por el oferente	168
V. Contratos predispuestos	168
1. Contratos por adhesión y contratos sujetos a cláusulas generales de contratación	169
2. Reglas especiales de interpretación contractual	171
3. Cláusulas abusivas o vejatorias	172
VI. Contratos preparatorios	174
VII. Responsabilidad precontractual	176
Bibliografía citada	177
URUGUAY Marcelo Amorín	179
I. Introducción	179
II. La formación del consentimiento	180
1. Reglas generales de formación del consentimiento	180
2. Reglas sobre formación del consentimiento para los contratos consensuales, solemnes y reales	181
III. La propuesta u oferta y la aceptación	183
IV. Algunos aspectos de la propuesta u oferta: caducidad, retracto, reserva	186
1. Caducidad de la oferta	186
2. Retracto. Revocación de la oferta	187
3. Reserva de la oferta	188
V. Dos aspectos sobre la consentimiento	189
1. La regla del espejo	190
2. Tiempo y lugar en que se entiende formado el consentimiento ..	191

	Páginas
VI. Responsabilidad por retiro unilateral de las negociaciones.	
Supuesto de hecho y daños indemnizables	191
Bibliografía citada	193
FORMACIÓN DEL CONTRATO: UNA MIRADA DESDE LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE CONTRATOS	
<i>Íñigo de la Maza Gazmuri, Álvaro Vidal Olivares</i>	195
I. Sobre la formación del consentimiento	195
II. Responsabilidad precontractual	202
Bibliografía citada	206
SEGUNDA PARTE:	
Vicios del consentimiento	
ARGENTINA <i>Esther H. Silvia Ferrer, Leonardo F. Fernández</i>	209
I. Introducción	209
II. El error como vicio de la voluntad	211
III. El dolo como vicio de la voluntad	216
IV. La violencia como vicio de la voluntad	219
Bibliografía citada	223
BRASIL <i>Eduardo Goulart Pimenta, Eduardo Henrique De Oliveira Barbosa, Adriano Stanley Rocha Souza</i>	225
I. Introdução	225
II. Blockchain	226
III. Smart contracts	229
IV. Judge as a service	233
V. Considerações finais	239
Referências	241
CHILE <i>Íñigo de la Maza Gazmuri.....</i>	243
I. El enfoque y la estructura	243
II. El error	245
1. El supuesto de hecho	245
a) La relevancia del error	245

	Páginas
b) La excusabilidad del error	250
c) Otros errores	252
2. La consecuencia jurídica	253
III. El dolo	254
1. El supuesto de hecho	254
a) La conducta insidiosa	255
b) El efecto	259
2. Las consecuencias jurídicas	259
IV. La fuerza	260
1. El predicado fáctico	260
a) La gravedad	260
b) El carácter determinante	262
c) El carácter injusto de la fuerza	263
d) El origen de la fuerza	263
2. La consecuencia jurídica	265
Bibliografía citada	266
Jurisprudencia citada	268
COLOMBIA <i>Nicolás Pájaro Moreno, Yira López Castro</i>	269
I. Introducción	269
II. Vicios que pueden afectar la validez del contrato en el derecho colombiano	270
III. Error	273
1. Concepto de error	273
2. Supuestos que dan lugar a error	274
a) Error de hecho y error de derecho	274
b) Error sobre el tipo de negocio celebrado	275
c) Error sobre la identidad del objeto	276
d) Error sobre la calidad esencial del objeto	277
e) Error sobre el móvil determinante del contrato	278
f) Error sobre la persona	278
g) Otras especies de error	280
3. Consecuencias del error	280

	Páginas
IV. Fuerza	282
1. Concepto	283
2. Requisitos	284
a) Intensidad del acto violento y repercusión en la víctima	284
b) La fuerza debe ser injusta y tener por objeto el consentimiento ...	284
c) La violencia generalizada como vicio del consentimiento ...	285
d) Desplazamiento forzado, despojo y abandono de tierras con ocasión del conflicto armado interno	287
3. Consecuencias	288
V. Dolo	289
1. Definición del dolo según la legislación nacional	290
2. Requisitos para su configuración	290
a) Existencia del dolo como obra de una de las partes	291
b) Carácter determinante del dolo	293
3. Consecuencias del dolo como vicio del consentimiento	294
Bibliografía citada	296
Jurisprudencia citada	296
ECUADOR <i>Adriana Orellana Ubidia</i>	299
I. Los vicios del consentimiento	299
II. El error	300
1. Requisitos para la configuración del error	300
a) Error sobre la naturaleza del negocio	300
b) Error sobre la naturaleza de la cosa	301
c) Error en la sustancia de la cosa o en la calidad esencial de la cosa	301
d) Error en una calidad accidental de la cosa	302
e) Error en la persona	303
2. Las consecuencias a que da lugar	303
III. La fuerza	303
1. Los tipos de fuerza	303
a) Fuerza física	304
b) Fuerza moral	304

	Páginas
2. ¿Cuál es su supuesto de hecho?	305
a) Debe tratarse de una coacción ilegítima	305
b) La fuerza debe ser grave	305
c) La gravedad debe apreciarse con relación al patrón de un su- jeto normal	306
d) El daño amenazado debe ser irreparable y grave	306
e) El daño amenazado puede afectar a personas distintas de la víctima	307
f) El temor que causa la amenaza debe ser determinante	307
g) Es indiferente la persona que ejerce la fuerza	308
3. ¿Qué consecuencias apareja la configuración de este vicio?	308
IV. El dolo	308
1. Noción de dolo	308
2. Supuesto y requisitos	309
a) El dolo debe ser obra de una de las partes	309
b) El dolo debe ser determinante	310
3. Efectos del dolo	310
a) Dolo dirimente	310
b) Dolo incidental	310
Bibliografía citada	312
MÉXICO <i>Rafael Ibarra Garza</i>	313
I. Introducción	313
II. La tipología de los vicios del consentimiento	315
1. El error	315
a) La tipología del error	316
b) La configuración del error como vicio del consentimiento	317
2. La violencia	319
a) La tipología de violencia	319
b) La configuración de la violencia como vicio del consenti- miento	321
3. El dolo	324
a) La tipología del dolo	324
b) La configuración del dolo como vicio del consentimiento ..	325

	Páginas
III. Los efectos de los vicios del consentimiento	327
1. La invalidez del convenio como efecto común a todos los vicios del consentimiento	327
2. La responsabilidad civil extracontractual como efecto de algunos vicios del consentimiento	329
Bibliografía citada	330
Jurisprudencia citada	330
PERÚ <i>Héctor Campos García</i>	333
I. Los vicios de voluntad en el ordenamiento jurídico peruano. Panorama general	333
1. La regulación base de los vicios de voluntad al interior del <i>c.c.per.</i> : los casos de error, el dolo y la violencia o intimidación como supuestos generales	334
2. La regulación (extendida) de los vicios de voluntad al interior del <i>c.c.per.</i> : el caso de rescisión por lesión contractual	335
3. Las innovación (incompleta) en la regulación de los vicios de voluntad en el <i>c.c.per.</i> : el caso de la influencia indebida respecto de las personas en situación de discapacidad	337
4. La regulación de los vicios de voluntad fuera del <i>c.c.per.</i> : el caso de la legislación especial respecto de la protección al consumidor y la protección a la víctimas de hostigamiento sexual	338
II. El error como vicio del consentimiento	341
1. Definición	341
2. Requisitos	342
3. Tipos	345
4. Remedios	346
III. La intimidación (o violencia moral) como vicio del consentimiento	347
1. Definición	347
2. Requisitos	348
3. Tipos	350
4. Remedios	350
IV. El dolo como vicio del consentimiento	351
1. Definición	351
2. Requisitos	353
3. Tipos	353
4. Remedios	355

	Páginas
Bibliografía citada	358
Normas citadas	360
URUGUAY <i>José Luis Nicola Trías</i>	361
I. Introducción	361
II. Los vicios del consentimiento que pueden afectar al contrato en el derecho uruguayo	362
III. El error como vicio del consentimiento	365
1. Requisitos para su configuración	366
2. Consecuencias del error vicio	366
IV. Fuerza como vicio del consentimiento	368
1. Regulación de la figura en Uruguay	368
2. Requisitos para su configuración	369
3. Consecuencias de la violencia vicio	371
V. El dolo como vicio del consentimiento	373
1. Definición de dolo según la legislación nacional	373
2. Requisitos para su configuración	374
3. Consecuencias del dolo vicio	378
Bibliografía citada	380
VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: UNA MIRADA DESDE LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE CONTRATOS	
<i>Íñigo de la Maza Gazmuri, Álvaro Vidal Olivares</i>	381
I. Aspectos generales	381
II. El error	382
III. El dolo	384
IV. La intimidación	386
V. La excesiva desproporción	387
Bibliografía citada	390

TERCERA PARTE: Nulidad del Contrato

ARGENTINA <i>Ramiro J. Prieto Molinero</i>	393
I. La nulidad como especie de la ineficacia	393
II. Principios que la sustentan	395

	Páginas
III. Nulidades relativas y nulidades absolutas	396
IV. La confirmación del acto afectado de nulidad relativa	399
V. Nulidad total y parcial	401
VI. Efectos de la nulidad	402
VII. La «conversión» y el «acto jurídico indirecto» como efectos adicionales ...	404
VIII. Nulidad e inexistencia	406
1. Las supuestas particularidades de la inexistencia	406
2. La confusión entre realidad material y jurídica	407
3. La inexistencia y el Código Civil y Comercial argentino	409
Bibliografía citada	411
BRASIL <i>Adriano Stanley Rocha Souza, Gastão Marques Franco</i>	413
I. Introdução	413
II. A importância do negócio jurídico no brasil e seus requisitos	414
1. As causas e efeitos da anulabilidade do negócio jurídico	418
2. As causas e efeitos da nulidade do negócio jurídico	419
III. Simulação	420
1. Aspectos gerais	420
2. O aproveitamento dos negócios jurídicos simulados e o conceito de «extraversão»	422
IV. Conclusões	425
Referências	426
CHILE <i>Gonzalo Severin Fuster</i>	427
I. Preámbulo: la nulidad como una especie de ineficacia y su relación con la denominada «inexistencia»	427
II. La regulación de la nulidad en el Código civil chileno	429
III. Concepto y características	430
IV. Las clases de nulidad	431
1. La nulidad absoluta	433
2. La nulidad relativa	435
V. Los efectos de la nulidad	436
1. Efectos de la declaración de nulidad entre las partes	436
2. Efectos de la nulidad respecto de terceros	437

	Páginas
Bibliografía citada	438
Jurisprudencia citada	439
COLOMBIA <i>Édgar Iván León Robayo</i>	441
I. Ideas previas	441
II. La inexistencia	442
III. La nulidad o invalidez	446
IV. Consideraciones finales	451
Bibliografía citada	452
Jurisprudencia citada	453
ECUADOR <i>María Gracia Naranjo Ponce</i>	455
I. Aspectos generales	455
II. Causales de la nulidad	456
III. Nulidad absoluta y nulidad relativa	460
1. Personas legitimadas para alegarlas	460
2. Posibilidad de ratificación o saneamiento por el transcurso del tiempo	461
IV. Plazo de prescripción	462
V. Efectos de la nulidad	464
1. Efectos entre las partes	465
2. Efectos frente a terceros	467
Bibliografía citada	468
MÉXICO <i>Juan Carlos Marín González</i>	469
I. Aspectos generales	469
II. Causales de nulidad	471
III. Nulidad absoluta y nulidad relativa	473
IV. Efectos de la nulidad	477
Bibliografía citada	480
Jurisprudencia citada	480
PERÚ <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	483
I. Definición y principios de la nulidad contractual	483
1. Definición	483

	Páginas
2. Principios	486
a) Principio de consensualidad	486
b) Principio de libertad de contratación	486
c) Principio de buena fe	488
d) <i>Pacta sunt servanda</i>	488
e) Principio de conservación del contrato y <i>favor negotii</i>	489
II. Los tipos de nulidad	489
1. La nulidad parcial y la nulidad total	489
2. La nulidad y la anulabilidad	490
3. Diferencias entre la nulidad y la anulabilidad	491
a) Por la naturaleza de la institución	491
b) Por las causales	491
c) Por la titularidad de la acción	492
d) Por los efectos	493
e) Por su posibilidad de validación	493
f) Por la prescripción de la pretensión	493
g) Por la naturaleza de la sentencia	494
h) Por su origen	495
III. Causales de nulidad y anulabilidad	495
1. Causales de nulidad	495
a) Falta de voluntad o consentimiento	495
b) Objeto imposible, indeterminado o ilícito	497
c) Fin ilícito	499
d) Simulación negocial	501
e) Inobservancia de la forma solemne	503
f) Mandato legal	504
g) Contravención de normas jurídicas imperativas, orden público y buenas costumbres	505
h) Los supuestos no contemplados	505
2. Causales de anulabilidad	506
a) Capacidad de ejercicio restringida	506
b) Vicios de la voluntad	507
c) Disimulación negocial	508
d) Mandato legal	509
IV. Efectos de la nulidad	509
1. Efectos y temporalidad de la nulidad	509
Bibliografía citada	511

	Páginas
URUGUAY <i>Andrés Mariño López</i>	513
I. La nulidad como sanción de ineficacia jurídica	513
II. El principio de legalidad y el principio lógico-racional de nulidad del contrato	515
1. La nulidad como principio lógico-racional	515
2. La nulidad basada en el principio de legalidad	517
3. La nulidad como principio lógico-legal	518
III. Tipos de nulidad: nulidad absoluta y relativa; nulidad total y parcial	520
1. Nulidad absoluta y relativa	520
a) Causales	520
b) Legitimación	522
c) Subsanabilidad	522
2. Nulidad total y parcial	524
IV. Efectos de la nulidad	525
V. Restituciones de las prestaciones ejecutadas	527
VI. Efectos respecto de terceros	529
Bibliografía citada	531
LA NULIDAD DEL CONTRATO: UNA MIRADA DESDE LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE CONTRATOS	
<i>Íñigo de la Maza Gazmuri, Álvaro Vidal Olivares</i>	533
I. Aspectos generales	533
II. Nulidad absoluta y nulidad relativa	535
III. El concurso vertical	536
Bibliografía citada	538

PRÓLOGO

*Cuando emprendas tu viaje a Ítaca, pide que el camino sea largo.
Ítaca / C. Kavafis*

En el prefacio de la segunda edición de *European Contract Law*¹, Heinz Kötz señala que:

«Es infrecuente que, al inicio de una obra, sus autores declaren que el tema de su libro no existe. Y, de hecho, no existe algo así como un “derecho contractual europeo”: no se encuentra vigente en ninguna parte y ningún tribunal europeo lo aplica.²»

De inmediato, sin embargo, Kötz matiza su afirmación, indicando la importancia de las directivas europeas para el derecho de contratos de los respectivos países.

Pues bien, lo mismo puede decirse, *mutatis mutandis*, respecto de este libro. Los directores comenzamos declarando que no existe algo así como el derecho contractual latinoamericano; no se encuentra vigente en ninguna parte y ningún tribunal en Latinoamérica lo ocupa.

Pero eso no es todo, porque, a diferencia de lo que pasa en Europa, en Latinoamérica ni siquiera contamos con directivas destinadas a uniformar el derecho de contratos de la región.

Y, sin embargo, he aquí el primer tomo de una obra que se denomina «Tratado de derecho contractual latinoamericano».

Como sucede en Europa, tratándose de Latinoamérica, todos los países tienen su derecho nacional sobre contratos, aunque, junto a él, suelen compartir, tratándose de la compraventa internacional de mercaderías, la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

¹ Kötz, Heinz (2017): *European Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

² Traducción propia.

A diferencia de Europa, sin embargo, los esfuerzos por pensar comparativamente el derecho de contratos de la región han sido, hasta donde llegan nuestras noticias, extremadamente modestos. Cuando comparamos, miramos más bien a Europa y, en alguna ocasión, a Estados Unidos, pero rara vez, si es que alguna, consideramos los países de la región en procura de sus semejanzas, diferencias y, en definitiva, una identidad compartida³.

Es cierto que, desde hace pocos años, contamos con unos Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos⁴, precedidos por un estudio preliminar sobre el derecho de contratos de algunos países de la región⁵.

Ambos participamos en la redacción de esos Principios y, en términos sustantivos, nos parecen un cuerpo normativo muy valioso. Con todo, somos perfectamente conscientes de otros problemas que los lastran, como la representatividad y, sobre todo, la falta de estudios respecto de la existencia de una «identidad» o «cultura jurídica latinoamericana».

Tarde es mejor que nunca; por eso, ahora comenzamos por el principio. Una obra como los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos debe venir precedida por esfuerzos comparativos, y dichos esfuerzos se tornan más sencillos si se ejecutan sobre obras que intenten presentar de una manera sistemática el derecho nacional de los contratos en la región.

Ese es el propósito de este Tratado, poner a disposición de quienes se interesen en ello una obra que facilite esfuerzos comparativos que permitan responder de una manera más robusta a la pregunta acerca de la existencia de una identidad o cultura jurídica latinoamericana.

Con ese objeto se ha reunido a autores y autoras de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Perú y Uruguay. Desde luego, no se trata de todos los países de la región, pero, según creemos, es una muestra valiosa. Está representado el Código de Bello y el nuevo Código Civil y de Comercio argentino; el peruano que, acaba de cumplir 40 años. Se suman México y Brasil, con su innegable riqueza y su escasa participación en obras de esta naturaleza.

Este primer tomo cubre la formación del consentimiento, sus vicios y la nulidad. No son todos los temas que aparecen durante el periodo precontractual (así, por ejemplo, no se encuentra la responsabilidad precontractual) pero, en torno a ellos se arremolinan algunas de las preguntas más importantes del

³ Acaso una excepción sea Ecuador y, en menor medida, Colombia respecto de Chile, pues comparten el mismo Código.

⁴ Sobre los principios puede consultarse DE LA MAZA, Iñigo y VIDAL, Álvaro (2020): *Hacia un derecho latinoamericano de los contratos. Los principios latinoamericanos de Derecho de los contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁵ PIZARRO, Carlos (ed.) (2012): *El derecho de los contratos en Latinoamérica (bases para unos principios de derecho de los contratos)*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri.

derecho de contratos relativas a la importancia de la voluntad, la confianza y la seguridad jurídica, la ignorancia y la coacción.

Aún no sabemos a ciencia cierta si existe una identidad jurídica o cultura jurídica latinoamericana, pero este es uno de esos casos en donde se cumple con lo que indica una frase que se atribuye a Emerson, «No es el destino, es el viaje». En realidad, haya o no una identidad jurídica latinoamericana, su búsqueda, a través del derecho de los contratos que presentan las autoras y autores que reúne este volumen, contribuye, según creemos, a aquello que hace valiosos los esfuerzos comparatistas. Una vez más, citando a Kötz⁶, podemos indicar tres de las contribuciones de este tipo de empresa. La primera de ellas es una percepción más agudizada de nuestros propios derechos nacionales. La segunda, corresponde a una mejor comprensión acerca de los aspectos fundamentales que caracterizan aquello que denominamos derecho de contratos y, la tercera, acaso la más ambiciosa, es contribuir a la posibilidad de un derecho (muy probablemente, bajo la forma de *soft law*, pero, tampoco es descartable, en algún momento, algo semejante a las directivas europeas) de contratos latinoamericano armonizado.

Nuestras últimas palabras son de agradecimiento. Por lo pronto a las autoras y autores que nos acompañan en este tomo, en segundo lugar, al profesor Natanael Peña Calderón, quien con talento y gentileza llevó adelante la coordinación de esta obra. En tercer lugar, agradecemos los buenos oficios del profesor Antonio Manuel Morales Moreno, a quien tantas otras cosas debemos, en la publicación por parte de la Agencia Estatal BOE de estas páginas.

Íñigo de la Maza Gazmuri
Álvaro Vidal Olivares

⁶ KÖTZ (2017), p. 2.

PRIMERA PARTE:
Formación del consentimiento

ARGENTINA

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA *

SUMARIO: I. La formación del contrato en diferentes cuerpos del ordenamiento argentino.–II. Los términos del consentimiento. 1. Oferta. 2. Aceptación. 3. Los contratos plurilaterales.–III. La cuestión de la modificación, retractación y la caducidad. 1. Las modificaciones de la oferta. 2. La retractación o revocación. 3. La caducidad.–IV. Los acuerdos parciales.–V. Las tratativas contractuales. El derecho a retirarse de las negociaciones, límites y consecuencias. Responsabilidad. 1. Libertad de negociación. 2. Deberes emanados de la buena fe. 3. Las cartas de intención.–VI. Regulación de los contratos por adhesión y los contratos de consumo en el Código civil y comercial. 1. Contrato por adhesión. a) Las cláusulas particulares. b) Interpretación de las cláusulas ambiguas. c) Las cláusulas abusivas. 2. Contratos de consumo.–VII. Regulación de ciertas modalidades contractuales. 1. Los contratos preliminares. 2. El pacto de preferencia. 3. El contrato sujeto a conformidad.–VIII. Regla para la conclusión del consentimiento. 1. Régimen entre presentes y ausentes.–Bibliografía citada.

I. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN DIFERENTES CUERPOS DEL ORDENAMIENTO ARGENTINO

1.º El Código Civil y Comercial de 2015 (CCC). El nuevo ordenamiento simplifica y ordena las normas referidas al consentimiento, adhiriendo las mismas al tráfico moderno y sobre todo innovando en materia de la teoría para la conclusión de este, adoptando la teoría de la recepción. Regula también

* Catedrática de Contratos Civiles y Comerciales de la FD Universidad de Buenos Aires. Profesora investigadora Dedicación Exclusiva Inst. A. L. Gioja UBA. Av. Figueroa Alcorta 2263, 1.º piso (1024) CABA lgarrido@derecho.uba.ar prof.lidiagarrido@gmail.com.

institutos como los acuerdos parciales y sus efectos (art. 982) y sobre todo incorpora una sección para los contratos por adhesión a condiciones generales (art. 984 y siguientes), otro para las tratativas contractuales (Secc. 3), los contratos preliminares (arts. 994 y siguientes) el pacto de preferencia (art. 987) y el contrato sujeto a conformidad (art. 999), regulando también la temática de los contratos por adhesión y los de consumo.

2.º Ley de Consumidor 24.240 T. O. (LDC).

3.º Ordenamiento Administrativo.

II. LOS TÉRMINOS DEL CONSENTIMIENTO

1. Oferta

Conceptualizándola podemos decir que es la exteriorización o declaración de voluntad unilateral y recepticia, que tiene por destinatario al aceptante. En consecuencia, no se trata de un negocio jurídico, sino de un acto unilateral que tiene por fin lograr el asentimiento de la persona a que ha sido destinada a efectos de hacer surgir el contrato. Quien realiza la oferta se llama oferente, ofertante o proponente; mientras que aquel a quien va dirigida es denominado aceptante.

Es definida en el CCC en su artículo 972 como la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada.

La norma en análisis difiere de la del artículo 1148, Cód. Civil de Vélez, que no contemplaba la posibilidad de ser dirigida a persona «determinable», sin embargo, un importante sector de la doctrina nacional venía propiciando la validez de la oferta hecha al público cuando la oferta reunía las condiciones y el destinatario era determinable (Segovia, Salvat, Spota, Fontanarrosa, Garri-do), posición que se refirmara por el artículo 7 de la LDC.

Los requisitos de la oferta son: 1.º que ésta sea recepticia, es decir, dirigida a persona o personas determinables; 2.º que sea hecha sobre un contrato en especial, es decir que se debe especificar concretamente cuál es el contrato que se pretende celebrar (compraventa, locación, comodato, etc.); 3.º debe contener todos los antecedentes constitutivos de los contratos, con lo que se significa que debe traer en sí las diferentes modalidades que en el contrato a celebrarse se quieren incluir; es decir, por ejemplo, si fuere una compraventa, la oferta indicará el precio, pero además la forma de pago, el posible interés a pagar por saldo de precio en el caso de que se den facilidades, el plazo en que el mismo debe ser pagado, etc.

La intención de obligarse con la oferta se presume salvo que fuese con fines de enseñanza, o *locandi* o bien se exprese con la frase *ad referendum*, sin compromiso, sujeta a revisión¹.

Rivera señala que la ausencia de ciertos elementos de la oferta no implica que ellos no puedan ser integrados con elementos externos a ellos por ejemplo las prácticas comerciales habidas entre las partes o los usos habituales de la rama del negocio en el que se desenvuelven las partes pueden integrar las omisiones de la oferta. Ejemplo de esa integración es el artículo 1143 que remite al precio en plaza para esas mercaderías en el momento de celebración del contrato.

El CCC también regula como una situación particular en el artículo 974 la oferta dirigida a personas indeterminadas que es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente y en este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos.

Para calificar la oferta al público no es determinante el número más o menos grande de los destinatarios, ni el hecho que estos sean conocidos o desconocidos por el oferente: sino sólo el hecho de que el oferente se dirija de manera no individual sino colectiva, utilizando un medio de comunicación de masa².

Señala Vivas que debe pues distinguirse la oferta al público de esta simple invitación a oír ofertas, la primera es una propuesta contractual en cuanto resulte autosuficiente; mientras que la invitación al público, usual en la publicidad comercial se sirve de las circulares y otros medios para poner en conocimiento de la clientela la existencia de mercaderías u otros servicios.

La auténtica oferta al público sucede en el caso de las vidrieras de las casas de comercio donde se ofrece una mercadería, indicándose el precio donde hay oferta al público y su aceptación hace surgir el contrato mientras que en el ejemplo del «cartel» de «se alquila», la invitación a oír ofertas carece de las notas inherentes a una propuesta contractual.

Sin embargo, el CCC aclara que cuando de los términos o circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del que emite la oferta, encontraremos el carácter vinculante y la aceptación del destinatario concluirá el contrato, sin embargo, esta solución está condicionada a que dicha oferta quede sujeta a la condición de entenderse emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos.

¹ RIVERA (2014), p. 440.

² ROPPO (2009), p. 124.

La fuerza obligatoria de la oferta surge expresamente del artículo 974 que establece que La oferta obliga al proponente, a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso.

En la actualidad, cada vez con mayor firmeza se pregona la existencia de la responsabilidad como lógica consecuencia de la obligación unilateral que contraería el oferente al dirigir su oferta, pues toda oferta genera para su autor una obligación a su cargo por el hecho mismo de formularla y con independencia de la aceptación del destinatario³.

Algunos códigos modernos la admiten en el plano legislativo, y doctrinariamente cada vez es mayor la cantidad de autores que la recepcionan. La teoría tiene su fundamentación jurídica en la declaración unilateral como fuente de obligaciones. Según Salvat, manteniendo la fuerza obligatoria de las propuestas durante un término fijo o prudencialmente estimado, se descarta la posibilidad de retractaciones abusivas.

El CCC adopta el criterio consagrado por el BGB alemán, que atribuye eficacia vinculatoria a la oferta, salvo que se haya excluido su vinculación estableciéndose de ese modo una presunción de su fuerza obligatoria.

Las excepciones previstas serían: a) que surja de los propios términos de la oferta; b) que surja de la naturaleza del negocio; c) que surja de las circunstancias del caso.

2. Aceptación

Tanto la aceptación como la oferta son un acto jurídico unilateral, constituido por una expresión de voluntad que está dirigida al ofertante, y que cuando es congruente y afirmativa resulta idónea para considerar celebrado el contrato.

En consecuencia, podemos decir que la aceptación, manifestación unilateral de una de las partes, complementa la otra manifestación unilateral, exteriorizada por la oferta, y al unirse ambas, dan nacimiento al contrato.

Los requisitos que podemos indicar son:

1.º Que se trata de una declaración unilateral de voluntad dirigida o encaminada a cerrar el ciclo del contrato, es decir, a hacer nacer el acuerdo mediante la respuesta afirmativa de la oferta recibida.

³ GARRIDO ZAGO y GARRIDO CORDOBERA (2014). pp. 212 ss.

2.º El carácter de recepticia pues la obligación del aceptante surge de la recepción por el ofertante de su conformidad con la propuesta.

3.º Debe ser totalmente congruente con la oferta recibida, es decir, debe coincidir en un todo con la proposición enviada, ya que, según el artículo 978 cualquiera modificación que se hiciere en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato.

4.º Supone, además, la existencia de una oferta subsistente, para tener plena vigencia y lograr la formación del contrato.

Conforme al artículo 978 CCC, para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta; debe ser por regla lisa y llana.

Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, hasta aquí coincide con el sistema anterior, pero se agrega un párrafo por el cual las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante.

Esta disposición reposa sobre la idea consistente en que la modificación de las condiciones establecidas en la oferta implica tácitamente su rechazo; las nuevas condiciones representan la proposición de un nuevo contrato; la persona a quien la oferta había sido dirigida, se convierte a su vez en proponente.

Conforme al artículo 979, toda declaración o acto del destinatario que revele la conformidad con la oferta constituye aceptación, y dispone que el silencio importe aceptación sólo cuando exista el deber de expedirse.

Esto se vincula con lo dispuesto en el CCC en los artículos 262, 263 y 264 en materia de manifestación de la voluntad en los hechos y actos jurídicos.

Este deber el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes omite la mención de la ley, tal vez por considerarlo sobreabundante (conforme al art. 263).

La aceptación debe ser oportuna, si estamos entre presentes de un modo inmediato y si estamos entre ausentes, la misma debe llegar al oferente dentro de un cierto plazo, *ex* artículos 974 y 980 CCC.

El plazo puede ser indicado por el mismo oferente en su ausencia, el artículo 974 *in fine* establece que será aquel en que razonablemente puede esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación.

El plazo para la aceptación entre ausentes coincide con el plazo de eficacia de la oferta: vencido el plazo, la oferta deviene ineficaz, y una aceptación posterior, tardía es inadecuada para celebrar el contrato.

3. Los contratos plurilaterales

Habiéndose establecido y reconocido la categoría de los contratos plurilaterales, si el contrato ha de ser celebrado por varias partes y la oferta emana de distintas personas, o es dirigida a varios destinatarios, no hay contrato sin el consentimiento de todos los interesados, excepto que en la convención o en la ley se autorice a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido (art. 977).

La norma contempla expresamente los supuestos de conclusión del negocio, dejando a salvo dos situaciones: 1.º que la convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todo; 2.º que la convención o la ley permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido.

En los contratos plurilaterales, cada parte adquiere derechos y obligaciones respecto a todos los demás; la conclusión del negocio se presenta más compleja por cuanto es preciso establecer a quién y en qué forma deben manifestarse las diversas voluntades y cuando se considera que ha mediado consentimiento.

III. LA CUESTIÓN DE LA MODIFICACIÓN, RETRACTACIÓN Y LA CADUCIDAD

1. Las modificaciones de la oferta

Dijimos que es necesario que el oferente sea claro y concreto en cuanto a las diferentes particularidades del contrato cuya celebración persigue, pues la más mínima modificación a las condiciones propuestas que ocurra en la aceptación hará nacer una nueva oferta, que parte en este caso del presunto aceptante convertido en oferente. No habrá modificación de la propuesta, sino que simplemente aquella habrá caducado y estaremos frente a una nueva gestación contractual.

Ello significa que la aceptación o respuesta debe limitarse a aceptar la oferta, no siendo posible consignar en ella modificación alguna a la oferta recibida, por cuanto importaría la proposición de una nueva oferta no vinculada a la anterior. Por ello es que, aunque resulte reiterativo, es necesario insistir en que la oferta debe ser hecha con todas las modalidades particulares del contrato que se quiere celebrar.

La ley habla de «cualquier modificación», entendiendo por tales a las modificaciones propuestas al aceptar la oferta, con las cuales no es posible

confundir las proposiciones o contraproposiciones que se suceden en el curso de la tramitación de un negocio, no sólo porque ellas no se realizan al aceptar la oferta, sino también porque aplicarla a estas implicaría hacer imposible toda conversación sobre un negocio.

Entre presentes, según, el artículo 978 CCC esas modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante, pensemos que la aceptación contiene variantes insignificantes, no relevantes.

Parecía en la doctrina excesivo decir que el contrato no se ha celebrado, se sostiene que se trata de la aplicación de la regla de la buena fe que permite la celebración del contrato aun cuando la conformidad no sea total y absoluta y siempre que las modificaciones formuladas en la aceptación sean admitidas por el oferente y comunicadas al aceptante.

2. La retractación o revocación

El poder de retractación es una manifestación de la autonomía y de la libertad, consistente en decidir y valorar cada uno en su propio interés, que el ordenamiento reconoce siempre que no perjudique a terceros.

El CCC admite la oferta revocable y la irrevocable, la regla es que la oferta con plazo es irrevocable y obliga por todo el término salvo que sea revocable y se la retracte conforme al último párrafo del artículo 974 («Cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación. Los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contengan previsión diferente. El oferente, y en su caso sus herederos, están obligados a mantener la oferta durante el tiempo de su vigencia, a menos que, siendo revocable, la retracten»). La retractación supone un acto positivo de retiro de una oferta ya realizada.

Cuando la oferta llega a su destinatario, el proponente ya no puede impedir, mediante revocación, que la aceptación en tiempo útil perfeccione el contrato en ese supuesto, la oferta tiene una duración determinada *ex lege*: el lapso en que el oferente puede esperar la llegada de la aceptación en circunstancias normales, para Rivera este tipo de norma abierta genera cierta incertidumbre pues que es razonable queda en manos de los jueces en cada caso. Los plazos de vigencia de la oferta principian desde su recepción, en sintonía con el principio de la recepción consagrado en los artículos 971 y 983.

Además, conforme al artículo 975 CCC la oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que dicha oferta.

Vemos entonces que la oferta obliga al proponente (salvo supuestos específicos previstos), pero éste podría retractarla mediante un acto positivo de retiro de una oferta ya enviada, siempre que la retractación llegara antes o simultáneamente con la oferta, salvo que sea irrevocable.

Dejarse a salvo, el supuesto de revocación de la oferta previsto en el artículo 7 LDC, que establece la utilización de los mismos medios empleados para la oferta.

La aceptación también puede ser retractada y el artículo 981 establece para otorgarle eficacia que la comunicación de su retiro sea recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que ella.

La retractación de la aceptación debe ser recibida por el oferente antes o al mismo tiempo que ella, tal como sucede con la retractación de la oferta (art. 975).

Esa libertad que aludimos *ut supra* debe conciliarse con el respeto de los compromisos voluntariamente asumidos: y por eso el poder de retractación puede ejercitarse sólo hasta que el compromiso contractual no haya surgido, es decir, hasta que el contrato (que se desearía impedir) no se haya celebrado; celebrado el contrato, éste vincula a las partes, y el arrepentimiento sería tardío según Roppo.

La retractación de la aceptación impide el contrato sólo si el aceptante logra hacerla llegar al oferente antes o simultáneamente de que le llegue la aceptación; en la práctica, habiendo la aceptación partido antes que la revocación obviamente es necesario que ésta sea comunicada con un medio más veloz, si es recepcionada en tiempo oportuno, ninguna responsabilidad cabe al aceptante, por el contrario si lo fuera con posterioridad, el contrato quedó perfeccionado y se torna obligatorio para las partes (art. 959).

3. La caducidad

La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación, vemos que aquí el ciclo del consentimiento no se cierra.

La muerte o la incapacidad de cualquiera de las partes operan con eficacia aniquilativa aun después de la aceptación, y mientras el proponente no haya recibido la aceptación⁴.

⁴ LOPEZ DE ZAVALIA (1971), p. 187.

Producidos cualquiera de estas circunstancias en la persona del oferente, aquel a quien la oferta había sido dirigida no puede aceptar e invocar esta aceptación contra los herederos o representantes de aquél, pues el artículo en análisis dice expresa y categóricamente que «caduca». Lo mismo en el caso de muerte del sería el aceptante, donde tampoco pueden sus herederos aceptarla e invocar su aceptación contra el oferente.

Sin embargo, el que aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación conforme lo establece expresamente el artículo 976 CCC.

Rivera señala que resulta curioso que no se prevé el derecho del oferente a ser indemnizado de la misma manera cuando el que falleció es el aceptante, pues en el caso de haber recibido la aceptación sin conocer esta circunstancia podría haber incurrido en gastos o sufrido pérdidas⁵. Creemos que en ese supuesto el círculo contractual se ha cerrado con la recepción de la aceptación y los derechos y deberes pasaran a los sucesores con las limitaciones propias de las obligaciones *intuitu personae*.

Se trata de un supuesto de responsabilidad de fuente legal (obligación *ex lege*): por acto lícito, razón por la cual la indemnización no cubre todo el daño negativo sufrido, sino los gastos y pérdidas que se realizan al inicio de la ejecución.

IV. LOS ACUERDOS PARCIALES

Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares.

En la norma incorporada por el CCC el contrato puede concluirse mediante acuerdos parciales en tanto las partes expresen su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares, mientras que el CC requería de un acuerdo total, sobre todos y cada uno de los puntos en discusión, sin distinguir entre elementos esenciales y secundarios.

La norma actual adopta la teoría de la *punktation*, la que distingue entre cláusulas esenciales y secundarias, en caso de acuerdo sobre las esenciales, aunque exista disenso sobre las secundarias, en ese caso el contrato se reputa concluido.

⁵ RIVERA (2014), p. 447.

En doctrina, y especialmente en sistemas extranjeros, hace más de 40 años se abre paso cada vez con mayor fuerza las posiciones que hacen ver que el contrato no es de nacimiento espontáneo, sino por el contrario, que a él se llega por tratativas y gestiones que en determinadas circunstancias generan obligaciones y derechos entre los que las realizan⁶.

En estos casos conviene averiguar en qué puntos estaban de acuerdo y cuáles eran las disonancias que en definitiva iban a hacer fracasar el acuerdo. Es decir, podemos considerar dos clases de proposiciones existentes entre las partes: 1.º las que eran recíprocamente aceptadas, y 2.º aquellas que, no pudiendo ser solucionadas, en definitiva, iban a impedir la concreción del contrato.

Una vez establecidas estas premisas, cabe determinar si los puntos coincidentes eran principales o accesorios, resultando de ello la posible responsabilidad de las partes intervinientes. Como es posible que las tratativas hayan sido documentadas mediante las correspondientes comunicaciones o preacuerdos, en el derecho alemán ha surgido la teoría de la *punktation*, también denominada de las minutas vinculadas, que tiene en consideración los diferentes borradores entrecruzados o suscriptos por las partes, y dentro de ellos, si los acuerdos a que se ha arribado versan sobre puntos esenciales o no del contrato a celebrarse.

Dijimos que para la teoría de la *punktation* (minuta) debe distinguirse entre cláusulas esenciales y cláusulas secundarias, y establecer acabadamente si las partes, respecto de las primeras, habían o no llegado a un acuerdo.

En el caso de la existencia del acuerdo sobre las cláusulas esenciales, instrumentadas en el correspondiente borrador o minuta, el acuerdo sería válido y el contrato debe entenderse concluido.

Esta posición, de raigambre alemana, ha sido recepcionada por el Código suizo de las Obligaciones, que en el artículo 2 expresamente disponía:

«Si las partes se pusieran de acuerdo sobre todos los puntos esenciales, el contrato se reputa concluido, aun cuando los puntos secundarios hubieran sido reservados. A falta de conformidad sobre los puntos secundarios, el juez los establece teniendo en cuenta la naturaleza del negocio. Quedan reservadas las disposiciones que rigen las formas de los contratos».

Es decir, mientras las partes van llegando al acuerdo sobre el contrato van instrumentando su conformidad mediante la confección de borradores o minutas, de donde surgiría si tal acuerdo es sobre los puntos esenciales del contrato a celebrarse o si, por el contrario, lo es sólo sobre lo particular o no esencial.

⁶ GARRIDO ZAGO y GARRIDO CORDOBERA (2014), pp. 215 ss.

De esta determinación surgirá si dichos borradores o minutas son vinculantes y obligan a las partes a la celebración del contrato o no.

Por ello, dice Spota que, conforme a la doctrina en análisis:

«Existe contrato si media acuerdo sobre los puntos esenciales del contrato y pueda desprenderse de la circunstancia que las partes tuvieron esa voluntad contractual, aun cuando reservaron, expresa o implícitamente, la consideración de puntos accesorios, es decir, sea que se trate del disenso manifiesto o del disenso oculto... sólo se forma el contrato si el acuerdo sobre todo lo que resulta indispensable para la convención no cae en el campo de lo impreciso».

El CCC continúa diciendo que, en tal situación, el contrato queda integrado conforme a las reglas del artículo 964 pues si bien esos puntos secundarios en la negociación pueden ser posteriormente llenados por la voluntad de las partes, de no hacerlo se integrara el contrato conforme a lo dispuesto en el artículo mencionado.

Pero en caso de duda de si ha existido acuerdo o no sobre los puntos esenciales el CCC toma posición por considerar que el contrato se tendrá por no concluido y reforzando esta idea expresa que no se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos, creemos que se está hablando justamente de la emisión de una minuta o borrador no acordado, pues es solo un documento provisorio, resumen o extracto sobre el que pueden realizarse ajustes y cambios.

V. LAS TRATATIVAS CONTRACTUALES. EL DERECHO A RETIRARSE DE LAS NEGOCIACIONES, LÍMITES Y CONSECUENCIAS. RESPONSABILIDAD

Recordemos que la negociación forma parte esencial de cómo nos vinculamos en el contrato y suele decirse al referirse a su dinámica que es la ciencia que comprende el análisis sistemático de habilidades en el manejo de las relaciones interpersonales, la capacidad de convencer, de ser escuchado y escuchar, de saber que estrategia usar, como y cuando hacerlo⁷.

Vemos, que se puede salir de la zona de autonomía, para relacionarse inter subjetivamente, siendo libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato y esta libertad consiste también en poder abandonarlas en

⁷ GARRIDO CORDOBERA (2008), p. 213 y GARRIDO CORDOBERA (2014).

cualquier momento, se verá, en cada caso si este extremo, puede o no generar responsabilidad por vulnerar el deber de buena fe.

La doctrina y la Jurisprudencia habían aplicado criterios para cubrir la denominada etapa precontractual pues la complejidad de la vida y los negocios hacen hoy que no todos los contratos sean simples ni de concertación instantánea.

1. Libertad de negociación

Para solucionar la carencia expresa de normas, el CCC consagra en el artículo 990 consagra el principio de libertad en la negociación, tanto para iniciarlas, como para abandonarlas sin responsabilidad y se relaciona con el principio constitucional y en este mismo CCC con el artículo 958 que recepta el principio general de libertad de contratación que se fundamenta en la libertad consagrada en el artículo 19 de la CN.

La incorporación de esta etapa previa a la emisión de la oferta resulta un significativo aporte, ya que estas tratativas serán las bases posibles para el acuerdo y fundamentalmente para la inteligencia de las posibles responsabilidades. Es una etapa en la que las partes discuten, preordenan, cambian ideas, proyectan el acuerdo, conciben y elaboran cláusulas, pactos, modalidades y sanciones para la hipótesis de incumplimiento, etc. Se pueden distinguir, además, en esta etapa previa dos momentos: 1.º el de las negociaciones preliminares o tratativas propiamente dichas; 2.º el que tiene por objeto concretar la oferta definitiva.

Es la fase inicial en el *iter* contractual, que comprende las *pourparles* o conversaciones previas que están destinadas a preparar el terreno para la oferta, aclaremos que en esta etapa no existe la verdadera vinculación aun, pero ambas partes están obligadas por la buena fe a cumplir con ciertos deberes.

Resulta claro que cualquiera de las partes puede apartarse de la negociación preparatoria sin incurrir en responsabilidad en ese retito si ha mediado buena fe, pues no se impone la obligación de contratar, pero sí de obrar con un comportamiento correcto y leal (deberes de corrección).

La violación del principio de buena fe se daría por ejemplo cuando se ejerce de mala fe el derecho a retirarse, cuando se ha iniciado negociaciones sabiendo que no se concluirán, o cuando se continúan aun teniendo intención de romperlas o sabiendo que no se concluirá el acuerdo. Vemos que se ha generado un estado de confianza la otra parte en la futura realización del negocio

y que no le es atribuible culpa o negligencia a quien creyó de buena fe en arribar a un contrato.

Para Fagella el fundamento de la responsabilidad, tiene su origen en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones, surgiendo, la obligación de obrar conforme a la equidad comercial y a la buena fe, y en consecuencia si una de las partes la vulnera resultara su responsabilidad.

Con respecto a los alcances de ella el CCC no contiene aquí una norma expresa que se refiera por ejemplo al interés negativo o gastos causados por la negociación y el daño causado por haber por ejemplo rechazado otra oferta, o el daño emergente, Rivera dice que entonces serían de aplicación la normativa común de responsabilidad del CCC y serían atribuibles todos los daños que tengan una relación de causalidad adecuada⁸.

2. Deberes emanados de la buena fe

Continuando reafirmemos que, en la etapa previa al nacimiento del contrato, el apartamiento de las negociaciones —conforme algunos autores— hacia incurrir en responsabilidad si tal conducta era abusiva o intempestivo (abuso del derecho), culposa (Brebbia) o vulneraba el deber de Buena fe (Garrido, Leiva), su extensión tampoco estaba regulada especialmente dentro de nuestro derecho positivo.

El artículo 991 recepta la opinión doctrinal y jurisprudencial en materia de tratativas previas o preliminares de la obligación de negociar o comportarse de buena fe, siendo además una aplicación del principio general plasmado en el artículo 961 y del artículo 9, a fin de evitar las discusiones sobre su aplicación a la etapa previa a la formación del consentimiento o de la emisión válida de la oferta del artículo 974.

Confirma que tal conducta debe observarse en toda la etapa de las negociaciones, aun antes de formularse la oferta y establece que la conducta contraria se configura cuando se da un apartamiento injustificado, lo que sería una conducta contraria a la honestidad y una falta de lealtad para con la otra parte.

Debemos recordar nuevamente las nociones de daño positivo (o de cumplimiento) y daño negativo (o interés de confianza), Bueres señala que el interés negativo o interés de confianza es aquel que se compone por todos los daños sufridos por el acreedor a causa de haber confiado en la vigencia de un

⁸ RIVERA (2014) p. 475.

contrato que no se concretó o que se extinguió, o, en otras palabras, los daños, en relación de causalidad adecuada, que ocasiona la frustración del acto.

Diremos entonces que no existe la posibilidad de exigir el cumplimiento; sólo cabe al acreedor reclamar sus derechos a través del daño o interés negativo, que podrá ser integrado por el daño emergente (gastos realizados durante las tratativas) y por el lucro cesante (perdida de contrataciones similares por estar pendientes las tratativas).

El deber de confidencialidad también se derivaba implícitamente de la aplicación del principio de la buena fe, pues el CCC no traía una norma expresa y de la ley que establece la confidencialidad sobre la información de servicios y productos que estén bajo el ámbito de control de una persona y se divulguen indebidamente de manera contraria a los usos comerciales. Esta conducta violatoria del deber de confidencialidad daba lugar a la responsabilidad *pre* o *postcontractual*, según corresponda el encuadre del hecho y siempre con fundamento en el principio de la buena fe.

El artículo en análisis distingue en la información general, la de carácter confidencial, aunque no las define, y esta última, en caso de ser difundida a terceros (la utilicen o no) o utilizada por la contraparte inapropiadamente harán incurrir en responsabilidad a quien viola el pacto de confianza, vulnerando la buena fe.

Según Rivera la regla es la no confidencialidad de la información en esta etapa salvo que expresamente se de tal carácter por la parte que la suministra o que exista un acuerdo de confidencialidad propio de los contratos internacionales.

Se establece la obligación de reparar el daño sufrido, abarcando todos los rubros establecidos por el ordenamiento y reconocidos tradicionalmente, siendo además es muy importante la referencia expresa la ventaja indebida obtenida por la utilización de la información confidencial que da lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar en la medida del propio enriquecimiento, siendo una pauta objetiva de la cuantificación conocida en España como daño lucrativo (Llamas Pombo).

La inclusión de una norma específica despeja cualquier duda respecto a los efectos fluyentes en la negociación, pues estamos en la tapa previa al nacimiento del contrato y en el cual quizás ambas partes requieren que se les suministre información esencial y confidencial para la toma de decisiones y cuya divulgación sin ninguna duda genera la vulneración de alguna de las manifestaciones de la buena fe como el de la confianza.

3. Las cartas de intención

De conformidad con los preceptos que regían en nuestro ordenamiento legal positivo, para la existencia del consentimiento, y como consecuencia de él la concreción de un contrato, era necesario un acuerdo total sobre todos y cada uno de los puntos que conciernen al mismo, para Vélez Sarsfield el contrato nace y se perfecciona en forma que podemos considerar instantánea, cuando la aceptación lisa y llana se une a la oferta aún subsistente.

Las cartas de intención del artículo 993 CCC corresponden a las cartas misivas de que se habla en el artículo 1036, pero en relación con su valor vinculante como oferta decían Garrido y Zago que se trata de una propuesta dirigida a un tercero exteriorizada en la carta y que tiene por objeto producir un efecto provisorio que queda agotado en la preparación del contrato⁹. Por supuesto que no es instrumento en el que consta un acuerdo, ni tampoco obliga a quien la emite.

En doctrina, y en sistemas extranjeros, existen posiciones que hacen ver que el contrato no es de nacimiento espontáneo, sino por el contrario, que a él se llega por tratativas y gestiones que pueden haber sido documentadas mediante las correspondientes comunicaciones o cartas de intención que expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases y limitadas a ciertas cuestiones relativas a un futuro contrato. Cabe si distinguir esta situación de la teoría de la *punktion o de* minutas vinculantes, donde ya hay acuerdo sobre los puntos esenciales.

Las cartas de intención son comunes en los contratos complejos o importantes con elaboración prolongada y pueden contener un variado contenido que va desde la expresión de las partes de estar en conversación para la posible celebración de un contrato, establecer ciertas bases para la negociación, las personas habilitadas para llevarlas adelante, descripción de la información suministrada o a suministrar, actos de confidencialidad, plazos de desarrollo de las negociaciones, autorizaciones para acceso a documentos¹⁰.

Estos instrumentos o cartas de intención serán en caso de discusión de interpretación restrictiva y ante la duda serán consideradas tratativas y solo se considerará que media una oferta si se cumplen con los requisitos para configurarla (arts. 972 y 974).

⁹ GARRIDO ZAGO, y GARRIDO CORDOBERA (2014).

¹⁰ RIVERA (2014), p. 478.

VI. REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN Y LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

1. Contrato por adhesión

El artículo 984 CCC incorpora una definición legal de contrato por adhesión poniendo el acento en que uno de los contratantes (adherente) se limita a adherir a lo establecido previamente por la otra o un tercero sin haber participado en la redacción, criticada por Rivera por considerar más clara poner el acento en que una de las partes se vio precisada a dar su consentimiento ¹¹.

Lo hace diciendo expresamente que el contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción. La jurisprudencia comercial ha establecido desde la década de los ochenta ciertos parámetros particulares para el tratamiento de las Cláusulas generales y el artículo 10 de la Ley de Protección al consumidor establece el contenido del denominado documento de venta en los contratos de consumo, que se vuelcan en la norma del artículo 985.

Son requisitos de las mismas ser comprensibles (poder ser entendidas por co-contratante) autosuficientes (lo que limita la situación de remisión a cuerpos no entregados), su redacción debes ser clara (no oscura o ambigua) completa (autosuficiente) y fácilmente legible (se debe a la exigencia usual del tamaño del tipo de letra, de allí la denominada letra chica del contrato).

Expresamente se establece que se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. El texto del artículo reafirma que se tendrán por no escritas aquellas cláusulas que reenvían a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, pero engloba las dos situaciones posibles la de la entrega simultánea y la anterior que no son iguales por la premura a veces de celebrar el negocio.

La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares y creemos que esto resulta muy acertada esta referencia pues permite su aplicación a los contratos por adhesión realizados por estos medios, ya que no siempre estaremos en el ámbito de los contratos de consumo y donde se recurre a las disposiciones especiales, vemos que en estos casos ya no se

¹¹ RIVERA (2014), p. 438.

discutirá y se recurría una norma expresa que estableciera la aplicación de la normativa de los contratos por adhesión.

a) LAS CLÁUSULAS PARTICULARES

En virtud de la autonomía de la voluntad las partes pudieron siempre establecer las cláusulas particulares en materia contractual respetando pautas generales del límite establecido por el ordenamiento en general y en los contratos en particular, esto es muy claro en materia de contratos paritarios y tenía aun mayor importancia en los contratos por adhesión como lo sostuvo nuestra doctrina y Jurisprudencia al darle preeminencia en la interpretación de esta modalidad contractual.

En el CCC en el artículo 986 se hace referencia a aquellas cláusulas que son negociadas individualmente y que son insertas en el contrato por adhesión ampliando, limitando, suprimiendo o hasta interpretando una de las cláusulas generales, recepcionando el valor de la autonomía de ambas partes por encima de la voluntad del predisponente, generalmente autor de la cláusula general.

Recordemos que la cláusula general es la que ha sido redactada con alcance general para ser utilizada en todos los contratos particulares de la misma especie y será predispuesta cuando ha sido determinada unilateralmente por una de las partes.

Vemos a fin de evitar discusiones se cubre todos los posibles aspectos de la dinámica hasta la interpretación auténtica y en caso de incompatibilidad entre las cláusulas generales y las particulares prevalecen estas últimas, se considera a estas el fruto de la libre discusión y plena autonomía de las partes.

Estas cláusulas particulares, aunque el artículo no lo dice expresamente tiene que respetar siempre los límites impuestos por la buena fe y el orden público.

b) INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS AMBIGUAS

La jurisprudencia y la doctrina ha sostenido reiteradamente este tipo de interpretación contra el autor de la norma en caso de ser la redacción ambigua (cuando da lugar a más de un sentido), a modo de sanción por no cumplir con el principio de claridad y buena fe que debe imperar en las transacciones.

Es positiva la incorporación expresa de una norma de interpretación contra el predisponente como lo hace el artículo 987 CCC que podemos también unir con el requisito de que las cláusulas sean comprensibles (art. 985) aunque

debemos recordar la experiencia de que cada vez que la Jurisprudencia identifica una de estas cláusulas las condiciones generales de las cláusulas son cada vez más claras en contra del predisponente.

c) LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Hemos dicho que el hecho que una parte tenga menor poder de negociación que otra puede ser decisivo, el mero consentimiento de las partes, si ellas están en situaciones demasiado desiguales, no siempre basta para garantizar la justicia del contrato, en esta corriente jurídica Jossereand señaló que la defensa del débil jurídico es la preocupación esencial del derecho moderno.

Vemos que la función de protección de la debilidad jurídica es llevada a cabo muchas veces mediante la coordinación, como un mínimo inderogable que condiciona la autonomía privada sobre el que se construirá el contrato estableciéndose ciertas normas cargadas de orden público que no pueden ser vulneradas y otras mediante normas de interpretación como es el caso de la debilidad ante una posición dominante que determina soluciones especiales.

Frente a la existencia de este tipo de cláusulas abusivas en la Argentina se ha aplicado en muchos casos el abuso de derecho (art. 1071 CCC) y con anterioridad el límite de la moral y buenas costumbres o la ilicitud (art. 953 del CCC) y planteándose la nulidad o ineficacia parcial de la cláusula en cuestión.

Recordemos que el artículo 37 LDC se refiere a las cláusulas que invierten la carga de la prueba, importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor, amplíen los derechos de la otra parte, desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños.

El Decreto Reglamentario de la Ley de Defensa al Consumidor Argentino nos brinda un concepto y establece que se consideraran términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre obligaciones y derechos entre las partes en concordancia con la Directiva 93/13.

En los contratos de contenido predispuesto suelen descalificarse a las cláusulas abusivas o condiciones generales irritas hablando de su contraposición al contenido ético, con la utilización de los argumentos de la buena fe, la moral, las buenas costumbres y la debilidad jurídica de uno de los co-contratantes y suele contraatacarse tal argumentación diciendo que no se tiene por qué presumir que el co-contratante tenido por débil es un ignorante.

El artículo del CCC si bien da una formula abierta establece una serie de situaciones en las cuales las cláusulas se tendrán por no escritas, estas serán:

las que desnaturalicen las obligaciones del predisponente (inc a) o que amplíen sus derechos emanados de normas supletorias (inc b), las cláusulas que impliquen renuncia o restricción de los derechos del adherente (inc b) y las que no son razonablemente previsibles por su contenido, redacción o presentación.

La doctrina ha hablado en ciertos casos del vicio de sorpresa (Leiva Fernández) y Rivera recalca que para saber si una cláusula es inusual deberemos tomar en cuenta las estipulaciones regularmente usadas dentro del sector en que se trate y además las negociaciones entabladas entre las partes¹².

Son situaciones en las que se entiende que conllevan a la pérdida del equilibrio entre las prestaciones del contrato. Indican que se cambiaría lo que se considera la normalidad del «ser» del contrato por eso si hubiese una adecuada compensación o contraprestación debe tenerse en cuenta.

Se trata de fórmulas abiertas que permiten al Juez también efectuar un análisis de conjunto para determinar si se justifica la descalificación de la cláusula. Constituyen un estándar de gran amplitud que permite abarcar un extenso universo de situaciones que conciernen al mantenimiento de la equivalencia en la relación conforme a todas las circunstancias del caso y se vincularía también con la noción de causa final.

La aprobación expresa por el adherente de estas cláusulas siempre ha causado discusión en la Doctrina y se ha sostenido que sería válida si respeta los límites de la buena fe y siempre que la aceptación de la cláusula tenga una causa justificada y sea razonable.

La LDC para el ámbito de consumo establece en el artículo 38 la regulación aplicable a los contratos de adhesión y a los contratos formularios disponiendo que la autoridad de aplicación vigilara que los contratos no contengan cláusulas previstas en el artículo 37.

Dijimos que las cláusulas especiales insertas en un contrato se basan en el principio de autorregulación y de la autonomía de la voluntad, y son de utilización usual en la dinámica contractual, sean ellas previstas para el caso concreto como así también, para la generalidad de la figura contractual, (como por ej. las cláusulas de escape o las de rescisión unilateral en contratos de franquicia, concesión o suministro) pero no siempre serán consideradas válidas o serán respetadas en una revisión judicial del contrato, pues podemos encontrarnos con supuestos de nulidad o también de ejercicio abusivo de la misma.

Vemos que el CCC considera expresamente que ni la aprobación por el ente de control administrativo de una cláusula hace obligatoria la misma o no revisable, por el Juez, solo brinda la apariencia de licitud, pudiendo este decla-

¹² RIVERA (2014), p. 467.

rar la nulidad de la misma, generalmente estamos frente a un caso de nulidad parcial, y de ser necesario integrar el contrato para mantener la finalidad del mismo (art. 989). Rivera señala que la solución no es igual a la prevista en el artículo 398 CCC donde el juez solo puede integrar el acto si la cláusula es separable mientras que el artículo 989 prescinde del criterio de la separabilidad y operara siempre la integración, aunque se haya afectado por la cláusula abusiva la finalidad del contrato¹³.

2. Contratos de consumo

La reformulación que se realizó en el derecho argentino partió del reconocimiento de que los derechos del consumidor tienen rango constitucional, y consecuentemente, la unificación de los contratos civiles y comerciales requiere incorporar también a la relación de consumo, y a este contrato, en el código de fondo asegurando los aspectos fundantes de la tutela del consumidor.

La categoría de los contratos de consumo establece en el CCC las directivas fundantes de los mínimos no disponibles de las partes y que debe articularse con la Constitución Nacional y la Ley 24.240.

La sección correspondiente comienza definiendo un ámbito más amplio como lo es la «relación de consumo» para luego introducirse en la conceptualización específica del «contrato de consumo» expresando en el artículo 1093 que son aquellos en donde el consumidor, adquiere bienes y servicios de personas físicas o jurídicas que actúan como profesionales en el mercado, de manera tal que la citada adquisición se hace para destino final y/o para su uso privado familiar y social.

Resulta claro que el criterio del «contrato de consumo» se encuentra inmerso en el concepto más amplio de la «relación de consumo», respetando así la jerarquía constitucional del derecho del consumidor, que emana del artículo 42 de la CN, y dejando a salvo también la legislación especial pautada en la ley 24.240.

Los artículos 1094 y 1095 instituyen el criterio de interpretación y de prelación normativa disponiendo que las normas deben ser aplicadas conforme al principio *in dubio pro consumidor*.

El primero de los artículos establece claramente que las relaciones de consumo no sólo deben tutelar al consumidor, sino que deben asegurar el acceso al

¹³ RIVERA (2014), p. 469.

consumo sustentable, y por ello, en caso de duda, el contrato se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, tal como lo dispone el artículo 1095.

También se establecen, en los artículos 1100 a 1103, las obligaciones del proveedor de suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características de los bienes y servicios que provee, como así también, las condiciones de su comercialización. La norma destaca que la información debe ser gratuita y proporcionada con claridad.

La información tiene una doble vertiente, pues por un lado es un derecho esencial de los consumidores y usuarios, y por el otro, constituye una obligación para el proveedor u oferente de los bienes o servicios y se complementa con la regulación referida a la publicidad, el artículo 1101 se prohíbe toda la que contenga indicaciones falsas o que induzcan al error o que impliquen comportarse en forma perjudicial tanto para la salud como para la seguridad del consumidor.

Además, el artículo 1103 regula los efectos de la publicidad, al disponer que se tienen por incluidas en el contrato.

Se reglan también los contratos celebrados a distancia y se establece que las ofertas por medios electrónicos deben tener como lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación.

Al regular los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, y los contratos celebrados a distancia, el artículo 1110 puntualiza que el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los 10 días computados a partir de la celebración del contrato y estipula que las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación, se tienen por no escritos¹⁴.

Se estipula que la integración del sistema legal, en una escala de graduación queda compuesto por: 1.º Los derechos fundamentales del consumidor reconocidos en la Constitución Nacional; 2.º Los principios y reglas de protección mínima y lenguaje común del CCC; y 3.º La reglamentación detallada de los derechos del consumidor vertidos en la Ley 24.240.

Los efectos de la incorporación de los principios generales en materia de consumo serían los siguientes: 1.º No habría obstáculo para que una regulación especial establezca condiciones superiores; 2.º Ninguna ley especial po-

¹⁴ El artículo 1111 estipula que el proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones, o en el documento que instrumente el contrato definitivo, ubicada como disposición inmediatamente antes de la firma.

dría derogar estos mínimos que son un «núcleo duro» de tutela; 3.º Hace a la coherencia del sistema; 4.º Habrá un diálogo de fuentes, en cuanto a la integración en el que el Código recupera la centralidad para iluminar el resto de las fuentes.

VII. REGULACIÓN DE CIERTAS MODALIDADES CONTRACTUALES

Se adopta la postura de incorporar metodológicamente la regulación de los contratos preliminares, del pacto de preferencia y el contrato sujeto a conformidad dentro del Capítulo 3 referida a la formación del consentimiento, y no como un supuesto de cláusulas o contratos particulares.

1. Los contratos preliminares

El artículo 994 establece que los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo.

Podemos decir que el contrato preliminar es aquel contrato en el que las partes asumen la obligación de concluir en el futuro un contrato definitivo, por lo tanto, se genera una obligación de hacer.

Atañe al proceso formativo del contrato y se desenvuelve en miras al perfeccionamiento de un contrato y es una autolimitación a las libertades de conclusión y de configuración.

El contrato preliminar es un contrato perfecto, con todos los elementos y precisiones particulares del contrato definitivo y, por lo tanto, una vez concluido, se genera una responsabilidad de tipo contractual¹⁵.

Spota explica que la finalidad práctica de esta figura consiste en que puede contratarse en forma preliminar cuando no es posible material o jurídicamente o a veces hasta conveniente realizar el contrato definitivo. Esto puede suceder por que se trate de una cosa futura, que no esté disponible inmediatamente o se carecían de ciertos datos (por eso parte de nuestra doctrina se calificó al boleto de compraventa como contrato preliminar).

La diferencia entre el contrato preliminar y el preparatorio consiste que este último no obliga a realizar el contrato, sino es reglar las vinculaciones que

¹⁵ LOPEZ DE ZAVALIA (1971), pp. 151 ss.

las registrarán si estos contratos llegan a existir, son los acuerdos marcos, contratos reglamentarios o normativos.

El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección del CCC es de un año, o uno menor que convengan las partes, quienes tienen la facultad de renovarlo a su vencimiento, se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción.

El CCC contempla la promesa de celebrar un contrato futuro, en el que ambas partes se obligan a celebrarlo y los contratos de opción en los cuales e las cual una de las partes tiene el derecho irrevocable de aceptar el contrato definitivo.

El artículo 995 CCC dispone que las partes puedan pactar la obligación de celebrar un contrato futuro y que el futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad, quedarían excluidos la donación de inmuebles, de cosas muebles registrables y rentas periódicas y vitalicias (art. 1552).

Recordemos y la norma lo dice que es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer.

La promesa de un contrato futuro obliga a las partes a celebrar el contrato definitivo. No tienen la facultad de arrepentirse de no contratar salvo que se haya convenido expresamente o exista pacto de seña penitencial.

Si una de las partes es renuente puede ser compelido al cumplimiento y llegado el caso se procederá a la realización por el Juez.

El supuesto paradigmático resulta ser el boleto de compraventa. El artículo 1017, inciso a) del CCC prevé que la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles debe realizarse por escritura pública y en los supuestos en que no se cumpla tal forma, en los que se genera una obligación de hacer (art. 1018 CCC).

Con respecto al contrato de opción, este se regula en el artículo 996, que establece, que el contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo, pudiendo esta ser gratuito u oneroso.

Como limitaciones establece que debe observarse la forma exigida para el contrato definitivo. y no es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipule por las partes.

Nada dice respecto a las opciones reciprocas muy común en el campo de las sociedades por acciones o contrato asociativo en el cual una parte puede obligar a la otra a venderle, pero también está a comprarle.

Entendemos que en la opción contractual existe un derecho perfecto de uno de los contratantes que puede o no ejercerlo según sea su voluntad. Como ejemplo más común tenemos un contrato de locación, en que el locador al ce-

lebrar el contrato ha dado opción al locatario para que utilice, si así lo desea, una prórroga por un plazo fijado, habiéndose también convenido el caso de que el locatario haga uso de la opción otorgada en su favor. En dicho caso, si el locatario hace uso de la opción, el locador no puede negarse a aceptarla, por cuanto en la formación del contrato ha prestado ya su conformidad ¹⁶.

2. El pacto de preferencia

Vemos que el tratamiento metodológico de esta disposición varía respecto del CCC que la estipulaba como una cláusula específica dentro del contrato de compraventa, aunque por la autonomía de la voluntad, podía utilizarse en otros contratos, como el de locación, asociativos, suministro.

Solía conceptualizarse como el derecho que tiene una de las partes a realizar un negocio determinado si se cumple la condición establecida por ellas.

Vemos que existe también una posible opción, pero que no configura un derecho potestativo sino modal (es decir, que está sometido a condición, que necesita, para que el titular de la opción pueda hacerla valer, que se produzca el hecho futuro e incierto que las partes previeron al contratar). Por ejemplo, los pactos de preferencia y de mejor comprador son casos que no son puras y simples y en los cuales la opción únicamente se puede ejercer al producirse el hecho tenido en consideración.

El CCC lo regula en el artículo 997 estableciendo que el pacto de preferencia genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien, si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra o las otras partes.

El pacto en sí supone que, si el promitente decidiera concluir un contrato, debe hacerlo con la beneficiaria del pacto, si es que ésta última al menos equipara las condiciones de contratación de un tercero oferente pues no sería razonable obligarlo a realizarlo por un monto menor.

El artículo adopta la posición de parte de la doctrina de que genera una obligación de hacer y no dos en cabeza de la misma parte, una de no hacer (por ejemplo venderle a otro) y otra de hacer.

La regulación actual no solo permite la utilización en los contratos de cambio en términos generales, sino incluso en los asociativos, con la particularidad que en estos últimos puede ser recíproco pues aclara expresamente que, si se trata de participaciones sociales de cualquier naturaleza, de condominio, de partes en contratos asociativos o similares, el pacto puede ser recíproco.

¹⁶ GARRIDO ZAGO y GARRIDO CORDOBERA (2014).

El CCC establece como regla que los derechos y obligaciones derivados de este pacto, son transmisibles a terceros, con las condiciones y excepciones que las mismas partes hayan pactado. Esto sin perjuicio que en el artículo 1165 CCC mantenga el sistema anterior, en cuanto a que el pacto de preferencia incluido en un contrato de compraventa otorga un derecho personal y no puede cederse ni pasa a los herederos.

Con respecto al procedimiento para ejercer el derecho el artículo 998 que el otorgante de la preferencia debe dirigir a su o sus beneficiarios una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar el nuevo contrato, en su caso de conformidad con las estipulaciones del pacto. El contrato queda concluido con la aceptación del o de los beneficiarios.

El CCC no prevé plazo para ejercitar el derecho concedido, lo que supone que las partes deberán manejarse con prudencia y en cumplimiento del parámetro de buena fe que se impone a todos los operadores del derecho.

En el pacto de preferencia, el vendedor no podrá ejercerlo sino cuando medie voluntad del comprador de vender la cosa o darla en pago es decir que la promesa de contratar está sometida a un evento condicionante determinado por las partes, como en el ejemplo que da Spota en que el pacto se instituye en favor del arrendatario para el hipotético caso de que el locador se decida a vender la casa alquilada. Aquí dependerá de este hecho futuro o incierto que el arrendatario pueda hacer valer su derecho, y no de la simple voluntad del arrendatario, como ocurre en el caso que comentáramos de la opción.

Si media incumplimiento de este Pacto la Doctrina ha discutido sobre la validez o no del acto y como no existe una normativa expresa y sabemos que deberían indemnizarse todo el perjuicio que resulte y tener en cuenta la buena o mala fe del adquirente Recordemos que el proyecto del 2012 tenía una norma en el 1165 que decía que el acto era válido y se debían los daños y perjuicios a las otras partes, pero fue suprimido.

3. El contrato sujeto a conformidad

El contrato sujeto a conformidad, denominado también *ad referendum*, implica la incorporación expresa del contrato sujeto a condición suspensiva.

Se habla de negocios *ad referendum* cuando la declaración de voluntad de uno de los contratantes (o la de ambos) requiere se integrada por otra declaración de voluntad (asentimiento, aprobación, homologación)¹⁷.

¹⁷ LOPEZ DE ZAVALIA (1971), pp. 152 ss.

El artículo 999 expresa que se denomina contrato sujeto a conformidad. al contrato cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización y queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva.

Supone entonces que su perfeccionamiento depende de la aprobación o autorización de un tercero ajeno; en razón de ello, el período previo genera un verdadero estado de incertidumbre negocial.

El negocio es condicional, pero como esa autorización o aprobación opera con carácter suspensivo, para el supuesto que la misma no se cumpla las partes deben restituirse lo que hubieren recibido con sus accesorios. Si, por el contrario, la condición se cumplió al quedar perfeccionado el contrato, las partes deben cumplir con las obligaciones que hubieren asumido.

Vemos que el contrato *ad referendum* tiene como característica de su perfeccionamiento el hecho de la aprobación por un tercero ajeno al mismo y mientras ello no ocurra el negocio queda como latente.

La diferencia con el contrato preliminar es que en, hay dos partes que se obligan a realizar un contrato futuro definitivo y cuyo contenido queda determinado por el preliminar.

Casos de contratos sujetos a conformidad son las ventas de los Tutores que requieren aprobación por parte del Juez o de los Administradores de las Sociedades Anónimas cuando requieren ratificación de la Asamblea societaria.

VIII. REGLA PARA LA CONCLUSIÓN DEL CONSENTIMIENTO

El artículo 971 CCC establece que los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo.

Recordemos que para los sostenedores de Teoría de la recepción el momento de la formación del contrato es aquel en que la aceptación llega a destino, o sea, a poder del oferente, la misma resulta plausible desde el punto de vista de la seguridad jurídica, ya que el momento queda precisado por la recepción de la respuesta, y no, como ocurre con la teoría de la información, con el conocimiento que de ella efectúa el oferente.

Fue el sistema adoptado por Freitas en su *Esboço* (arts. 1840 y 1841), quien completa el sistema mediante la fijación de plazos para la validez y subsistencia de la oferta, aplicado, además, por el Código suizo de las Obligaciones, el Código mexicano, el Código soviético, el uruguayo, pero no por el CC¹⁸.

¹⁸ GARRIDO, ZAGO y GARRIDO CORDOBERA (2014), pp. 240 ss.

La voluntad negocial no puede adquirir relevancia jurídica si no se manifiesta¹⁹, si no se exterioriza de modo inequívoco (arts. 259, 262, 263 y 264 CCC).

Señala Rivera que esta norma se aplica los contratos discrecionales y en cuanto al supuesto de la conducta de las partes suficiente para demostrar que hay acuerdo, expresa que el Juez debe tener en cuenta varias cuestiones como las prescriptas por los artículos 982 de acuerdos parciales, las conductas de las partes y sobre todo la aplicación de los actos propios (art. 1067)²⁰.

1. Régimen entre presentes y ausentes

El artículo 980 regula ambos sistemas estableciendo que la aceptación perfecciona el contrato si es entre presentes, cuando es manifestada; y entre ausentes, cuando es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta.

Esto se une con el artículo 974 que al hablar de la fuerza obligatoria de la oferta también establece que la oferta hecha a una persona presente o la formulada por un medio de comunicación simultáneo, sin fijación de plazo, sólo puede ser aceptada inmediatamente.

Cuando la oferta es formulada a una persona presente o por medio de comunicación simultáneo como ser telefónicamente, chat, WhatsApp o una videoconferencia, y en tanto no contuviere plazo, sólo puede ser aceptada inmediatamente.

Es decir, el tiempo útil para contestar es el inmediato, sin solución de continuidad²¹. Se entiende que tal manifestación, requiere la percepción directa del oferente no debiendo distinguir si estamos frente a una oferta verbal o por escrito se aplica la misma solución en cuanto a que la aceptación debe ser inmediata.

También prescribe que cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación.

Aclara que los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contengan una previsión diferente.

¹⁹ SPOTA (1974), pp. 237 ss.

²⁰ RIVERA (2014), p. 438.

²¹ MOSSET ITURRASPE (1988), p. 107.

Recordemos que el oferente, y sus casos sus herederos, están obligados a mantener la oferta durante el tiempo de su vigencia, a menos que, siendo revocable, la retracten o estemos en el supuesto de caducidad.

Vemos que el consentimiento, tal como normaba el CC puede tener lugar entre presentes o entre ausentes. con respecto al primero, debe señalarse que conforme a la norma del artículo 974 que la oferta, sin fijación de plazo, hecha a persona presente o por medio de comunicación, sólo puede ser aceptada inmediatamente.

La cuestión planteada respecto de la celebración de los contratos entre personas que están separadas físicamente por la distancia había dado lugar al surgimiento de diversas teorías para determinar el verdadero momento en que el contrato queda efectivamente celebrado, el CCC ha tomado como dijimos postura por consagrar la teoría de la recepción.

Debemos además acotar que el progreso, fundamentalmente en materia de comunicaciones, ha complicado en mucho las diferentes posiciones, hasta interpretativas, ya que el teléfono, o el télex, permiten que a la distancia las partes puedan estar en comunicación directa, cosa que no ocurría con anterioridad.

Entre ausentes, el artículo 1154 CC que acogía la teoría de la «emisión» o «envío» como regla general a diferencia del actual CCC que adopta la de la «recepción», recordemos que esta teoría, parte de la idea que nadie puede quedar obligado sin hallarse en la posibilidad de saberlo y esa posibilidad existe cuando la respuesta del aceptante ha llegado a su destino.

En el acuerdo entre ausentes se aprecia con nitidez la presencia de dos voluntades en el proceso de su gestación cuyos contenidos, lugares y momentos de exteriorización son diversos ²².

Debemos puntualizar que el CCC contiene además artículos para la formación del consentimiento en los contratos de consumo celebrados a distancia en el artículo 1105.

²² MOSSET ITURRASPE (1988,) p. 108 ss.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. (2008): «Las desigualdades negócias y la trascendencia del poder en la negociación contractual», en *Vniversitas* 115.
- (2014): *Las cláusulas abusivas y la mirada del análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- (2015): *Contratos en general, en Incidencias del Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, tomo III.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R, BORDA, Alejandro y ALFERILLO, Pascual (2015): *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires: Editorial Astrea, tomo II.
- GARRIDO, Roque F, ZAGO, Jorge A y GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. (2014): *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando (1971): *Teoría de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Ed Zavalía, tomo I.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (1988): *Contratos*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- NICOLAU, Noemi y HERNANDEZ, Carlos (2016): *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Editorial La Ley.
- RIVERA, Julio C. (2014): en RIVERA, Julio y MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires: Editorial La Ley, tomo III.
- ROPPO, Vincenzo (2009): *El contrato*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. Traducción de Eugenia Ariano Deho.
- SPOTA, Alberto G. (1974): *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*. Buenos Aires: Editorial Depalma, tomos I y II.

BRASIL

RODRIGO ALMEIDA MAGALHÃES^{*}

EDUARDO HENRIQUE DE OLIVEIRA BARBOSA^{**}

ADRIANO STANLEY ROCHA SOUZA^{***}

LANDULFO DE OLIVEIRA FERREIRA JÚNIOR^{****}

SUMARIO: I. Introdução.–II. *Blockchain*.–III. *Smart contracts*.–IV. A vontade nos contratos autoexecutáveis.–V. Considerações finais.–Referências.

I. INTRODUÇÃO

O permanente e avançado surgimento de novas tecnologias traz a reboque profundas modificações no todo social, palco das relações sociais e jurídicas.

Não seria diferente o que se dá quanto aos negócios jurídicos, cada vez mais complexos e inovadores, mas que não perdem em sua base ou essência aquilo que se convencionou chamarmos de prerrequisitos ou elementos de validade.

Especificamente quanto aos contratos, merece destacada análise sobre sua formação nos tempos hodiernos.

^{*} Doutor e Mestre em Direito pela PUC/MG. Professor do Mestrado e Doutorado em Direito Privado da PUC/MG. Professor de Direito Empresarial da PUC-MG e da UFMG. Advogado empresarialista.

^{**} Doutorando e Mestre em Direito pela PUC Minas. Bolsista CAPES/PROEX no programa de pós-graduação em Direito Privado da PUC Minas. Advogado.

^{***} Mestre e Doutor em Direito Processual pela PUC MINAS. Professor de Direito Civil nesta mesma instituição. Mediador de conflitos.

^{****} Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, Professor da PUC MINAS.

Valendo-nos do conceito advindo da doutrina de Antunes Varela¹, contrato é acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Assim, é da essência do contrato, como negócio jurídico, a auto-regulamentação dos interesses dos contratantes, que estando cumpridas suas premissas elementares e, portanto, sendo reconhecida pela ordem jurídica, lhe é conferida validade e força criativa.

Seus requisitos estão previstos no direito brasileiro no que está versado no Código Civil, artigo 104, I, II e III, dividindo-os em requisitos subjetivos, quais sejam: existência de duas ou mais pessoas; capacidade genérica para a prática dos atos da vida civil; aptidão específica para contratar e consentimento das partes contratantes. Ainda, tem-se os requisitos objetivos, que são: licitude do objeto do contrato; possibilidade física ou jurídica do objeto; determinação do objeto do contrato e economicidade de seu objeto.

Para além destes requisitos essenciais, regem a formação dos contratos princípios fundamentais que certamente inspiram a conceituação de Haroldo Verçosa, sendo eles: princípio da autonomia da vontade; princípio da função social do contrato; princípio do consensualismo; princípio da obrigatoriedade da convenção; princípio da relatividade dos efeitos do contrato e, por fim, mas não menos importante, antes ao contrário, da maior relevância, o princípio da boa-fé objetiva.

No que pertine à autonomia da vontade, sendo o contrato um acordo de vontade das partes, tem-se que sem o mútuo consenso, expresso ou tácito, não se reconhecerá validade ao contrato. É imprescindível que as vontades das partes se encontrem e estejam em sentido convergente para que se logre colher o resultado daquilo que se é desejado, ou seja, o objetivo a que se propõem.

Pelos mandamentos do artigo 107 do Código Civil não se exige forma especial para que a manifestação da vontade seja válida, senão quanto a lei expressamente a exigir. Deste modo, a exemplo do previsto nos artigos 108 e 579 do Código Civil, se a norma jurídica exigir determinada forma, devem as partes observá-la.

Fixar o momento em que se tem como constituído e acordes as manifestações de vontade, é de relevante interesse para se ter como existente o contrato e, ao mesmo passo, o surgimento de seus efeitos.

Por certo que o contrato não vem à luz de forma imediata e pronta, mas resulta de fases preliminares, em que as manifestações de vontade se encontram e se amoldam para cumprir os objetivos desejados.

¹ ANTUNES VARELA (1977), p. 118.

Estas fases são assim divididas, a oferta ou proposição e a aceitação.

Nas lições de Maria Helena Diniz, «como na formação do contrato temos de considerar duas declarações de vontade sucessivas, e é sempre uma das partes que toma a iniciativa, manifestando à outra seu desejo de celebrar o contrato, sua declaração recebe o nome de proposta, enquanto a da outra parte chama-se aceitação. Portanto, a oferta e a aceitação são elementos indispensáveis à formação de qualquer contrato, visto que o consentimento de cada um dos contratantes, convergindo para um ponto, se encontra e forma o nexo contratual, e, de outro, pela aceitação o seu ponto final»².

De se destacar que, nos termos do artigo 427 do Código Civil, a proposta é vinculante àquilo que se formulou se o contrário não resultar de seus próprios termos, em razão da natureza do contrato ou, ainda, das circunstâncias do caso concreto.

No que pertine à aceitação, esta pode ser expressa ou tácita por parte de que se destinou a proposta ou oferta.

Feita a proposta e aceita em seus termos ou mesmo com alterações, tem-se o contrato.

E saber o momento em que tal se deu, ou seja, formou-se o contrato é de extrema relevância para que se possa, em seguida, saber se àquele momento as partes eram capazes de manifestar validamente suas vontades; para delimitar quais as normas incidirão sobre a relação jurídica nascida do contrato e, por consequência qual a autoridade competente para julgar eventuais conflitos daí decorrentes e, ainda, responsabilizar as partes pelos eventuais inadimplementos contratuais.

Ajustados os termos contratuais pela aceitação da oferta, resta conhecer e identificar o momento da conclusão do contrato, pois daí se poderá estabelecer a obrigatoriedade do que foi pactuado, sob pena de ser o inadimplente responsabilizado pelo o que se obrigou, além de perdas e danos se incorridas no caso concreto.

Neste ponto é preciso apurar se o contrato se deu entre presentes ou entre ausentes, não havendo, em princípio maiores dúvidas se o contrato se perfez entre presentes, pois, em tal caso, as partes se obrigarão no mesmo instante em que for aceita a oferta.

Lado outro, se o contrato se dá entre ausentes, surgem questões relevantes a serem elucidadas, as quais passam pela observância doutrinária e jurisprudencial atinentes ao tempo em que se deu a resposta à oferta.

² DINIZ (2006), p. 49.

No direito brasileiro adotou-se a chamada teoria da agnição ou declaração, em que se considera perfeito o contrato ao tempo da resposta à oferta, ou seja, quando se dá por parte do aceitante a expedição de sua manifestação de vontade.

Postas estas breves considerações sobre os elementos essenciais à formação dos contratos, voltando o foco à vontade das partes quando diante de um contrato celebrado no ambiente puramente tecnológico e, muitas das vezes, puramente virtualizado, merece atentas análises e indagações sobre o momento e o local da manifestação de vontade em tais circunstâncias como a seguir se verá.

A busca por melhorias se dá de forma constante na sociedade, isso faz com que diversas tecnologias sejam pensadas e desenvolvidas. Em sua maioria o simples desenvolvimento de uma tecnologia não atrai para si o olhar do direito, que passa a se preocupar quando é diretamente impactado por ela ou em caso de serem observadas alterações no mundo dos fatos que exijam a regulação ou punição por parte do direito.

No ano de 2008, o *bitcoin* foi desenvolvido e apresentou importante avanço para a sociedade, que permitiu o envio de valores de uma pessoa a outra sem a interferência de um terceiro responsável por autorizar a transação. Para além das melhorias apresentadas pelo *bitcoin*, a tecnologia que precisou ser desenvolvida para que fosse possível seu uso seguro, o blockchain, tem recebido ainda mais destaque.

O blockchain tornou possível a transferência e o armazenamento de valores, mas também de informações, sendo utilizado para variadas funções, dentre elas destaca-se a confecção de *smart contracts*. Estes instrumentos solucionam problemas apresentados por contratos comuns e tornam certa a execução do pacto firmado, não podendo ser descumprida pelas partes envolvidas.

Portanto, o problema deste artigo pode ser resumido à seguinte pergunta: ante a execução automática dos *smart contracts*, como fica a vontade dos contratantes? A busca pela resposta ao problema se deu com base no método descritivo e expositivo. Como objetivo, buscou-se compreender os *smart contracts* e como a vontade das partes se manifesta no instrumento. A hipótese apresentada para este artigo é de que a utilização dos *smart contracts* não coloca em risco a vontade das partes.

Este artigo foi dividido em três grandes partes. Inicialmente, trata-se brevemente do blockchain, por se tratar da base utilizada para os *smart contracts* e de onde parte de suas características são originadas. Em seguida, os *smart contracts* são abordados, destacando-se suas principais aplicações e características. O último tópico está reservado à análise da vontade nos *smart contracts*.

II. BLOCKCHAIN

O estudo dos *smart contracts* e todas as suas características precisa ser precedido do estudo do *blockchain*, tecnologia que impacta diretamente esses contratos. O desenvolvimento do *blockchain*, por sua vez, é recente e data do ano de 2008, período em que surgiu o *bitcoin*. Não se sabe quem de fato criou a tecnologia, apenas que teria sido desenvolvida pelo pseudônimo Satoshi Nakamoto, nome que está envolto em profundo mistério, sendo possível, inclusive, que se trate de um único indivíduo ou um grupo deles.

O *bitcoin* foi revelado após a publicação de um paper intitulado «*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*»³⁴ em um fórum existente na internet e de autoria atribuída ao pseudônimo utilizado por seu criador. Apesar da divulgação do texto ter ocorrido em 2008, apenas em 2009 o *bitcoin* passou a ser utilizado pela população.

A tecnologia representa importante avanço em se tratando da movimentação de recursos e dados. Neste sentido, vale destacar que o que predomina no sistema financeiro tradicional é que as transações realizadas entre particulares necessitam da autorização de um terceiro, geralmente uma instituição financeira, responsável por analisar a validade da operação e por efetivar a vontade das partes, que querem uma pagar e a outra receber, por exemplo.

Este modelo tradicional ainda está vigente, mas apresenta problemas que o torna pouco eficiente, ao ser comparado com as novas possibilidades criadas pela tecnologia. Dentre os principais problemas é possível citar a demora na efetivação das transações e também o custo exigido pelo serviço prestado pelo intermediário aos sujeitos.

Estes problemas foram amenizados pelo uso do *bitcoin*. A tecnologia permite a realização de transações em minutos e possui valor muito baixo, se comparado aos custos do modelo tradicional, isto só se tornou possível graças ao afastamento do terceiro intermediário da relação, sendo assim, as transações em *bitcoin* são realizadas pela própria parte. O sistema utilizado confere, por si só, autenticidade, segurança e veracidade à relação, de forma automática.

Apesar das melhorias e da importância do *bitcoin*, a tecnologia trouxe consigo outro importante avanço, é que para permitir a realização de transações de forma segura a inovação precisou criar o *blockchain*, que tem ganhado destaque nos últimos anos em razão da sua versatilidade e ampla possibilidade de aplicação. Neste sentido, Artioli, Carvalho, Oliveira e Pires abordam sua

³ Tradução livre: «Bitcoin: um sistema de dinheiro eletrônico ponto a ponto».

⁴ NAKAMOTO (2008), p. 1.

aplicação no setor financeiro, destacando também que a tecnologia permite a transferências de dados, o que, a princípio, possibilita uma aplicação extremamente ampla:

«Certamente, maior do que a inovação das criptomoedas foi a tecnologia que as tornaram possíveis, a saber, a tecnologia blockchain. Trata-se de uma tecnologia de alto impacto, capaz de gerar grandes mudanças nos sistemas financeiros nacionais e internacional. Isso porque essa tecnologia facilita a transferência de dados, atribuindo maior eficiência e segurança às transações financeiras, tanto em termos de tempo como de custos de transação»⁵.

O *blockchain* é um agrupamento virtual de blocos repletos de informações, devidamente organizados. De um modo geral, cada bloco individualmente considerado é constituído pela mesma estrutura, mas apresentará variações em cada espaço a ser preenchido, que o tornará distinto dos demais.

A primeira informação presente no bloco a ser analisada é o número de ordem. Por se tratar de uma sequência de blocos, é imprescindível que exista uma forma lógica de se identificar o local em que a informação está inserida dentro do grupo, assim, a busca por informações ou blocos pode ocorrer rapidamente e inclusive ser compartilhada de forma facilitada.

O código *nonce* é outra informação que está presente. Este código representa a solução ao problema matemático daquele bloco em específico e é capaz de equilibrar o bloco. Importante destacar que irá variar a depender das informações inseridas. Esta é a informação buscada pelos equipamentos utilizados pelos mineradores, que inserem diversos números aleatórios no bloco, por tentativa e erro, em busca de descobrir a sequência de números correta.

O código *nonce* ainda está intrinsecamente relacionado à segurança do *blockchain* como um todo. Por estar relacionado às informações inseridas no bloco, caso ocorram alterações posteriores nas informações ali inseridas, a alteração irá provocar o desequilíbrio do bloco, tornando o código *nonce* responsável por sua estabilização insuficiente. O equilíbrio do bloco só será atingido novamente após a identificação de novo código *nonce*, fixado com base no novo conjunto de informações.

Em seguida, tem-se as informações inseridas no bloco, que podem ser diversas. Os autores Tapscott e Tapscott destacam a ampla aplicação do *blockchain* em atividades importantes para a sociedade. A lista de serviços que po-

⁵ ARTIOLI *et al.* (2020), p. 15.

dem ser realizados com auxílio da tecnologia é extensa e dificilmente poderia ser abordada em sua integralidade:

«Este livro-razão digital das transações econômicas pode ser programado para gravar praticamente tudo o que for de valor e importância para a humanidade: certidões de nascimento e de óbito, certidões de casamento, ações e títulos de propriedade, diplomas de ensino, contas financeiras, procedimentos médicos, créditos de seguros, votos, proveniência de alimentos e tudo o mais que possa ser expresso em código»⁶.

Em se tratando da transferência de valores, por exemplo, é preciso observar que além do valor em si, também estarão presentes as chaves públicas de quem transfere o montante e de quem o recebe. Esta é a única informação que faz referência aos sujeitos no *blockchain* e é constituída pela aplicação de pesada criptografia, resumida ao final em uma extensa sequência de letras e números.

Dificilmente será possível chegar aos sujeitos envolvidos na transação utilizando como ponto de partida as chaves públicas, em razão da criptografia aplicada. Por este motivo, é possível imaginar que se trate de anonimato absoluto, o que não é real. Apesar da criptografia ser utilizada para impedir a identificação do sujeito, existem outros mecanismos que podem ser aplicados para que se chegue à identidade da pessoa por trás do código. Neste sentido, é possível citar a ampla gama de informações que estão à disposição dos países a respeito de sua população, por exemplo.

Relacionada a cada informação ou transação inseridas no *blockchain* estará sua assinatura. A assinatura é também um dado público e seu objetivo é indicar a validade da informação ou transação a que faz referência. Ela é formada pela aplicação de criptografia em informações como a chave pública dos envolvidos, a informação ou transação inseridas, e a chave privada daquele que está permitindo algo. Alterar qualquer uma dessas informações causa grandes alterações no código de assinatura. Por fim, se expressa por uma extensa sequência de letras e números e permite verificar a validade das informações inseridas rapidamente.

Até aqui foi possível compreender como as informações estão dispostas no bloco e suas respectivas funções, mas não está clara a forma com que cada bloco, considerado em sua singularidade, está conectado ao outro, formando assim o *blockchain*.

⁶ TAPSCOTT E TAPSCOTT (2016), p. 37.

A conexão entre os blocos se dá por meio do código *hash*. Assim como as demais, esta informação sofre variações a depender do conteúdo do bloco e se apresenta de forma duplicada, fazendo referência sempre ao bloco anterior e ao presente bloco. Desta forma, o segundo bloco apresenta seu próprio código *hash*, mas também o referente ao primeiro bloco. O terceiro bloco apresenta seu próprio código *hash*, mas também o referente ao segundo bloco e assim sucessivamente.

Assim como o código *nonce*, o código *hash* está diretamente ligado ao conteúdo inserido no bloco. Desta forma, qualquer alteração em bloco já inserido no *blockchain* causará não só alteração no *nonce*, mas também no seu código *hash*. Por estar presente no bloco posterior, o código *hash* causará a invalidação de toda a cadeia de blocos, exigindo novo processo de mineração de todos os blocos posteriores ao bloco alterado.

A presença do código *hash* no bloco pode ser compreendida como uma medida de segurança, haja vista dificultar a alteração de transações já registradas. É preciso considerar que os blocos são inseridos com certa distância de tempo entre um e outro, desta forma, quanto mais tempo existir entre o bloco a ser alterado e a data e hora de início da alteração, maior será o tempo e o poder de maquinário necessários para execução da alteração. Considerando uma única cadeia de blocos em que cada bloco é inserido após dez minutos do seu antecessor, seriam acrescentados seis blocos a cada hora e cento e quarenta e quatro a cada dia.

Outro mecanismo de defesa utilizado pelo *blockchain* é o armazenamento de uma cópia da estrutura em cada computador destinado à mineração de novos blocos. Por estarem interligadas, as informações são automaticamente inseridas conforme as transações são validadas pelos seus integrantes e todas as cópias são atualizadas na mesma velocidade.

Desta forma, a alteração de bloco já inserido no *blockchain* apresenta-se como ação extremamente improvável. Apesar de ser matematicamente possível, não basta ao responsável pela modificação alterar toda a cópia da cadeia de blocos presente em seu computador. Haja vista existirem cópias armazenadas nas máquinas dos mineradores, seria necessário modificar pelo menos cinquenta por cento mais uma cópia da quantidade total existente.

Nakamoto tratou de possíveis ataques ao sistema e apresentou seu mecanismo de defesa:

«The majority decision is represented by the longest chain, which has the greatest proof-of-work effort invested in it. If a majority of CPU power is controlled by honest nodes, the honest chain will grow the fastest and outpace any competing chains. To modify a past block, an attacker would have to redo the proof-of-work of the block and all blocks after it and then catch up with and

surpass the work of the honest nodes. We will show later that the probability of a slower attacker catching up diminishes exponentially as subsequent blocks are added»^{7 8}.

A título de exemplo, em um *blockchain* composto por três cópias, seria necessário alterar pelo menos duas. Em si tratando de mil cópias, para ser considerada correta, a sequência alterada teria que atingir pelo menos quinhentas e uma cópias. Desta forma, quanto maior o número de integrantes, maior a segurança apresentada pela rede.

Diante da grande quantidade de blocos a serem modificados para alterar uma informação já inserida no sistema, seria necessária uma quantidade de energia e potência de maquinário muito grande e difícil de ser encontrada, sendo superior ao necessário para o processo comum de mineração de novos blocos. Portanto, seguir a trajetória comum de minerar novos blocos apresenta-se mais rentável do que a tentativa de alterar blocos já validados integrantes do sistema⁹.

Ante a segurança presente no *blockchain* e sua versatilidade, que comporta não apenas transações econômicas, mas também a inserção de informações, este sistema está sendo utilizado como suporte para diversas aplicações, como apresentado acima. Neste sentido, destaca-se que o *blockchain* é peça fundamental para ampla utilização dos *smart contracts*.

III. SMART CONTRACTS

Os contratos são instrumentos de grande importância para a sociedade e assim como outros institutos jurídicos sofreram influências da revolução tecnológica ocorrida nos últimos anos, esses também foram impactados pela nova realidade.

O autor Szabo esclarece a origem do termo *smart contract*:

«I call these new contracts “smart”, because they are far more functional than their inanimate paper-based ancestors. No use of artificial intelligence is

⁷ Tradução livre: A decisão da maioria é representada pela cadeia mais longa, que tem o maior esforço de prova-de-trabalho investido nela. Se a maioria do poder de CPU é controlado por nós honestos, a cadeia honesta vai crescer mais rápido e superar quaisquer cadeias concorrentes. Para modificar um bloco passado, o atacante terá de refazer a prova-de-trabalho do bloco e depois de todos os blocos posteriores e, em seguida, alcançar e superar o trabalho dos nós honestos. Vamos mostrar mais tarde que a probabilidade de um atacante mais lento ter sucesso diminui exponencialmente quando blocos subsequentes são adicionados.

⁸ NAKAMOTO (2008), p. 3.

⁹ BARBOSA E MAGALHÃES (2020), p. 112.

implied. A smart contract is a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises»^{10 11}.

Inicialmente, destaca-se que em tradução livre para o português, o termo *smart contracts* pode ser compreendido como contratos inteligentes. Fala-se em inteligência por serem instrumentos formados por algoritmos responsáveis pela execução de forma automática dos comandos definidos, a fim de realizar as ações a que as partes decidiram se submeter.

Diante da execução automática, tida como principal característica do instrumento, alguns autores sugerem que o termo mais adequado para se referir aos *smart contracts* seria «contratos autoexecutáveis», é o que afirma Pimenta¹². Esta característica, a autoexecutividade, torna certa a execução do contrato, independentemente da vontade das partes, o que diferencia estes instrumentos dos contratos comuns, que podem ser descumpridos a qualquer tempo.

Outro conceito de *smart contract* que merece destaque é o apresentado por Divino, que se esforça em apresentar conceito que consiga abordar todas as características possíveis ao instrumento. Para tanto, preocupa-se em tratar de informações anteriores à constituição do contrato, paralelas à constituição do mesmo e posteriores, relacionadas ao seu cumprimento. Na íntegra, afirma o autor que:

«Dessa forma, define-se *Smart Contract* como negócio jurídico unilateral ou bilateral, quase inviolável, imperativo, previamente pactuado escrita ou verbalmente, reduzido à linguagem computacional apropriada (algoritmos) e expresso em um termo digital que representará *ipsis litteris* o anteriormente acordado, armazenado e executado em uma base de banco de dados descentralizado (Blockchain), para gerí-lo autônoma e automaticamente desde sua formação à sua extinção - incluindo condições, termos, encargos, e eventuais cláusulas de responsabilidade civil – com auxílio de *softwares e hardwares*, sem a interferência de terceiros, objetivando à redução de custos de transação e eventuais despesas judiciais, desde que aplicados princípios jurídicos e econômicos compatíveis com a relação contratual instaurada»¹³.

O citado autor trata os contratos autoexecutáveis como quase invioláveis, ou seja, passíveis de violação. Neste sentido, afirma-se que as cláusulas

¹⁰ Tradução livre: Eu chamo esses novos contratos de «inteligentes», porque eles são muito mais funcionais do que seus ancestrais inanimados baseados em papel. Nenhum uso de inteligência artificial está implícito. Um contrato inteligente é um conjunto de promessas, especificadas em formato digital, incluindo protocolos dentro dos quais as partes cumprem essas promessas.

¹¹ SZABO (1996), p. 1.

¹² PIMENTA (2021), p. 186.

¹³ DIVINO (2018), p. 2788.

contratuais seriam dinâmicas e, portanto, ao optar pelo aumento do prazo para cumprimento da obrigação pela outra parte, estaria o contrato sendo descumprido. Apesar do excelente conceito apresentado pelo autor, entende-se de forma diversa, no sentido de que qualquer alteração realizada pelas partes de comum acordo não se configuraria o descumprimento do contrato e sim uma espécie de aditamento do mesmo, que agora precisa lidar com novas circunstâncias.

Szabo afirma que a máquina de vendas automática é um ancestral comum dos contratos autoexecutáveis. Nesta passagem, o autor destaca, ainda, algumas características do equipamento:

«A canonical real-life example, which we might consider to be the primitive ancestor of smart contracts, is the humble vending machine. [...] The vending machine is a contract with bearer: anybody with coins can participate in an exchange with the vendor. The lockbox and other security mechanisms protect the stored coins and contents from attackers, sufficiently to allow profitable deployment of vending machines in a wide variety of areas»^{14 15}.

Stark¹⁶ também trata do assunto, o autor diferencia os termos *smart contract* e *smart contract code*. Para ele, o termo *smart contract* seria uma junção do *smart contract code* e a linguagem natural, ou seja, existiria de forma ampla. Por outro lado, o *smart contract code* seria uma tecnologia específica, ou seja, um código que possa ser verificado, armazenado e executado na *block-chain*, apresentando-se de forma pontual.

Se analisada na perspectiva apresentada por Stark, as máquinas de venda automática seriam exemplos de *smart contract code*. Isto, pois as máquinas de venda automática são equipamentos muito mais limitados do que os *smart contracts* em si e representariam apenas uma parcela das ações a serem executadas pelo instrumento. Portanto, não seria correto relacionar a máquina automática de venda e o *smart contract* da forma proposta pelo autor. Neste sentido, destaca-se posicionamento de Divino:

«...as máquinas de venda automática nada mais são que a execução de algoritmos pré-programados para liberar itens quando inserido uma determinada

¹⁴ Tradução livre: Um exemplo canônico da vida real, que podemos considerar o ancestral primitivo dos contratos inteligentes, é a humilde máquina de venda automática. [...] A máquina de venda automática é um contrato com o portador: qualquer pessoa com moedas pode participar de uma troca com o vendedor. O cofre e outros mecanismos de segurança protegem as moedas e o conteúdo armazenado de invasores, o suficiente para permitir a implantação lucrativa de máquinas de venda automática em uma ampla variedade de áreas.

¹⁵ SZABO (1997), p. 03.

¹⁶ STARK (2016).

quantia de dinheiro. Inexiste capacidade técnica de *as vending machines* executarem todos os termos de transação, como cláusulas de exclusão, garantia, inadimplemento, condições, termos ou encargos. São essas máquinas *Smart Contracts Code*»¹⁷.

Pimenta também é contrário à relação estabelecida por Szabo e destaca as diferenças existentes entre o equipamento e o contrato autoexecutável. O autor afirma que enquanto a máquina de vendas automáticas exige a manifestação daquele que adquire o produto, que deverá escolher a mercadoria e inserir o valor correspondente, nos contratos autoexecutáveis, após a contratação, nenhuma ação ou omissão das partes é necessária para que o contrato se efetive. Deste modo, conclui pela impossibilidade de se considerar a relação estabelecida entre a máquina automática e seu cliente, um contrato autoexecutável¹⁸.

Importante destacar que também não são contratos autoexecutáveis as relações estabelecidas entre consumidores e fornecedores em ambiente virtual. Nesta situação encontram-se plataformas que fornecem produtos próprios ou de terceiros, como Mercado Livre, Shopee, Ifood, dentre outros. A justificativa é a mesma apresentada para as relações firmadas com as máquinas automáticas, uma vez que as partes, após contratação, precisam desempenhar ações a fim de efetivar o contrato firmado, o que não ocorre em contratos autoexecutáveis.

Os contratos autoexecutáveis não estão previstos no ordenamento brasileiro, portanto, apresentam-se como contratos atípicos. Esta condição faz com que existam diversas visões sobre o tema, sendo muitas delas incompatíveis entre si. Em se tratando do tema em estudo, as principais discrepâncias podem ser verificadas entre autores que se ocupam a apresentar conceitos e características do instituto, o que não é de todo ruim, haja vista proporcionar visões diferentes sobre um mesmo atributo, enriquecendo o estudo.

Existem algumas características que são abordadas por um número maior de estudiosos, enquanto outras apresentam-se pontualmente. Diante da impossibilidade fática de se esgotar a abordagem de todas as características dos contratos autoexecutáveis, este estudo se limitará a tratar daquelas que apresentem maior importância, assim consideradas as que foram abordadas mais vezes nos estudos sobre o tema.

A primeira característica a ser analisada é a execução do contrato ainda que contrária à vontade de uma das partes. Os contratos comuns apresentam problemas quando o assunto é a sua execução, isso se deve à possibilidade

¹⁷ DIVINO (2018), p. 2786.

¹⁸ PIMENTA (2021), p. 185.

de descumprimento do instrumento a qualquer tempo, mesmo após terem as partes concordado com seu conteúdo. Existem duas principais situações em que o descumprimento contratual poderá ser uma opção considerada por uma das partes.

A primeira delas é conhecida como *hold up*. Para compreendê-la, faz-se necessário perceber que o contrato é, por natureza, um instrumento imperfeito. Isso ocorre, pois é inviável prever tudo o que pode acontecer após a contratação, ainda que se trate de hipóteses absurdas, haja vista o custo financeiro e temporal que o exercício da negociação representa para as partes.

Assim, o processo de negociação de um contrato irá persistir pelo tempo em que apresentar benefícios para as partes e se encerrará quando seu custo não for proporcional aos ganhos percebidos. Portanto, o interesse de uma ou mais partes em descumprir o contrato, somada à existência de situação mais vantajosa para quem o descumpre, torna viável o seu descumprimento. Pode ocorrer, por exemplo, em razão da prestação assumida ter se tornado demasiadamente cara, sendo mais vantajoso à parte suportar eventuais punições pelo descumprimento do acordo do que cumprir o pacto.

A segunda hipótese de descumprimento a ser tratada está relacionada ao investimento refém. A hipótese ocorre quando, no contrato, uma das partes precisa realizar um investimento inicial, que não pode ser devolvido, para cumprir com sua parte do acordo. Nesta situação, a outra parte não estaria submetida a prestação parecida. A fim de esclarecer a situação acima, ocorre quando um dos contratantes, para prestar serviço ou produzir bem personalizados, precisa gastar valor inicial que será incluído em valor futuro a ser pago pelo adquirente.

É o que ocorre com o trabalho do marceneiro que produz móveis planejados e que precisa adquirir antecipadamente o material a ser utilizado na confecção do bem. A aquisição de móveis confeccionados especificamente para determinado espaço não teria utilidade para outra pessoa senão aquela que o solicitou. Portanto, caso o solicitante exigisse a diminuição do valor a ser pago sob pena de cancelar a confecção do bem já iniciada, ficaria o marceneiro obrigado a aceitar as condições ou perder o valor investido no material utilizado para a confecção do bem.

Os contratos autoexecutáveis estão livres do descumprimento *hold up* e investimento refém, uma vez que nesse instrumento as partes não realizam nenhuma ação ou omissão após o acordo ser firmado, sendo executado automaticamente sempre que ocorrerem as situações estabelecidas no próprio acordo como estímulo ao seu cumprimento.

Outra característica dos contratos autoexecutáveis é a sua existência de forma virtual. Diante da necessidade de uma plataforma que suporte seu armazenamento e execução, como o *blockchain*, e considerando que os comandos precisam estar previstos em algoritmos para se aplicarem de forma automática, não seria suficiente prever o acordo em papel, pois este meio não é suficiente para que o instrumento atinja ampla aplicação.

A ausência de confiança entre as partes é outra característica dos contratos autoexecutáveis. Esta particularidade está presente nos contratos comuns, mas é desnecessária nos contratos em questão. Por se tratar de um instrumento de aplicação imperativa, não sendo possível o seu descumprimento pela outra parte, a confiança se torna insignificante, sendo possível, inclusive, contratar com pessoas desconhecidas.

Por fim, destaca-se que o contrato autoexecutável é autônomo. Não depende de instituições ou do governo para ser constituído ou executado. Após o registro, que poderá ser feito pelo próprio usuário em site ou aplicativo fornecido pelo sistema, ficará o próprio contrato responsável pelo cumprimento do pacto que apresenta. Não será necessária nenhuma ação humana para sua efetivação, nem mesmo de uma terceira pessoa, estranha ao contrato.

Os contratos autoexecutáveis podem contribuir em grande medida para que novas relações contratuais sejam firmadas na sociedade. A facilidade existente em sua constituição, execução, as características apresentadas pelo instrumento e a forma com que a confiança deixa de ser importante na relação contratual vão ao encontro do momento atual, marcado pela rapidez e desburocratização dos procedimentos. Destaca-se que até mesmo instrumentos tradicionais, como é o caso dos contratos, precisam se readaptar à nova realidade.

IV. A VONTADE NOS CONTRATOS AUTOEXECUTÁVEIS

Como visto acima, os contratos autoexecutáveis são assim considerados, pois tornam desnecessária qualquer ação ou omissão das partes para que as obrigações fixadas no instrumento sejam cumpridas. Esta característica do contrato torna certo o seu cumprimento e apresenta-se como uma função positiva. Há, no entanto, problemas relacionados ao caráter impositivo dos contratos inteligentes, que serão analisados a seguir.

A princípio, importante destacar que a vontade é considerada um elemento essencial para o contrato autoexecutável e não pode ser constituído sem ela. A diferença entre os contratos comuns e o instrumento em estudo é que no primeiro a vontade se manifesta durante sua constituição e posteriormente, no cumpri-

mento das obrigações assumidas. O segundo, por sua vez, exige manifestação de vontade durante a constituição, mas essa é dispensada quando do seu cumprimento, haja vista a efetivação impositiva das obrigações estabelecidas.

O caráter impositivo da medida pode representar grande problema para as partes envolvidas, quando os esclarecimentos devidos não são prestados. A adoção extrema dos contratos autoexecutáveis poderia contribuir para a chamada governança algorítmica, que pode ser compreendida como:

«...a new normative system capable of regulating society more efficiently, reducing the costs of law enforcement and allowing for a more customized system of rules that is personalized to every citizen, and that is constantly revised based on their corresponding preferences and profiles»^{19 20}.

Por um lado, a governança algorítmica contribui para que a sociedade se torne mais eficiente e organizada. Desta forma, torna-se possível conceder à população informações que atualmente não estão disponíveis de forma clara. Quando relacionadas ao consumo, é possível pensar nos impactos causados pelo bem adquirido, conectados à poluição, desmatamento, uso exagerado de recursos naturais, produção de lixo não reciclável, impactos na saúde do próprio consumidor e outros.

Por outro lado, aumenta o controle sobre a população, tornando questionável a existência de liberdade e autonomia. Neste sentido, destaca-se o uso excessivo de plataformas digitais e o armazenamento de dados por elas realizado o que, em razão do tratamento das informações coletadas, viabiliza o desenvolvimento de relatórios específicos acerca de cada indivíduo.

Importante destacar que a governança algorítmica não está restrita à utilização em comunidades, ela poderá ser utilizada de forma voluntária e individual pelas pessoas. A utilização de contratos autoexecutáveis relacionados com a governança algorítmica torna possível atingir objetivos previamente estabelecidos, no entanto, como não há possibilidade de descumprimento, o sujeito que assumiu a responsabilidade estará obrigado a se submeter ao cumprimento impositivo do instrumento.

Neste sentido, afirmam Wright e De Filippi:

«When pushed to its logical extreme, algorithmic governance, might eventually result in a system that is highly prescriptive and deterministic; a system where people are, indeed, free to decide the particular set of rules to which they

¹⁹ Tradução livre: ...um novo sistema normativo capaz de regular a sociedade de forma mais eficiente, reduzindo os custos de aplicação da lei e permitindo um sistema de regras mais personalizado para cada cidadão, e que é constantemente revisto com base em suas preferências e perfis correspondentes.

²⁰ WRIGHT e DE FILIPPI (2015), p. 41.

want to abide, but –after the choice has been made– can no longer deviate from these rules, to the extent that smart contracts are automatically enforced by the underlying code of the technology, regardless of the will of the parties. This could potentially lead to the emergence of the modernized version of a totalitarian regime –a society based upon a restrictive technical framework that is almost exclusively controlled by self-enforcing contracts, walled gardens or trusted systems, owned and managed by a sophisticated network of decentralized organizations that dictate what people can or cannot do, without any kind of constitutional safeguards or constraints»^{21 22}.

É possível que a utilização dos contratos autoexecutáveis conduza a população, pontualmente, à situação de governança algorítmica. No entanto, importante destacar que os contratos são estabelecidos com base em período certo de tempo, não apresentando efeitos após o seu esgotamento. Desta forma, estará a parte submetida ao seu cumprimento apenas pelo período em que vigor.

Há que se considerar também que existem mecanismos capazes de modificar problemas apresentados pelo contrato autoexecutável, como o poder judiciário, bem menos eficiente do que deveria em se tratando de problemas tecnológicos, e o *judge as a service*. Assim, caso a prestação se torne desproporcional por alguma razão não prevista no instrumento, as partes poderão adotar medidas que visem desconstituir o pacto firmado, promovendo as correções necessárias. Portanto, acredita-se que apesar de existir o risco do contrato autoexecutável conduzir as partes a governança algorítmica, é preciso observar que há mecanismos que podem ser utilizados para que se evite ou corrija o problema em questão.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnologia *blockchain* proporcionou importantes avanços na sociedade, que ainda estuda suas implicações. Para além de tornar possível o uso do *bitcoin*, a tecnologia poderá ser usada para registro de informações, situação

²¹ Tradução livre: Quando levado ao seu extremo lógico, a governança algorítmica, pode eventualmente resultar em um sistema altamente prescritivo e determinístico; um sistema em que as pessoas são, de fato, livres para decidir o conjunto específico de regras que desejam cumprir, mas –depois que a escolha foi feita– não podem mais se desviar dessas regras, na medida em que os contratos inteligentes são automaticamente aplicados pelo código subjacente da tecnologia, independentemente da vontade das partes. Isso poderia potencialmente levar ao surgimento da versão modernizada de um regime totalitário– uma sociedade baseada em uma estrutura técnica restritiva que é quase exclusivamente controlada por contratos autoexecutáveis, *walled gardens* ou sistemas confiáveis, de propriedade e administrados por uma sofisticada rede descentralizada, organizações que ditam o que as pessoas podem ou não fazer, sem qualquer tipo de salvaguardas ou constrangimentos constitucionais.

²² WRIGHT e DE FILIPPI (2015), pp. 43-44.

em que poderia substituir instituições como os cartórios, reduzindo os preços cobrados pelo serviço, tornando o procedimento de registro em si mais ágil e permitindo o acesso de qualquer lugar, desde que exista internet.

A adoção do *blockchain* permite a exclusão do terceiro intermediário ou pelo menos reduz sua necessidade drasticamente, o que representa melhorias importantes para as pessoas que utilizam o serviço. Não se trata apenas de substituir o serviço que atualmente é prestado, em várias situações, de forma analógica, mas de potencializar diversas situações em que a digitalização poderá ser adotada.

Também merece destaque a segurança fornecida às transações. Uma vez inserida no *blockchain*, os valores ou informações não poderão ser alterados. Por considerar como correta a sequência de blocos com número maior de cópias idênticas, alterar apenas uma cópia do *blockchain* não é suficiente para que a nova versão seja considerada correta e alterar o número necessário de cópias do *blockchain* não é uma tarefa viável, apesar de ser matematicamente possível. Assim, quanto maior o número de integrantes da rede, maior a segurança fornecida às informações ali inseridas.

Os contratos autoexecutáveis também foram impactados pela tecnologia *blockchain*, que contribuirá em grande medida para a popularização desses instrumentos. Por não ser possível descumprir os contratos autoexecutáveis, eles acabam solucionando problemas que são comuns aos demais contratos, que podem ser descumpridos pelas partes nas hipóteses de *hold up* e investimento refém.

No entanto, os contratos autoexecutáveis também apresentam problemas. A depender da situação, poderão conduzir ao que se chama de governança algorítmica. Este risco existe, principalmente em se tratando de situações em que a parte não foi devidamente instruída acerca do instrumento ou em situações em que se veja obrigada a se submeter a contratos autoexecutáveis como única forma de solucionar algo.

Há que se destacar, porém, que em condições normais, a contratação se dá de forma voluntária, havendo espaço para que a parte negocie os termos inseridos no contrato. Mecanismos também podem ser utilizados para que o contrato seja modificado caso não mais represente a vontade das partes, é o caso do *judge as a service*. Por fim, destaca-se que a tecnologia *blockchain* e as melhorias por ela provocadas chegaram para ficar.

REFERÊNCIAS

- ARTIOLI, Marcel; CARVALHO, Carlos Eduardo; OLIVEIRA, Giuliano Contento de; PIRES, Desiree Almeida (2017): *Bitcoin, Criptomonedas, Blockchain: desafios analíticos, reação dos bancos, implicações regulatórias*. Fórum: Liberdade Econômica. Disponível em: https://www.mackenzie.br/fileadmin/OLD/62/ARQUIVOS/PUBLIC/SITES/ECONOMICA/2017/Carvalho__Pires__Artioli__Oliveira_-_Bitcoin__criptomoedas..._Encontro_Mackenzie.pdf.
- BARBOSA, Eduardo Henrique de Oliveira y MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (2021): *Compliance nas instituições financeiras e as novas tecnologias*. Belo Horizonte: Editora Expert.
- DIVINO, Sthéfano Bruno Santos (2018): «Smart contracts: conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios», in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4, núm. 6.
- GONÇALVES, Pedro Vilela Resende; CAMARGOS, Rafael Coutinho (2022): «Blockchain, smart contracts e ‘judge as a service’ no direito brasileiro», in *II Seminário Governança das redes e o marco civil da internet*, 2016, Belo Horizonte. Anais [...]. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2017, disponível em: <http://bit.ly/38x8Iyp>. Acesso em: 14 jul.
- LESSA NETO, João Luiz (2015): «O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!», in *Revista dos tribunais online: revista de processo*, vol. 244/2015.
- MAGALHÃES, Fernanda de Araujo Meirelles (2019): *Smart Contracts: O Jurista como programador*, in 2019. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Porto, Porto.
- NAKAMOTO, Satoshi (2008): «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System», disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- PIMENTA, Eduardo Goulart (2022): «Direito do mercado financeiro e de crédito», em Belo Horizonte, 1.^a edição, E-book. Disponível em: <https://experteditora.com.br/> [Acesso em: 10/06/2023].
- RUBINICH, Izabela Arnoldo; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (2022): «Smart contracts: novas fronteiras entre a lei e a internet», in: Lopes, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; Camargos, Laís Alves; Costa, Fabrício Veiga; Freitas, Sérgio Henriques Zandona (coord.), *Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC.
- STARK, John (2022): «Making Sense of Blockchain Smart Contracts», in *Coindesk*, disponível em: <https://www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts/> [acesso em 05/08/2022].
- SZABO, Nick (1996): «Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets», in *Phonetic Sciences Amsterdam*, disponível em: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html [Acesso em 01/08/2022].

- (1997): «Formalizing and securing relationships on public network», in *First Monday*, vol. 2, n. 9, set. 1997. Disponível em: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469> [Acesso em: 01/08/2022].
- TAPSCOTT, Alex; TAPSCOTT, Don (2016): *Blockchain revolution: Como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo: SENAI-SP Editora.
- WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera (2015): Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia, in *Paris: Yeshiva University and Université Paris*, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2580664> [Acesso em 02/08/2022].

CHILE

RODRIGO MOMBERG URIBE *

SUMARIO: I. La regulación de la formación del contrato en el derecho.–II. La oferta y la aceptación.–III. Casos en que la oferta pierde eficacia. 1. Retiro de la oferta. 2. Revocación o retractación. a) Ofertas irrevocables. 3. Caducidad. a) Rechazo. b) Por vencimiento del plazo. c) Muerte e incapacidad sobrevenida del oferente. d) Deudor sujeto a un procedimiento concursal (Ley 20.720).–IV. Los requisitos de la aceptación para la formación del consentimiento. 1. La oferta debe estar vigente. 2. La conformidad de la aceptación a la oferta. La regla del espejo.–V. Momento u oportunidad en que se forma el consentimiento.–VI. Lugar de formación del consentimiento.–VII. Los contratos de adhesión.–VIII. Los contratos preparatorios.–IX. La formación del consentimiento en los contratos electrónicos.–X. El retiro unilateral de las negociaciones como supuesto de responsabilidad.–Bibliografía citada.–Jurisprudencia citada.

I. LA REGULACIÓN DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN EL DERECHO

La regla general es que los contratos se perfeccionen por el mero consentimiento, es decir, que no requieran formalidades o algún otro acto (como la entrega o tradición) para que se entiendan perfectos.

Sin embargo, el Código Civil no contiene una regulación de la formación del consentimiento. En varias oportunidades se refiere al acuerdo de voluntades (art. 1437) o al consentimiento (arts. 673, 779, 1443, 1452,

* Profesor titular de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Master y Doctor en Derecho por la Universidad de Utrecht, Países Bajos. Correo electrónico: rodrigo.momberg@pucv.cl.

1453, 1454, 1532), si bien a veces lo hace como sinónimo de autorización (arts. 105, 106, 107, 112, 228, 264, 618) o de declaración unilateral de voluntad (arts. 1445, 1451, 1456, 1458). Otras veces, el Código se refiere al mutuo consentimiento, donde queda claro que se está refiriendo a un acuerdo de voluntades, es decir, a un acto jurídico bilateral (arts. 877, 1545).

La formación del contrato se encuentra reglamentada en el Código de Comercio, el cual en el párrafo 1 del Título IX del Libro II, regula la «constitución, forma y efectos de los contratos y obligaciones» (arts. 96 a 106).

Tradicionalmente, se ha dicho que estas reglas, a pesar de estar contenidas en un Código especial, son de aplicación general, es decir, tanto a los contratos civiles como a los comerciales. El hecho que el Código Civil no contenga reglas al respecto y que el Mensaje del Código de Comercio señale que esta regulación «ha llenado un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil» respaldaría esta interpretación¹.

Sin embargo, se pueden efectuar ciertas observaciones sobre esta aplicación amplia. En efecto, el artículo 1443 del Código Civil distingue, en relación con su formación o celebración, tres tipos de contratos: los contratos consensuales, que se perfeccionan con el solo consentimiento; los contratos reales, que se perfeccionan con la entrega o tradición de la cosa a que se refieren; y los contratos solemnes, que se perfeccionan mediante la observancia de ciertas formalidades.

Si se examinan los citados artículos 96 a 106 del Código de Comercio, en estricto rigor, sólo se refieren a contratos que se perfeccionan por el mero consentimiento. Por ello, puede afirmarse que la formación de los contratos reales y solemnes no se encuentra regulada, o al menos no se encuentra completamente regulada en el derecho chileno.

Además de las normas de derecho común del Código de Comercio, en materia de protección al consumidor, la Ley núm. 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante, LPC) contiene ciertas reglas aplicables a la formación de los contratos de consumo, aunque sin que la materia sea tratada de forma sistemática. Así, el artículo 3 letra a) se refiere al valor del silencio; el artículo 3 bis regula el derecho de retracto; los artículos 12A y 32 inciso segundo se refieren a los contratos celebrados por medios electrónicos o a distancia; el artículo 13 regula el valor vinculante de la oferta al público; el artículo 17 establece los requisitos formales

¹ ROSENDE (1979), p. 55.

de los contratos de adhesión; y el artículo 35 entrega reglas sobre la información de promociones u ofertas.

Asimismo, es derecho vigente en Chile la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), que contiene normas sobre la formación de ese tipo de contratos en sus artículos 14 a 24.

En cuanto a materias de derecho público, también existe regulación relativa a la celebración de los contratos que celebra la administración del Estado. Así, en lo relacionado con la contratación pública, son relevantes las normas contenidas en el artículo 8 bis de la Ley núm. 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, además de las normas sobre contratos de obras públicas (Decreto 75 que aprueba el Reglamento para Contratos de Obras Públicas) y la Ley núm. 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

II. LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

La oferta, también denominada policitación o propuesta, no se encuentra definida en el Código de Comercio. Habitualmente se define como la manifestación de voluntad por la cual una persona invita o propone a otra a celebrar una determinada convención, de modo tal que, aceptada pura y simplemente, quede perfecto el negocio².

Por otra parte, en el contexto del contrato de compraventa internacional, la CISG la define en su artículo 14 como una propuesta de celebrar un contrato que, siendo lo suficientemente precisa, esto es, indicando las mercaderías y el precio y la cantidad, indica la intención del oferente de obligarse en caso de aceptación, y va dirigida a una o varias personas determinadas.

El segundo acto unilateral de voluntad que se requiere para la formación del consentimiento es la aceptación. La aceptación puede definirse como el acto por el cual la persona a quien va dirigida la oferta (el destinatario), manifiesta su conformidad con la propuesta³. La aceptación, al igual que la oferta, puede ser expresa o tácita, y, por tanto, puede ser dada a través de un acto formal de lenguaje («acepto», «conforme», «sí», etc.) como por una conducta (pagar el precio, subir al autobús, enviar las mercaderías). Así lo reconocen los artículos 18.1 de la CISG y 103 del Código de Comercio.

² Sobre la oferta en general, véase MOMBERG y VARAS (2006).

³ LEÓN (1991), p. 64.

III. CASOS EN QUE LA OFERTA PIERDE EFICACIA

1. Retiro de la oferta

Por su carácter de acto recepticio, la oferta es susceptible de ser dejada sin efecto antes que jurídicamente surta efectos. El retiro de la oferta implica que, en el tiempo medio entre la declaración y la recepción, el oferente niega o quita eficacia a la propuesta que había previamente efectuado, sin importar la naturaleza (revocable o irrevocable) de ella. Mediante este acto, el oferente expresa su arrepentimiento e impide que la oferta llegue a tener valor o vigencia.

Por su propia naturaleza, el retiro de la oferta requiere un espacio temporal entre la emisión y la recepción. Podrá entonces producirse en ofertas entre ausentes en que no exista un medio de comunicación instantáneo. El retiro, para ser eficaz, debe llegar al destinatario, cuando menos, al mismo tiempo que la oferta.

La CISG reconoce expresamente esta posibilidad en el artículo 15.2, permitiendo que toda oferta (aún las irrevocables), puedan retirarse, si el retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta. El Código de Comercio no contiene una norma similar, aunque la doctrina estima que es perfectamente posible retirar la oferta antes de su entrada en vigencia⁴.

El retiro debe distinguirse de la revocación o retractación, el cual tiene lugar una vez que la oferta ha cobrado eficacia, es decir, ha llegado al destinatario. Así, si bien las ofertas irrevocables pueden retirarse, ellas en cambio no pueden revocarse.

2. Revocación o retractación

La revocación (retractación en el lenguaje del Código de Comercio) lo mismo que el retiro, hace perder eficacia a la oferta, de modo que una eventual aceptación no producirá el efecto de hacer nacer el negocio bilateral.

Sin embargo, la revocación se produce en un momento diverso y responde a un principio distinto que el retiro. La revocación tiene lugar una vez que la oferta ha adquirido eficacia (en nuestro caso, ha llegado al destinatario) y responde al principio que la oferta, como regla general, no obliga a quien la formula.

⁴ MOMBERG y VARAS (2006), pp. 82-83.

El Código de Comercio se refiere a la revocación en su artículo 99, que establece, como se dijo, el principio general de que la oferta no obliga:

«El proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo».

La norma confunde (o más bien, mezcla) los supuestos de retiro y revocación, pero hay acuerdo en que se refiere a la revocación (retractación). La norma exige voluntad expresa del oferente para la retractación, ya que dispone en su inciso segundo que «El arrepentimiento no se presume».

El artículo 16.1 de la CISG contiene una norma similar, disponiendo que:

«1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.

2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o.

b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta».

Si bien el derecho a revocar la oferta es absoluto, es decir, no requiere justificación, puede generar consecuencias adversas para el oferente. El artículo 100 del Código de Comercio señala que:

«La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido».

Se trata de un supuesto de responsabilidad precontractual, ya que se produce en la etapa previa a la celebración de un contrato. El proponente puede exonerarse de esta responsabilidad «cumpliendo el contrato propuesto» (art. 100 inc. 2 del Código de Comercio), o más precisamente, celebrando el contrato propuesto. En todo caso, cabe al destinatario acreditar los gastos o perjuicios que haya sufrido por la retractación. Por otra parte, la retractación intempestiva, es decir, efectuada cuando no es posible revocar la oferta (porque, por ejemplo, ya fue aceptada, o porque se trata de una oferta irrevocable), no produce efectos, lo que implica que el contrato se entenderá celebrado a pesar de dicha revocación.

a) OFERTAS IRREVOCABLES

En ciertos casos, el proponente pierde la facultad de revocar la oferta, de modo que su oferta se mantiene vinculante, y si existe aceptación, se deberá entender que se ha celebrado el negocio respectivo.

Como se indicó, el Código de Comercio, luego de establecer el principio general de revocabilidad de la oferta, señala en su artículo 99, lo limita cuando el oferente «se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo».

La autonomía de la voluntad permite agregar otros supuestos a los indicados en el mencionado artículo. Claramente, si el proponente señala expresamente que su oferta es irrevocable, deberá entenderse que no puede revocarla. Lo que puede generar dudas es la extensión temporal de dicha irrevocabilidad. Ello no presenta problemas cuando se establece un plazo determinado o una fecha durante la cual la oferta se deba entender irrevocable (un mes, hasta el 5 de octubre, etc.), pero si nada se dice, es dudoso que pueda estimarse que la oferta es irrevocable a perpetuidad.

La CISG también incluye casos de irrevocabilidad en su artículo 16.2. Es interesante mencionar el supuesto contemplado en el numeral 2.b de dicha norma, según el cual la oferta no puede revocarse «si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta». Ello sucederá, por ejemplo, cuando ha sido una práctica frecuente entre las partes, es un uso común en el tráfico comercial o la naturaleza de la oferta misma hace presumir un cierto de plazo de irrevocabilidad (por ejemplo, porque el negocio propuesto requiere estudios o análisis previos para determinar su conveniencia sin los cuales no es posible que el destinatario decida si acepta o no). Además, como lo exige la norma, el destinatario deberá haber ejecutado alguna acción o conducta basada en la oferta (por ejemplo, haber encargado a terceros los estudios o análisis de la misma)⁵.

3. Caducidad

La caducidad de la oferta implica que la oferta pierde vigencia (se extingue o queda sin efecto) por una causa independiente a la voluntad del proponente, lo que la distingue claramente del retiro y la revocación.

⁵ MOMBERG y VARAS (2006), pp. 88-89.

a) RECHAZO

La oferta caduca si es rechazada. El Código de Comercio no lo dice expresamente, pero no cabe otra conclusión. Al contrario, el artículo 17 CISG así lo dispone:

«La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente».

La consecuencia más importante del rechazo es que al caducar la oferta, no puede el destinatario hacerla revivir con una aceptación posterior, como, por ejemplo, si se arrepiente de haberla rechazado. Por cierto, la manifestación de voluntad que contiene el rechazo debe «llegar» al oferente, por lo que antes de ello, el destinatario (al igual que en el caso de retiro de la oferta) podrá dejarla sin efecto y aceptar válidamente.

El artículo 19 CISG agrega como caso de rechazo la aceptación condicional, es decir, aquella en que el destinatario modifica la oferta, o rechaza alguno de sus términos, pero no todos. Se trata entonces de la situación en que, si bien la oferta concreta no es aceptada, se mantiene aún la intención de negociar, pero en términos diversos:

«1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta».

El artículo 102 del Código de Comercio permite llegar a la misma conclusión: «La aceptación condicional será considerada como una propuesta.».

Sin embargo, como se mencionará más adelante, en algunos casos excepcionales, la aceptación condicional puede tener valor de aceptación y por tanto dar lugar a la formación del consentimiento.

b) POR VENCIMIENTO DEL PLAZO

Si la oferta está sujeta a un plazo extintivo, el vencimiento del mismo produce la caducidad de la propuesta. El Código de Comercio no lo dice expresamente, pero ello resulta de las normas generales. La CISG contiene una norma especial al efecto (art. 18.2).

Lo señalado se refiere al plazo convencional, es decir, aquél fijado por el oferente. El Código de Comercio establece reglas para la ausencia de dicha estipulación en sus artículos 97 y 98, es decir, se trata de plazos legales.

Para las ofertas verbales, el mencionado artículo 97 indica que la oferta deberá ser aceptada por el destinatario en el acto de ser conocida por éste, de otra forma, se entenderá caducada. La misma regla establece el artículo 18.2 CISG.

Para las ofertas por escrito, el artículo 98 establece que:

«deberá ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiera en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso. Vencidos los plazos indicados, la propuesta se tendrá por no hecha, aun cuando hubiere sido aceptada».

La expresión «a vuelta de correo», según el diccionario de la RAE, significa «Por el correo inmediato, sin perder día». Se trata entonces de una cuestión de hecho, que deberá determinarse caso a caso. Una solución más contemporánea es la establecida en el artículo 18.2 CISG, que indica que, si no se ha fijado plazo, la aceptación del oferente debe llegar.

«dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente».

c) MUERTE E INCAPACIDAD SOBREVENIDA DEL OFERENTE

Como se indicó, la oferta no obliga al proponente, de manera que parece obvio que la muerte o incapacidad sobreviniente del mismo la extingue, ya que no podrá sostener su voluntad ni nada transmitir a sus herederos. El artículo 101 del Código de Comercio lo señala expresamente.

El problema se produce con las ofertas irrevocables, es decir, aquellos casos en que el proponente si se encontraba obligado a mantener la propuesta. Parte de la doctrina estima que el artículo 99 debe interpretarse restrictivamente, y no se aplica a la muerte o incapacidad del oferente, es decir, la oferta caducará aun cuando haya tenido el carácter de irrevocable. Sin embargo, también puede entenderse que se trata de un caso no contemplado legalmente, y que, por tanto, se aplican las reglas generales sobre transmisión de obligaciones, es decir, que la oferta obligatoria se transmite, salvo que implique un caso de obligación personalísima (que sólo el oferente hubiese sido capaz de cumplir)⁶.

⁶ La discusión en LEÓN (1991), pp. 79-80.

d) **DEUDOR SUJETO A UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL (LEY 20.720)**

De acuerdo con el artículo 130 de la Ley núm. 20.720 sobre insolvencia y reemprendimiento, dictada la resolución de liquidación, el deudor queda inhibido de pleno derecho de la administración de sus bienes, la cual pasa al Liquidador. Por tanto, son nulos los actos o contratos que el deudor ejecute o celebre posteriormente sobre dichos bienes.

Sin embargo, debe precisarse que ello no transforma al deudor en incapaz, ya que puede ejercer las acciones que digan relación exclusiva con su persona, no es privado de sus derechos civiles y conserva la administración de los que tengan el carácter de inembargables.

Durante la vigencia de la derogada Ley de Quiebras, se discutía si la declaración de quiebra hacía caducar las ofertas pendientes que había efectuado al fallido (deudor) antes de dicha declaración. La mencionada ley contenía una norma similar al citado artículo 130, con lo que se concluía que la oferta no caducaba, ya que el deudor no se transformaba en incapaz por la declaración de quiebra, pero que el contrato que eventualmente se celebrase en virtud de dicha oferta, era inoponible a los acreedores, es decir, no tenía efectos respecto de ellos⁷.

Con el texto del artículo 130, se puede concluir algo similar: la oferta no caduca, ya que el deudor no es incapaz, pero ya que la aceptación se prestará necesariamente después de la resolución de liquidación, el acto o contrato será inoponible, y, por tanto, no perjudicará ni producirá efectos respecto de los acreedores.

IV. **LOS REQUISITOS DE LA ACEPTACIÓN PARA LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO**

Para que la aceptación produzca el efecto de formar el consentimiento, debe darse mientras la oferta está vigente y debe ser pura y simple.

1. **La oferta debe estar vigente**

Respecto a la primera condición, ya se indicaron los casos en que la oferta pierde vigencia. La aceptación debe darse en el período de tiempo en que la oferta esté vigente, de otra manera, no producirá el efecto de formar el consentimiento y el contrato no se habrá celebrado.

⁷ LEÓN (1991), pp. 82-83.

Sin embargo, el Código de Comercio impone una obligación al oferente que ha recibido una aceptación extemporánea de su propuesta: debe dar «pronto aviso» de la pérdida de vigencia de la oferta, es decir, comunicar al aceptante que su conformidad es tardía y, por tanto, no se puede entender celebrado el contrato. El Código de Comercio habla de «retractación», pero dicha expresión es incorrecta. Se trata de una norma que busca proteger al aceptante que cree haber respondido oportunamente y confía en la celebración del contrato. Algunos autores señalan que la aceptación extemporánea sería una nueva oferta, que el destinatario (oferente original) debe rechazar, comunicándolo al nuevo oferente, cuestión que se efectuaría justamente por medio del «pronto aviso»⁸. Por cierto, el oferente siempre puede dar valor a la aceptación tardía (en otras palabras, aceptarla), caso en el cual se formará el consentimiento (art. 21 CISG).

2. La conformidad de la aceptación a la oferta. La regla del espejo

La doctrina tradicional está ampliamente de acuerdo en que la aceptación debe además ser pura y simple, es decir, no debe modificar la oferta, introducirle condiciones o ser parcial⁹. El artículo 101 del Comercio de Comercio establece que «Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales». Es lo que se denomina la regla del espejo, según la cual la aceptación debe reflejar exactamente a la oferta. Si la aceptación es condicional (o condicionada) el art. 102 del mismo Código señala que será considerada como una nueva propuesta, la cual, a su vez, deberá ser aceptada por el primitivo oferente.

Sin embargo, existe jurisprudencia reciente de la Corte Suprema que parece indicar una relajación a la rigidez de la regla del espejo¹⁰. En palabras de la Corte la regla del espejo¹¹:

«...ha mostrado ser insuficiente frente a la realidad comercial moderna, pudiéndose apreciar una evolución en la doctrina y legislación internacional hacia una versión más atenuada de la tesis, que no requiere de una concordancia absoluta entre los negociantes, bastando que lo sea en los elementos esenciales del contrato admitiendo la existencia de divergencias e intercambio de condiciones».

⁸ ALESSANDRI *et al.* (2005), p. 212; VIAL (2011), p. 70.

⁹ Por todos, véase LEÓN (1991), pp. 64-71.

¹⁰ MOMBERG (2023), pp. 575-583.

¹¹ Corte Suprema, 14 octubre 2021, Rol núm. 24931-2018.

La regla de la conformidad de la oferta está también establecida en el artículo 19.1 CISG. Sin embargo, dicha norma contiene una excepción:

«2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación. 3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta».

Lo difícil es determinar cuándo esos elementos adicionales o diferentes no alteran sustancialmente la oferta. Se ha dicho que la norma debe interpretarse restrictivamente, ya que la regla general será que una aceptación que modifique la oferta deberá considerarse una contraoferta¹². El párrafo 3 del citado artículo 19 otorga ciertos parámetros, pero en todo caso, es algo que deberá resolverse caso a caso.

V. MOMENTO U OPORTUNIDAD EN QUE SE FORMA EL CONSENTIMIENTO

Si la aceptación cumple las condiciones para entender que es conforme a la oferta, se entiende que se ha formado el consentimiento. Sin embargo, la determinación del momento preciso en que ello ocurre no es una cuestión pacífica. Tradicionalmente se han planteado 4 teorías al respecto.

– Teoría de la declaración: Según ella, el consentimiento se formaría al momento en que el destinatario declara que acepta la oferta, siendo el conocimiento del oferente irrelevante al efecto. Esta teoría presenta el problema que deja al destinatario con el poder de facto de determinar cuándo se ha formado el consentimiento, dejando en situación desmejorada al oferente. Además, el aceptante no puede, en teoría, retirar su aceptación, es decir, dejarla sin efecto antes que llegue al oferente.

¹² MOMBERG (2018), p. 25.

– Teoría de la expedición: Plantea que el consentimiento se entiende formado al momento en que la respuesta es enviada al oferente, por ej., en la fecha del sello de correos.

– Teoría de la información o el conocimiento: De acuerdo a esta teoría, el consentimiento se formaría cuando el oferente toma conocimiento de la aceptación. Esta teoría presenta problemas similares a la de la declaración, y no es posible de aplicar en caso de aceptaciones tácitas, que implican una conducta del aceptante que no necesariamente está en conocimiento del oferente.

– Teoría de la recepción: Según ella, el consentimiento se forma cuando la aceptación ha llegado al oferente, sin que sea necesario el conocimiento efectivo del oferente. Se aplica el mismo principio que para la oferta: se requiere que la aceptación haya llegado a la esfera o ámbito de control del oferente. Por ejemplo, cuando se haya recibido la correspondencia que contiene la aceptación en el domicilio comercial.

El Código de Comercio parece seguir la teoría de la declaración¹³. Así, el artículo 99 dispone que «El proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación», y el artículo 101 señala que «*Dada* la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales». Sin perjuicio de ello, las partes podrían modificar esta regla. Asimismo, el artículo 1412 del Código Civil contiene una excepción en materia de donación.

Por otra parte, la CISG sigue expresamente la teoría de la recepción, alternativa que parece más adecuada. El artículo 18.2 dispone: «La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente». Esta solución pone al aceptante a un mismo nivel que el oferente, respecto de la posibilidad de retirar la aceptación. Así, el artículo 22 dispone que «La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento», otorgando al oferente y al aceptante similares derechos. Debe recordarse que de acuerdo al artículo 24, «A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención ‘llega’ al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual».

¹³ LEÓN (1991), p. 88; ALESSANDRI *et al.* (2005), p. 219.

VI. LUGAR DE FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

En relación con el lugar en que se entenderá formado el consentimiento, el artículo 104 del Código de Comercio dispone que «Residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada».

VII. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Los contratos de adhesión se encuentran definidos y regulados en la Ley núm. 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. El artículo 1 núm. 6 de dicha ley define a este tipo de contratos como «aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido». La ley se preocupa particularmente del control de las cláusulas abusivas, estableciendo en el artículo 16 una lista negra de cláusulas que se consideran abusivas, pero incluyendo dentro de ella una causal genérica, que dispone que no producen efecto alguno las cláusulas que «En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen».

Si una cláusula es declarada abusiva, la ley establece como sanción su nulidad, subsistiendo el contrato en lo demás, salvo que, por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible (art. 16A de la citada ley).

Asimismo, la ley establece normas sobre el control de inclusión o requisitos formales a los cuales deben sujetarse estas cláusulas, que en teoría tienen por propósito que el adherente cuente con toda la información necesaria para prestar su consentimiento¹⁴. Especialmente regulados a este respecto se encuentran los contratos de adhesión relativos a productos y servicios financieros (arts. 17B a 17M de la citada Ley núm. 19.496).

Por último, la misma ley establece los criterios de interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos de adhesión, debiendo interpretarse las cláusulas ambiguas en favor del consumidor (art. 16C).

¹⁴ Sobre el control de inclusión, véase MORALES (2018), pp. 68-70.

Es importante destacar que debido a la extensión de la aplicación de la Ley 19.496 a los contratos que las micro o pequeñas empresas celebren con sus proveedores (art. 9 de la Ley núm. 20.416), las normas sobre contratos de adhesión, y especialmente las relativas a cláusulas abusivas, se aplicarán a contratos que no son de consumo, celebrados entre empresas o profesionales (B2C), siempre que se cumplan los presupuestos de aplicación subjetiva que establece la citada Ley núm. 20.416. Esto sucederá cuando concurra como adquirente de un bien o destinatario de un servicio una micro o pequeña empresa, y por la otra parte, un proveedor, según lo define el artículo 1 núm. 2 de la Ley 19.496, cualquiera sea su tamaño u modo de organización empresarial¹⁵.

VIII. LOS CONTRATOS PREPARATORIOS

Coincidiendo con la falta de tratamiento legal de la etapa precontractual en el derecho nacional, no existe una regulación sistemática los contratos preparatorios o preliminares en el ordenamiento jurídico chileno. De esta manera, carecen de tratamiento legal acuerdos precontractuales que son comunes en la práctica, como las reservas, los memorandos de entendimiento (*memoranda of understanding*), los pactos de no negociar con terceros (*lock out agreements*), los cierres de negocios o los acuerdos de confidencialidad.

El contrato preparatorio tradicional y quizás más utilizado en la práctica, es el contrato de promesa, regulado escuetamente por el Código Civil en su artículo 1554, pero con un amplio desarrollo en doctrina y jurisprudencia. La norma dispone que «La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes»; lo cual evidencia la desconfianza del legislador respecto de los acuerdos que tengan por objeto vincular a una o ambas partes para la celebración un contrato futuro. Esto ha llevado a sostener que se trata de una regulación estricta y excepcional, de modo que la regla general será que la promesa de celebrar un contrato por regla general no será válida, aseveración que parece refrendada por la práctica, la cual muestra que existe una gran litigiosidad relacionada con este contrato¹⁶.

¹⁵ El artículo 2 de la Ley núm. 20.416 establece que se consideran microempresas aquellas que tengan ingresos anuales no superiores a 2.400 U. F., y pequeñas empresas a aquellas con ingresos anuales superiores a 2.400 y que no excedan las 25.000 U. F. Sobre la aplicación de la Ley núm. 20.416 a las relaciones entre profesionales, véase MOMBERG (2012).

¹⁶ Así, ALESSANDRI (2003), núm. 2073. En contra. ABELIUK (2012), pp. 50-52.

Además, respecto al contrato de compraventa, el Código Civil regula las arras, las cuales al menos en la hipótesis del artículo 1803, pueden entenderse como un acto o contrato preparatorio¹⁷.

La legislación especial ha introducido otros contratos preparatorios a la regulación positiva. Así sucede con el contrato de opción, que ha sido reconocido expresamente en el artículo 169 del Código de Minería, aunque según la doctrina, no en su faz de contrato preparatorio, sino de contrato definitivo¹⁸. También se ha regulado especialmente en la Ley núm. 19.281, el contrato de arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa, o «leasing habitacional».

IX. LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

La contratación electrónica carece de regulación sistemática en el derecho chileno. La Ley núm. 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, contiene sin embargo algunas definiciones que pueden ser útiles en esta materia.

Así, en su artículo 2 letra d) se define documento electrónico como:

«Toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior».

La misma norma establece en su letra f) que se entenderá por firma electrónica:

«cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor».

Y en su letra g), conceptualiza la firma electrónica avanzada como:

«aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría».

¹⁷ ABELIUK (2012), p. 248.

¹⁸ ABELIUK (2012), p. 202.

Asimismo, el artículo 3 inciso primero de la citada Ley establece lo que se ha denominado como «principio de equivalencia», estableciendo que:

«Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito».

Por otra parte, la Ley núm. 19.496 se refiere a los contratos electrónicos en algunas de sus disposiciones, caracterizándolos como una especie de contratos celebrados a distancia, pero sin definirlos ni entregar una regulación sistemática.

Así, el artículo 3 bis letra b) menciona a los contratos celebrados por «medios electrónicos» entre los casos en que se concede el derecho de retracto al consumidor. Por su parte, el artículo 32 inciso segundo precisa la información que debe suministrar el proveedor cuando se trate de un contrato ofrecido por medios electrónicos.

Sin embargo, la norma más relevante en lo relacionado a la formación del consentimiento es el artículo 12A, el cual dispone:

«En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.

La sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor.

Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato».

Se trata de una norma deficiente en su redacción y de difícil interpretación¹⁹. En efecto, la consecuencia a la infracción por parte del proveedor al deber de suministrar cierta información impuesta en su inciso primero es que «el consentimiento no se entenderá formado», es decir, que no se habrá celebrado contrato alguno. A primera vista, ello podría entenderse como favorable

¹⁹ Para un comentario de esta norma véase PINOCHET (2013), pp. 265-282.

al consumidor, que no estaría vinculado por un contrato en que se haya omitido dicha información. Sin embargo, en estricto rigor, la norma no distingue, por lo que también podría ser el proveedor el que desconociese la vinculación contractual, negándose a cumplir aun cuando el consumidor decidiera optar por dicho cumplimiento (a pesar de la falta de información inicial).

Por cierto, esta interpretación no se condice con el espíritu general de la Ley núm. 19.496, que es justamente, proteger al consumidor y no perjudicarlo. Por ello, la norma deberá interpretarse en el sentido que el consumidor no podrá entenderse vinculado por una propuesta del proveedor que no haya cumplido con suministrar la información que prescribe la disposición, pudiendo excusarse de cumplir y, en caso de que a su vez haya cumplido, podrá solicitar la restitución de lo pagado. Asimismo, también podrá, si así lo considera como conveniente, instar por el cumplimiento del contrato. Al contrario, el proveedor no podrá aprovecharse del contrato en que haya omitido la información requerida por la norma.

El inciso segundo del citado artículo 12A, regula de una manera intuitiva, los denominados contratos *browse* o *browse-wrap contracts*, cuyo origen conceptual está en la doctrina norteamericana. En estos contratos, el proveedor pretende que el contrato se entenderá celebrado por el mero uso del servicio o contenido digital provisto por el proveedor, o incluso por la sola visita del usuario a una página web, sin que sea necesario ningún otro tipo de manifestación del consentimiento. De esta manera, el usuario se vería vinculado a los términos predispuestos por el proveedor para el uso del servicio o página, términos que generalmente incluyen obligaciones, renunciaciones de derechos y autorizaciones a favor del proveedor. Habitualmente esta declaración del proveedor consta en un link situado al final de la página web, denominado, «Términos y condiciones» u otro similar. Lo relevante es que el usuario no requiere acceder al link ni realizar ninguna otra manifestación expresa para que se entienda obligado por los términos predispuestos por el proveedor, bastando el mero uso o visita (*browse*) del sitio web²⁰.

La norma que se comenta parece negar valor a este tipo de contratos, ya que la vinculación del consumidor requeriría «que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor», lo cual debe leerse en el sentido de exigirse una manifestación positiva de su consentimiento, por ejemplo, pulsando o «haciendo click» en un botón, cuadro de diálogo o casilla que contenga la palabra «Acepto» u otra expresión similar. En dicho caso, se configuraría lo que se ha de-

²⁰ DE LA MAZA y MOMBERG (2017), p. 43.

nominado un contrato *click* o *click-wrap*, contratos que han sido ampliamente aceptados como válidos en la doctrina y jurisprudencia comparada²¹.

X. EL RETIRO UNILATERAL DE LAS NEGOCIACIONES COMO SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

Como ya se ha explicado latamente, el ordenamiento chileno carece de una regulación sistemática de la etapa precontractual. Por ello, no debe sorprender que las consecuencias del retiro unilateral de las negociaciones no se encuentren normadas.

Legalmente, si bien no se trata exactamente de un caso de retiro unilateral de las negociaciones, ya que técnicamente puede haber oferta sin negociaciones, y porque además no requiere imputabilidad del oferente, el ya citado artículo 100 del Código de Comercio impone responsabilidad por la revocación tempestiva de la oferta, lo que ha sido considerado como una hipótesis de responsabilidad precontractual. Lo mismo se ha dicho de la situación descrita en el inciso final del artículo 98, a que también se ya se ha aludido en este trabajo.

A pesar de la falta de reconocimiento positivo, existe amplio consenso en la doctrina que el retiro abusivo de las negociaciones configura una hipótesis de responsabilidad civil. En este sentido, se ha afirmado que:

«...existe consenso en que la justificación de la indemnización, en este caso, se encuentra en el hecho que las negociaciones han alcanzado un estado tal que han creado objetivamente en la otra parte la legítima confianza que el contrato se perfeccionará, dado que sólo falta su celebración o la discusión de cuestiones menores. Es precisamente tal circunstancia la que determina que aquella incurra en gastos para concluirlo o renuncie a otras ofertas, de modo que una ruptura incausada frustrará sus expectativas y le generará daños que deben resarcirse. Por consiguiente, la responsabilidad no surge como consecuencia de la ruptura sino de la defraudación de la confianza razonable generada por la otra parte, independientemente si desde un principio ha tenido la intención de no contratar (e impedir que la contraparte se vincule con un tercero para obtener una ventaja competitiva) o esta ha surgido después de iniciadas las conversaciones, desatendiendo gravemente el interés de la otra parte»²².

En cuanto a los daños indemnizables, parece haber acuerdo en que debe indemnizarse el denominado interés negativo o de confianza, esto es, aquellos costos o gastos en que se incurrió en la confianza razonable (defraudada por la

²¹ DE LA MAZA y MOMBERG (2017), p. 44.

²² LÓPEZ (2019), pp. 66-67, citas omitidas.

otra parte) de la celebración del contrato. Si este interés negativo comprende las oportunidades perdidas por la negociación frustrada (en el lenguaje del Código Civil, el lucro cesante), es una cuestión discutida en la doctrina²³. El criterio correcto para determinar los daños indemnizables pareciera ser, en todo caso, más que la clásica distinción entre daño emergente y lucro cesante, la existencia de una relación de causalidad entre el daño sufrido y la confianza creada por la contraparte en la celebración del contrato²⁴. Lo que no resultaría indemnizable es el denominado interés positivo, esto es, los beneficios o utilidades que se habrían obtenido con la celebración (y ejecución) del contrato cuya conclusión se frustró por el retiro unilateral de la contraparte, ya que el ilícito no está constituido por la negativa a contratar (que es un derecho protegido por la libertad contractual) sino por la defraudación de la confianza legítima de la otra parte en que las negociaciones son serias o concluirán exitosamente.

La jurisprudencia ha recogido estas ideas. Así, la Corte Suprema ha establecido que en la etapa precontractual²⁵:

«...cada parte espera de la otra que se comporte conforme a la buena fe, de manera que la oferta de contratar y la negociación contractual conlleva los deberes de cooperación y lealtad, ello implica que en este tipo de responsabilidad civil deben estar presentes los siguientes elementos: a) la creación de una razonable confianza en la conclusión o perfeccionamiento del contrato proyectado; b) la producción de un daño en el patrimonio de una de las partes; y c) la relación de causalidad entre el daño al patrimonio por un lado y la confianza que fue promovida y resultó defraudada por el otro negociante.

El ilícito en este caso no consiste en haberse resistido a celebrar el contrato, sino en haber negociado de mala fe o con grave desaprensión respecto de los intereses de la otra parte, como sería la ruptura intempestiva de las negociaciones».

En la misma sentencia, la Corte agrega:

«Que tratándose de la responsabilidad extracontractual en el contexto de las tratativas preliminares es importante recalcar que el retiro durante esta fase es un derecho para las partes, pero ello no excluye la responsabilidad por los daños que se generen por aquel que se desiste sin causa o arbitrariamente.

(...) Para que opere el resarcimiento por el retiro intempestivo se requiere que la negociación esté en un estado de avance tal que exista acuerdo acerca de los aspectos esenciales del contrato que se discute, como también que el demandado haya creado en la contraparte la certeza de que la negociación concluirá en un contrato».

²³ LÓPEZ (2019), p. 69.

²⁴ DE LA MAZA (2006), p. 157.

²⁵ Corte Suprema, 13 de diciembre de 2018, Rol núm. 45.515-2017. Otras sentencias en LÓPEZ (2019), pp. 67-74.

En relación con los daños indemnizables, también la Corte Suprema se ha pronunciado a favor de la indemnización del interés negativo, descartando a su vez la reparación del interés positivo. Así, ha fallado que:

«el ilícito precontractual no consiste en haberse resistido a celebrar el contrato, sino en haber negociado de mala fe o con grave desaprensión respecto de los intereses de la otra parte, como en este caso sería respecto de la ocasión de las rupturas de las negociaciones. En consecuencia, el perjuicio está dado por los efectos que se siguen de haber puesto la confianza en la diligencia y buena fe de la contraparte, de modo que la pretensión indemnizatoria tiene por finalidad que el demandado ponga al actor en la situación en que se encontraría si esos específicos ilícitos no se hubieran realizado. Por estos motivos, la regla general será que el interés protegido no es el beneficio que el contrato habría reportado al demandante si hubiese llegado a celebrarse, sino los daños que se siguen del ilícito, como son los costos de negociación y los que se derivan de la confianza creada en la contraparte y contrariada por la mala fe del demandado»²⁶.

²⁶ Corte Suprema, 29 de diciembre de 2011, Rol núm. 1872-2010. Un comentario de esta sentencia en SAN MARTÍN (2013), pp. 317-324.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK, René (2012): *Contrato de promesa, de opción y otros acuerdos previos*. Santiago: Thomson Reuters.
- ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manual y VODANOVIC Antonio (2005): *Tratado de Derecho Civil: partes preliminar y general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, Arturo (2003): *De la compraventa y de la promesa de venta*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DE LA MAZA, Íñigo (2006): «El retiro unilateral como un caso de responsabilidad extracontractual», en de la Maza, Íñigo, *Temas de contratos*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- DE LA MAZA, Íñigo y MOMBERG, Rodrigo (2017): «Términos y condiciones: acerca del supuesto carácter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web», en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 6 núm. 2.
- LEÓN, Avelino (1991): *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 4.^a edición.
- LÓPEZ, Patricia (2019): *La tutela precontractual del acreedor*. Santiago: Thomson Reuters.
- MOMBERG Rodrigo (2018): «Formación de los contratos bajo los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», en Vidal Álvaro y Severín Gonzalo (eds.), *Estudios de Derecho de Contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*. Santiago: Thomson Reuters.
- (2023): «El espejo roto. La formación del contrato en los contratos de larga duración», en Pinochet, Ruperto (dir.), *Estudios de Derecho Civil XVI*. Santiago: Thomson Reuters.
- MOMBERG, Rodrigo y VARAS, Juan Andrés (2006): «La oferta en Chile: un ordenamiento de tres regímenes», en de la Maza, Íñigo (ed.), *Temas de Contratos*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- MOMBERG, Rodrigo (2012): «La transformación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en la norma común del derecho de contratos chileno», en Elorriaga, Fabián (Ed.), *Estudios de Derecho Civil VII*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- MORALES, María Elisa (2018): *Control preventivo de cláusulas abusivas*. Santiago: DER ediciones.
- PINOCHET, Ruperto (2013): «artículo 12A», en de la Maza, Íñigo y Pizarro, Carlos (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- ROSENDE, Hugo (1979): *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- SAN MARTÍN, Lilian (2013): «Responsabilidad precontractual por ruptura de injustificada de negociaciones», en *Revista Chilena de Derecho*, en vol. 40 núm. 1.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2011): *Teoría general del acto jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

JURISPRUDENCIA CITADA

Empresa constructora Modelo S.A. con Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A.
(2021): Corte Suprema, 14 de octubre de 2021, Rol núm. 24931-2018.

Sociedad Comercial Timbres con Banco Itaú Chile (2018): Corte Suprema, 13 de diciembre de 2018, Rol núm. 45.515-2017.

Jiménez Mira con Armijo Cerda (2011): Corte Suprema, 29 de diciembre de 2011, Rol núm. 1872-2010.

COLOMBIA

ISUÉ NATALIA VARGAS BRAND*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Los tratos preliminares y la responsabilidad por retiro unilateral de las negociaciones. 1. El deber precontractual de información. 2. El deber de reserva y de secreto.–III. La oferta. 1. La vinculación de la oferta. a) Vigencia y revocación en la oferta privada. b) Vigencia y revocación en la oferta o propuesta pública. 2. La aceptación de la oferta. a) Aceptación tácita y silencio. b) La regla espejo. c) Tiempo y lugar de la formación del consentimiento. d) La formación de actos solemnes.–IV. La responsabilidad precontractual.–V. Conclusiones.–Bibliografía.–Jurisprudencia citada.

I. INTRODUCCIÓN

La etapa precontractual, como es sabido, fue poco (o nada) regulada por los Códigos decimonónicos, como el Código civil colombiano (Ley 84 de 1873) (en adelante, C. C.). En Colombia, la regulación de la etapa precontractual se desarrolló en el siglo xx. El Código de comercio colombiano (Decreto 410 de 1971) (en adelante, C. Co) contiene la principal regulación de la etapa precontractual. A ello, se han sumado las regulaciones en materia de Derecho de consumo, la Ley de comercio electrónico (Ley 527 de 1999) y la Convención de Viena sobre compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, vigente, en Colombia, desde agosto de 2002 (Ley 518 de 1999), a la que no me referiré por ser Derecho uniforme.

* Profesora de Derecho civil en la Universidad Sergio Arboleda (Colombia). Doctora en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y Magistra en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Contacto: isue.vargas@usa.edu.co.

En nuestro ordenamiento se diferencian dos etapas precontractuales: los tratos preliminares y la oferta. A continuación, daré cuenta del marco regulatorio de cada una de estas etapas, abordando sus principales cuestiones, como: sus fundamentos, requisitos, aplicación y, finalmente, las consecuencias en materia de responsabilidad precontractual.

II. LOS TRATOS PRELIMINARES Y LA RESPONSABILIDAD POR RETIRO UNILATERAL DE LAS NEGOCIACIONES

Los tratos o tratativas preliminares se refieren al conjunto de conversaciones, acercamientos, intercambios de información y, en general, los actos y las operaciones realizadas por las partes en una negociación, con el propósito de celebrar un contrato¹. Se diferencia de la oferta, pues, los actos preparatorios no contienen «los elementos esenciales del tipo de negocio que se quiere realizar» (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 31 de marzo de 2022²).

En Colombia, si bien es claro que la negociación se basa en el principio de la libertad contractual, en el sentido que las partes no están obligadas a contratar y se pueden retirar en cualquier momento³, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que no hay duda de que en esta etapa se forma una *situación jurídica que debe estar presidida por el principio de la buena fe* (Sentencia de la C. S. J. de 23 de noviembre de 1989⁴)⁵.

La base normativa de la *buena fe en la etapa precontractual* se encuentra, principalmente, en el artículo 863 C. Co.:

«Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen».

¹ RENGIFO (2016), p. 27.

² Corte Suprema de Justicia, sentencia de 31 de marzo de 2022 (SC711-2022), Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.

³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de diciembre de 2006 (expediente núm. 1998-10363-01), Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo: «Ese iter negocial puede estar supeditado a simples tratos preliminares o “tratativas”, mediante los cuales los intervinientes, básicamente exploran recíprocamente sus posiciones e intereses en relación con el potencial contrato; esos contactos o acercamientos, si bien –incluso– pueden conducir al logro de acuerdos respecto de ciertos y específicos puntos, no suponen, inexorablemente la celebración del contrato propiamente dicho».

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de noviembre de 1989 (GJ núm. 2435). Magistrado Ponente: José Alejandro Bonivento Fernández.

⁵ En doctrina: CARREÑO (2018), p. 235; OVIEDO (2008), p. 88 (citando la sentencia de la C.S.J de 12 de agosto de 2002, exp. núm. 6151, M.P. José Fernando Ramírez Gómez); RENGIFO, (2016), pp. 29-33.

No obstante, el artículo 1603 C. C., que señala «los contratos deben ejecutarse de buena fe», podría ser considerado para la etapa precontractual, conforme a la regla de la responsabilidad civil extracontractual (artículo 2341 C. C.)⁶.

Todo anterior, indica que, si el principio de la buena fe debe presidir las tratativas preliminares de una negociación, *su inobservancia puede ser fuente de responsabilidad*⁷. Naturalmente, ello es más frecuente en contratos con un importante contenido económico y, usualmente, con periodos largos de negociación, donde ciertamente se ha establecido una *relación jurídica de confianza* y la exigencia de la buena fe es mayor⁸.

Así, nuestra Corte Suprema de Justicia ha establecido que «a raíz de una ruptura arbitraria e intempestiva de la negociación, puede el anunciante incurrir en responsabilidad civil»⁹. Dicha ruptura debe ser adoptada de forma unilateral y sin justa causa por la parte negociante, antes de perfeccionar el contrato, es decir, durante el periodo preparatorio. Por tanto, la parte perjudicada tendrá derecho a una indemnización basada en el llamado *interés negativo o de confianza*, cuya fuente es el principio general de la buena fe (artículo 863 C. Co.)¹⁰.

Por tanto, en la responsabilidad por ruptura intempestiva de negociaciones, es importante que se cree una (i) confianza legítima (no es lo mismo una relación comercial de mucho tiempo a que sea corta). Además, (ii) que la ruptura intempestiva no sea por una *justa causa*, pues la simple confianza no es suficiente para una parte pueda retirarse de las negociaciones –pueden existir justas causas que impliquen que las partes asumen los costes de fracaso de la negociación–¹¹.

Determinar los motivos justificantes de un retiro de negociaciones es complejo, sin embargo, los deberes precontractuales han servido como parámetros para determinar una posible responsabilidad por ruptura intempestiva de las negociaciones. Entre otros deberes que se han desarrollado, a continuación, me referiré a los más desarrollados en nuestro ordenamiento: de información y de reserva.

⁶ OVIEDO (2008), p. 89.

⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2016), p. 58.

⁸ Vid. DE LA MAZA y VIDAL (2019), p. 47; RENGIFO (2016), p. 39.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de noviembre de 1989 (GJ núm. 2435). Magistrado Ponente: José Alejandro Bonivento Fernández, p. 122.

¹⁰ *Ibid.*, p. 123.

¹¹ En particular, CARREÑO MENDOZA (2018) desarrolla cada una de estas causas en un análisis casuístico extenso, en: «La ruptura de la negociación: la potestad de retiro y los motivos que acompañan su ejercicio en el derecho privado».

1. El deber precontractual de información

El deber precontractual de información se ha establecido, por el legislador colombiano, en relaciones de consumo. La Corte Suprema ha reconocido importancia general al deber de información, dentro de los «deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprende tratos negociales»¹².

Determinar la exigencia del deber de información es una cuestión compleja. Morales Moreno indica que contrato se expresa en una permanente tensión entre la satisfacción propia de intereses y el de la cooperación entre las partes. La buena fe impone ciertos deberes de colaboración, que varían según el caso, por un lado, el de informar, pero, por otro lado, el de actuar diligentemente para informarse¹³.

De este modo, lo estableció el Régimen de protección al consumidor financiero (Ley 1328 de 2009), arts. 7 y 9, fundamentada la diligencia del deudor en las «esferas de control»¹⁴. Del mismo modo, el Estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011) establece los deberes precontractuales de información (arts. 1, 3, 5 y 23-28), los cuales, básicamente, prevén una información clara, relevante y esencial. Además, el Estatuto establece responsabilidad por información inadecuada o insuficiente¹⁵.

2. El deber de reserva y de secreto

En negociaciones entre partes cercanas o extremadamente avanzadas, el nivel de exigencia de la buena fe debe ser más alto, que, en negociaciones entre partes no cercanas o cortas, donde tal exigencia podría ser casi inexistente¹⁶. En este sentido, cobra especial importancia la confidencialidad de la información que una parte pueda adquirir del negocio o estrategia empresarial de la otra parte. Es decir, el no revelar o sacar provecho propio de la información empresarial obtenida durante las negociaciones¹⁷. Por tanto, las partes no solo deben abstenerse, sino deben tomar medidas diligentes para salvaguardar, conservar e impedir la filtración a terceros de la información empresarial de la parte¹⁸.

¹² *Ibid.*, p. 240.

¹³ MORALES (2017), p. 244.

¹⁴ SALGADO (2013), p. 344.

¹⁵ Sobre ello, un análisis riguroso en: SALGADO (2013).

¹⁶ DE LA MAZA y VIDAL (2019), p. 47.

¹⁷ RENGIFO (2016), p. 61.

¹⁸ CARREÑO (2018), pp. 242-243.

Este deber puede estar fundamentado, generalmente, en el principio de la buena fe precontractual. Sin embargo, tenemos normativas, como, por ejemplo, la del artículo 61 C. Co., que prevé, en materia de reserva de los libros y papeles del comerciante, que no podrán examinarse por personas distintas a los propietarios o personas autorizadas para ello.

III. LA OFERTA

La oferta de contrato se regula, principalmente, en nuestro Código de comercio, en los artículos 845-864. Sin embargo, la jurisprudencia ya venía reconociendo la oferta como fuente de responsabilidad por retractación injustificada (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 28 de agosto de 1948¹⁹).

El artículo 845 C. Co. define la oferta como «...proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra», que debe contener los elementos esenciales del negocio, es decir, los elementos sin los cuales el contrato no existiría o degeneraría en otro contrato distinto (artículo 1501 C. C.²⁰)²¹. Además, el citado artículo 845, señala que esta debe ser comunicada al destinatario mediante medios idóneos.

Sin embargo, tal definición ha sido criticada, pues, no todo proyecto de negocio, incluso con los elementos esenciales, se puede constituir como una oferta. Para ello, hace falta una verdadera voluntad de obligarse contractualmente, en caso de aceptación del destinatario²². De lo contrario, podría tratarse de meras tratativas preliminares que, como se estudió antes, no comporta una oferta (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 8 de marzo de 1995²³).

La oferta puede ser expresa (verbal o escrita) o tácita (cuando hay una conducta inequívoca del proponente que permite afirmar la intención de obligarse de este). Asimismo, hay ofertas privadas (dirigida a destinatario concreto) y públicas (sin destinatario determinado).

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 28 de agosto de 1948. Magistrado Ponente: Álvaro Leal Morales.

²⁰ Artículo 1501: «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales».

²¹ RENGIFO (2016), p. 146.

²² *Ibid.*, p. 122.

²³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 8 de marzo de 1995 (expediente núm. 4473), Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta.

1. La vinculación de la oferta

El artículo 846 C. Co. establece que la oferta será irrevocable cuando esta *sea comunicada*, impidiendo que el oferente pueda retractarse —donde parece dar obligatoriedad a la misma—. A continuación, el citado artículo señala que el retiro de la oferta da lugar a responsabilidad por daños y perjuicios causados al destinatario. Este último párrafo ha sido leído por la doctrina colombiana de dos formas, según las teorías clásica y posclásica de la oferta.

Conforme a la *teoría clásica francesa*, la oferta no es obligatoria, aunque el oferente haya querido comprometerse frente a su destinatario, por tanto, la responsabilidad que pudiese derivarse de esta estaría fundamenta en la culpa extracontractual (aquiliana).

Conforme a la *teoría posclásica alemana*, la oferta se ubica como una propia fuente de obligación, dentro de los actos jurídicos unipersonales, de donde resulta su obligatoriedad.

Influenciados por la teoría posclásica alemana, Ospina Fernández, Bonivento e Hinestrrosa (sobre la base del artículo 1494 C. C.) consideran que la oferta, en Colombia, es un acto jurídico unipersonal, como fuente de obligación²⁴. Y, en este sentido, la aceptación durante el periodo de irrevocabilidad da lugar a acciones contractuales. Por tanto, respecto del último párrafo que permite retirar la oferta, so pena de pagar daños y perjuicios, se ha calificado como un descuido del legislador²⁵.

Por su parte, Rengifo determina que la oferta, en Colombia, no es propiamente una fuente de obligación. Sin embargo, señala, que ello no implica que el sistema colombiano se haya acogido a la teoría clásica francesa, sino que estableció un sistema mixto. Hay un sistema de naturaleza recepticia, de sustantividad y de transmisibilidad (propias del sistema posclásico alemán), pero, si el oferente se arrepiente de su oferta, *el destinatario no podrá aceptar la oferta*, acudiendo a acciones contractuales²⁶.

Por su parte, la jurisprudencia ha definido la oferta como una *declaración de voluntad unilateral*. La eficacia jurídica de la oferta depende del cumplimiento de los siguientes requisitos:

«(...) ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento. Ello significa, entonces, que para que exista oferta se requiere voluntad firme

²⁴ BONIVENTO (2017), p. 46; HINESTRROSA (2015), p. 402; OSPINA FERNÁNDEZ (2016), p. 40.

²⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, (2021), p. 155.

²⁶ RENGIFO (2016), p. 124.

y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida... (CSJ SC, 8 Mar. 1995, Rad. 4473)»²⁷.

Respecto de que sea efectivamente comunicada, el artículo 845 C. Co. establece un *sistema recepticio*, es decir, que sea *efectivamente comunicada al destinatario* por medios adecuados para hacerla conocer.

A ello, he de añadir la importante adecuación que trajo la Ley de comercio electrónico en la comunicación mediante mensajes de datos, en su artículo 14, en el que señala: «En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, *la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos*. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos».

Con estos mimbres, sobre la comunicación efectiva de la oferta, paso a la distinción entre la oferta *privada*, dirigida a persona determinada y la oferta *pública*, dirigida a personas indeterminadas, en las que el Código de comercio establece diferentes requisitos para su vigencia e irrevocabilidad.

a) VIGENCIA Y REVOCACIÓN EN LA OFERTA PRIVADA

Por regla general, la oferta es revocable en Colombia, pero, no lo será si se acuerda un plazo o este se entiende por lo dispuesto en el Código de comercio. En este, se establece plazos tácitos para la oferta pura y simple, es decir, cuando la oferta no tiene un término. El código diferencia entre la oferta verbal y la escrita.

Artículo 850 C. Co. «La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes».

²⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 26 de enero de 2015 (SC054-2015). Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez, pp. 17-18.

Artículo 851 C. Co. «Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia».

En el primer caso, la oferta verbal caduca en el mismo acto de oírse. Mientras que en la oferta escrita se establece un término de 6 días, salvo cuando el destinatario no reside en el mismo lugar. En ese caso, se sumará el «término de la distancia», que se calcula según el medio de empleado para su comunicación (art. 852 C. Co). Respecto de la oferta por medios electrónicos, considero que debe entenderse como una oferta escrita, sin el término de la distancia, por cómo opera la comunicación electrónica.

En el término de 6 días, la oferta adquiere vigencia, es irrevocable y, como explica Rengifo, no la afecta la muerte, incapacidad o quiebra del oferente (artículo 846. II C. Co.), una vez esté efectivamente comunicada (recibida) al destinatario²⁸. Lo mismo aplica en la oferta expresa y escrita con un término concreto, lo único que cambia es el tiempo de la vigencia.

b) VIGENCIA Y REVOCACIÓN EN LA OFERTA O PROPUESTA PÚBLICA

Sobre la vigencia, obligatoriedad y revocabilidad de la oferta pública, el Código de comercio establece cuatro situaciones, en los siguientes artículos:

Artículo 847: «Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. Dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tenga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna».

Artículo 848: «Las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, serán obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público. También lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al del anuncio».

Artículo 856: «La oferta pública de una prestación o premio será obligatoria siempre que se cumplan las condiciones en ella previstas./ Si no señala el término para comunicar el cumplimiento de tales condiciones, la obligación del oferente cesará trascurrido un mes desde la fecha de la oferta, salvo que de la naturaleza de ésta se deduzca un término distinto».

²⁸ RENGIFO (2016), p. 130.

Artículo 860: «En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás».

La *primera situación* se refiere a la *oferta pública de mercaderías*, como propagandas escritas, volantes, carteles, comerciales, entre otros, dirigidas a personas indeterminadas, para lo que establece la *no* obligatoriedad de la oferta (tal como lo aplicó la sentencia de la Corte Suprema de justicia de 13 de diciembre de 2001, en el reclamo de un número de parqueaderos que se habían publicitado en la promoción de la construcción de un centro comercial²⁹).

Sin embargo, considero que esta regla de no obligatoriedad, actualmente, no tiene mucha aplicabilidad, al leerse en armonía con el artículo 29 del Estatuto del consumidor, que dispone:

«Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad *obligan* al anunciante, en los términos de dicha publicidad».

Por ello, en mi opinión, la no obligatoriedad del artículo 847 C. Co. estaría derogada respecto a la publicidad dirigida a consumidores. Pues, es claro que las condiciones de la publicidad son vinculantes, contractualmente, para el oferente, en caso de aceptación del consumidor³⁰.

La *segunda situación* se refiere a la *exhibición de mercancías como oferta pública y tácita*. En este sentido, nuestro ordenamiento le da vigencia e irrevocabilidad mientras las mercancías estén exhibidas. Sin embargo, establece como justa causa de revocación el agotamiento de las mercancías (artículo 848 C. Co.).

Finalmente, la *tercera situación* se refiere a la *promesa pública de recompensa o premio* (artículo 856 C. Co.). Esta se refiere a la promesa de entregar un premio o recompensa a quien cumpla con ciertas condiciones, para lo que, salvo término especificado en esta, establece una vigencia y obligatoriedad de *un mes desde la fecha de la oferta*. Rengifo señala que, en ese caso, el Código confunde oferta con promesa pública³¹.

Por su parte, Ospina Fernández agrega la contrariedad que tiene el artículo 857 C. Co., que establece que esta «oferta» podrá recoversse por justa causa, antes del vencimiento del plazo, salvo respecto de las personas que hayan cumplido con las condiciones establecidas. Sin embargo, ello no parece congruente

²⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 13 de diciembre de 20021 (Expediente No. 6775). Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez.

³⁰ Vid. LÉON y VARGAS (2023).

³¹ RENGIFO (2016), p. 128.

con las personas que, de buena fe, creyeron en el proponente e incurrieron en gastos, pero no llegaron a cumplir completamente las condiciones. Frente a estas personas, no parece existir protección alguna, mediante la indemnización³². En mi opinión, ello debe leerse con el principio de la buena fe precontractual, vista en la primera arte de este escrito, pues, como ya he dicho, ello puede conducir a una fuente de responsabilidad, así sea del interés negativo o de confianza.

Finalmente, la *cuarta situación* es la de las *licitaciones públicas* (artículo 860 C. Co.), también denominada policitación, que consisten en meras invitaciones a ofertar, y no constituyen ofertas en sí mismas consideradas. Por ello, no son obligatorias en ningún caso, lo que no excluye que estén presididas por el principio de la buena fe y la lealtad comercial, como ha puntualizado nuestra Corte Suprema de Justicia³³. Por tanto, la licitación ha sido tratada dentro de los tratos preliminares (Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 23 de noviembre de 1989³⁴ y 31 de marzo de 2022³⁵).

2. La aceptación de la oferta

La aceptación es una manifestación unipersonal dirigida, inequívocamente, a formar contrato, es decir, con clara intención de obligarse contractualmente³⁶. Además, no puede ser extemporánea (pues la oferta habría caducado) y, señalaré más adelante, ha de ser pura y simple (incondicionada) (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 8 de marzo de 1995³⁷).

El Código de comercio la regula así:

Artículo 854: «La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso».

Artículo 855: «La aceptación condicional o extemporánea será considerada como nueva propuesta».

³² OSPINA FERNÁNDEZ (2021), p. 160.

³³ OVIEDO (2008), p. 67.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 23 de noviembre de 1989 (GJ núm. 2435). Magistrado Ponente: José Alejandro Bonivento Fernández.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 31 de marzo de 2022 (SC711-2022), Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.

³⁶ OVIEDO (2008), p. 89.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 8 de marzo de 1995 (expediente núm. 4473), Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta.

a) ACEPTACIÓN TÁCITA Y SILENCIO

La aceptación del destinatario puede ser expresa o tácita. La primera, no causa mayor inconveniente, pues el destinatario expresa claramente su intención de obligarse. La segunda, en la regulada por el artículo 854, en la que se interpreta actos o conductas inequívocas de aceptación de oferta.

Lo anterior, no debe confundirse con el silencio que, aunque no está regulado por nuestro ordenamiento, se entiende que *en ningún caso* puede implicar una aceptación tácita y obligar³⁸, como se expresa en el artículo 2.1.6. *in fine* de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (2016).

Respecto de la aceptación tácita o, también llamada, indirecta, la Corte estableció que «Esos actos deben ser de tal entidad que manifiesten la voluntad o permitan suponerla de un modo inequívoco y que, por tanto, no admita interpretación distinta a la de tener el propósito de contratar, sin que quede un espacio para la duda en torno de la adhesión al contenido de la oferta, porque la aceptación constituye –en sentido propio– una declaración de voluntad negocial que resulta ser la etapa final en el proceso de formación del contrato, de allí que sin ésta, no existe aquél»³⁹. En este aspecto, resulta útil la aplicación de la teoría de los actos propios que, conforme al principio de la buena fe, nadie puede ir válidamente en contra de sus propios actos⁴⁰. Es decir, que el destinatario de una oferta no podría alegar rechazo de la oferta cuando su conducta, inequívocamente, estaba dirigida a la ejecución del contrato de la oferta inicial.

En efecto, nuestra Suprema Corte indicó que, respecto de la aceptación tácita, «al juez le corresponde verificar que tales actos cumplan las exigencias legales para constituir aceptación, labor para la cual resultan trascendentales ‘todos los actos, tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades’, pues además de ser útiles para “desentrañar la verdadera intención de las partes”, permiten establecer ‘cuales fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter (las partes)’ (CSJ SC, 12 Ago. 2002, Rad. 6151)»⁴¹.

³⁸ *Ibid.*, p. 90.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 26 de enero de 2015 (SC054-2015), Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

⁴⁰ BERNAL (2010), p. 257.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 26 de enero de 2015 (SC054-2015), Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

b) LA REGLA ESPEJO

Como indiqué al principio, el artículo 855 C. Co. prevé que *la aceptación condicionada o modificaba constituye una contraoferta* y, por ende, no se puede considerar aceptación. Por tanto, la aceptación en el Derecho colombiano debe ser pura y simple, es decir, incondicional y congruente con la oferta. Es decir, lo que conocemos como *la regla espejo*. De lo contrario, una aceptación condicionada o extemporánea, no solo constituye un rechazo de la oferta, sino una «contraoferta»⁴².

c) TIEMPO Y LUGAR DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

En nuestro ordenamiento, el artículo 864 C. Co señala:

«El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta./ Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851».

Por tanto, nuestro sistema parece también adoptar el sistema de recepción en la aceptación (y no de expedición). Es decir, que el contrato se entiende celebrado en el momento que el oferente recibe la aceptación de la oferta, y en el lugar de residencia del proponente. Sin embargo, el párrafo segundo parece contener una contradicción, cuando presume que el oferente recibe la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de esta (sistema de expedición)⁴³.

d) LA FORMACIÓN DE ACTOS SOLEMNES

Aquí me refiero a los actos que requieren una forma o solemnidad *ad solemnitatem*, es decir, como requisito para su existencia (artículo 1500 C. C), por ejemplo, en la venta de bienes inmuebles, el contrato de promesa (artículo 1611 C. C.) o en formalidades establecidas por las propias partes (caso

⁴² RENGIFO (2016), p. 146.

⁴³ OSPINA FERNÁNDEZ (2016), p. 169.

de la sentencia de la corte Suprema de Justicia de 30 de junio de 2022⁴⁴). En este tipo de contratos solemnes *no* es suficiente la aceptación como acto jurídico unipersonal consensual, pues hace falta que se lleve a cabo la solemnidad para formación del contrato⁴⁵.

Por tanto, como advierte Ospina Fernández, surge el problema de si ambas partes se encuentran de acuerdo con las condiciones del negocio y una de estas se niega a completar la formalidad, ocasionándole perjuicios ¿Cuál sería la vía de tutela? Ello, naturalmente, se canalizaría por la responsabilidad por buena fe precontractual (artículo 863 C. Co.)⁴⁶.

IV. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Este tema no ha sido muy desarrollado por nuestra doctrina y jurisprudencia. De hecho, suele tratarse de forma muy básica. La respuesta no es tan sencilla como decir que, tanto en los tratos preliminares como en la oferta, estamos antes una responsabilidad aquiliana o extracontractual. Para aproximarme, revisaré tres casos jurisprudenciales.

A. En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 5 de agosto de 2014⁴⁷, donde se demandó un contrato de seguro por incumplimiento del deber de información, se indicó, *que la interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose*. En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad consiguiente a la violación del deber precontractual de buena fe, no pudiéndose sostener que haya incumplimiento del contrato, que no alcanzó a tener existencia, *se considera que la responsabilidad en esos casos corresponde a la del llamado interés negativo, o sea el resarcimiento por la frustración generada o rompimiento intempestivo de los acercamientos adelantados (gastos, pérdidas de otros negocios, etc.); o, en otros términos, que se responde por la trasgresión de los mencionados deberes genéricos de conducta, que ciertamente no se*

⁴⁴ El proponente establecía una solemnidad consistente en la aprobación de una proforma y la suscripción de un contrato, como verdaderas reservas formales. Ello, la corte lo interpretó como una formalidad *ad solemnitatem*. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 30 de junio de 2022 (SC1303-2022), Magistrado Ponente: Francisco Ternera Barrios.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ OSPINA FERNÁNDEZ (2016), p. 171.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 5 de agosto de 2014 (Rad. 11001 3103 036 2004 00037 01). Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco.

pueden equiparar a obligaciones en sentido propio, emanadas de las partes. La anterior percepción demarca la diferencia con el interés positivo, es decir, el derecho de que la parte perciba la prestación convenida en el contrato celebrado o, dado el caso, el resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento o frustración de dicho convenio. En este punto se enfatiza que la indemnización no puede corresponder, en estrictez, al mismo beneficio que hubiese generado el contrato de haber llegado a feliz término, pues no se trata de la prestación ofrecida, esto es, la ejecución del contrato desvanecido.

B. Por su parte, en la sentencia de 23 de noviembre de 1989⁴⁸, que trató sobre un concursante que demandó a un Banco, alegando que éste incumplió la propuesta (licitación) de diseño y construcción de un edificio, pues, inicialmente el oferente pospuso la fecha de la adjudicación y luego se negó a adjudicar ordenando el retiro de las maquetas y planos presentados por el concursante.

En sus fundamentos de derecho, la Corte señaló que el contrato por concurso se forma cuando el oferente, una vez entiende que uno de los concursantes cumple las condiciones y se adhiere a éstas, expresa y consiente celebrar el negocio con el concursante. Este modo de contratación (licitación) cumple con tres etapas: a) El anuncio del concurso; b) el concurso mismo y c) la escogencia del concursante que reúna las mejores condiciones. Ante una ruptura intempestiva y unilateral por parte del oferente podría éste verse inmerso en responsabilidad civil dependiendo de la etapa en que se haya, injustificadamente, quebrantado el vínculo no perfeccionado o contractual. Si se formó el consentimiento, la reparación del daño compensatorio *consistirá en posicionar patrimonialmente al concursante en el lugar en que se hallaría si el negocio se hubiese llevado a cabo, es decir, para el supuesto se perfeccionaría el interés positivo*. Por el contrario, el interés negativo o de confianza se configuraría ante el rompimiento de la negociación anterior a la concreción obligacional del contrato, si bien el resarcimiento no emerge de un vínculo contractual, encuentra su origen en la indemnización del daño emergente y lucro cesante provenientes de la ineficacia en las negociaciones, el concursante para el caso demandará el reembolso de los gastos ocasionados debido a la negociación.

Pues bien, en ambos casos vemos cómo la Corte diferencia entre el interés negativo o de confianza y el interés positivo o de cumplimiento. En el caso de ruptura intempestiva e injustificada de negociaciones o por incumplimiento de un deber precontractual es claro que la responsabilidad consiste en el inte-

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 23 de noviembre de 1989 (GJ núm. 2435). Magistrado Ponente: José Alejandro Bonivento Fernández.

rés negativo. En cambio, en el caso de la *oferta* establece la reparación del interés positivo o de cumplimiento cuando haya tenido lugar la aceptación, pues se ha formado el consentimiento.

C. Sin embargo, cuando una oferta irrevocable se retira antes de la aceptación, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 8 de marzo de 1995⁴⁹ estableció la indemnización del interés negativo o de confianza, del modo que sigue:

«de manera que, si se sorprende a la contraparte con el rompimiento del proceso de negociación sin motivo justificado y con violación del principio de la buena fe, es apenas natural que, puesto que todavía no ha nacido a la vida jurídica el contrato en vía de formación, no pueda exigirse la reparación del daño causado alegando para el efecto responsabilidad derivada de incumplimiento contractual, lo cual no significa sin embargo que no se haya causado una lesión, un daño a la otra parte, pues es evidente que en la etapa precontractual si se incurre en ese tipo de conducta, ha de garantizarse el “restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría. En consecuencia, dicha indemnización tiende a compensar los menoscabos de todo orden, materiales y morales, resultantes de haberse seguido manifestaciones contractuales frustradas”, cual lo dijo esta Corporación en sentencia de 23 de noviembre de 1989 (G. J. tomo CXCVI, No. 2435, pág. 123), reiterada en fallo No.239 de 27 de junio de 1990 (ordinario Gustavo Arango Escobar y otro contra Fernando Buitrago y la Sociedad Globo T. V. Ltda.)».

Pero ¿podríamos argumentar, de algún modo, la indemnización del interés positivo o de cumplimiento? En mi opinión, en nuestro ordenamiento, son aplicables las reflexiones de Ruiz Arranz, en cuanto que «de nada sirve establecer la vinculación de la oferta, cuando esta no tiene una significancia práctica». Para ello, inspirado en varios casos del derecho anglosajón (en concreto, el caso *Drennan v. Star Paving*), desarrolla la confianza legítima del destinatario, de forma que nos lleva a plantearnos que, *si era seguro y razonable que este, en ciertas circunstancias, iba a aceptar la oferta*, podemos tomar como nulo el retiro de la oferta vinculante del proponente y, con ello, dar lugar al contrato, aceptado por el destinatario. En consecuencia, el destinatario, afectado por el retiro de una oferta vinculante, tiene derecho a reclamar la indemnización del interés positivo (que puede consistir en el coste de una operación de reemplazo)⁵⁰.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 8 de marzo de 1995 (expediente núm. 4473), Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta.

⁵⁰ RUIZ (2018), pp. 1442 ss.

V. CONCLUSIONES

En Colombia, la formación de contrato se divide en los tratos preliminares y la oferta. Los primeros se fundamentan, principalmente, en el deber precontractual de buena fe (art. 863 C. Co.). La oferta, esencialmente, se regula en los artículos 845 ss. C. Co.

La responsabilidad en los tratos preliminares es excepcional y puede llegar a causarse por actos contrarios a la buena fe y lealtad comercial. Por ejemplo, en la ruptura intempestiva de negociaciones sin justa causa e infringiendo algún deber precontractual, como el de la confidencialidad o reserva.

La oferta consiste se diferencia de los tratos preliminares por la directa intención del proponente en vincularse contractualmente, en este sentido, esta debe contener los elementos necesarios del negocio, de forma que sin estos el contrato no existiría o recaería en uno de otra naturaleza.

En general, la oferta es revocable, salvo cuando tiene un término fijado o en los plazos establecidos por la Ley, en los casos de oferta verbal y escrita privada. En los casos de ofertas públicas, es decir, dirigidas a destinatarios indeterminados, cuando se trata de propagandas o escrito se dice que no es obligatoria, sin embargo, el Estatuto del consumidor, en su artículo 29, le da fuerza vinculante a la publicidad. Cuando se trata de exhibición de mercaderías con indicación de precio, nuestro Código lo toma como una oferta tácita obligatoria, es decir, que es irrevocable mientras la exhibición. Las licitaciones públicas o privadas no constituyen ofertas, por ello, no son vinculantes.

La aceptación puede ser expresa o tácita, que son actos inequívocos del destinatario que demuestra una intención de obligarse contractualmente. Por tanto, el silencio no constituye una aceptación. Asimismo, la aceptación debe ser pura y simple, es decir, no condicionada y se entiende celebrado el contrato cuando esta llega, efectivamente, al oferente. De lo contrario se entenderá rechazada y cualquier modificación o condición se entenderá como una «nueva propuesta».

La responsabilidad en las tratativas preliminares siempre va a consistir en el interés negativo. En el caso del retiro de una oferta vinculante, la indemnización puede consistir en el interés positivo, tras la aceptación. Sin embargo, en el caso de que el oferente retire su oferta «irrevocable» *antes* de la aceptación, la indemnización, para nuestra jurisprudencia, consistiría en el interés negativo. En mi opinión, *cuando no cabe duda de que la aceptación se iba a dar* y la oferta había creado una confianza legítima, *el retiro podría considerarse nulo*, y en consecuencia podría canalizarse el cumplimiento mediante una indemnización del interés positivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERNAL, Mariana (2010): «La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato», en *Vniversitas*, vol. 59, núm. 120.
- BONIVENTO, José Armando (2017): *Obligaciones*. Bogotá D. C: Legis.
- CARREÑO, Sergio (2018): «La ruptura de la negociación: la potestad de retiro y los motivos que acompañan su ejercicio en el derecho privado», en *Revista de Derecho privado*, núm. 36.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2016): *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 11.ª edición, vol. II, tomo I.
- HINESTROSA, Fernando (2015): *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*. Bogotá D. C: Universidad Externado de Colombia.
- DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro (2019): *La Modernización del Derecho de los Contratos*. Bogotá D. C: Ibañez.
- LEÓN ROBAYO, Édgar y VARGAS, Isúe (2023): *La publicidad y los efectos vinculantes de la publicidad engañosa en el contrato*. Bogotá D. C: Derecho del consumo (en prensa).
- MORALES, Antonio (2017): *El error en los contratos*. Bogotá D. C: Astrea, 2.ª edición.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo (2016): *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Temis, 8.ª edición.
- (2021): *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 7.ª edición.
- OVIDIO, Jorge (2008): *La formación del contrato*. Bogotá: Temis.
- (2008): «Tratos preliminares y responsabilidad precontractual», en *Vniversitas*, núm. 115.
- RENGIFO, Mauricio (2016): *La formación del contrato*. Bogotá: Temis.
- RUIZ, Antonio (2018): «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», en *ADC*, vol. 71, núm. 4.
- SALGADO, Catalina (2013): «Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo», en Carmen Ligia (ed.), *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema de Justicia, sentencia de 30 de junio de 2022 (SC1303-2022), Magistrado Ponente: Francisco Ternera Barrios.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de 31 de marzo de 2022 (SC711-2022), Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.

Corte Suprema de Justicia, sentencia de 26 de enero de 2015 (SC054-2015). Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, sentencia de 5 de agosto de 2014 (Rad. 11001 3103 036 2004 00037 01). Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de diciembre de 2006 (expediente núm. 1998-10363-01), Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, sentencia de 13 de diciembre de 20021 (Expediente No. 6775). Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez.

Corte Suprema de Justicia, sentencia de 8 de marzo de 1995 (expediente núm. 4473), Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta.

Corte Suprema de Justicia, sentencia de 23 de noviembre de 1989 (GJ núm. 2435). Magistrado Ponente: José Alejandro Bonivento Fernández.

Corte Suprema de Justicia, sentencia de 28 de agosto de 1948. Magistrado Ponente: Álvaro Leal Morales.

ECUADOR

FARITH SIMON CAMPAÑA *

SUMARIO: I. Fuentes que regulan la formación del consentimiento.–II. Ámbito de aplicación de las reglas de formación.–III. Nociones de oferta y aceptación.–IV. Caducidad, retracto y reserva de la oferta.–V. La aceptación y sus efectos.–VI. Contratos por adhesión y de consumidores.–VII. Contratos preparatorios.–VIII. Formación y contratos electrónicos.–IX. Responsabilidad precontractual.–Bibliografía citada.

I. FUENTES QUE REGULAN LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ¹

El Código Civil ecuatoriano contiene una referencia general a la formación del consentimiento en el contrato al establecer que «...para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: [...] 2. Que consienta en dicho acto o declaración, y que su consentimiento no adolezca de vicio» ². Es decir, se establece que como primera condición el consentir y que el consentimiento se encuentre libre de vicios ³.

* Farith Simon Campaña, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico fsimon@usfq.edu.ec.

¹ El Ecuador es suscriptor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra-venta Internacional de Mercaderías, suscrita el 11 de Abril de 1980, la codificación se publicó en el suplemento del Registro Oficial No. 153 de 25 de noviembre de 2015. La aprobación del Convenio se publicó en Registro Oficial No. 822 de 28 de noviembre de 1991.

² Código Civil del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, artículo 1461 número 2.

³ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 376.

Lo limitado del tratamiento al consentimiento del Código Civil se suple, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria⁴, con las normas del Código de Comercio⁵, particularmente con el Libro cuarto (De las obligaciones y contratos mercantiles en general), título segundo (El consentimiento), capítulo primero (Formación y perfeccionamiento del consentimiento)⁶; y el capítulo segundo (Formación y perfeccionamiento del consentimiento a través de correo u otros medios electrónicos)⁷.

Además, en el capítulo VII (Protección contractual)⁸ de Ley Orgánica de Defensa del Consumidor⁹, se regula de forma general las condiciones que deben cumplir los contratos de adhesión para estimar que se ha emitido un consentimiento válido, así como para aquellos casos de contratación telefónica¹⁰.

Finalmente, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos¹¹ regula algunos aspectos de los contratos celebrados por «vía electrónica».

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE FORMACIÓN

La regla general sobre la formación del consentimiento es la del contrato consensual¹² que se forma con la expresión del consentimiento de las partes¹³. En este sentido, la compraventa, por ejemplo, se «reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y el precio»¹⁴.

En el caso de compraventa de inmuebles, en cambio, no es suficiente el consentimiento. En este se exige para su formación o perfeccionamiento el cumplimiento de una solemnidad¹⁵: el otorgamiento de escritura pública¹⁶. El contrato solemne, por tanto, es el «que está sujeto a la observancia de ciertas solemnidades especiales, de manera que sin ellas ni surte ningún efecto civil»¹⁷.

⁴ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 380.

⁵ Código de Comercio del Ecuador.

⁶ Código de Comercio del Ecuador. Artículos 225 a 237.

⁷ Código de Comercio del Ecuador. Artículos 238 a 247.

⁸ Código de Comercio del Ecuador. Artículos 41 a 45.

⁹ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

¹⁰ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 55 números 9 a 13.

¹¹ Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos.

¹² Código Civil del Ecuador. Artículo 1459.

¹³ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 228 inciso primero.

¹⁴ Código Civil del Ecuador. Artículo 1740 inciso primero.

¹⁵ Código Civil del Ecuador. Artículo 1740 inciso segundo.

¹⁶ PARRAGUEZ RUIZ. (2021), p. 380.

¹⁷ Código Civil del Ecuador. Artículo 1459.

En cuanto a los contratos reales, el perfeccionamiento del contrato depende de «la entrega o tradición» de la cosa a la que se refiere el contrato¹⁸. Cabe acotar, sin embargo, que el Código incurre en una imprecisión al referirse a la «entrega o tradición». En realidad, los contratos reales se perfeccionan con la simple entrega. La tradición es una forma de entrega que implica, además, transferir el dominio y no todos los contratos reales tienen la potencialidad de transferir el dominio¹⁹.

Las partes pueden establecer voluntariamente, excepto para la venta de inmuebles, que el consentimiento pueda otorgarse mediante escritura pública o privada. En estos casos la convención inicial se perfecciona cuando se concreta la forma convenida, por tanto, el consentimiento emitido no es suficiente para perfeccionar el contrato, pudiendo cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principado la entrega de la cosa²⁰.

III. NOCIONES DE OFERTA Y ACEPTACIÓN

El artículo 222 del Código de Comercio define a la oferta o propuesta como un «proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra u otras personas determinadas»²¹. Añade que «...deberá contener los elementos esenciales del negocio y comunicarse al destinatario»²² y aclara que se considera que la propuesta ha sido comunicada «cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerle conocer del destinatario»²³.

En caso de que la propuesta no esté dirigida a una o varias personas determinadas, se considera como «una simple invitación a cualquier persona a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario»²⁴.

El legislador nacional no define lo que se considera aceptación, pero queda claro que esta constituye la adhesión expresa a los términos de la oferta, o en su defecto la adhesión tácita que implica la existencia de actos inequívocos de «ejecución del contrato propuesto». La aceptación tácita tiene los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de los

¹⁸ Código Civil del Ecuador. Artículo 1459.

¹⁹ Por ejemplo, el mutuo habilita la transferencia de dominio de la cosa prestada; mientras que el comodato o préstamo de uso no lo hace.

²⁰ Código Civil del Ecuador. Artículo 1741.

²¹ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 222 inciso primero.

²² Código de Comercio del Ecuador. Artículo 222 inciso primero.

²³ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 222 inciso segundo.

²⁴ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 222 inciso tercero.

«actos inequívocos» dentro del plazo para la aceptación²⁵. El Código de Comercio es claro al establecer que el «silencio o la inacción, por sí solos, constituirán negativa a las propuestas efectuadas»²⁶.

La aceptación de la oferta debe darse a conocer al oferente, sea por el conocimiento de los «actos inequívocos»²⁷ o porque la aceptación se entrega en la «dirección de oferente»²⁸.

Con la aceptación total de la oferta el contrato queda perfeccionado en el acto y surte todos los efectos legales, salvo la muerte o incapacidad legal del proponente²⁹.

IV. CADUCIDAD, RETRACTO Y RESERVA DE LA OFERTA

1.º) La caducidad de la oferta depende de la forma en que esta se expresa: a) En caso de que la propuesta sea verbal esta debe ser aceptada «inmediatamente» por la persona a la que se dirige la oferta, salvo que el proponente establezca un plazo³⁰, las ofertas telefónicas o por cualquier medio telemático en el que se establezca «comunicación oral inmediata» se asimila a la propuesta verbal entre presentes³¹; b) las propuestas escritas, sean o no telemáticas, estas deben ser aceptadas o rechazadas dentro de los tres días siguientes a la recepción de propuesta, a menos que se establezca un plazo diferente³²; c) en las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos avisos publicitarios, proformas, obligan a quien lo hace, salvo que se señale un plazo de validez o que las condiciones de la oferta original sean modificadas por una oferta posterior, en caso de no señalarse plazo esta será exigible hasta la última hora laborable del día siguiente de la última publicación, cuando se hacen a día seguido, o del día de la publicación, a menos que al momento de la aceptación se hayan agotado las mercaderías ofrecidas, lo que se considerará terminada la oferta con «justa causa»³³.

2.º) Las propuestas son consideradas irrevocables mientras no se haya vencido el plazo, el retracto del oferente, una vez que se comunica, habilita a

²⁵ Código de Comercio del Ecuador. Artículos 226, 227, 228.

²⁶ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 228 inciso segundo.

²⁷ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 228.

²⁸ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 228.

²⁹ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 229 inciso primero.

³⁰ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 226 inciso primero.

³¹ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 226 inciso segundo.

³² Código de Comercio del Ecuador. Artículo 227.

³³ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 233.

solicitar la indemnización de los perjuicios que con la revocatoria se cause al destinatario. La oferta, incluso si es irrevocable, queda extinguida cuando el rechazo de la misma llegue al oferente³⁴.

3.º) La reserva de la oferta no se encuentra expresamente regulada, sin embargo, esta dura mientras no haya vencido el plazo para su aceptación³⁵.

V. LA ACEPTACIÓN Y SUS EFECTOS

1.º) La aceptación de la oferta debe darse en conformidad total con la oferta, el artículo 231 del Código de Comercio contiene la regla del espejo, que establece: «...la aceptación condicional, parcial, limitativa, con salvedades o extemporánea, será considerada como una nueva propuesta».

2.º) El tiempo³⁶ de formación del consentimiento es el de la aceptación total de la oferta, en el caso del contrato consensual³⁷ o cuando se manifiesta un hecho inequívoco de ejecución del contrato y que el proponente tenga «conocimiento de tal hecho»³⁸. Los días feriados oficiales o no laborables no se excluyen del cómputo del plazo de aceptación, excepto en el caso de que la comunicación de aceptación no se pueda entregar en la dirección del oferente por ser día de feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, en este caso el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente³⁹.

Cuando las dos partes residen en el mismo lugar es éste el de la formación del consentimiento; en caso de que las dos partes no residan en el mismo lugar, siempre que rijan las mismas disposiciones legales, se entenderá que el contrato se celebra para todos los efectos, en el de la residencia del que hubiera aceptado la oferta original, la oferta modificada o la contraoferta⁴⁰. Las ac-

³⁴ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 230.

³⁵ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 230.

³⁶ Existe un debate significativo sobre el impacto de las normas de interpretación de los contratos de forma posterior a la formación de los contratos y el impacto que tiene la actuación posterior de las partes, esto en función de lo dispuesto en el artículo 263 del Código de Comercio: «En la interpretación del contrato mercantil celebrado entre dos comerciantes o empresarios prevalecerá la intención de las partes. La intención se podrá determinar con base en los términos de la relación precontractual, a los términos del contrato mismo, a negociaciones previas sobre la misma materia u otras afines, a las prácticas entre los contratantes, a la conducta de éstos después de celebrado el contrato, a la causa del mismo y al sentido dado a los términos y expresiones en el respectivo sector de actividad económica» (énfasis no consta en el original). Ver PARRAGUEZ RUIZ. (2021), pp. 768 ss.

³⁷ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 228.

³⁸ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 228.

³⁹ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 229.

⁴⁰ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 232.

ciones judiciales se pueden plantear en el domicilio del oferente, en caso de que tenga allí la sede de sus operaciones o si allí se va a ejecutar el contrato, a menos que determine otra cosa las leyes procesales del país en materia de fueros alternativos⁴¹.

VI. CONTRATOS POR ADHESIÓN Y DE CONSUMIDORES

Los contratos de adhesión son regulados por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que los define como aquellos «cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido»⁴².

Este tipo de contratos son los que se celebran entre proveedores, considerados como «...toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión»⁴³; y consumidores, definidos como «...toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor, dicha denominación incluirá al Usuario»⁴⁴.

Los contratos de adhesión pueden celebrarse por «cualquiera de los medios permitidos por la ley, incluyendo el uso de medios electrónicos, telemáticos o similares»⁴⁵ y se establecen una serie de condiciones: deben estar escritos en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico⁴⁶; deben estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo con las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no pueden contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contra-

⁴¹ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 233.

⁴² Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 2.

⁴³ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 2.

⁴⁴ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 2.

⁴⁵ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 41.

⁴⁶ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 42.

to, en caso de que el contrato de adhesión este escrito con determinado tamaño de caracteres y contenga, además, textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos⁴⁷.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor dispone un listado de cláusulas contractuales prohibidas a las que declara nulas de pleno derecho y sin efecto alguno: las que eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados; impliquen renuncia a los derechos que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio; inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento; permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato; autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor; incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles; impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código Orgánico General de los Procesos, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y, cualesquiera otra cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres⁴⁸.

El Código de Comercio extiende todas las normas que extiende la aplicación de todas las disposiciones que protegen los derechos de los consumidores a los contratos inteligentes⁴⁹.

VII. CONTRATOS PREPARATORIOS

Los contratos preparatorios o preliminares se encuentran regulados en el Ecuador bajo la figura del contrato de promesa contenido en el Código Civil (título XII, Efecto de las obligaciones,) en un solo artículo: el 1570.

⁴⁷ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 41.

⁴⁸ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 43.

⁴⁹ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 77.

En términos del artículo citado la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna a menos que se cumplan ciertas circunstancias que a continuación se detallan. El contrato de promesa es un contrato autónomo, típico, principal y solemne, general de amplio espectro y que puede ser bilateral o unilateral (la promesa de una sola de las partes como en el pacto de retroventa)⁵⁰.

La primera (número primero): la promesa debe constar por escrito. En caso de que la ley exige la solemnidad de escrita pública, este solo puede hacerse con el cumplimiento de esta solemnidad, como sucede con la venta de bienes raíces, servidumbres, la de una sucesión hereditaria⁵¹, el contrato de renta vitalicia⁵², hipoteca⁵³, el consorcio mercantil⁵⁴, la enajenación de naves y la constitución de derechos reales sobre ellas⁵⁵. El no cumplimiento de la formalidad conlleva que la promesa no tenga efecto jurídico alguno.

La segunda (número segundo): que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaren ineficaces, es decir de aquellos a los que podría afectar una nulidad, sea de la promesa o del contrato prometido⁵⁶.

La tercera (número tercero): que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato.

La cuarta (número cuarto): que se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa⁵⁷, o las solemnidades que las leyes prescriban.

La concurrencia de todos estos requisitos da origen a una obligación de hacer, de hecho el *in fine* del artículo analizado establece que el incumplimiento del contrato se somete a las reglas de las obligaciones de hacer cuando el deudor se encuentra en mora⁵⁸, esto conlleva que el acreedor pueda, junto con la indemnización de la mora, a elección suya realizar cualquiera de estas dos acciones: que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del que lo incumplió; y, que se le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

⁵⁰ PARRAGUEZ RUIZ (2021), pp. 230 y 231.

⁵¹ Código Civil del Ecuador. Artículo 1740.

⁵² Código Civil del Ecuador. Artículo 2174.

⁵³ Código Civil del Ecuador. Artículo 2311.

⁵⁴ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 604.

⁵⁵ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 849.

⁵⁶ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 232.

⁵⁷ Nuevamente el Código incurre en una imprecisión al no distinguir entre entrega y tradición.

⁵⁸ Código Civil del Ecuador. Artículo 1569.

VIII. FORMACIÓN Y CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Los dos cuerpos legales que regulan los contratos electrónicos son la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de datos de 2002 y el Código de Comercio. Los dos cuerpos normativos establecen que los contratos de este tipo tienen pleno valor. La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos determina que «...los contratos podrán ser instrumentados mediante mensajes de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos»⁵⁹. Por su parte, el Código de Comercio determina que «...toda declaración o acto referido a la formación, perfección, administración y cumplimiento y extinción de los contratos mercantiles podrá efectuarse mediante comunicación electrónica entre las partes y entre estas y los terceros, salvo disposición legal, expresa en contrario»⁶⁰.

Cuando la ley exige que el contrato o cualquier información relacionada al mismo conste por escrito, este requisito se entiende satisfecho si el contrato o la información se contienen en un soporte electrónico⁶¹. Para la utilización de medios electrónicos para contratos mercantiles no se requiere de acuerdo previo⁶².

Cabe aclarar que no se considera que existe formación del consentimiento por la «recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos»⁶³. Esta se puede dar por tres formas: a) las ofertas telefónicas o por cualquier medio telemático en el que se establezca «comunicación oral inmediata» se asimilan a la propuesta verbal entre presentes, por tanto se considera que se forma el consentimiento al momento que es conocida la aceptación de la propuesta por parte del oferente, siempre que no exista un plazo para la aceptación⁶⁴; b) los actos de comercio ofertados por vía telefónica, cuyo pago se estipule mediante débito directo o cobro automático de una cuenta electrónica, la aceptación debe hacerse de forma expresa por medios o canales electrónicos⁶⁵; c) cuando la oferta se hace por escrito a través de mensajería electrónica o medio telemático, y cuando no existe comunicación oral inmediata, el destinatario debe aceptar en el plazo de tres días, de acuerdo con las reglas generales, excepto

⁵⁹ Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. Artículo 45.

⁶⁰ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 238.

⁶¹ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 238.

⁶² Código de Comercio del Ecuador. Artículo 238.

⁶³ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 243.

⁶⁴ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 226 inciso segundo. PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 420.

⁶⁵ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 238 inciso tercero.

que la propuesta tenga un plazo distinto para la aceptación ⁶⁶, siendo necesaria la aceptación total de la oferta, sea expresa o tácita, para perfeccionar el contrato ⁶⁷.

El artículo 77 del Código de Comercio trata lo relativo a los contratos inteligentes, definidos como aquellos que «producidos por programas informáticos usados por dos o más partes, que acuerdan cláusulas y suscriben electrónicamente», en estos el programa de contrato inteligente permite «facilitar la firma o expresión de la voluntad de las partes [...], mediante disposiciones instruidas por las partes».

En la formación del consentimiento es muy relevante establecer la emisión, la recepción y la identificación del emisor del mensaje.

La emisión del mensaje se da cuando este «entre en un sistema de información o red electrónica que no se halle en la esfera de control de su emisor o de quien lo envió a nombre de este» ⁶⁸. En caso de que el mensaje de datos no salga de un sistema de información bajo el control del emisor o de quien lo envió en nombre de este, se considerará expedido en el momento de su ingreso al sistema del destinatario ⁶⁹.

La recepción del mensaje por parte del destinatario se tendrá como efectuada por el destinatario «en el momento que este acceda al sistema de información o red electrónica designada por el destinatario ⁷⁰». Cuando el mensaje ha sido enviado a un sistema no designado por el destinatario, se tendrá por recibido el mensaje de datos cuando, habiendo tenido conocimiento de su acceso al sistema no designado, este pueda recuperarlo ⁷¹. Se presume que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a una dirección electrónica de éste ⁷².

En cuanto a la identificación del emisor del mensaje el artículo 240 del Código de Comercio establece que proviene del proponente si ha sido enviado: a) por el propio emisor; b) por alguna persona facultada para actuar en nombre del proponente respecto de ese mensaje; o, c) por un sistema de información programado por el proponente o en su nombre para que opere automáticamente.

⁶⁶ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 227.

⁶⁷ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 228. PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 421.

⁶⁸ Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. Artículo 11 letra a. Código de Comercio del Ecuador. Artículo 241 inciso primero.

⁶⁹ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 241 inciso segundo.

⁷⁰ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 242 inciso segundo.

⁷¹ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 242 inciso segundo.

⁷² Código de Comercio del Ecuador. Artículo 242 inciso tercero.

IX. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

El Código Civil no contiene disposiciones sobre la responsabilidad precontractual o por el retiro unilateral de las negociaciones. Incluso el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 1562 del Código Civil, está enfocado exclusivamente en la ejecución del contrato, en los siguientes términos:

«Artículo 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella».

Es en el Código de Comercio⁷³ que consta de un solo artículo que establece que «...antes de la suscripción de un contrato, las partes pueden mantener negociaciones formales o informales o realizar ciertos actos tendientes a la celebración del contrato»⁷⁴; y en caso de que «alguno de los intervinientes, interrumpe o suspende estas negociaciones con mala fe, deberá asumir su responsabilidad, por los daños y perjuicios, causados a la otra parte, pudiendo el afectado iniciar las acciones de competencia desleal, libre competencia o responsabilidad civil extracontractual pertinentes»⁷⁵. El propio artículo establece como ejemplo de la mala fe que «existiendo una carta de intención, la retractación no hubiere sido considerada como una de las opciones; y, como consecuencia de esto, se ha hecho incurrir a la contraparte en gastos»⁷⁶.

En las reglas sobre interpretación de los contratos consta el artículo 263 que complementa al anteriormente mencionado al determinar que «...en la interpretación del contrato mercantil celebrado entre dos comerciantes o empresarios prevalecerá la intención de las partes. La intención se podrá determinar con base en los términos de la relación precontractual, a los términos del contrato mismo, a negociaciones previas sobre la misma materia u otras afines»⁷⁷.

Por otra parte, jurisprudencia ecuatoriana se ha decantado por establecer que la responsabilidad precontractual es una forma de responsabilidad extracontractual. En sentencia de la Corte Nacional de Justicia de 10 de noviembre de 2014, en el caso PROPHAR S. A. contra Merck Sharp & Dohme Corporation, se determinó que en todo el proceso de negociación las partes no tuvieron

⁷³ Libro cuarto (De las obligaciones y contratos mercantiles en general), capítulo primero (Actos preparatorios del contrato).

⁷⁴ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 221.

⁷⁵ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 221.

⁷⁶ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 221.

⁷⁷ Código de Comercio del Ecuador. Artículo 263.

transparencia suficiente⁷⁸ y crearon «una apariencia de avance irreal propiciado por la accionada y por supuesto, ese comportamiento resulta punible dentro del universo de cuasidelitos (art. 2214 CC⁷⁹) que está plenamente definido en nuestra legislación civil por contravenir la obligación de conducirse con buena fe (arts. 721⁸⁰ y 1562⁸¹ CC)»⁸².

⁷⁸ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 869.

⁷⁹ «El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito».

⁸⁰ «La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

Así, en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario».

⁸¹ «Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella».

⁸² Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 199-2014 de 10 de noviembre de 2014.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Código Civil del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Código de Comercio del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, suscrita el 11 de abril de 1980.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución núm. 199-2014 de 10 de noviembre de 2014.
- Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. Registro Oficial Suplemento 557 de 17 de abril de 2002.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio del 2000, con reformas de 11 de febrero de 2022.
- PARRAGUEZ RUIZ, Luis (2021): *Régimen Jurídico del Contrato*. Quito: Editorial Cevallos.

MÉXICO

JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ *

SUMARIO: I. Introducción.–II. Fuentes normativas de la formación del consentimiento.–III. Ámbito de aplicación de las normas sobre formación.–IV. Nociones de oferta y aceptación.–V. Caducidad y retracto de la oferta. 1. Caducidad de la oferta. 2. Retracto del oferente.–VI. Tiempo y lugar en que se forma el contrato.–VII. Situación de los contratos por adhesión.–VIII. Contratos preparatorios.–IX. Responsabilidad precontractual.–Bibliografía citada.–Jurisprudencia citada

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Privado en México se integra tanto por el Derecho Civil como por el Derecho Mercantil. Ambas ramas tienen su propio campo de aplicación lo que es particularmente intenso en materia contractual donde encontramos contratos civiles, por un lado, y contratos mercantiles, por el otro. Los primeros se rigen por la legislación civil; los segundos por la legislación mercantil¹. Así también lo entiende la jurisprudencia².

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Correo electrónico: jcmaring@itesm.mx.

¹ La doctrina ha expresado al respecto: «[...] La importancia de la distinción entre contratos civiles y mercantiles en países de dualidad del derecho privado, como México [...] estriba en las consecuencias diversas que implica considerar un contrato como civil o mercantil, por ejemplo, en cuanto a la transmisión de los riesgos, los efectos de la morosidad o el plazo de cumplimiento de obligaciones, así como el régimen jurídico al que se sujetan desde luego». LEÓN (2021), pp. 8-9.

² «Para poder definir cuándo un contrato es de naturaleza civil o mercantil, debe tenerse en cuenta que el Código de Comercio define al derecho mercantil desde una concepción objetivista, esto es, lo defi-

El Derecho Civil en México es un derecho local. Esto significa que dada la configuración federal del país no existe un único Derecho Civil, como tampoco existe un solo Código Civil, ni menos un Código Civil Nacional, sino que el país tiene treinta y dos sistemas civiles que se componen, respectivamente, de un código civil y de una serie de leyes especiales. Son treinta y dos sistemas locales que corresponden a los treinta y dos estados que conforman la unión mexicana. A ellos debemos agregar el Código Civil Federal que por razones históricas ha mantenido su vigencia.

Si bien los estados históricamente siguieron la regulación del Código Civil del 1928³, lo que dotó al Derecho Civil de unidad de contenido en materias como familia, bienes, obligaciones, contratos y derecho sucesorio, lo cierto es que esta situación ha comenzado a cambiar en los últimos lustros. Son, por tanto, treinta y dos diversos derechos civiles locales que conviven teniendo como referente normativo y parámetro de validez la Constitución Política Mexicana (CPM), que da unidad y coherencia en la cúspide a todo el orden jurídico en México (artículo 133 CPM).

El Derecho Mercantil, en cambio, es de competencia de la Federación lo que significa que tenemos un solo código en toda la república denominado Código de Comercio (Cco). En este código se contienen y regulan, en lo que ahora importa, los denominados por la doctrina mexicana contratos mercantiles típicos: compraventa, depósito, transporte, permuta, comisión, consignación, cesión y préstamo.

Para los efectos de este ensayo nos concentraremos tratándose de la legislación civil en el Código Civil Federal (CCF), aun cuando es bueno tener presente que los artículos que se citen de este código son los mismos artículos del Código Civil de Ciudad de México (CC CDMX), con el que constituyó una unidad hasta

ne a partir de los actos que la propia norma cataloga como comerciales y no necesariamente en función de los sujetos que los desarrollan (comerciantes). [...] De donde se sigue, que deben calificarse como contratos mercantiles todas las relaciones jurídicas sometidas a la ley comercial; lo que implica, que serán mercantiles los contratos, aun cuando el acto sea comercial sólo para una de las partes, tal como se preceptúa en el artículo 1050 del código en consulta». Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Tercer Circuito. Amparo directo 50/2006. Desarrollos Turísticos de Manzanillo, S. A. de C. V. 17 de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Jair David Escobar Magaña. Registro digital: 174761. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materias(s): Civil. Tesis: III.2°. C.118 C. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, julio de 2006, p. 1176. Tipo: Aislada. (Énfasis añadido).

³ Este código se denominó originalmente Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal. El año 2000, debido a los cambios constitucionales que sufrió el Distrito Federal, se transformó en dos: (i) el Código Civil Federal, por un lado; y (ii) el Código Civil del Distrito Federal (actual Ciudad de México), por el otro. El primero es competencia del Congreso de la Unión y del Ejecutivo Federal; el segundo de la Asamblea Legislativa y del jefe de Gobierno de Ciudad de México (CDMX).

hace muy poco⁴. Esos dos cuerpos normativos han sido el modelo que ha inspirado a la mayor parte de la legislación civil de los demás estados de la república mexicana, amén de que el CCF es, adicionalmente, supletorio en materia mercantil. En este último ámbito, lógicamente, nos concentraremos en el referido Cco.

II. FUENTES NORMATIVAS SOBRE FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La formación del contrato se localiza primordialmente en los diversos Códigos Civiles de las entidades federativas. También existen algunas disposiciones al respecto en el Cco.

En general los Códigos Civiles contienen en sus respectivos libros IV, dedicados a las Obligaciones, una teoría general del contrato en donde se regula todo lo concerniente a la formación de este acto jurídico; a las causales de invalidez; a los vicios del consentimiento; a la división de los contratos y a las reglas de interpretación, normas estas últimas que son de aplicación supletoria respecto de los demás actos jurídicos (artículo 1859)⁵.

El artículo 1794 señala que para la existencia del contrato se requiere de dos elementos: 1.º consentimiento; y 2.º objeto. El Derecho Privado en México no contempló a la Causa como elemento de existencia de los contratos. Tampoco se conocen en este derecho los llamados contratos solemnes⁶.

El artículo 1796 dispone, por su parte, que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, es decir, en principio basta el acuerdo de las partes sobre el objeto del convenio para que éste se perfeccione. Lo mismo sucede en materia mercantil. El artículo 78 del Cco. dispone: «En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso

⁴ En lo sucesivo los artículos que no contengan una indicación diferente deben ser referidos al CCF.

⁵ Se ha dicho: «Estas normas generales o las propias de cada grupo de contratos, a imitación del Código civil francés, suelen incluirse dentro de la teoría general de las obligaciones, al estudiar el contrato como una de las fuentes de las obligaciones; pero su gran importancia y desproporcionada extensión parecen indicar la conveniencia de destacar con individualidad propia la doctrina general del contrato, a la que nuestro legislador denomina “reglas generales de los contratos” (artículo 1858), ya que el contrato es fuente ordinaria o normal de las obligaciones [...]». SÁNCHEZ MEDAL (2019), p. 3.

⁶ Vale la pena destacar, en todo caso, que estas dos afirmaciones deben ser matizadas. Si bien, el legislador no previó en el artículo 1794 a la Causa como elemento de existencia de los contratos, el epígrafe dedicado al Objeto de los contratos se denomina *Del Objeto y del Motivo o Fin de los Contratos*, y el artículo 1831 dispone que «El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres». En este artículo parece reconocerse la idea de Causa ilícita. La no existencia de contratos solemnes en el Derecho Civil mexicano, por otro lado, es algo que una parte de la doctrina cuestiona señalando como un tipo de contrato solemne al matrimonio.

obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados».

Ahora bien, el consentimiento se forma por la unión de dos actos jurídicos unilaterales: la oferta, policitud o propuesta, por un lado; y la aceptación o aquiescencia, por la otra⁷. La Suprema Corte ha dicho al efecto:

«El consentimiento es un elemento de existencia de los contratos, que requiere de dos emisiones de voluntad sucesivas para perfeccionarse: una “oferta” dirigida a una persona determinada, con los elementos esenciales del contrato que se propone celebrar y una “aceptación” expresa o tácita, que será lisa y llana, ya que, en caso de existir alguna modificación de la oferta, la aceptación hace las veces de una contraoferta. Sin embargo, salvo que la ley que regule el contrato de que se trate prevea la afirmativa ficta, para su perfeccionamiento es necesario que el destinatario de la oferta manifieste su voluntad de aceptarla dentro del plazo durante el cual el proponente está vinculado, ya que el silencio u omisión de dar una respuesta no puede considerarse como una aceptación de la oferta»⁸.

La forma como se pueden manifestar uno y otro acto jurídico es muy flexible en la legislación mexicana. Señala el artículo 1803: «El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente».

Como se aprecia en materia de formación del consentimiento la legislación civil mexicana admite prácticamente todas las formas de manifestación de la

⁷ La doctrina señala al respecto: «El consentimiento como acuerdo de voluntades se descompone en dos partes o momentos: la oferta, policitud o propuesta, y la aceptación». SÁNCHEZ MEDAL (2019), p. 29.

⁸ Contradicción de tesis 90/2013. Unanimidad de cinco votos en cuanto al fondo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras. Registro digital: 2004183. Instancia: Primera Sala. Décima Época. Materias(s): Civil. Tesis: 1a. CCXXXII/2013 (10a.). Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo 1, p. 740. Tipo: Aislada.

Los Tribunales Colegiado han señalado sobre este aspecto: «Como el artículo 1723 del Código Civil de Jalisco previene que: “El consentimiento existe cuando las partes convienen en un mismo objeto y unas mismas condiciones; y, en los casos a que se refieren los artículos 1724 a 1726” (se advierte que estos últimos artículos se refieren a la policitud) “y 1781 a 1787, al recibir la aceptación el proponente...”, no hay duda de que el consentimiento existe hasta una vez que se recibe la aceptación que debe hacer aquel a quien se dirigió la oferta, por lo que es inexacto lo afirmado por el quejoso acerca de que la simple oferta, como declaración unilateral de voluntad, era suficiente para que su contraria quedara obligada sin que fuera necesario el acuerdo de voluntades». Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Tercer Circuito. Amparo directo 799/92. Alfredo Olivares Nuño. 15 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Figueroa Cacho. Secretario: Roberto Macías Valdivia. Registro digital: 217367. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Materias(s): Civil. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XI, febrero de 1993, página 301. Tipo: Aislada.

voluntad sea esta expresa o tácita. Adicionalmente, se acepta que estos actos jurídicos se expresen a través de los modernos medios electrónicos, ópticos y, en verdad, por cualquier otra tecnología que esté disponible en el país. Una vez que el consentimiento se ha formado el contrato en cuestión queda perfeccionado.

La doctrina observa: «El consentimiento es uno de los elementos de existencia de todo acto jurídico, y basta con que la persona externe su voluntad de manera expresa o tácita para realizar un acto de dar, hacer o no hacer para que la ley le reconozca efectos jurídicos a favor o en contra, o recíprocos. El contrato se forma con el consentimiento sobre un objeto, es decir, cuando convergen dos o más voluntades respecto de un mismo objeto, cuando haya coincidencia de voluntades de las partes en una relación jurídica sobre un objeto determinado o determinable»⁹.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE FORMACIÓN

En cuanto a su forma el sistema jurídico mexicano reconoce dos tipos de contratos: los consensuales y los formales. En el país no existen los contratos reales¹⁰, ni los solemnes, aun cuando sobre este punto, como adelanté, existe cierta discrepancia doctrinal¹¹.

La regla sobre formación del consentimiento de los contratos consensuales se encuentra establecida en el artículo 1796: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley». La misma regla reitera el artículo 82 del Cco. –que ya hemos transcrito– y el artículo 1832: «En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley».

⁹ LEÓN (2021), p. 91.

¹⁰ Los cuatro clásicos contratos reales del derecho romano (el comodato, el mutuo, el depósito y la prenda) han devenido en el Derecho Civil mexicano en contratos consensuales o formales. Expresa la doctrina al respecto: «Mantiene [el CC de 1928] el principio del perfeccionamiento consensual de los contratos, como regla general, salvo que la ley exija alguna formalidad (artículo 1796), y no considera la existencia de contratos reales». ADAME (2012), p. 25.

¹¹ Por un lado, se ha señalado: «Un contrato es solemne cuando su forma se eleva a elemento de existencia. En el Derecho Civil mexicano no existen en la actualidad contratos solemnes». HERNÁNDEZ DE RUBÍN (2012), p. 417. (Énfasis añadido). Por el otro: «Los únicos dos actos jurídicos solemnes que mayoritariamente reconoce la doctrina son el testamento y el matrimonio. Aun cuando no existe mención expresa de esta circunstancia, su carácter solemne no puede dudarse en virtud de las menciones reiteradas de nuestra ley y el espíritu solemne que sin duda los envuelve. Respecto del matrimonio, los artículos 103 bis y 250 del CCF mencionan la solemnidad, de tal forma que no puede dudarse acerca del carácter de solemnitis causa que el legislador quiso darle [...]» ROBLES FARÍAS (2022), p. 420. (Énfasis añadido).

Por lo tanto, respecto de los contratos consensuales si la oferta es seria y completa, es decir, si el oferente tiene la intención de obligarse y su oferta contiene a lo menos los elementos de la esencia del respectivo contrato (cosa y precio, por ejemplo, en el caso de la compraventa de bienes muebles); y la aceptación es lisa y llana (artículo 1810) el contrato en cuestión se perfecciona y, en el ejemplo de la compraventa sobre bienes muebles, transfiere desde ese momento la propiedad del bien al comprador (lo que es la regla general en México tratándose de los contratos traslativos de dominio)¹².

La regla es diversa tratándose de los contratos formales los cuales no se perfeccionan sino hasta que las partes cumplan con la respectiva formalidad que el legislador ha exigido. El artículo 1833 señala: «Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal». Por su parte, el artículo 2232, en el párrafo dedicado a la nulidad de los actos jurídicos, dispone: «Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley».

Ahora bien, el legislador no ha establecido una única y determinada formalidad para todos los contratos formales. Éstas varían de contrato en contrato. De esta forma, por ejemplo, en ocasiones la ley manda que el contrato conste por escrito, por ejemplo, tratándose del contrato de promesa (artículo 2246); del contrato de asociación (artículo 2671); y del contrato de sociedad (artículo 2690). En estos casos se exige que el documento esté firmado por las partes (artículo 1834). En otras exige que el contrato se celebre mediante escritura pública, por ejemplo, tratándose de la compraventa sobre bienes inmuebles que tengan un valor superior a determinada cifra (artículo 2320).

Por lo tanto, los contratos formales no se perfeccionan sino hasta que las partes cumplan con la formalidad requerida por el legislador. Pese a que el legislador señala que si no se cumple con esta formalidad el contrato no es válido, lo cierto es que el contrato adolece de un vicio de nulidad relativa (artículo 2228) y, por tanto, siempre produce efectos provisionales mientras no se declare por los tribunales de justicia su nulidad (artículo 2227). En el intertanto, si la voluntad de las partes ha quedado plasmada de una manera indubitable cualquiera de ellas puede demandar

¹² El artículo 2249 CCF señala: «Por regla general, la venta es perfecta y obligatoria para las partes cuando se han convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada ni el segundo satisfecho».

que se otorgue la forma prescrita por la ley (acción proforma). De esta manera, por ejemplo, si se celebra un contrato de compraventa sobre un bien inmueble por un valor de cien mil dólares mediante un instrumento privado el contrato adolece de un vicio de nulidad relativa y mientras ésta no sea declarada por sentencia firme cualquiera de las partes puede demandar que se extienda la correspondiente escritura pública. Frente al eventual colisión de una demanda de nulidad y el ejercicio de la acción proforma la doctrina mexicana entiende que debe prevalecer esta última¹³.

IV. NOCIONES DE OFERTA Y ACEPTACIÓN

La legislación civil en México no ha definido lo que debe entenderse por oferta y por aceptación. Tampoco lo hace el Cco. La doctrina al respecto ha señalado: «Se denomina *oferta* y *aceptación* a las dos emisiones de la voluntad que forman el consentimiento. Ambas constituyen declaraciones unilaterales de la voluntad, en el sentido de que se pueden analizar y estudiar en forma individual e independiente y se reconocen efectos jurídicos autónomos a la oferta, aun antes de que se integre con la aceptación para formar el consentimiento»¹⁴.

En relación con la oferta también se ha dicho que «es una voluntad negoci-al. Es una propuesta de celebrar un negocio jurídico, lo cual significa que se tiene el propósito de engendrar derechos y obligaciones»¹⁵. El mismo autor, refiriéndose a la aceptación, ha expresado que «es una declaración unilateral de voluntad en plena concordancia con los términos de la oferta»¹⁶.

La doctrina atribuye las siguientes características a la oferta: debe exteriorizarse; debe tener un contenido jurídico; es recepticia, es decir, debe estar dirigida a una persona que pueda aceptarla jurídicamente hablando; y debe ser seria, esto es, realizada con el propósito de obligarse mediante la realización de un determinado acto jurídico.

Respecto de la aceptación señalan que debe exteriorizarse, ser recepticia, y ser lisa y llana. La última característica, que también ha sido recogida por el legislador (artículo 1810), significa que el aceptante no debe introducir ninguna modificación a la oferta. La debe aceptar tal cual ha sido formulada. Si el aceptante, en cambio, realiza alguna alteración a la oferta está formulando una contraoferta que puede ser aceptada o rechazada por el primitivo oferente.

¹³ «Para que dicha acción prospere [alude a la acción de nulidad] es necesario que la parte demandada no desee o no esté en posibilidades de ejecutar la acción *proforma*, pues esta última acción prevalece sobre la primera mencionada». HERNÁNDEZ DE RUBÍN (2012), p. 420.

¹⁴ ROBLES FARÍAS (2022), p. 225.

¹⁵ BEJARANO SÁNCHEZ (2010), p. 54.

¹⁶ *Ídem*, p. 56.

V. CADUCIDAD Y RETRACTO DE LA OFERTA

1. Caducidad de la oferta

El artículo 1804 señala: «Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato, fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo». Por su parte, el artículo 1805 expresa que: «Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata». Finalmente, en esta parte el artículo 1806 dispone: «Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones».

Como se aprecia, el legislador distingue, en primer término, si el oferente ha fijado o no un plazo para que su oferta sea aceptada por el destinatario de ella. En el primer caso (artículo 1804), el autor de la oferta queda vinculado por el plazo que hubiere establecido. Al concluir dicho término sin que la oferta hubiere sido aceptada el oferente queda liberado de su proposición. La oferta, en este evento, caduca con el vencimiento del plazo señalado en la policitud¹⁷.

Si, en cambio, el oferente no ha fijado un plazo para que el aceptante manifieste su conformidad con la propuesta, el CC distingue si la oferta se ha hecho entre personas presentes o entre personas ausentes. En la primera hipótesis (artículo 1805) la oferta caduca si ella no es aceptada de inmediato por su destinatario. Esta regla también se aplica a las ofertas que se hacen por medio del teléfono y por cualquier medio electrónico (una video conferencia, por ejemplo) que permita la expresión entre las partes en forma inmediata. Lo anterior es lógico. La distinción entre personas presentes y personas ausentes ha perdido en buena

¹⁷ Así también se ha resuelto: «Si en la oferta para la celebración de un convenio, se estipuló que la persona a quien se hacía, debería ratificar dicho convenio ante la presencia judicial, dentro del término de tres días siguientes, a la fecha en que queda notificada, y transcurrió ese plazo, sin que se hiciera tal ratificación, debe estimarse que el proponente quedó desligado de su oferta, de acuerdo con el artículo 1804 del Código Civil del Distrito Federal, y que la policitud no pudo producir efecto alguno». Amparo civil en revisión 7644/46. «La Esencial», S. A. 3 de julio de 1947. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. (Énfasis añadido). Registro digital: 346470. Instancia: Tercera Sala. Quinta Época. Materias(s): Civil. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XCIII, p. 120. Tipo: Aislada.

medida su sentido en la actualidad. Son normas que provienen de una época pasada y de una sociedad más bien rural sin muchos avances tecnológicos.

Si, en cambio, la oferta sin plazo fuere entre personas que no están presentes (artículo 1806), el legislador establece un plazo de tres días más el tiempo necesario para la ida y vuelta del correo público para que el destinatario presente su conformidad. En este evento, por tanto, la oferta caduca si en el plazo legal que ha señalado el CC el destinatario de la propuesta no manifiesta su conformidad con la misma¹⁸.

Esta última circunstancia ha sido criticada por la doctrina: «Consideramos que el parámetro elegido por el legislador mexicano para determinar la duración de los efectos autónomos de la oferta es obsoleto y debe modificarse urgentemente. El avance de las comunicaciones, el incremento de los contratos internacionales y la existencia de empresas de mensajería y paquetería tanto nacionales como extranjeras (UPS, DHL, etc.), que en realidad prestan un servicio de correo privado mucho más rápido y eficiente que el correo público, hacen necesario el replanteamiento del sistema establecido en el artículo señalado [se refiere al artículo 1806]. De igual forma, la opción para que se determine, de manera totalmente subjetiva, el tiempo en que debe quedar ligado el oferente en los casos en que no haya correo público, según la distancia y facilidad o dificultad en las comunicaciones, nos parece también obsoleta y carente de seguridad jurídica para los contratantes»¹⁹.

2. Retracto del oferente

El artículo 1808 regula esta situación: «La oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación».

La doctrina señala al respecto: «Si tomamos en cuenta que la Relación jurídica obligatoria no se crea sino hasta que se integra el consentimiento, en

¹⁸ Al respecto se ha fallado: «La oferta se hizo en el extranjero y se dirigió a persona radicada en territorio nacional. Luego, si el quejoso reconoce que aceptó aquella al momento en que reconvino (cerca de tres años después de la fecha de la policitación), es indudable que dicha aceptación se verificó fuera del término que establece el artículo 1726 del Código Civil de Jalisco, que establece: «Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones». Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Tercer Circuito. Amparo directo 799/92. Alfredo Olivares Nuño. 15 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Figueroa Cacho. Secretario: Roberto Macías Valdivia. Registro digital: 217367. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Materias(s): Civil. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XI, febrero de 1993, p. 301 Tipo: Aislada.

¹⁹ ROBLES FARIAS (2022), p. 232.

la contratación entre ausentes el peticionario puede retirar su oferta, que se considerará como no hecha si el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. Lo mismo sucede con la aceptación. Si el aceptante se arrepiente y decide revocar su respuesta, debe hacer que el proponente reciba primero la retractación (artículo 1808 CCF)»²⁰.

Si bien el oferente puede retractarse de su oferta lo cierto es que los requisitos para que esta retracción tenga valor son altos: están sujetos a la condición de que la retractación llegue al destinatario antes que su oferta. La norma aparece más factible de aplicarse en una sociedad en que las comunicaciones se efectuaban sin un gran avance tecnológico. Con la tecnología actual las comunicaciones son casi instantáneas lo que dificulta que la retractación pueda ser recibida *antes* que la oferta. Tal vez la norma debería adaptarse y exigir que la retracción sea *conocida* (y no recibida) antes que la oferta.

VI. TIEMPO Y LUGAR EN QUE SE FORMA EL CONTRATO

La regla general en cuanto al momento en el que se forma el contrato se encuentra prevista en el artículo 1807: «El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta, según los artículos precedentes».

Se acoge en esta disposición la llamada teoría de la recepción que considera que el contrato se perfecciona en el instante en el que el oferente recibe la aceptación, aunque no se haya enterado aun de su contenido. La misma teoría rige respecto de los contratos mercantiles. Así lo dispone el artículo 80 del Código de Comercio: «Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada».

La doctrina ha señalado sobre este aspecto: «El sistema adoptado por la legislación mexicana coincide con el sistema internacional de perfeccionamiento de los contratos adoptado por los Principios Unidroit, por lo que se dan las condiciones de correspondencia entre las legislaciones para favorecer la contratación internacional»²¹.

²⁰ ROBLES FARÍAS (2022), p. 234.

²¹ *Ídem*, pp. 233 y 234.

Ahora bien, excepcionalmente tratándose del contrato de donación rige la denominada teoría de la información, que señala que el contrato se forma en el momento en el que el oferente se entera de la aceptación que ha efectuado el destinatario de la policitación. En efecto, el artículo 2340 señala: «La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador».

VII. SITUACIÓN DE LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN

De acuerdo con la doctrina el «consentimiento se integra en los contratos por adhesión cuando una de las partes, el oferente, impone de manera inmodificable las características y el contenido obligacional del contrato, y en su caso redacta su clausulado de manera unilateral, en tanto que la otra parte, el aceptante, no puede discutir la oferta, por lo que no tiene más remedio que adherirse o contratar»²².

Estos contratos no se encuentran regulados en el derecho común, sino que se encuentran previstos en la Ley Federal de Protección al Consumidor (1992). Se ha dicho al respecto: «En nuestro país la LFPC regula los contratos por adhesión en los artículos 85 a 90 bis. Esta ley es aplicable exclusivamente a contratos mercantiles celebrados entre proveedores y consumidores. Su finalidad principal es proteger los derechos del consumidor, procurando la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores»²³.

El artículo 85 de LFPC los define de la siguiente manera: «Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista y en un tamaño y tipo de letra uniforme. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley».

Algunos elementos de la referida definición han sido objeto de crítica por la doctrina nacional, comenzando por el nombre. Es preferible referirse a este

²² *Ídem*, p. 299.

²³ *Ídem*, p. 307.

tipo de convenios como contratos por adhesión y no de adhesión como lo hace el legislador. En segundo lugar, se cuestiona que se restrinja el alcance de estos instrumentos solo a los contratos escritos cuando, en verdad, existen numerosos contratos por adhesión que son verbales. Finalmente, se censura que la definición legal no hubiere resaltado el rasgo más sensible de este tipo de contratos, a saber, el carácter unilateral en la elaboración de sus cláusulas por parte del oferente que no deja más opción al destinatario de la oferta que aceptar el contrato o rechazarlo, pero sin posibilidad de negociar su contenido.

Por el contrario, el Pleno de los Tribunales Colegiados en materia civil del Primer Circuito Federal, al resolver una contradicción de tesis, sí ha reconocido la última característica comentada señalando que «los contratos de adhesión son actos jurídicos donde existe voluntad de producción de efectos, pero no hay libertad de configuración del contenido contractual por parte del adherente, que debe tomar o dejar las cláusulas sin poder discutir las en forma particularizada, es decir, la naturaleza del contrato de adhesión no depende de que haya sido redactado por una de las partes, sino de que la autonomía de la voluntad de la contratante queda reducida a su mínima expresión».

De allí que se hubiere resuelto que «los contratos de adhesión surgen ante un claro desequilibrio entre las partes, pues el contratante débil no tiene la posibilidad de negociar los términos en que debe quedar redactado el contrato, toda vez que sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas o modificarlas, sino que simplemente puede aceptarlas o no. Sobre esas bases, es equivocado apreciar la existencia de un contrato de adhesión por el solo hecho de que esté elaborado o no en formatos (también llamados machotes por estar en mazos o como ejemplo –del náhuatl machiotl “señal”, “comparación”, “ejemplo”, “dechado”– o como sinónimo de formulario con espacios en blanco para rellenar) pues, en adición a ello, su existencia puede apreciarse también a través de la estipulación de cláusulas desproporcionadas o abusivas en favor de sólo una de las partes y generalmente en perjuicio del adherente»²⁴.

²⁴ Contradicción de tesis 16/2021. Entre las sustentadas por el Segundo, el Tercer, el Décimo Primer y el Décimo Tercer Tribunales Colegiados, todos en Materia Civil del Primer Circuito. 9 de noviembre de 2021. Registro digital: 2024176. Instancia: Plenos de Circuito. Undécima Época. Materias(s): Civil. Tesis: PC. I. C. J/8 C (11a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 10, febrero de 2022, Tomo II, p. 2059. Tipo: Jurisprudencia. Los tribunales federales también han señalado: «El contrato de adhesión tiene como característica distintiva que las partes no pactan en igualdad de condiciones ni tienen la posibilidad de transigir o negociar entre iguales. Por ello, es sumamente significativo que una de las partes ve limitada la autonomía de su voluntad (a la mera “libertad de contratar”), pues ésta se reduce a decidir si acepta o no los términos del contrato; de modo que carece de auténtica “libertad de contratación”, es decir, a influir de manera decisiva en el contenido y regulación de la relación jurídica que entabla. Así, la característica distintiva del contrato de adhesión reside en el hecho de que no son ambas

VIII. CONTRATOS PREPARATORIOS

De acuerdo con la doctrina nacional el contrato preparatorio, llamado también, contrato preliminar o precontrato, «tiene por objeto la celebración de un contrato futuro: las partes que lo conciertan se comprometen en él a celebrar otro contrato, que será definitivo, dentro de cierto plazo. Su contenido consiste en obligaciones de hacer, pues por efecto del mismo no se genera otra obligación que no sea formalizar el acto definitivo, cuyas estipulaciones se esbozan en las cláusulas del precontrato»²⁵.

En el país existe regulado un solo contrato preparatorio: La Promesa. El CCF reglamenta este contrato en la parte segunda del Libro IV, dedicada a los diversos tipos de contratos, en el Título Primero denominado De los contratos preparatorios.

En legislador ha destinado cinco artículos a regular este contrato: del artículo 2243 al 2247. Señala el primero de ellos: «Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro». La doctrina ha señalado al respecto: «La promesa es un contrato preparatorio, porque crea una relación jurídica preliminar para la celebración posterior de un contrato futuro»²⁶.

Por su parte, el artículo 2244 dispone: «La promesa de contratar o sea el contrato preliminar de otro puede ser unilateral o bilateral». Cuando este contrato es bilateral las dos partes quedan obligadas a celebrar el contrato prometido (obligación de hacer, art. 2245). En cambio, cuando la promesa es unilateral solo una de ellas queda obligada a celebrar el contrato prometido, siendo facultativa para la contraparte su celebración. En este evento se dice en México que esta última parte tiene al respecto una opción.

Expresa la doctrina: «Como consecuencia del contrato preliminar nacen obligaciones a cargo de uno o de los dos promitentes (según se trate de una promesa unilateral o de una promesa bilateral de contrato) de realizar una prestación de hacer, consistente ésta en celebrar el contrato futuro». En ocasiones, es costumbre, sobre todo, en las promesas unilaterales, a las que también se llama «opción» principalmente si tienen por objeto una compraventa futura,

partes las que redactan el clausulado, sino que éste es predisuesto (e impuesto a veces) por una de ellas a la otra, que no puede más que aceptarlo o rechazarlo». Décimo Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 75/2019. Productores Unidos de Arroyo Negro, S. de R. L. de C. V. 5 de junio de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Sandoval López. Secretaria: Martha Espinoza Martínez. Amparo en revisión 120/2019. Renán Fernández Molina. 5 de junio de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Alejandra Loya Guerrero. Registro digital: 2020581. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Civil. Tesis: I.15o. C.48 C (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 70, septiembre de 2019, Tomo III, p. 1827. Tipo: Aislada.

²⁵ BEJARANO (2010), p. 34.

²⁶ SÁNCHEZ MEDAL (2019), p. 141.

que el promitente reciba del beneficiario de la promesa una cantidad determinada de dinero al momento de otorgamiento de la promesa»²⁷.

Como señalamos hace un rato la promesa solo da origen a obligaciones de hacer consistente en celebrar el contrato prometido (art. 2245)²⁸. También adelantamos que la promesa es un contrato formal, pues se debe realizar por escrito²⁹. Adicionalmente, en dicho documento se deben contener los elementos característicos del contrato prometido y limitarse a cierto tiempo para su celebración

²⁷ *Ídem*, p. 150. Así también se ha resuelto por los tribunales federales: «El contrato de promesa de venta que regulan los artículos 2243 al 2247 del Código Civil para el Distrito Federal, consiste en la participación de dos personas, de las cuales, una promete a otra celebrar un contrato en términos concluyentes y esta última acepta, independientemente de que ambas queden obligadas de manera recíproca, o sólo una de ellas se obligue y la otra simplemente acepte la obligación hecha a su favor, lo que dará lugar a que tal acto jurídico se estime bilateral o unilateral, respectivamente. En este contexto, el compromiso del promitente participa en el contrato de promesa, cuando el beneficiario lo acepta como tal, amén de que éste podrá, en su oportunidad, exigir su celebración mientras no haya habido retractación. Desde esta perspectiva, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1835 y 1836 de la codificación invocada, el contrato de promesa puede ser unilateral o bilateral, según si sólo una de las partes se obliga y la otra simplemente acepta la promesa, pero sólo para beneficiarse de ella, sin que a su vez asuma la obligación de celebrar el contrato correspondiente, o bien, que sea consentida por ambas partes, de manera recíproca». Sexto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo directo 566/2005. Juan Arroyo Quezada. 24 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca. Registro digital: 177052. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materias(s): Civil. Tesis: I.6o. C.366 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXII, octubre de 2005, p. 2318 Tipo: Aislada.

²⁸ De allí que se haya expresado correctamente por los tribunales federales que dicho contrato no genera obligaciones de dar, ni transfiere la propiedad del bien que se ha prometido vender: «El hecho de que la quejosa refiera que celebró contrato de “promesa de venta”, respecto de un inmueble no significa que hubiere tenido lugar la traslación de dominio y la pérdida de su interés jurídico en relación con el inmueble, ya que la promesa de venta como, en general, los contratos preparatorios no son traslativos de dominio; y si la quejosa demostró la propiedad es evidente que acredita también el interés jurídico para comparecer a solicitar la protección de la Justicia Federal». Segundo Tribunal Colegiado en materias penal y administrativa del Segundo Circuito. Amparo en revisión 272/95. Elisa Sánchez Hernández. 12 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Sánchez Alcáuter. Secretario: José Nieves Luna Castro. Registro digital: 203458. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materias(s): Civil. Tesis: II.2o. P. A.4 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo III, enero de 1996, p. 330. Tipo: Aislada.

²⁹ No se olvide lo que en su momento advertimos respecto de la ausencia de esta formalidad: acarrea que el contrato adolezca de un vicio de nulidad relativa. Nulidad que debe ser declarada judicialmente. Mientras ello no suceda el contrato produce efectos de manera provisional. Al respecto los tribunales federales han resuelto: «El artículo 1370 del Código Civil del Estado de Yucatán establece que el consentimiento debe manifestarse por escrito como requisito de validez, de donde se infiere que la falta de firma de uno de los contratantes al celebrar un contrato de promesa de compraventa sólo produce la nulidad del contrato y no su inexistencia; de ahí que tal omisión puede ser susceptible de purgarse por otros medios, ya sea expresa o tácitamente. En tales condiciones, si quien omite firmar es el promitente comprador, pero comprueba que sí fue su voluntad contratar, mediante la ejecución de un acto que suponga necesariamente la manifestación de dicha voluntad, exhibiendo, por ejemplo, un recibo que ampara la cantidad pactada por la compraventa debe considerarse que de esta forma se convalida el vicio que produjo la nulidad indicada». Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. Amparo directo 113/96. José René Ortiz Flores y Gladys Bates Mena. 7 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Raquel Aldama Vega. Secretario: Gabriel Ayala Quiñones. Registro digital: 201227. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materias(s): Civil. Tesis: XIV.2o.11 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo IV, octubre de 1996, p. 590. Tipo: Aislada.

(art. 2246). Estos tres requisitos constituyen los elementos de la esencia de este contrato preparatorio³⁰.

Ahora bien, si una de las partes no cumple con su obligación de celebrar el contrato prometido en el tiempo estipulado, la otra parte tiene derecho a solicitar el cumplimiento forzoso del contrato (art. 2247) o su resolución (rescisión en México), en ambos casos más el pago de daños y perjuicios. Es el efecto normal de un incumplimiento contractual en el país y así, también, lo han resuelto los tribunales colegiados³¹.

El impresionante desarrollo tecnológico que se ha vivido en el mundo, en general, y en México, en particular, en los últimos lustros ha significado un enorme reto para el ordenamiento jurídico mexicano, cuya legislación de manera gradual ha ido respondiendo a estos nuevos desafíos. La contratación civil y, especialmente, la mercantil, no han estado ajenos a este reto. Señala la doctrina al respecto: «La tecnología, que impuso su presencia en forma dramática y tomó desprevenida a la legislación, vino a revolucionar y enriquecer los medios de contratación conocidos, los mercantiles prioritariamente, cuyas estadísticas constatan inusitada y notable expansión»³².

De este modo en el Cco. se incorporó el año 2000 un título especial denominado «Del comercio electrónico» (título II del Libro Segundo) que comprende los artículos 89 a 114, con reformas adicionales a este título materializadas

³⁰ Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Amparo directo 286/91. Inmobiliaria Roto, S. A. y coags. 9 de julio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge R. Olivera Toro y Alonso. Secretario: José Martín Hernández Simental. Registro digital: 221767. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época Materias(s): Civil. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo VIII, octubre de 1991, p. 241. Tipo: Aislada. En esta tesis se descartó que la condición fuera un elemento de la promesa.

³¹ Al efecto se ha dicho: «Del contenido de los artículos 2111 y 2120 del Código Civil para el Estado de Puebla se advierte que si vencido el plazo determinado en la promesa bilateral de contratar, no se cumple la obligación de hacer, contenida en dicha convención el perjudicado puede demandar: 1. El cumplimiento de la promesa de contratar y dar al contrato la forma legal correspondiente; o 2. La rescisión de la promesa bilateral de contratar. Destacando que, en ambos casos, tanto en el cumplimiento como en la rescisión, puede demandarse la reparación de los daños y perjuicios causados. Por tanto, el segundo numeral establece las acciones que surgen para el afectado en caso de incumplimiento de su contraparte respecto de las obligaciones adquiridas con motivo de tal convenio y no es obstáculo para su ejercicio, o hace improcedentes las acciones, que el plazo referido en el convenio de promesa de contratar haya fenecido al intentarse su rescisión, pues atento a la disposición expresa de este numeral, el incumplimiento de la obligación (promesa de contratar) hace procedente la acción de cumplimiento o de rescisión. De modo que el hecho de que transcurra el plazo a que se sujeten como término las partes en el contrato de promesa de compraventa (convenio de contratar a futuro), sin celebrarse el contrato definitivo es, precisamente, generador de la pretensión, es decir, el incumplimiento de la obligación es el presupuesto fáctico de la acción de rescisión que prevé el precepto 2120 citados». Primer Tribunal Colegiado en materia civil del Sexto Circuito. Amparo directo 541/2012. Juana Rita García Martínez. 31 de octubre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Zayas Roldán. Secretario: Roberto Alfonso Solís Romero. Registro digital: 2003946. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Civil. Tesis: VI.1o. C.31 C (10a.). Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 2, p. 1362. Tipo: Aislada.

³² BEJARANO (2010), p. 74.

los años 2003 (basada en la Ley Modelo de la ONU sobre comercio electrónico relativas a la formación del consentimiento por Internet) 2016 y 2017.

El CCF también fue objeto de algunas adecuaciones en este ámbito. De este modo se hicieron adiciones a los artículos 1803, 1805, 1811 y 1834, y se agregó el artículo 1834 bis³³.

Refiriéndose a estas modificaciones se ha dicho: «En esta última reforma [mayo de 2000] se modificaron los artículos 1803, 1805 y 1811 de dicho ordenamiento [alude al CCF] y se adicionó el artículo 1834 bis, con el objeto de regular la contratación a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Estas reformas tienen por objeto un régimen supletorio a la materia mercantil, ya que en el mismo decreto se reformó el Código de Comercio para regular la contratación electrónica. Dichas reformas, aunadas al decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 2003, por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones del Código de Comercio en materia de firma electrónica, han creado un régimen de contratación electrónica aplicable únicamente en el ámbito mercantil»³⁴.

En relación con la formación del consentimiento ya hemos señalado que los medios electrónicos constituyen una de las formas en las que se puede manifestar la voluntad en México. Se ha dicho al respecto: «El consentimiento electrónico sirve para realizar la manifestación exterior de la voluntad mediante el uso de medios electrónicos, ya sea en convenios privados o en aquellos acuerdos de voluntades que utilizan esta forma complementaria a la tradicional de escribir en papel los pactos celebrados, pudiendo llegar a dar publicidad a los actos de comercio y a los derechos reales relacionados con los mismos y que esas estipulaciones puedan demostrarse válidamente en un juicio»³⁵.

De conformidad con el artículo 1803 el consentimiento por medios electrónicos es siempre expreso. No cabe el consentimiento tácito en este ámbito.

Ya hemos explicado que en aquellos casos en los que se exija como formalidad la escrituración del contrato, la ley también ordena que los documentos correspondientes sean firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación (art. 1834). Tratándose de los medios electrónicos, ópticos o de cualquier tecnología este supuesto se entiende cumplido «siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos me-

³³ Señala la doctrina en México: «Este ordenamiento [alude al CCF] incluyó de manera específica la regulación relativa al uso de los medios electrónicos, para la manifestación del uso de la voluntad, para lo cual estimamos indispensable considerar lo previsto por los artículos 1802, 1805, 1811, 1833, 1834 y 1834 bis del ordenamiento en cuestión, siendo especialmente este último de trascendental importancia, ya que reconoce al “consentimiento electrónico” como el realizado entre presentes [...]». VARGAS (2012), p. 379.

³⁴ HERNÁNDEZ DE RUBÍN (2012), p. 396.

³⁵ *Ídem*, p. 372.

dios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta. En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige» (art. 1834 bis).

Finalmente, en este breve recorrido en materia de contratos electrónico cabe destacar que el año 2000 se adicionó a la LFPC el Capítulo VIII bis, denominado De los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Dicho capítulo contiene dos disposiciones: el artículo 76 bis y el artículo 76 bis 1³⁶.

³⁶ El artículo 76 bis de la LPC señala: «Las disposiciones del presente Capítulo aplican a las relaciones entre proveedores y consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. En la celebración de dichas transacciones se cumplirá con lo siguiente: I. El proveedor utilizará la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial, por lo que no podrá difundirla o transmitirla a otros proveedores ajenos a la transacción, salvo autorización expresa del propio consumidor o por requerimiento de autoridad competente; II. El proveedor utilizará alguno de los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y confidencialidad a la información proporcionada por el consumidor e informará a éste, previamente a la celebración de la transacción, de las características generales de dichos elementos; III. El proveedor deberá proporcionar al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios a los que pueda acudir el propio consumidor para presentarle sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones; IV. El proveedor evitará las prácticas comerciales engañosas respecto de las características de los productos, por lo que deberá cumplir con las disposiciones relativas a la información y publicidad de los bienes y servicios que ofrezca, señaladas en esta Ley y demás disposiciones que se deriven de ella; V. El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor; VI. El proveedor respetará la decisión del consumidor en cuanto a la cantidad y calidad de los productos que desea recibir, así como la de no recibir avisos comerciales, y VII. El proveedor deberá abstenerse de utilizar estrategias de venta o publicitarias que no proporcionen al consumidor información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos, en especial tratándose de prácticas de mercadotecnia dirigidas a la población vulnerable, como los niños, ancianos y enfermos, incorporando mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población». Por su parte, el artículo 76 bis 1 señala: «El proveedor que ofrezca, comercialice o venda bienes, productos o servicios utilizando medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se guiará por las disposiciones de la Norma Mexicana expedida por la Secretaría de Economía, la cual contendrá, por lo menos, la siguiente información: I. Las especificaciones, características, condiciones y/o términos aplicables a los bienes, productos o servicios que se ofrecen; II. Mecanismos para que el consumidor pueda verificar que la operación refleja su intención de adquisición de los bienes, productos o servicios ofrecidos y las demás condiciones; III. Mecanismos para que el consumidor pueda aceptar la transacción; IV. Mecanismos de soporte de la prueba de la transacción; V. Mecanismos técnicos de seguridad apropiados y confiables que garanticen la protección y confidencialidad de la información personal del consumidor y de la transacción misma; VI. Mecanismos para presentar peticiones, quejas o reclamos, y VII. Mecanismos de identidad, de pago y de entrega».

IX. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La legislación en México no regula la indemnización por retiro unilateral de las negociaciones de un contrato en cuanto tal. Ahora bien, al igual que sucede en el derecho francés en el país existe una cláusula general de responsabilidad por hecho ilícito (art. 1910) que genera responsabilidad extracontractual con obligación pagar tanto el daño material (art. 2018 y 2019), como el daño moral (art. 1916)³⁷.

Adicionalmente, en el país se reguló expresamente con carácter general –dentro del capítulo de los hechos ilícitos– la figura del abuso de derecho (art. 1912), por lo que no se divisa inconveniente alguno para hacer uso de estos mecanismos frente al rompimiento unilateral de las negociaciones. La otra pueda demandar el pago de los daños y perjuicios si se acredita una conducta abusiva de su contraparte o si se prueba un actuar de mala fe (dolo) o negligente de su parte.

La doctrina mexicana, a propósito de los deberes de lealtad que se deben las partes en la fase de negociación de un contrato, ha señalado: «Para llegar al concurso de voluntades, ordinariamente hay negociaciones o *tratos previos* entre las partes, que discuten las cláusulas y los elementos del contrato hasta ponerse de acuerdo. En esta etapa precontractual debe actuarse de buena fe, ya que, si se llegare a probar que dichos tratos preliminares en una de las partes fueron, por ejemplo, solo por diversión o entretenimiento o por mera presunción o con el propósito de distraer a la otra parte e impedir que contratara con otra persona, podría incurrir en un acto ilícito que genere responsabilidad (art. 1910)»³⁸.

La posibilidad de que se indemnicen daños y perjuicios en esta hipótesis también ha sido reconocida por los tribunales en México. Al respecto han señalado:

«En tratándose de contratos, es de señalar que en ocasiones éstos se forman sin ir precedidos de contactos previos entre las futuras partes, sin embargo, en la realidad el contrato casi nunca se forma instantáneamente, especialmente, cuando presenta relevante interés económico, pues entonces, va precedido de tratos o negociaciones, que en el lenguaje coloquial se denomina contratar, que sólo es una actividad dirigida a conseguir los acuerdos respectivos, más o menos prolongados, durante los cuales las futuras partes contratantes debaten acerca de cuál será o podrá ser el contenido del contrato por realizar y valoran la conveniencia de acceder o no a él. Los tratos o negociaciones pre-

³⁷ La doctrina mexicana refiriéndose a la responsabilidad civil que se puede generar por la interferencia de un tercero en una relación contractual que ha señalado: «Considerando que el artículo 1910 de nuestro Código Civil Federal es equivalente al artículo 1382 del Código Civil francés, deberían ser aplicables en México las mismas razones de la jurisprudencia francesa para imputar responsabilidad extracontractual [...] al cómplice del incumplimiento contractual». ORRANTIA (2012), p. 114.

³⁸ SÁNCHEZ MEDAL (2019), p. 29.

liminares no son vinculantes, en virtud de que el resultado de ellos no es todavía el contrato, sino un mero esquema hipotético, que se convertirá en un futuro contrato, si las partes dan su consentimiento sobre cada una de las cláusulas que lo forman».

Como se aprecia la tesis destaca que en principio los tratos preliminares no son vinculantes pues precisamente en esta fase no se ha formado el consentimiento y, por tanto, no ha surgido todavía ningún derecho, ni ninguna obligación para las partes. No obstante, la tesis de inmediato agrega:

«Sin embargo, tales tratos sí obligan cuando ya han llegado al punto en que haga prever que se podría celebrar el contrato y una de las partes rompe con los tratos sin motivo justo o atendible, porque entonces se da la culpa en el curso de los tratados contractuales y la responsabilidad precontractual y entonces la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño, esto es, al denominado interés contractual negativo, en contraposición al llamado interés contractual positivo o interés en el cumplimiento cuando pueda probarse que confiando en el estado de los tratos, ha incurrido en gastos que no habría afrontado si hubiese podido prever que el contrato no se iba a concluir, o bien, que rechazó otra oferta igual o más ventajosa, proveniente de otra persona sufriendo así daños y/o perjuicios lo cual se encuentra implícito en el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, pero no obstante lo anterior, no hay lugar al resarcimiento cuando la ruptura de los tratos ha quedado sin consecuencias patrimoniales para la contraparte [...]»³⁹.

Me parece claro que la forma normal de reclamar los perjuicios que la actuación unilateral y abusiva de una de las partes en el curso de una negociación es el régimen de la responsabilidad extracontractual (arts. 1910 y 1912). Ante la ausencia de un convenio (que ya no se materializará) el régimen normal aplicable es el de la responsabilidad extracontractual. Desde esta perspectiva, la parte que busque la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el rompimiento unilateral de las negociaciones –dado un determinado avance de ellas– deberá probar dichos perjuicios, por ejemplo, tal como señala la tesis por haber desechado una oferta más ventajosa que ya no está en pie. En este régimen es evidente también que si no prueba ningún perjuicio no habrá indemnización alguna tal cual lo refiere la tesis anterior.

³⁹ Sexto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo directo 2826/2004. Banco del Atlántico, S. A., Institución de Banca Múltiple, Integrante del Grupo Financiero GBM Atlántico, S. A. de C. V. 9 de julio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Jorge Chong Gutiérrez. Registro digital: 177335. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materias(s): Civil. Tesis: I.6o. C.363 C. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXII, septiembre de 2005, p. 1436. Tipo: Aislada. (Énfasis añadido).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ADAME GODDARD, Jorge (2012): «La clasificación de las fuentes de las obligaciones» en Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive P. Porrúa (coords.) *Derecho de obligaciones*. Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario. México.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel (2010): *Obligaciones civiles*. Ciudad de México: Oxford. 6.^a edición.
- HERNÁNDEZ DE RUBÍN, Claudio (2012): «La forma del contrato en el Código Civil para el Distrito Federal frente a la contratación electrónica», en Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive P. Porrúa (coords.) *Derecho de obligaciones*. Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario. México.
- LEÓN TOVAR, Soyla (2021): *Contratos mercantiles*. Ciudad de México; Oxford University Press.
- ORRANTIA DWORAK, Fernando (2012): «La responsabilidad civil extracontractual por interferencia en relaciones contractuales en el derecho de los Estados Unidos de América», en Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive P. Porrúa (coords.) *Derecho de obligaciones*. Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario. México.
- ROBLES FARÍAS, Diego (2022): *Teoría general de las obligaciones*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón (2019): *De los contratos civiles*. Ciudad de México: Porrúa. 25.^a edición.
- VARGAS GARCÍA, Salomón (2012): «El consentimiento generado por medios electrónicos», en Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive P. Porrúa (coords.) *Derecho de obligaciones*. Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario. México.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Tercer Circuito. Amparo directo 50/2006. Desarrollos Turísticos de Manzanillo, S. A. de C. V. 17 de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Jair David Escobar Magaña. Registro digital: 174761. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materias(s): Civil. Tesis: III.2o. C.118 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIV, julio de 2006, página 1176. Tipo: Aislada.
- Contradicción de tesis 90/2013. Unanimidad de cinco votos en cuanto al fondo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras. Registro digital: 2004183. Instancia: Primera Sala. Décima Época.

Materias(s): Civil. Tesis: 1a. CCXXXII/2013 (10a.). Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXIII, agosto de 2013, tomo 1, página 740. Tipo: Aislada.

Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Tercer Circuito. Amparo directo 799/92. Alfredo Olivares Nuño. 15 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Figueroa Cacho. Secretario: Roberto Macías Valdivia. Registro digital: 217367. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Materias(s): Civil. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XI, febrero de 1993, página 301. Tipo: Aislada.

Amparo civil en revisión 7644/46. «La Esencial», S. A. 3 de julio de 1947. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. (Énfasis añadido). Registro digital: 346470. Instancia: Tercera Sala. Quinta Época. Materias(s): Civil. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XCIII, página 120. Tipo: Aislada.

Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Tercer Circuito. Amparo directo 799/92. Alfredo Olivares Nuño. 15 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Figueroa Cacho. Secretario: Roberto Macías Valdivia. Registro digital: 217367. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Materias(s): Civil. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XI, febrero de 1993, página 301. Tipo: Aislada.

Contradicción de tesis 16/2021. Entre las sustentadas por el Segundo, el Tercer, el Décimo Primer y el Décimo Tercer Tribunales Colegiados, todos en Materia Civil del Primer Circuito. 9 de noviembre de 2021. Registro digital: 2024176. Instancia: Plenos de Circuito. Undécima Época. Materias(s): Civil. Tesis: PC. I. C. J/8 C (11a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 10, febrero de 2022, tomo II, página 2059. Tipo: Jurisprudencia.

Décimo Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 75/2019. Productores Unidos de Arroyo Negro, S. de R. L. de C. V. 5 de junio de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Sandoval López. Secretaria: Martha Espinoza Martínez. Amparo en revisión 120/2019. Renán Fernández Molina. 5 de junio de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Alejandra Loya Guerrero. Registro digital: 2020581. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Civil. Tesis: I.15o. C.48 C (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 70, septiembre de 2019, tomo III, página 1827. Tipo: Aislada.

Sexto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo directo 566/2005. Juan Arroyo Quezada. 24 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca. Registro digital: 177052. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materias(s): Civil. Tesis: I.6o. C.366 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXII, octubre de 2005, página 2318. Tipo: Aislada.

- Primer Tribunal Colegiado en materia civil del Sexto Circuito. Amparo directo 541/2012. Juana Rita García Martínez. 31 de octubre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Zayas Roldán. Secretario: Roberto Alfonso Solís Romero. Registro digital: 2003946. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Civil. Tesis: VI.1o. C.31 C (10a.). Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXII, Julio de 2013, tomo 2, página 1362. Tipo: Aislada.
- Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. Amparo directo 113/96. José René Ortiz Flores y Gladys Bates Mena. 7 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Raquel Aldama Vega. Secretario: Gabriel Ayala Quiñones. Registro digital: 201227. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materias(s): Civil. Tesis: XIV.2o.11 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo IV, octubre de 1996, página 590. Tipo: Aislada.
- Segundo Tribunal Colegiado en materias penal y administrativa del Segundo Circuito. Amparo en revisión 272/95. Elisa Sánchez Hernández. 12 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Sánchez Alcáuter. Secretario: José Nieves Luna Castro. Registro digital: 203458. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materias(s): Civil. Tesis: II.2o. P. A.4 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo III, enero de 1996, página 330. Tipo: Aislada.
- Sexto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo directo 2826/2004. Banco del Atlántico, S. A., Institución de Banca Múltiple, Integrante del Grupo Financiero GBM Atlántico, S. A. de C. V. 9 de julio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Jorge Chong Gutiérrez. Registro digital: 177335. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materias(s): Civil. Tesis: I.6o. C.363 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXII, septiembre de 2005, página 1436. Tipo: Aislada.

PERÚ

DANIEL UGARTE MOSTAJO *

SUMARIO: I. El principio consensualista en el Derecho peruano.–II. Teorías sobre el momento y lugar de la formación del consentimiento: conocimiento y recepción.–III. La oferta: noción y requisitos. 1. Noción de oferta. 2. Requisitos de la oferta. a) Debe ser completa o autosuficiente. b) Debe contener intención de contratar. c) Debe ser conocida por el destinatario (carácter recepticio de la oferta). d) Debe observar la forma solemne.–IV. La aceptación y sus requisitos. 1. Noción de aceptación. 2. Requisitos de la aceptación. a) Debe ser congruente con la oferta. b) Debe ser oportuna. c) Debe ser conocida por el oferente (carácter recepticio de la aceptación). d) Debe observar la forma requerida por el oferente.–V. Contratos predispuestos. 1. Contratos por adhesión y contratos sujetos a cláusulas generales de contratación. 2. Reglas especiales de interpretación contractual. 3. Cláusulas abusivas o vejatorias.–VI. Contratos preparatorios.–VII. Responsabilidad precontractual.–Bibliografía citada.

I. EL PRINCIPIO CONSENSUALISTA EN EL DERECHO PERUANO

El código civil peruano define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (art. 1351 c.c.). Asimismo, establece que los contratos se perfeccionan¹ por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad (art. 1352 c.c.).

* Profesor de la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España. Correo electrónico: dugarte@ucsp.edu.pe.

¹ Aún cuando conclusión (celebración) y perfeccionamiento (eficacia) del contrato no son lo mismo, entiéndase que cuando el legislador peruano expresa que «los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes...», se está refiriendo a la conclusión o celebración del contrato. DE LA PUENTE (2007), pp. 96-97.

De este modo, el legislador peruano adopta el «consensualismo» como principio fundamental de la contratación (*solus consensus obligat*), pues para que el contrato se entienda celebrado bastará con que las partes arriben a un acuerdo (coincidencia entre oferta y aceptación) destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, sin importar la forma que ellas elijan para exteriorizar su voluntad interna, de lo que se desprende que el principio consensualista va de la mano con el principio de libertad de forma.

Sólo de manera excepcional –esto es, cuando la ley así lo exija o cuando las propias partes lo acuerden con anticipación²– el solo consenso no será suficiente para dar lugar a la formación del contrato, y se requerirá, adicionalmente, del cumplimiento de una formalidad solemne (formalidad *ad solemnitatem*), entendiendo por esta a la exigencia de una forma determinada para celebrar el contrato como requisito de validez del mismo, de modo que solo se estará ante ese tipo de formalidad cuando su inobservancia sea sancionada con la nulidad del acto.

Esto significa que en el Perú es posible hablar de un «consentimiento simple» y de un «consentimiento calificado»³. Para el primero, que se aplica a la gran mayoría de contratos, bastará la coincidencia entre oferta y aceptación para que el contrato se entienda perfectamente celebrado; para el segundo, en cambio, además de la coincidencia entre oferta y aceptación, será necesario, de manera excepcional y solo para algunos pocos tipos contractuales, el cumplimiento de la respectiva formalidad solemne, tal como ocurre, por ejemplo, con el contrato de donación⁴, con el contrato de cesión de derechos⁵ o con el contrato de transacción⁶. En estos casos no hay consentimiento mientras no se cumpla con la formalidad solemne.

No huelga precisar que en el Perú todos los contratos son, o consensuales⁷, o formales (léase: solemnes), pues el Código Civil de 1984 no contempla la categoría de los contratos reales⁸, es decir, aquellos que solo se entienden

² En este sentido, el artículo 1411 del c.c. establece: «Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad».

³ ORTEGA (2017), p. 129.

⁴ Artículo 1624 c.c.- «Si el valor de los bienes muebles excede el límite fijado en el artículo 1623 [25 % de la Unidad Impositiva Tributaria], la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad. En el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donen». Y artículo 1625 c.c.- «La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad».

⁵ Artículo 1207 c.c.- «La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad».

⁶ Artículo 1304 c.c.- «La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce el litigio».

⁷ Dentro de los contratos consensuales se debe considerar también a aquellos contratos sujetos a formalidad probatoria (*ad probationem*), pues estos siguen siendo consensuales en la medida que la formalidad no es exigida como requisito de validez del acto, sino como requisito de eficacia o fuerza probatoria.

⁸ ARIAS-SCHREIBER (2011), p. 85.

celebrados con la entrega de la cosa. En otras palabras, en el ordenamiento peruano la entrega del objeto de la prestación nunca es requisito de validez del contrato, sino acto de ejecución de las obligaciones derivadas del mismo.

II. TEORÍAS SOBRE EL MOMENTO Y LUGAR DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO: CONOCIMIENTO Y RECEPCIÓN

Acorde con la recepción del consensualismo como principio fundamental de la contratación, el Código Civil peruano precisa que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente (art. 1373 c.c.). En efecto, cuando oferente y aceptante tienen posibilidad de comunicación inmediata (lo que tradicionalmente se conocía como contratación «entre presentes»⁹) no hay mayor dificultad para determinar el momento y lugar precisos en los cuales la aceptación llegó a conocimiento del oferente y se formó el consentimiento.

Sin embargo, cuando entre las partes no hay comunicación inmediata (situación tradicionalmente conocida como contratación «entre ausentes»¹⁰), pueden surgir problemas para la determinación exacta del momento en que el oferente efectivamente «conoció» la aceptación, generándose dudas y conflicto sobre el momento y lugar de la formación del consentimiento y consiguiente celebración del contrato. Por ello, atendiendo a estos posibles casos, el legislador peruano, con buen criterio, estableció una presunción de conocimiento (presunción relativa o *iuris tantum*) al establecer que las declaraciones contractuales se entenderán conocidas en el momento en que lleguen a la dirección del destinatario, a menos que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla (art. 1374, 1.º párr. c.c.).

Con esta previsión, se puede afirmar que, para efectos de establecer el momento y lugar de la celebración del contrato, el legislador peruano acogió la «teoría de la cognición», complementándola y corrigiendo sus inconvenientes con la «teoría de la recepción»¹¹.

⁹ Es importante anotar que comunicación *inmediata* y comunicación *no inmediata* no es exactamente lo mismo que comunicación entre *presentes* y comunicación entre *ausentes*. Mientras que estas últimas expresiones («presentes» y «ausentes») aluden a un espacio físico, las primeras expresiones («inmediata» y «no inmediata») dicen relación con la posibilidad, o no, de conocer y responder sin interrupción o intervalo de tiempo, es decir, «inmediatamente». Lo cual no necesariamente pasa porque las personas se encuentren ubicadas en un mismo espacio físico, pues bien podría ocurrir que estén a kilómetros de distancia entre sí y aun así mantener comunicación inmediata por algún medio que se les permita (teléfono, videoconferencia, etc.).

¹⁰ Ver nota anterior.

¹¹ DE LA PUENTE (2007), p. 508.

En esta misma línea, el 2.º párr. del artículo 1374 precisa que, si una declaración contractual se hace a través medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de dicha declaración cuando el emitente de la misma reciba el «acuse de recibo» del respectivo destinatario. Aplicada esta regla a la aceptación y consiguiente formación del contrato, se puede afirmar que, tratándose de contratación electrónica, el contrato se entenderá celebrado cuando el aceptante reciba el «acuse de recibo» por el oferente. Este hecho implica –permite presumir– que el oferente recibió y conoció la aceptación formulada a través de medios electrónicos.

III. LA OFERTA: NOCIÓN Y REQUISITOS

1. Noción de oferta

El Código civil no define expresamente la oferta ni la aceptación. No obstante, una doctrina nacional¹² ha distinguido entre «policitación», «propuesta» y «oferta». El primer término (*policitación*) es utilizado por esta doctrina para designar al ofrecimiento hecho al público en general (más conocido como «oferta al público» pero que en el fondo sería solamente una invitación a ofrecer, a menos que el proponente indique que es auténtica oferta: art. 1388 c.c.¹³). El segundo término (*propuesta*) estaría referido al ofrecimiento hecho a persona determinada pero que todavía no ha llegado a conocimiento de esta, razón por la cual no tiene efecto vinculante. En cambio, el tercer término, es decir, la *oferta* propiamente dicha, vendría a ser el ofrecimiento hecho a persona determinada y que ha llegado a su conocimiento, motivo por el cual obliga a quien lo hizo¹⁴, o sea, al oferente¹⁵. En sentido similar, otra doctrina ha definido a la oferta como «la manifestación de voluntad unilateral, recepticia, que

¹² DE LA PUENTE (2007), pp. 474-475.

¹³ Artículo 1388 c.c.- «La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose como oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal». En código civil peruano recoge también la figura de la «subasta», en los siguientes términos: artículo 1389 c.c.- «En la subasta, la convocatoria es una invitación a ofrecer y las posturas son las ofertas. La obligatoriedad de cada postura cesa desde que se formula otra mejor. El contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor postura válida».

¹⁴ En sentido contrario, se ha precisado que el código civil peruano no distingue entre estos términos, por lo que la oferta tendría tal calidad desde mucho antes de ser obligatoria, incluso desde el momento de su emisión y posterior despacho, pues desde ese momento comienza a desplegar su efecto autónomo. BARBOZA (2013), p. 333.

¹⁵ Artículo 1383 c.c.- «La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso».

una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato, indicando todas las estipulaciones de dicho contrato, y, en su caso, debe hacerse en la forma prevista por la ley o por las partes»¹⁶.

2. Requisitos de la oferta

A partir de la regulación recogida en el Código Civil, se puede sostener que la oferta debe cumplir los siguientes requisitos:

a) DEBE SER COMPLETA O AUTOSUFICIENTE

El artículo 1359 c.c. establece que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas las estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria. Esto exige que la oferta contenga todos los elementos del contrato propuesto, para que con la sola aceptación del destinatario se forme el consentimiento. En la misma línea, la «autosuficiencia» implica que para la formación del contrato no se requiera de una nueva declaración del oferente además de su oferta y, por supuesto, de la consiguiente aceptación. Para que se dé entonces esta «autosuficiencia», la oferta debe ser completa en los términos antes indicados.

Lo anterior, sin embargo, no es obstáculo para que el oferente deje al destinatario, o incluso a un tercero, la determinación de algún elemento. Como precisa De la Puente, «el oferente puede plantear la celebración de un contrato de compraventa sobre un número indeterminado de unidades a un determinado precio por unidad, dejando al destinatario la posibilidad de determinar el número de unidades»¹⁷.

Por otro lado, para terminar de comprender este requisito, es importante precisar que «oferta completa o autosuficiente» no equivale a sostener que la declaración del oferente deba expresar necesariamente todos los elementos y detalles del contrato que se propone celebrar, pues la oferta –para ser completa o autosuficiente– se *integra* con las normas imperativas y dispositivas previstas por el ordenamiento jurídico para el tipo negocial que se pretende celebrar¹⁸. Estas normas *integran* la oferta y la completan¹⁹, de modo que el oferente, en

¹⁶ TORRES (2016), p. 296.

¹⁷ DE LA PUENTE (2007), p. 475.

¹⁸ FORNO (1991), p. 219.

¹⁹ PALACIOS (2010), pp. 82-83.

principio –y salvo que quiera formular una oferta sumamente detallada– deberá preocuparse por expresar los elementos esenciales especiales del contrato que quiere celebrar, pues los otros elementos se entenderán integrados a la oferta por aplicación de las normas imperativas y dispositivas. Por ejemplo, para celebrar un contrato de compraventa bastará que el oferente incluya en su declaración la cosa y el precio (elementos esenciales especiales de la compraventa²⁰), pues los demás elementos (p. ej. plazo para el pago del precio y exigibilidad de las prestaciones, obligaciones de saneamiento, reparto de gastos de la celebración del contrato, pago de tributos, etc.) se incorporarán por aplicación de las normas imperativas y dispositivas previstas en el ordenamiento para ese tipo de operación. Por supuesto que si el oferente quiere hacer una oferta más detallada, que incluya el desplazamiento de las normas dispositivas, podrá hacerlo.

Finalmente, una figura relacionada con el requisito de la completitud de la oferta es la denominada *reserva de estipulaciones*, que se encuentra recogida en el artículo 1360 c.c., que establece: «Es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, en cuyo caso opera retroactivamente». Esta figura permite que las partes tengan seguridad y confianza sobre los puntos ya negociados y acordados, mientras las tratativas continúan respecto de otros (reserva). Sin embargo, una interpretación de esta norma, que guarde conformidad con la regla recogida en el artículo 1359 c.c. –que, como se ha visto, prescribe que no hay contrato mientras las partes no estén de acuerdo en todas las estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria– exige considerar que efectivamente no hay contrato –y en consecuencia los acuerdos parciales no obligan– hasta que no se satisfaga la reserva (es decir, hasta que no haya acuerdo sobre todos puntos del contrato), pero una vez que dicha reserva sea satisfecha, el contrato se considerará válidamente celebrado con efecto retroactivo, es decir, desde que se acordó la reserva²¹.

b) DEBE CONTENER INTENCIÓN DE CONTRATAR

Se puede presumir que quien formula una oferta completa o autosuficiente tiene la intención de contratar, pero podría ocurrir que la declaración hecha por el supuesto oferente no sea una auténtica oferta porque ha sido hecha con reservas («sin compromiso» o con expresiones análogas), en broma, con fines

²⁰ Artículo 1529 c.c.- «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero».

²¹ FORNO (1991), pp. 222-223; DE LA PUENTE (2007), pp. 308-309.

didácticos o porque las circunstancias hagan dudar de la seriedad de la misma. En este sentido, el artículo 1382 c.c. establece que la oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso.

c) DEBE SER CONOCIDA POR EL DESTINATARIO (CARÁCTER RECEPTIVO DE LA OFERTA)

Como se ha dicho, solo es oferta propiamente dicha la propuesta que llega a conocimiento del destinatario, pues desde ese momento vincula al oferente. Además, conforme a lo establecido en el artículo 1383 c.c., la obligatoriedad de la oferta, en principio, no cesa con la muerte o con la incapacidad sobreviniente del oferente, sino que se transmite a sus herederos o representantes legales, a menos que la naturaleza de la operación u otras circunstancias determinen el carácter intransmisible de la oferta.

Sin embargo, la oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente –o de herederos o representante legales, de ser el caso– en el sentido de que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación, dando lugar a lo que se conoce como *oferta revocable* (art. 1384 c.c.). Es decir, el oferente –o sus herederos o representantes legales– puede dar carácter revocable a la oferta, en cuyo caso esta pierde el carácter vinculante a pesar de haber llegado a conocimiento del destinatario. Este carácter revocable permite retirar la oferta en cualquier momento, siempre que ello se haga antes de que se produzca la aceptación.

Una figura parecida, pero que no debe ser confundida con la oferta revocable, es la *retractación de la oferta* recogida en el artículo 1385 párr. 3 c.c. Esta norma establece –con un lenguaje poco técnico, por cierto– que la oferta «caduca» si antes de recibida la oferta o simultáneamente con esta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente. Como se puede apreciar, la retractación implica una declaración que conduce directamente al retiro de la oferta; en otras palabras, esta deja de ser eficaz y no hay posibilidad alguna de aceptación por parte del destinatario porque ya no hay nada que aceptar. En el caso de la oferta revocable, en cambio, si bien la oferta ya no es vinculante, esta, mientras no sea efectivamente revocada, sigue vigente y puede ser todavía aceptada, y si esto ocurre, habrá contrato. En síntesis, la figura del artículo 1384 c.c. (*oferta revocable*) es un aviso al destinatario de la oferta en el sentido de que esta podrá ser revocada (retirada) en cualquier momento antes de la aceptación, pero mientras ello no ocurra la

oferta sigue en pie y podría eventualmente ser aceptada. La figura del artículo 1385 párr. 3 c.c. (*retractación de la oferta*) es, por su parte, una declaración que conduce directamente al retiro de la oferta, imposibilitando con ello cualquier aceptación.

Por último, toda vez que la oferta es una propuesta dirigida a sujeto determinado con la finalidad de que sea conocida por este (carácter recepticio de la oferta), debe entenderse que si el destinatario de la oferta fallece o deviene en incapaz antes de que se produzca la aceptación, la oferta pierde toda vigencia, es decir «caduca» según lo establece el artículo 1387 c.c. Esta solución es adecuada pues si se permitiera que los herederos o representantes legales del destinatario acepten la oferta, se estaría yendo en contra de la voluntad del oferente de celebrar el contrato con sujeto determinado (y no con cualquier sujeto), imponiéndole un contrato no buscado ni querido por él (libertad de contratar). En este sentido se ha señalado que, «[b]ajo este enfoque, se puede sostener que una de las razones que justifican que solo el destinatario pueda dar lugar a la celebración del contrato es la tutela del propio oferente», de modo que «si el oferente considera que el contrato puede ser celebrado con el heredero del destinatario, tendrá que dirigir una nueva oferta contractual a ese sujeto»²².

Sin perjuicio de lo anterior, hay que precisar que el supuesto de caducidad de la oferta por «incapacidad sobreviniente del destinatario» recogido en el artículo 1387 c.c., debe ser interpretado y aplicado en armonía con la nueva regulación vigente en el Perú sobre capacidad y discapacidad (D. Leg. núm. 1384). Conforme a esta regulación, se presume la plena capacidad de ejercicio de los sujetos, y en esa línea ya no se contemplan supuestos de «incapacidad relativa de ejercicio» sino que se habla de sujetos con «capacidad de ejercicio restringida». En este sentido, el nuevo texto del artículo 1358 c.c. establece que las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria²³. De modo que habrá casos de sujetos respecto de los cuales sobrevenga una restricción en su capacidad de ejercicio pero que ello no determine necesariamente la caducidad de la oferta, pudiendo producirse la aceptación y la consiguiente celebración del contrato: todo dependerá del grado de restricción en la capacidad de ejercicio y de la naturaleza y finalidad del contrato que se persiga celebrar con la oferta.

²² MAYA (2022), p. 316.

²³ Artículo 44 c.c.- «Tienen capacidad de ejercicio restringida: (...) 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurrir en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil».

d) **DEBE OBSERVAR LA FORMA SOLEMNE**

Este es un requisito discutido en la doctrina. Para un sector de ella, tanto la oferta como la aceptación deben expresarse observando la forma solemne exigida para la celebración del contrato, caso contrario no habrá auténtica oferta y la declaración permanecerá en el campo de las tratativas²⁴. Otro sector, en cambio, es de la opinión de que, en aquellos casos sujetos a consentimiento calificado por la exigencia de una formalidad solemne, la oferta y la aceptación podrán revestir cualquier forma, pero sólo habrá contrato desde el momento en que las partes cumplan con la formalidad solemne²⁵. La diferencia es sutil, pues ambas posiciones comparten la idea de que no habrá contrato mientras no se cumpla con la formalidad solemne; sin embargo, la diferencia –aunque sutil, sumamente importante– está en el momento a partir del cual se considerará efectuada la oferta y, por ende, desde cuándo y hasta cuándo cabe la aceptación.

IV. **LA ACEPTACIÓN Y SUS REQUISITOS**1. **Noción de aceptación**

Como se adelantó, el código no precisa qué debe entenderse por aceptación, pero la doctrina la ha definido como la «declaración de voluntad emitida por el destinatario y dirigida al oferente mediante la cual aquél comunica a éste su conformidad con los términos de la oferta»²⁶.

2. **Requisitos de la aceptación**

La regulación contenida en el Código Civil permite considerar que la aceptación debe cumplir los siguientes requisitos:

a) **DEBE SER CONGRUENTE CON LA OFERTA**

La aceptación debe coincidir plenamente con los términos de la oferta, pues solo así dará lugar a la formación del consentimiento. En este sentido, el

²⁴ DE LA PUENTE (2007), p. 477; TORRES (2016), p. 299.

²⁵ ARIAS-SCHREIBER (2011), pp. 121-122.

²⁶ DE LA PUENTE (2007), p. 491.

artículo 1376 c.c. establece que la aceptación no congruente con la oferta equivale a una *contraoferta*; sin embargo, reconociendo la autonomía privada del oferente, la norma señala que este puede considerar eficaz la aceptación que se haga con modificaciones, para lo cual deberá dar aviso inmediato al aceptante para que este tome conocimiento de la celebración del contrato.

Estrechamente vinculadas con este requisito se encuentran las denominadas *ofertas alternativas* y las *ofertas cruzadas*, ambas figuras expresamente recogidas en el Código Civil peruano.

Conforme al artículo 1377 c.c., son válidas las ofertas alternativas hechas a un mismo destinatario (p. ej. «A» le ofrece a «B» o venderle o arrendarle el mismo bien inmueble). En ese caso, se entenderá celebrado el contrato respecto del cual el destinatario haya manifestado primeramente su aceptación (p. ej. se entenderá celebrado un contrato de compraventa si «B» aceptó primero la oferta de venta que le hizo «A», pero será un contrato de arrendamiento si lo que aceptó primero fue la oferta de arriendo).

En cuanto a la segunda figura, el artículo 1379 c.c. establece que en las ofertas cruzadas (dos personas se formulan recíprocamente ofertas coincidentes en el mismo objeto, asunto o materia de que tratan²⁷), el contrato se celebra con la aceptación de una de ellas. Es decir, incluso existiendo ofertas simultáneas, recíprocas y coincidentes de ambas partes, debe existir necesariamente una aceptación de alguna de las ofertas para dar lugar a la formación del contrato, no siendo posible que una parte considere como aceptación la oferta de la otra.

b) DEBE SER OPORTUNA

El artículo 1375 c.c. establece que la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él, lo que equivale a decir que la aceptación debe hacerse mientras la oferta se encuentre vigente. En pocas palabras: la aceptación debe ser oportuna.

En la misma línea, el artículo 1376 c.c. califica a la aceptación tardía (la que llega a conocimiento del oferente cuando la oferta ya no estaba vigente) como *contraoferta*; empero, al igual que ocurre con las aceptaciones incongruentes, el legislador permite al oferente dotar de plena eficacia a una aceptación tardía y considerar celebrado el contrato, debiendo dar aviso inmediato de ello al aceptante.

²⁷ ARIAS-SCHREIBER (2011), p. 122.

Dicho esto, se debe precisar que cuando el oferente ha señalado el plazo de vigencia de su oferta, no hay mayor problema para establecer si la aceptación fue oportuna o no; sin embargo, el problema surge cuando la oferta se hizo sin señalar plazo de vigencia, pues en estos casos puede surgir duda acerca de si la oferta se encontraba o no vigente cuando la aceptación llegó a conocimiento del oferente.

Para resolver estos casos, el legislador peruano ha regulado la figura de la *caducidad de la oferta* considerando dos reglas, dependiendo de si la oferta se hizo a persona (natural o jurídica) con la que el oferente tiene o no comunicación inmediata.

La primera regla, recogida en el artículo 1385 inc. 1) del c.c., establece que la oferta *caduca* si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente *está en comunicación inmediata* y no fue seguidamente aceptada.

La expresión «seguidamente aceptada» no equivale a «aceptada al instante», pues «[d]ebe entenderse que la norma contempla un plazo acorde con las circunstancias en que se hallan el proponente y el destinatario, y en atención a la naturaleza, magnitud y complejidad del contrato que se ofrece, de tal manera que el destinatario disponga de un plazo no menor pero tampoco mayor que aquel que razonablemente le permita evaluar la conveniencia o inconveniencia de contratar en los términos ofrecidos»²⁸. En definitiva, aun cuando oferente y destinatario se encuentren en posibilidad de mantener una comunicación inmediata, la aceptación debe ocurrir dentro de un plazo razonable considerando la naturaleza de la oferta y las circunstancias del caso concreto. Si transcurrió un plazo razonable sin que la oferta haya sido aceptada, se deberá entender que la oferta caducó y cualquier intento de aceptación será tardío, sin perjuicio de la facultad que tiene el oferente de considerar plenamente eficaz una aceptación tardía (art. 1376 2.º párr. c.c.).

La segunda regla (art. 1385 inc. 2) establece que la oferta *caduca* si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente *no está en comunicación inmediata* y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por este.

Al igual que en la primera regla, debe entenderse que el destinatario de la oferta cuenta con un plazo razonable de acuerdo con su naturaleza y complejidad para evaluar la oferta y tomar una decisión sobre si la acepta o no. La diferencia radica en que, en este caso, el proponente y el destinatario no están en comunicación inmediata, lo que implica que habrá un intervalo de tiempo entre la emisión-

²⁸ FORNO (1997), p. 196.

expedición de la oferta y su recepción-conocimiento por el destinatario, así como un intervalo de tiempo entre la emisión-expedición de la aceptación y su recepción-conocimiento por el oferente. Esta circunstancia conlleva a que, para establecer si la aceptación fue oportuna o no, sea necesario que al plazo razonable requerido para la evaluación de la oferta se le sume el tiempo que tardaría en llegar la aceptación a conocimiento del oferente. Para determinar este último plazo, el legislador peruano optó por considerar que sea el que tardaría en llegar la aceptación a conocimiento del oferente por el mismo medio que utilizó este para enviar la oferta. Por poner un ejemplo: si la oferta tardó en llegar a conocimiento del destinatario una semana, ese mismo plazo de una semana –si se utiliza el mismo medio de comunicación– es el que debería tardar en llegar la aceptación a conocimiento del oferente. Entonces, si la complejidad de la oferta determina que su evaluación requiera un tiempo razonable de, por ejemplo, una semana, a esta semana debería sumársele una semana más (tiempo de emisión-despacho y recepción-conocimiento de la aceptación) para saber si la aceptación fue oportuna o no.

Esta solución, sin embargo, es defectuosa, pues es perfectamente posible que el tiempo necesario para que la aceptación llegue a conocimiento del oferente difiera sustancialmente del tiempo en que la oferta tardó en llegar a conocimiento del destinatario, lo cual podría ocurrir si es que el oferente exige que la aceptación cumpla con una formalidad determinada, por ejemplo, que sea enviada por un medio de comunicación más seguro, pero más lento que el utilizado por el oferente. Para evitar este inconveniente, un sector de la doctrina ha propuesto, con buen criterio, interpretar la regla del artículo 1385 inc. 2) en concordancia con la del artículo 1378 c.c., en el sentido de entender que «la oferta caduca si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente *por el medio de comunicación exigido en la oferta o en su defecto por el mismo medio utilizado por este*»²⁹ (El énfasis es mío).

c) DEBE SER CONOCIDA POR EL OFERENTE (CARÁCTER RECEPTIO DE LA ACEPTACIÓN)

Ya se ha dicho que conforme a lo establecido en el artículo 1373 c.c., el contrato se entiende celebrado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, de modo que el ordenamiento peruano la aceptación tiene, en principio, carácter receptio.

²⁹ FORNO (1997), pp. 196-197.

Sin embargo, este principio, que supone que la aceptación se produzca mediante una declaración expresa de voluntad conocida por el oferente, admite algunas excepciones, dando lugar a que en el Perú la aceptación pueda ser también tácita, es decir, mediante actos o conductas concluyentes (*facta concludentia*), o que se produzca por aplicación de la figura del silencio circunstanciado.

En efecto, la *aceptación tácita* está recogida en el artículo 1380 c.c. que establece: «Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución (...)». En estos supuestos el inicio de la ejecución de la prestación a cargo del destinatario de la oferta se entiende como aceptación —la ejecución de la prestación es una conducta concluyente en el sentido de que no deja dudas de que el destinatario está de acuerdo con la oferta recibida— y esa aceptación tácita da lugar a la celebración del contrato sin necesidad de que sea conocida por el oferente. Es cierto que el mismo artículo prescribe a continuación que: «El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios», pero nótese que en estos casos de aceptación tácita el aviso al oferente no es condición para el nacimiento del contrato: el aviso al que se refiere la norma tiene por finalidad que el oferente tome conocimiento de que el contrato ya ha sido celebrado y que, por ende, ya es titular de los derechos y obligaciones derivados de dicho contrato³⁰. En otras palabras, la falta de aviso —o demora en el aviso— sobre el inicio de la ejecución de la prestación no lleva consigo la ausencia de consentimiento ni la inexistencia del contrato. El aviso busca evitar daños al oferente, quien por no saber que ya se ha celebrado el contrato mediante la aceptación tácita, podría asumir que no hubo aceptación y formular nuevas ofertas a terceros. De ello se desprende que, si el aceptante no cumple con dar ese aviso oportuno al oferente, el primero deberá responder por los daños que el segundo pudiera sufrir como consecuencia de ignorar la celebración del contrato.

La *aceptación mediante silencio circunstanciado* está prevista en el artículo 1381 c.c., que establece: «Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación. La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer corresponde al

³⁰ FERNÁNDEZ (2010), p. 207.

oferente». Este artículo recoge una «excepción al principio de que el silencio del destinatario de la oferta se considera como rechazo de esta»³¹.

En los casos contemplados por el artículo 1381, es evidente que el consentimiento no se forma por una aceptación expresa que llega a conocimiento del oferente, sino más bien por una ausencia de aceptación expresa, en otras palabras, por la falta de rechazo –sin dilación– de la oferta; lo que equivale a decir que en estos supuestos excepcionales el contrato se forma por efecto del silencio mantenido por el destinatario de la oferta. Por ejemplo, si una persona publica un aviso en un diario o en una red social en el que manifiesta su intención de vender un vehículo de su propiedad, debe entenderse que ese aviso califica como una «oferta al público» que en realidad es una «invitación a ofrecer» (segunda hipótesis del artículo en mención). En este caso, si alguna de las personas que lee el aviso se comunica con el anunciante y le hace una oferta de compra del vehículo, pero el anunciante no está conforme con esa oferta porque, digamos, el precio no cubre sus expectativas, el anunciante debería rechazar expresamente esa oferta y hacerlo «sin dilación», pues si no la rechaza y, en cambio, guarda silencio, este comportamiento equivale a una aceptación.

d) DEBE OBSERVAR LA FORMA REQUERIDA POR EL OFERENTE

El artículo 1378 c.c., establece la ineficacia de la aceptación que se formule sin observar la forma requerida por el oferente. Nótese que esta no es una forma solemne, pues su inobservancia no es sancionada con nulidad, sino con ineficacia. Por ello, el oferente tendrá la libertad de considerar a la aceptación que no cumple con la forma requerida como una auténtica aceptación o como una contraoferta, pero si opta por lo primero (considerarla eficaz), deberá dar pronto aviso al aceptante de la celebración del contrato³².

V. CONTRATOS PREDISPUESTOS

En el Perú la contratación predispuesta se encuentra regulada en el Código Civil y en el Código de Protección y Defensa del Consumidor³³.

³¹ ARIAS-SCHREIBER (2011), p. 124.

³² DE LA PUENTE (2007), pp. 551-552.

³³ Ley núm. 29571, publicada en el diario oficial El Peruano el 02-09-2010.

1. Contratos por adhesión y contratos sujetos a cláusulas generales de contratación

El Código Civil regula los *contratos por adhesión* y la figura de las *cláusulas generales de contratación*³⁴.

Sobre los primeros, el artículo 1390 c.c. señala que: «El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar», debiendo entender que esta figura no es un tipo contractual en sí mismo, sino un mecanismo de formación del contrato sin negociación previa y, como tal, aplicable a la celebración de distintos tipos contractuales.

Dentro de esta figura, el Código Civil también contempla la *adhesión de terceros* a contratos ya celebrados (art. 1391 c.c.). En estos casos, el contrato ya celebrado podría establecer la forma en que los terceros deberán adherirse, pero si no lo hace, la norma prevé que el interesado deberá dirigirse al órgano constituido para la ejecución del contrato o, a falta de él, a todos los contratantes originarios. De esta forma, el código recoge los denominados por la doctrina como «contratos abiertos», que usualmente se identifican con contratos con comunidad de fin, tales como los contratos de asociación, sociedad, consorcio, cooperativas, comunidad de propietarios y cualquier otro que permita una adhesión de terceros con posterioridad a su celebración. Estos contratos suelen tener lo que se conoce como una «cláusula de apertura», la cual, según cómo esté establecida, podría funcionar ya sea como una oferta o como una invitación a ofrecer³⁵. Se entiende que solo en el primer caso la «adhesión» del tercero equivaldrá a una aceptación y dará lugar a la incorporación directa del tercero al contrato ya celebrado.

Las cláusulas generales de contratación, por su parte, son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general o abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos (art. 1392 c.c.). En este sentido, se trata de un instrumento o mecanismo de contratación que tiene la finalidad de «uniformizar contratos que serán celebrados masivamente o en serie por una empresa productora de bienes o servi-

³⁴ Se ha señalado que: «el legislador peruano ha distinguido acertadamente las cláusulas generales de los contratos por adhesión, pues mientras en estos últimos la nota fundamental es que no existe negociación sobre los términos contractuales que son impuestos necesariamente por una parte a la otra, en las cláusulas generales, gran parte de los términos contractuales vienen predispuestos a fin de acelerar la contratación, pero existiendo la posibilidad de negociar elementos propios de cada uno de los contratos particulares». TABOADA (2002b), p. 136.

³⁵ TAMANI (2022), p. 360.

cios con una cantidad indefinida de clientes o consumidores»³⁶. En consecuencia, «abstractamente consideradas, las cláusulas generales de contratación no tienen fuerza obligatoria, ni producen efectos de tipo contractual, hasta que no pasen a formar parte, es decir, integrar el contenido de los contratos particulares que se celebren en base a ellas»³⁷.

Las cláusulas generales de contratación pueden o no requerir aprobación administrativa previa antes de poder ser utilizadas. El artículo 1394 c.c. establece que corresponderá al Poder Ejecutivo señalar la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, mientras que el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que en los contratos de consumo celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos, sujetos o no a regulación económica, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación está a cargo del organismo regulador competente; y que en el caso de los contratos de consumo celebrados por empresas sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación corresponde a dicha entidad (art. 54 c.p.d.c.).

La necesidad o no de aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación determina un régimen diferente respecto de la forma en que unas y otras se incorporan a la oferta: Las cláusulas generales aprobadas se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen con arreglo a ellas (art. 1393 c.c.); en cambio, las cláusulas generales de contratación que no requieren aprobación administrativa se incorporan a la oferta sólo cuando han sido conocidas o han podido ser conocidas por la contraparte usando la diligencia ordinaria, pudiéndose presumir dicho conocimiento si es que las cláusulas fueron debidamente publicitadas por el correspondiente proveedor (art. 1397 c.c.). En ambos casos, las partes pueden acordar excluir de su contrato particular algunas cláusulas generales (art. 1395 c.c.). Asimismo, en ambos casos³⁸, el solo consumo del bien o del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente o consumidor, aun cuando el contrato no se haya formalizado o el cliente o consumidor sea incapaz (art. 1396 c.c.).

³⁶ TABOADA (2002a), pp. 127-128.

³⁷ TABOADA (2022a), p. 128.

³⁸ Si bien el artículo 1396 c.c. hace referencia solo a las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, se ha sostenido, con razón, que dicha disposición -relativa al consumo o utilización de bienes y servicios sin contrato formalizado o por incapaz- debe ser de aplicación también a las cláusulas generales no sujetas a aprobación administrativa. VEGA (2010), pp. 274-275.

Cabe precisar que el Código de Protección y Defensa del Consumidor precisa algunos requisitos que deben cumplir los contratos celebrados por adhesión o sujetos a cláusulas generales de contratación en cualquiera de sus clases (art. 48 c.p.d.c.)³⁹.

2. Reglas especiales de interpretación contractual

El Código Civil peruano recoge algunas reglas especiales de interpretación para los contratos por adhesión y para los contratos con cláusulas generales de contratación.

Así, en primer lugar, si una cláusula general resulta incompatible con alguna cláusula particular agregada por las partes (léase, negociada), la referida «antinomia» se resuelve a favor de esta última (art. 1400 c.c.), en claro reconocimiento de que lo acordado por ambas partes debe siempre primar sobre los estipulado por una sola de ellas.

En segundo lugar, el artículo 1401 c.c. ha recogido el criterio de interpretación «*contra proferentem*», al establecer que las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes –o en los contratos por adhesión, me permito añadir– se deben interpretar, en caso de duda, a favor de la parte que no las redactó.

Por último, el artículo 1399 c.c. establece que en los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, carecen de eficacia las estipulaciones unilaterales contrarias a las normas dispositivas establecidas por el legislador para el correspondiente tipo contractual, a no ser que las circunstancias concretas del particular contrato celebrado por las partes permitan justificar su eficacia. Como se ha señalado, con esta norma se da «el caso singular de que dispositivos [legales] que tengan un valor puramente supletorio se apliquen como si fuesen de orden imperativo»⁴⁰; en otras palabras, el principio es que en la contratación predispuesta las normas de carácter dispositivo adquieren carácter imperativo para garantizar la equidad entre las partes.

³⁹ Artículo 48 c.p.d.c.- «En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con los siguientes requisitos: a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual. b. Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción. c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Lo dispuesto en el presente artículo resulta de aplicación a los contratos celebrados en base a cláusulas generales de contratación, se encuentren o no sometidas a aprobación administrativa».

⁴⁰ ARIAS-SCHREIBER (2011), p. 143.

3. Cláusulas abusivas o vejatorias

La contratación predispuesta constituye un escenario especialmente favorable para que aquél quien detenta el poder de predisponer las condiciones del contrato y cuenta con más o mejor información sobre los bienes o servicios que se ofertan (asimetría informativa)⁴¹, incurra en abusos al momento de estipular las cláusulas contractuales. Para atender este problema, el legislador peruano incorporó en el artículo 1398 c.c. un elenco de aquellas cláusulas que, al ser incorporadas en los contratos por adhesión o con cláusulas generales de contratación, son consideradas *inválidas* por abusivas o vejatorias, debiendo la parte afectada acudir al juez para obtener la declaración de invalidez de la cláusula.

Estas cláusulas abusivas son las que conceden al predisponente:

- Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad (por culpa leve, pues las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable son nulas según el art. 1328 c.c.);
- La facultad de suspender unilateralmente la ejecución del contrato;
- La facultad de rescindir o resolver unilateralmente el contrato (se entiende, sin justa causa para ello); y
- La facultad de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Y las que prohíben al adherente la posibilidad de oponer excepciones; es decir, las que de alguna manera le prohíban defenderse o limiten sus mecanismos de defensa ante el predisponente.

Se ha discutido acerca del carácter taxativo (*numerus clausus*) o meramente enunciativo (*numerus apertus*) de la lista contenida en el artículo 1398 c.c., pero la doctrina mayoritaria se ha inclinado por lo segundo, abogando no solo por una interpretación extensiva de los supuestos expresamente contemplados en la norma, sino también por la posibilidad de valerse de la analogía para encontrar otros supuestos de cláusulas abusivas⁴².

Asimismo, hay que precisar que, si bien el artículo 1398 c.c. alude solo a los contratos por adhesión y aquellos con cláusulas generales de contratación no sujetas a aprobación administrativa, no hay razón alguna para que la figura de las cláusulas abusivas o vejatorias no pueda aplicarse también a los contratos con cláusulas generales aprobadas, pues «si bien el sistema de control preventivo a nivel administrativo de las cláusulas generales de contratación es una sana prác-

⁴¹ BULLARD (1994), p. 33.

⁴² CASTILLO (1998), pp. 834-835; BARCHI (2004), p. 397; ESPINOZA (2006), pp. 153-154; ARIAS-SCHREIBER (2011), p. 143.

tica, no garantiza en cambio, por sí solo, que las cláusulas [...] aprobadas por la autoridad administrativa no sean abusivas o vejatorias; resultando, por tanto, necesario que dicho control previo sea complementado por un control *ex post*»⁴³; lo cual responde a que «en no pocos casos, la “vejatoriedad” de una cláusula se hará patente solo una vez que el contrato se haya celebrado [y se empiece a ejecutar], teniendo en consideración las circunstancias de dicha celebración y, eventualmente, otros contratos vinculados o conexos al mismo»⁴⁴.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor también ha regulado— y con mucho más detalle— la figura de las cláusulas abusivas o vejatorias, pero a diferencia de la regulación contenida en el Código Civil que tiene carácter general, la regulación contenida en la normativa en mención se aplica solo a los contratos de consumo.

En el Código de Protección y Defensa del Consumidor es posible encontrar una definición de cláusula abusiva (art. 49.1 c.p.d.c.⁴⁵), así como algunas reglas sumamente relevantes y útiles para la evaluación de la vejatoriedad de las cláusulas en el caso concreto (arts. 49.2 y 49.3 c.p.d.c.⁴⁶). Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil donde, como se ha visto, la consecuencia de la vejatoriedad es la invalidez de la cláusula, en la normativa de consumo se consideran *ineficaces* y por ende inexigibles (inaplicables) las cláusulas abusivas, estableciendo una clasificación que permite distinguir entre *cláusulas abusivas de ineficacia absoluta* (art. 50 c.p.d.c.⁴⁷) y *cláusulas*

⁴³ UGARTE (2010), p. 160.

⁴⁴ UGARTE (2010), p. 160.

⁴⁵ Artículo 49 c.p.d.c.- «Definición de cláusulas abusivas. 49.1.- En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos».

⁴⁶ Artículo 49.2.- «Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa. 49.3.- El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El proveedor que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asume la carga de la prueba».

⁴⁷ Artículo 50 c.p.d.c.- «Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta. Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes: a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor. b. Las que faculden al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente. c. Las que faculden al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente. d. Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato. e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores,

abusivas de ineficacia relativa (art. 51 c.p.d.c.⁴⁸), donde las primeras son siempre ineficaces (sería una especie de «lista negra»), mientras que las segundas lo serán dependiendo de las circunstancias del caso concreto («lista gris»).

El control *ex post* de las cláusulas abusivas previsto por la normativa de consumo es un control de carácter administrativo a cargo del INDECOPI, que es la agencia de competencia del Perú y la encargada de velar por los derechos de los consumidores.

VI. CONTRATOS PREPARATORIOS

En el Código Civil peruano se regulan dos clases de contrato preparatorio: el *compromiso de contratar* y el *contrato de opción*.

El compromiso de contratar es definido como el acuerdo por el cual las partes (promitentes), se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo (art. 1414 c.c.). Es decir, con este contrato ambas partes asumen una auténtica obligación de hacer consistente en celebrar –dentro del plazo por ellas acordado o, en su defecto, el previsto por la ley– el correspondiente contrato definitivo⁴⁹.

El incumplimiento de la obligación de hacer por alguno de las promitentes concede al otro, alternativamente, la posibilidad de exigir la celebración del contrato definitivo (pretensión de cumplimiento del compromiso de contratar) o bien solicitar se deje sin efecto el contrato (resolución del contrato prepara-

como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros. f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso. g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código. h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo».

⁴⁸ Artículo 51 c.p.d.c.- «Cláusulas abusivas de ineficacia relativa. De manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, las siguientes: a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos. b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica. c. Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo. d. Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos. e. Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales. f. Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato».

⁴⁹ ARIAS-SCHREIBER (2011), p. 179.

torio). En cualquiera de los casos, de existir daños, la parte afectada por el incumplimiento podrá, además, demandar el correspondiente resarcimiento (art. 1418 c.c.).

El compromiso de contratar, para ser válidamente celebrado, debe contener, por lo menos, los elementos esenciales (generales y especiales) del contrato definitivo (art. 1415 c.c.); de modo que si, por ejemplo, se celebra un compromiso de contratar una compraventa de bien inmueble, el compromiso de contratar deberá contener, necesariamente, la indicación del inmueble y del precio, por ser estos los dos elementos esenciales especiales de la compraventa. Esto es así porque con esta figura habrá dos contratos: el primero, el compromiso de contratar que requerirá, al menos, de los elementos esenciales del futuro contrato definitivo; y el segundo, el contrato definitivo en sí, en el cual las partes podrán adicionar todos los elementos y condiciones que vean por conveniente. Cosa distinta ocurre con el contrato de opción, como se verá a continuación.

El contrato de opción es aquel contrato preparatorio por el cual una parte queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra (el optante) tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no (art. 1412 c.c.)⁵⁰.

El contrato de opción es uno que permite al optante, con su sola manifestación de voluntad, dar nacimiento al contrato definitivo. Esto es así porque con la celebración del contrato de opción una parte adquirió una situación jurídica pasiva de «sujeción» frente a la otra parte (optante), quien también en mérito al contrato de opción adquirió un «derecho potestativo» que, por definición, le permite incidir en situaciones jurídicas ajenas sin que el titular de las situaciones incididas pueda hacer algo para evitarlo. Por eso se dice que en el contrato de opción hay una parte que está «sujeta» a la decisión que pueda tomar la otra (el optante).

Para que esta relación «derecho potestativo-sujeción» funcione correctamente y la parte «sujeta» no pueda burlar el derecho potestativo del optante, el artículo 1422 c.c. establece que el contrato de opción debe contener *todos* los elementos y condiciones del contrato definitivo (no solo los esenciales como ocurría con el compromiso de contratar), de modo que cuando el optante decida que el contrato definitivo se celebre, le baste con emitir su declaración de voluntad en ese sentido para que el contrato de opción *se transforme* en el contrato definitivo.

La regulación de estos dos tipos de contrato preparatorio es idéntica en lo relativo al plazo del contrato preparatorio y a su renovación, pues para ambos

⁵⁰ El código civil peruano también regula la opción recíproca al establecer en su artículo 1420 que «es válido el pacto en virtud del cual el contrato de opción recíproca puede ser ejercitado indistintamente por cualquiera de las partes».

casos los artículos 1416 y 1423 c.c. establecen que, si el contrato no contempla un plazo convencional determinado o determinable, el plazo del compromiso de contratar o de la opción, según el caso, será de un año (plazo legal). Asimismo, los artículos 1417 y 1424 c.c. permiten la renovación del compromiso de contratar y de la opción, respectivamente, por un plazo no mayor a un año, aunque las posibilidades de renovación son ilimitadas.

Por otra parte, el artículo 1425 establece que los contratos preparatorios son nulos si no se celebran observando la misma forma solemne prescrita por la ley para el correspondiente contrato definitivo.

VII. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Finalmente, en el Código Civil peruano no existe una regulación expresa de la responsabilidad precontractual por retiro injustificado de tratativas, pero se admite que el anclaje legal de la figura se encuentra en el artículo 1362 c.c. que establece que los contratos deben negociarse de buena fe⁵¹.

Se ha entendido por ruptura injustificada de tratativas la situación en la cual «uno de los tratantes recede sin justificación válida tratativas que han sido conducidas de manera tal que han inducido al otro contratante a confiar razonablemente en la celebración del contrato». En otras palabras, será injustificada «la ausencia de justa causa o motivo apreciable para el sujeto que recede, en concomitancia con una razonable confianza, creada al sujeto contrapuesto»⁵². De allí se desprenden los elementos configuradores de este tipo de responsabilidad: las partes deben encontrarse en etapa de negociaciones; luego, una parte creó confianza razonable en la otra que le llevó a esta última a realizar algunas acciones que, finalmente, con la ruptura injustificada de las tratativas por la primera, devinieron en daños.

La doctrina mayoritaria se inclina por reconducir este supuesto de responsabilidad a las normas de la responsabilidad extracontractual⁵³, pero también existen voces que consideran que se debe aplicar el régimen de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones⁵⁴, con la ventaja del plazo de prescripción más largo. En cualquier caso, el interés indemnizable es el negativo.

⁵¹ ESPINOZA (2017), p. 370.

⁵² DE LA PUENTE (2007), p. 360.

⁵³ LEÓN (2004), p. 151; SAAVEDRA (2005), p. 160; ESPINOZA (2017), p. 388.

⁵⁴ DE LA PUENTE (2007), p. 370.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max (2011): *Exégesis del código civil peruano de 1984*. Tomo I. Contratos. Parte General. Lima: Gaceta Jurídica.
- BARBOZA BERAÚN, Eduardo (2013): «La oferta de contrato», en Revoredo *et al.* (eds.), *Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- BARCHI VELAUCHAGA, Luciano (2004): «Minority Report (sentencia previa) a propósito de un ejemplar fallo del Tribunal Constitucional», en *Advocatus*, núm. 10.
- BULLARD, Alfredo (1994): «¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor», en Pizarro (coord.), *El Derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CASTILLO FREYRE, Mario (1998): *Tentaciones académicas*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2007): *El contrato en general*. Tomo I. Lima: Palestra Editores.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006): *Derecho de los Consumidores*. Lima: Editorial Rodhas.
- (2017): *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César (2010): «Artículo 1380. Aceptación tácita», en Muro (dir.), *Código Civil Comentado*. Tomo VII. Contratos en General. Lima: Gaceta Jurídica.
- FORNO FLÓREZ, Hugo (1991): «La oferta al público: razones para una discrepancia», en *Derecho PUCP*, núm. 45.
- (1997): «Los efectos de la oferta contractual», en *Ius et Veritas* núm. 15.
- LEÓN HILARIO, Leysser (2004): «La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual», en *Themis*, núm. 49.
- MAYA LOMPARTE, Carlo Alessandro (2022): «Artículo 1387.- Caducidad de oferta por muerte o incapacidad del destinatario», en Espinoza (dir.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano*. Lima: Instituto Pacífico.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric (2010): «Artículo 1359. Principio de integralidad o totalidad contractual», en Muro (dir.), *Código Civil Comentado*. Tomo VII. Contratos en General. Lima: Gaceta Jurídica.
- SAAVEDRA VELAZCO, Renzo (2005): «La responsabilidad precontractual en debate. Panorama de la doctrina jurídica nacional», en *Ius et Veritas*, núm. 31.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2002a): *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- (2002b): «La regulación legal de las cláusulas generales de contratación en el Código Civil peruano», en *Advocatus*, núm. 6.

- TAMANI RAFAEL, Carlos (2022): «Artículo 1391.- Adhesión de tercero», en Espinoza (dir.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano*. Lima: Instituto Pacífico.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2016): *Teoría general del contrato*. Tomo I. Lima: Instituto Pacífico.
- UGARTE MOSTAJO, Daniel (2010): «Autonomía privada y cláusulas vejatorias en el Código Civil», en Vidal (coord.), *Libro de Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil.
- VEGA MERE, Yuri (2010): «Artículo 1396. Cláusulas generales de contratación y el consumo del bien o utilización del servicio», en Muro (dir.), *Código Civil Comentado*. Tomo VII. Contratos en General. Lima: Gaceta Jurídica.

URUGUAY

MARCELO AMORÍN *

SUMARIO: I. Introducción.–II. La formación del consentimiento. 1. Reglas generales de formación del consentimiento. 2. Reglas sobre formación del consentimiento para los contratos consensuales, solemnes y reales.–III. La propuesta u oferta y la aceptación.–IV. Algunos aspectos de la propuesta u oferta: caducidad, retracto, reserva. 1. Caducidad de la oferta. 2. Retracto. Revocación en la oferta. 3. Reserva de la oferta.–V. Dos aspectos sobre el consentimiento. 1. La regla del espejo. 2. Tiempo y lugar en que se entiende formado el consentimiento.–VI. Responsabilidad por retiro unilateral de las negociaciones. Supuesto de hecho y daños indemnizables.–Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

En el sistema jurídico uruguayo, la disciplina de formación del contrato en el ámbito de derecho privado se localiza en el Código Civil –en adelante CC– (arts. 1262 a 1268) y en la ley de defensa del consumidor No. 17250, –en adelante LDC–, en particular en sus artículos 12 y 14.

La regulación del CC contiene la definición de consentimiento y de propuesta (art. 1262), la formación del consentimiento entre presentes (art. 1263) y en los contratos solemnes (art. 1264) y la formación del consentimiento a distancia (arts. 1265 a 1268).

Por su parte, el artículo 12 LDC citado establece que la oferta del proveedor dirigida a consumidores determinados o indeterminados vincula a quien la

* Facultad de Derecho Universidad de la República, 18 de Julio 1824, CP 11200.

emite y a aquel que la utiliza de manera expresa por el tiempo en que se realice; el artículo 14 LDC establece que queda incorporada a la oferta, toda la información proporcionada por el proveedor a través de avisos publicitarios.

También debe considerarse que para los contratos que no son de consumo, en particular para los contratos alcanzados por el derecho mercantil, la regla es la inversa. Así, el artículo 519 del Código de Comercio establece que las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto o en una circular no obligan a quien las ha hecho¹.

En el régimen del CC, se contienen las normas básicas del sistema en materia de perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, el ámbito de eficacia material de dicha regulación se ha visto acotado significativamente luego del dictado de la LDC, a principios de este siglo.

II. LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La regulación del consentimiento en el sistema jurídico uruguayo contiene reglas generales para todos los contratos y reglas específicas para los contratos consensuales, solemnes y reales.

1. Reglas generales de formación del consentimiento

Las reglas generales establecen que el consentimiento se conforma por la aceptación de la propuesta (art. 1262 inc. 1 CC). La propuesta, expresa el artículo 1262 inc. 2 CC, «consiste en la manifestación que hace una de las partes de querer constituirse en alguna obligación para con la otra». De ese modo, la propuesta configura una declaración de voluntad dirigida a uno o algunas personas determinadas. Si la propuesta consiste en una oferta dirigida al público no constituye una propuesta de contratar, sino una invitación a ofertar. Quien recibe la oferta pública puede realizar una propuesta dirigida a quien había hecho ésta.

En el ámbito de las relaciones de consumo, la LDC prevé reglas especiales respecto de la formación del consentimiento. El artículo 12 de la LDC establece que la oferta dirigida a consumidores indeterminados es vinculante para quien la emite, por lo cual, en dichos supuestos, basta la aceptación del consumidor para que el contrato se perfeccione. A su vez, el artículo 14 de la LDC dispone que «toda información, aun la proporcionada en avisos publici-

¹ MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 578.

tarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al oferente que ordenó su difusión y todo aquél que la utilice e integra el contrato que se celebre con el consumidor».

Las reglas generales sobre consentimiento del CC distinguen la formación del consentimiento entre personas presentes en un mismo acto y entre personas que se encuentran a distancia.

Si la propuesta se emite entre personas que se encuentran presentes en el acto, la aceptación debe ser emitida en forma inmediata. De lo contrario, se considera rechazada, excepto que el proponente establezca un plazo de vigencia de la propuesta (art. 1262 incs. 2 y 3 CC). En cambio, si la propuesta se emite hacia una persona que no se encuentra en el mismo acto, el consentimiento se forma –y el contrato se perfecciona– cuando la aceptación llega al proponente (sistema de la recepción). No obstante, de acuerdo con el artículo 1268 CC, si el proponente se incapacita o fallece antes de conocer la aceptación, la propuesta se extingue; a su vez, si el aceptante se incapacita o fallece antes de que el proponente conozca la aceptación, la aceptación se extingue (sistema del conocimiento).

Según lo prevé el artículo 1267 CC, la modificación de la propuesta por la persona a quien va dirigida constituye la no aceptación de la propuesta; la modificación de la propuesta configura una nueva propuesta dirigida al proponente originario.

2. Reglas sobre formación del consentimiento para los contratos consensuales, solemnes y reales

El artículo 1252 CC incumbe a esta sede; los contratos consensuales se perfeccionan mediante el consentimiento. La regla es la libertad de forma, salvo que una norma legal establezca otra forma de perfeccionamiento.

La solemnidad se prevé como requisito de forma del consentimiento en el CC uruguayo. La falta de solemnidad tiene como consecuencia la nulidad absoluta del contrato (art. 1264, 1664). Son solemnes y requieren como forma del consentimiento la escritura pública, los contratos de donación (art. 1619), compraventa y permuta (art. 1664 y 1770), si el referente material de la prestación es un bien inmueble; cesión de derechos hereditarios (art. 1664), censo (art. 1860), renta vitalicia (art. 2183), hipoteca (art. 2323) y anticresis (art. 2350). La solemnidad consiste en que se exprese por escrito en los siguientes contratos, transacción cuando la convención ingresa en la especie contrato por contener obligaciones (art. 2147), promesa de enajenación de inmuebles a plazos

(art. 2 ley 8733), crédito de uso (art. 6 ley 16072), contratos de suministro de agua (art. 11 ley 16858), prenda sin desplazamiento (art. 7 ley 17728), fideicomiso (art. 2 ley 17703) y el pacto de intereses en el contrato de mutuo (art. 2205). La propuesta y la aceptación en la contratación a distancia deben observar el requisito de solemnidad cuando el contrato es solemne.

Por otro carril transita la categoría contrato real. Para la doctrina clásica del contrato real, éste se perfecciona con la entrega de la cosa. El CC uruguayo establece los siguientes contratos reales: renta vitalicia, (art. 2183), mutuo (art. 2197), comodato (art. 2216), depósito (art. 2339), prenda (art. 2292), y anticresis (art. 2349).

El CC prevé contratos reales en que el consentimiento no requiere forma (mutuo, comodato, depósito y prenda) y contratos reales en que el consentimiento requiere la forma solemne, siendo estos entonces solemnes y reales (renta vitalicia y anticresis).

El enunciado normativo del artículo 1252 CC sobre los contratos reales indica: «Se llama real cuando la obligación principal que nace de él supone necesariamente la tradición de la cosa (inc. 1). Antes de la tradición, la promesa aceptada de entregar o recibir la cosa sobre que versare el contrato, entra en la clase de los contratos consensuales (inc. 2)».

Este enunciado normativo ha generado diversas asignaciones de significado. La doctrina tradicional del contrato real, para la cual éste se perfecciona con la entrega de la cosa, postuló que la expresión contratos consensuales contenida en el inc. 2 del artículo 1252 CC no refiere al momento del consentimiento en el contrato real, sino a un contrato preliminar de contrato real. En efecto, según esta postura, no todos los contratos reales son consensuales, sino que existen también solemnes, por lo que otra interpretación no es de recibo².

Por su parte, Sánchez Fontans interpretó el inc. 2 del artículo 1252 CC sobre la base de la teoría de la tipicidad contractual. El acuerdo de voluntades configura un contrato que genera la obligación de dar la cosa, y luego cuando esta se entrega, el contrato ingresa en el tipo negocial de que se trate. Para este autor, la expresión promesa contenida en el referido inc. 2 del artículo 1252 CC es sinónimo de propuesta, citándose en apoyo de esta interpretación el artículo 2299 CC, que establece la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa prendada, el artículo 2245, en sede depósito, que dispone que éste se forma por el consentimiento recíproco de las partes y el artículo 2287 que establece lo mismo para el secuestro. En consecuencia, el primer acuerdo –al cual refiere el inc. 2 del artículo 1252– es un contrato consensual –el contrato real en forma-

² CERRUTI AICARDI (1952), pp. 48-49.

ción— del que emerge la obligación de entregar la cosa, tipificándose con la entrega, *condictio iuris*, como contrato real, opinión que parece compartible.

A su vez, en un desarrollo de esta posición, Gamarra postuló que la categoría contrato real no existía en el sistema uruguayo con base en la obligatoriedad surgida en el momento consensual del contrato real, indicando que para calificar a un contrato había que atender al momento de su perfeccionamiento y no podía variar su naturaleza en período de ejecución³. Para el autor citado, el contrato se perfecciona al producirse el acuerdo entre las partes y de éste surge la obligación de entregar, por lo cual, todos los contratos reales son, en realidad, consensuales.

Corresponde señalar que, en sede de renta vitalicia —contrato solemne y real— el artículo 2183 CC indica que el contrato se perfecciona con la entrega. en los demás contratos reales, la expresión usada por el legislador es «se entrega» o similar y no se obliga a entregar.

III. LA PROPUESTA U OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

Como se ha indicado supra al referir a las reglas generales del consentimiento, el artículo 1262 CC define la propuesta u oferta, indicando que «consiste en la manifestación que hace una de las partes de querer constituirse en alguna obligación para con la otra». La aceptación no es definida.

Las manifestaciones intencionales de voluntad recepticias se denominan propuesta o aceptación según la secuencia en la que se formulen, sin perjuicio de la posibilidad de estructuración conjunta en un único acto, o de múltiples intercambios en los que va variando el rol de proponente en una perspectiva constructivista del negocio.

El corte clásico, entre las tratativas y el momento de formación del contrato en el código decimonónico de Uruguay, lo marca el artículo 1262: la formulación de la propuesta y de la aceptación, ambas recepticias.

Según se señaló antes, la propuesta hecha entre personas presentes debe ser aceptada de inmediata, excepto si el que la hace expresa su voluntad de mantenerla por un lapso determinado (art. 1263 CC).

En cambio, el contrato a distancia se perfecciona cuando la respuesta del que aceptó es recibida en el ámbito del proponente (sistema de recepción), excepto si el proponente o el aceptante fallecen o se incapacitan antes de que el proponente conozca la aceptación (sistema de conocimiento). La propuesta puede llegar por cualquier vía o soporte, mientras vaya dirigida al proponente (arts. 1265 y 1268 CC).

³ GAMARRA (1972), pp. 9-47.

Como excepciones a la regla general que prevé el sistema de la recepción, se ubican en el sistema uruguayo dos supuestos que prevén el sistema de conocimiento: la aceptación de la estipulación en beneficio del tercero, donde se establece la imposibilidad de revocar si el tercero «hubiese aceptado y hécholo saber al obligado» (art. 1256) y lo previsto para el contrato de donación en los artículos 1620 y 1621, que prevé que la oferta de donar puede ser revocada hasta que «ha sido aceptada y se ha hecho conocer la aceptación al donante».

El artículo 1262 alude a que debe ser realizada la propuesta con la intención de obligarse, lo que denota un grado de concreción, de forma tal que para que el contrato se perfeccione alcanza que el destinatario diga sí y esta aceptación sea recibida por el proponente. La propuesta es una manifestación de voluntad recepticia de forma que el efecto jurídico sólo se produce cuando el destinatario recibe la declaración de voluntad. También lo es la aceptación, la revocación de la propuesta y la revocación de la aceptación (arts. 1265, 1266 y 1267 CC), todo lo que resulta relevante cuando el intercambio se produce entre ausentes. Esto es importante cuando se intercambian manifestaciones de voluntad contradictorias: el momento de la recepción es el que debe considerarse como relevante. Contemporáneamente, el intercambio epistolar en soporte magnético, sirviéndose de diversas plataformas (mail, *WhatsApp*, *Telegram*, *Messenger*), hace que pueda precisarse sin mayor dificultad el momento en que el respectivo destinatario recibe la manifestación intencional de voluntad de aquel con quien interactúa.

La propuesta u oferta, por tanto, debe ser completa. Se cumple con el requisito de la completitud si se reserva al aceptante la fijación de ciertos aspectos dentro de ciertos límites contenidos en la propuesta. Para determinar si hay completitud, se ha referido a la tipicidad de configuración legal en los contratos recogidos en la ley. La referencia podría extenderse a la tipicidad social para aquellos socialmente típicos, pero no recogidos en un tipo legal, pero lo decisivo es el criterio residual, que consiste en que alcance con que el aceptante comunique un sí y lo reciba el oferente para perfeccionar el contrato. Si en la propuesta se le confiere la precisión de algunos aspectos de las prestaciones que tipifican al contrato, dentro de parámetros preestablecidos por el oferente, cuando comunica que acepta y los fija dentro de esos límites, hay aceptación por cuanto ya en la propuesta se confería esa posibilidad al aceptante y este acepta la propuesta y procede a fijarlos.

En cambio, si el aceptante varía el contenido de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato y la causa entendida como utilidad que se genera a la otra parte, habrá nueva propuesta. Por ejemplo, si el aceptante ofrece pagar menos o pagar en cuotas o condicionar el pago a la verificación de

cierto supuesto de hecho. El artículo 1267 CC, establece que la modificación de la propuesta primitiva importa una nueva propuesta y que se mirará la propuesta como no aceptada, si la otra parte la modificara en cualquier sentido.

En el ámbito del CC, se mantienen enhiestos los desarrollos respecto a la invitación a ofertar, que no constituye una propuesta, y las referencias a que la exhibición de mercaderías o difusión de servicios no la constituye. En el ámbito de la LDC, la exposición de mercaderías u ofrecimiento de servicios constituye una oferta, aunque el artículo 22, A) de dicha norma, permite eximirse de responsabilidad al oferente si no tiene disponibilidad del producto o limitó la oferta y lo informó previamente al consumidor, en el subsistema de defensa del consumidor la información debe ser suficiente, clara y veraz.

Cuando se realizan llamados o invitaciones donde se prevé que podrán variarse condiciones a exclusivo juicio del que lo realiza o similares, o que depende de la aprobación interna de alguien, es quien se presenta a la invitación el que deviene ofertante.

En el ámbito de la LDC debe tenerse presente que conforme al artículo 32, si el proveedor se aparta del comportamiento exigible conforme a la buena fe objetiva en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, es posible para el consumidor a quien se le faltó, resolver el contrato, o incoar la pretensión indemnizatoria autónoma –llamada por los partidarios de la *aestimatio rei* ejecución por equivalente– o pedir la ejecución específica más los daños a que en ese caso hubiere lugar.

La aceptación no se encuentra definida por el CC. Ha sido entendida como una manifestación intencional de voluntad de parte del que recibió la oferta o de su representante, dirigida al proponente, indicándose que se concuerda con su propuesta. El silencio no tiene valor de aceptación en el Derecho Uruguayo; como excepción, el artículo 2059 CC, en sede de mandato, establece que las personas que por su oficio, profesión o modo de vivir se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace y transcurrido en término razonable, su silencio se mirará como aceptación. Aun cuando se excusen del encargo, deberán tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda. En sede de prenda, el artículo 2294, inc. 2.º CC establece valor al silencio del propietario de la cosa prendada, para el caso que alguien que no es el propietario expresa su voluntad y estando delante de ella el dueño «calla y no contradice».

En cuanto a la forma, al igual que para la propuesta, la regla es la consensualidad. La forma es libre. Contemporáneamente, pueden utilizarse dibujos o signos en soporte magnético, como, por ejemplo, un dedo para arriba, salvo en

los contratos solemnes; en los contratos reales, al expresarse la voluntad son aplicables estas consideraciones, sin perjuicio de la entrega de la cosa necesaria para la respectiva tipificación, según se viera en el numeral anterior.

La aceptación también puede ser tácita, iniciándose la ejecución, así en un mandato cuando el mandatario comienza a ejecutar el encargo e informa, por ejemplo, que recibió un mail y da cuenta de lo que ya realizó, se imputa la manifestación de voluntad al titular de la casilla o del número telefónico, titular de las claves respectivas y responsable por su esfera de actuación.

IV. ALGUNOS ASPECTOS DE LA PROPUESTA U OFERTA: CADUCIDAD, RETRACTO, RESERVA

En el presente numeral, se estudian diversos aspectos específicos relacionados con la propuesta u oferta de contratar. En particular, se analizan la caducidad de la oferta, el retracto y la reserva.

1. Caducidad de la oferta

Respecto de los contratos *entre presentes*, el artículo 1263 CC establece que la propuesta verbal debe ser aceptada de inmediato. Si esto no ocurre, la propuesta se extingue salvo que el proponente conceda plazo o se haya establecido un plazo de vigencia de la oferta. Sin embargo, cuando se trata de una oferta escrita entre presentes, la dogmática nacional ha sostenido que la forma escrita hace que, si bien se entrega el documento que sirve de soporte la misma entre presentes, implica el otorgamiento de un plazo prudencial para el análisis.

En los *contratos a distancia*, si la propuesta se emite con plazo y el proponente no recibe la aceptación dentro del plazo, la propuesta se extingue de pleno derecho, sin necesidad de ninguna otra actividad por parte del proponente al vencimiento del plazo, de forma que, si la aceptación llega después, el contrato no se perfecciona.

De acuerdo con lo expuesto supra, la propuesta también se extingue de pleno derecho si el proponente fallece o se incapacita antes de que el proponente conozca la aceptación. En este caso, el Código se aparta del momento de la recepción de la aceptación para considerar perfeccionado el contrato y pasa al momento del conocimiento, así si el proponente recibe el mail aceptando la propuesta, pero no abre la correspondencia electrónica y fallece, el contrato no se habrá perfeccionado pues no llegó a conocerla. La incapacidad implica la demencia o la verificación de

un hecho que haga que el proponente quede imposibilitado con sordomudez, y en ese estado, no pueda darse a entender por escrito o lengua de señas.

Si la propuesta no se emite con plazo, el CC en su artículo 1266, contiene enunciados que dificultan extraer la norma jurídica, por una contradicción entre lo que parece inferirse del inciso 1 respecto a lo indicado en los incisos 2 y 3.

En efecto, el artículo 1266 en sus incisos 2 y 3 CC establece que si las partes viven en la misma ciudad, se considera tardía la aceptación, cuando no se da dentro de las 24 horas; y si habitan en distintas localidades el plazo comprende el que se necesita para la transmisión de la propuesta, y también el que se requiere para transmitir la aceptación, más un plazo uniforme de 30 días, que el código establece para que el destinatario pueda deliberar. El plazo se sitúa entonces en treinta días más el tiempo que tarde en llegar cada una de las manifestaciones de voluntad, contemporáneamente puede ser fracciones de segundos si se remiten en medio magnético.

Sin embargo, el inciso 1 establece que, en caso de propuesta sin plazo en caso de respuesta tardía, «el proponente que se ha comprometido simplemente o sin plazo a esperar contestación, debe participar su cambio de determinación. De otro modo no podrá excepcionarse fundado en la tardanza, contra la validez del contrato».

Así, vencido el plazo, la propuesta sin plazo se mantiene vigente a no ser que se haya comunicado su revocación; de esta forma el proponente tiene el imperativo del propio interés de revocar la propuesta y queda expuesto a que el destinatario acepte en cualquier momento si no la revoca. De esta forma, como señala Mariño López, lo dispuesto en el inciso 1 neutraliza la fuerza jurídica de los indicado en los incisos 2 y 3⁴.

Entonces, la norma que puede extraerse de estos enunciados establece que, en caso de propuesta sin plazo, la misma se entenderá vigente hasta que se comunique su revocación al destinatario.

2. Retracto. Revocación de la oferta

El CC, en su artículo artículo 1262 inc. 1, establece que «no habrá consentimiento obligatorio sin que la propuesta de una parte haya sido aceptada por la otra» y en el artículo 1265 CC se indica que hasta que no se perfecciona el contrato, «está en libertad el proponente de retractar su propuesta», salvo en caso de que se hubiera comprometido a lo contrario. El inciso final del 1265

⁴ MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 580.

CC enfatiza el concepto al aludir a que también el aceptante puede revocar la aceptación, utilizando la expresión «tendrá la misma libertad».

El retracto es una manifestación intencional de voluntad dirigida a dejar sin efecto la propuesta efectuada y puede darse en cualquier momento antes del perfeccionamiento del contrato. En la visión clásica, se distinguía el retracto del retiro material, supuesto este último, por ejemplo, en que se le indicaba al mensajero que no llevara el documento. Hoy día, en materia electrónica, la distinción, requiere análisis adicional, así quien elimina el WhatsApp de forma que el destinatario no lo pueda ver antes de leerlo, revoca la oferta, pues existe una segunda manifestación de voluntad de dejarla sin efecto, pero lo efectiviza mediante un retiro material. En relación con la propuesta, cuando el destinatario de la propuesta no aceptó todavía, el retiro elimina comporta que no hay nada que aceptar; si ya aceptó, la revocación impide la eficacia de la aceptación, esto es, el perfeccionamiento del contrato. El mismo efecto tiene el retiro de la aceptación; cuando el aceptante se arrepiente y la retira antes que llegue a la órbita del proponente. El límite a ambas posibilidades se encuentra en el abuso de esta facultad, el abuso de derecho está previsto en el artículo 1321 CC, excede el objeto del presente analizar en profundidad este aspecto.

En el ámbito de la LDC, la revocación de la oferta se regula en el artículo 12 de dicha ley, estableciéndose que, durante el plazo de vigencia de la oferta, la oferta será revocable. Pero impone que la revocación sea difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer, y siempre que esto ocurra antes que la aceptación haya llegado al oferente; esto sin perjuicio que el oferente pueda asumir el compromiso de no revocar la oferta. Debe tenerse en cuenta que, conforme lo dispuesto en dicho artículo, la oferta dirigida a consumidores determinados o indeterminados, transmitida por cualquier medio de comunicación y que contenga información suficientemente precisa con relación a los productos o servicios ofrecidos, vincula a quien la emite y a aquel que la utiliza de manera expresa por el tiempo que se realice, salvo que el oferente establezca un plazo mayor. Si se difunde durante día inhábil se extiende hasta el primer día hábil posterior al de su realización. Ese mismo artículo establece que la aceptación de la oferta debe ser tempestiva y que la tardía es ineficaz, salvo la facultad del proponente de otorgarle eficacia.

3. Reserva de la oferta

Esta figura, alude a la situación en que por el contenido de la voluntad del proponente en puridad no se está ante una verdadera oferta, sino a un anuncio

de que «me dedico a esto y puede que celebre este tipo de contratos». La figura pasa por insertarse en una construcción del negocio a partir de una presentación, pero que no llega a conformar una oferta. La situación muchas veces es difícil de distinguir de la invitación a ofertar, por cuanto, sea que quien la formula convoque oferentes indicando que se reserva el derecho a no aceptar ninguna oferta, sea que indique que tal producto o servicio lo podrá comercializar a tal precio, pero no a cualquier contratante sino a los que le parezcan apropiados, sea que la celebración del contrato quedará sujeta a la obtención de ciertas aquiescencias de órganos de la persona jurídica o de empleados (vg. factor, consejo directivo, director), la consecuencia es la misma: no se ha emitido una oferta, con la característica de firmeza requerida, de forma que alcance con que quien la recibe acepte y comunique la aceptación. En este sentido, ciertas comunicaciones genéricas en páginas web implican que el interesado, que aprecia lo que allí se indica, genere un proceso de contactos comunicacionales tendientes al perfeccionamiento del contrato.

En el ámbito de la LDC, al pretender formular este tipo de expresiones de voluntad «con reservas», la información proporcionada al proveedor debe ser suficiente clara y veraz (art. 6 literal c) y toda información, aun la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al oferente que ordenó su difusión y a todo aquel que la utilice, e integra el contrato que se celebre con el consumidor, por lo cual, la publicidad integra la oferta. El artículo 22 literal a) LDC declara práctica abusiva la de «negar la provisión de servicios o productos al consumidor, mientras exista disponibilidad... excepto cuando se haya limitado la oferta y lo haya informado previamente al consumidor». Es usual en el país, presenciar publicidades que contienen, cartelera casi imperceptible, donde se precisan las limitaciones de la oferta, o estas son enunciadas *in voce*, con frases pronunciadas a gran velocidad. A su vez en este ámbito, está sometido el proveedor a un riguroso régimen que surge del artículo 32 LDC en cuanto al proceder de buena fe que le es exigible.

V. DOS ASPECTOS SOBRE EL CONSENTIMIENTO

En el presente numeral se estudian dos aspectos de la formación del consentimiento: la denominada regla espejo y el tiempo y lugar en que se entiende perfeccionado el contrato.

1. La regla del espejo

Propuesta y aceptación deben coincidir en cuanto al contenido de las normas jurídicas que la celebración del contrato hará ingresar al sistema. La regla denominada del espejo surge del artículo 1267 CC, que prevé para el caso en que el que recibe la propuesta pretenda otro contenido, modifique lo ofertado en cualquier sentido, se mirará la propuesta como no aceptada. Esto hace que tampoco sea posible aceptar parcialmente, en efecto, esto implicaría una variación en las normas jurídicas que como consecuencia de la celebración del contrato se generarían, quitar algunas estipulaciones es también modificar el contenido de lo que se pretende normar.

De esta forma, se consagra la regla del espejo en el sistema uruguayo. Si bien el legislador ejemplifica en el mismo artículo con un caso de variación de las prestaciones tipificantes del contrato –aumento o disminución de cantidad o precio– de todas formas, más allá del caso específicamente mencionado, el modo radical de enunciar la regla del espejo hace que cualquier variación implique la no aceptación de la propuesta. La flexibilización doctrinaria en cuanto a posibles modificaciones sobre aspectos no centrales o ingresar a analizar a quién beneficia lo estipulado, no es admisible en el sistema uruguayo, donde el límite es el proceder de buena fe, referida en el artículo 1291 CC para la ejecución de los contratos. La noción de buena fe objetiva refiere actualmente a un modelo abstracto de conducta, que convoca, entre otros, los conceptos de lealtad, probidad, honestidad, corrección, escrúpulos, ausencia de fines espurios, cooperación y respeto por aquel con quien se interactúa y genera determinados comportamientos que deben asumirse por los sujetos de derecho. Como corolario decurrente, además, cabe señalar el venir contra los actos propios que generaron confianza en la otra parte, en el caso invocando que un contrato no se habría perfeccionado siendo que por ejemplo se comenzó a ejecutar.

En función de esta regla del espejo, la no aceptación de la propuesta comportada por la modificación del contenido pretendido o la aceptación de algunos términos y el rechazo de otros implica la generación de una nueva propuesta, y si luego quien la recibe, la modifica estará emitiendo una nueva propuesta y así sucesivamente, de modo que las partes van asumiendo el rol de proponente y destinatario de la propuesta una y otra vez, hasta que se brinde un consentimiento sin cortapisa alguna. Estos intercambios comunicacionales constituyen tratativas, las cuales no están reguladas específicamente en el CC uruguayo.

2. Tiempo y lugar en que se entiende formado el consentimiento

Entre contratantes presentes que se encuentren físicamente en el mismo lugar, la manifestación de voluntad que formula uno de ellos es conocida por el otro de inmediato. Lo mismo ocurre cuando están distantes, pero el intercambio es a través de imagen y voz tal como si estuvieran presentes, sirviéndose de una herramienta tecnológica de forma tal que la emisión y recepción están separadas por fracciones de segundos.

Entre ausentes, el artículo 1265 CC edicta que el contrato «se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente»; si propuesta y aceptación fueron epistolares y en medio magnético, cuando el mail del aceptante con el acuerdo a lo ofertado llega a la casilla de correo electrónico o a la de WhatsApp del proponente. Como se señalará antes, esto encuentra algunas excepciones, la de la incapacidad sobrevenida o muerte del proponente, antes de tomar conocimiento de la aceptación vg. no llegó a abrir el WhatsApp que había recibido y falleció en ese caso no se perfecciona el contrato, siguiendo la regla general se habría perfeccionado y las respectivas situaciones jurídicas salvo que del contrato surgieran obligaciones que implican un hacer infungible se transmitirían a sus herederos.

De acuerdo con lo expresado supra, se requiere el conocimiento de la aceptación en la estipulación para otro que deviene irrevocable cuando se conoce la aceptación del beneficiario, y en el contrato de donación. No constituyen manifestaciones de voluntad recepticias y sin embargo ofician como aceptación por imperio de la ley y perfeccionan el contrato de mandato, el silencio –falta de manifestación de voluntad– en caso de que el mandatario se dedique profesionalmente a la actividad objeto del encargo, salvo que comunique que no acepta.

VI. RESPONSABILIDAD POR RETIRO UNILATERAL DE LAS NEGOCIACIONES. SUPUESTO DE HECHO Y DAÑOS INDEMNIZABLES

En el CC uruguayo no se regula específicamente este aspecto. Sin embargo, desde un fallo de la Suprema Corte de Justicia del 9 de marzo de 1977, se ha admitido la convocatoria a responsabilidad por la ruptura de las tratativas en caso de apartamiento del obrar ajustado a la buena fe, sobre la base de la vulneración de la confianza, esto es, un convencimiento, de acuerdo con la ordinaria razonabilidad, en el sentido que el contrato se celebrará, creada en la otra

parte y la corrección y consideración que merece aquel con quien se interactúa. El fundamento normativo se infiere del artículo 1291 CC que la prevé para la etapa contractual y se relaciona con el principio de buena fe.

El daño indemnizable refiere a los gastos en que incurrió quien estaba desarrollando las tratativas, que se relacionan causalmente al comportamiento de la otra parte, que extinguió las tratativas, de forma injustificada. Se ha construido considerando que el sujeto que invoca el daño indemnizable tenía confianza en que razonablemente se celebraría el contrato, el otro puso fin a las tratativas y obturó su celebración de forma injustificada abandonándolas, y ese comportamiento causó daños. Los daños se circunscriben a los gastos en que se incurrió y a la pérdida de la chance.

La falta de un razonable fundamento a la decisión de no contratar, por mero arbitrio, repugna a la buena fe objetiva y así constituye un evento dañoso que genera la obligación de indemnizar. La determinación del apartamiento del obrar de buena fe merece una ponderación caso a caso según la justa causa invocada, así para atribuir responsabilidad civil, no alcanza con que la ruptura de las tratativas cause un daño y este se conecte con ese evento dañoso, sino que, para asignar la obligación de indemnizar en la relación de atribución, debe co-tejarse el comportamiento del sujeto que interrumpió las tratativas y generó el daño con el proceder que conforme a la buena fe objetiva le era exigible.

Como particularidad del sistema uruguayo, Gamarra postuló que la responsabilidad precontractual debía ubicarse en el ámbito de la responsabilidad contractual y no extracontractual. Sostuvo que existe responsabilidad contractual siempre que se incumple cualquier obligación cualquiera sea su fuente, para la doctrina y jurisprudencia hoy en día casi consolidada en nuestro país, la existencia de una obligación o de un deber de conducta previo distinto del de no dañar, determina el ingreso de la hipótesis en el ámbito de la responsabilidad contractual⁵.

En el ámbito de las relaciones de consumo ha sostenido el autor del presente que el artículo 32 de la ley de defensa del consumidor, habilita a éste a reclamar al proveedor, la totalidad de los daños generados en caso de que el mismo se aparte del comportamiento exigible conforme a la buena fe objetiva, durante la etapa precontractual o de perfeccionamiento del contrato⁶.

⁵ GAMARRA (1970), pp. 59-77 y GAMARRA (2005), pp. 11-19, dicha postura ha sido cuestionada por cierto sector de la doctrina indicando que el proceder conforme a la buena fe objetiva técnicamente no constituye una obligación jurídica, sino un deber jurídico, pues carece de patrimonialidad y coercibilidad. RODRIGUEZ RUSSO (2015), p. 929.

⁶ AMORÍN (2004), p. 19-24.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMORÍN PISA, Marcelo. (2004): «Buena Fe y Responsabilidad del Proveedor a propósito de los artículo 32 y 33 de la ley de relaciones de consumo», en *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 1.
- AMORÍN PISA, Marcelo y RIBEIRO SANTIAGO, Mariana (2019): «Estado actual de la cuestión de la causa en el Derecho privado europeo, argentino y uruguayo», en *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 19.
- CAFFERA, Gerardo (2018): *Obligaciones*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- CERRUTI AICARDI, Héctor (1958): *Contratos Civiles*. Montevideo: Ed. Centro de Estudiantes de Notariado.
- GAMARRA, Jorge (1970): *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo: Ed. Amalio Fernández, tomo IX.
- (1972), *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo: Ed. Amalio Fernández, tomo XI.
- (2005): «Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad Precontractual», en *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 2.
- MARIÑO LÓPEZ, Andrés (2021): *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*. Montevideo: La Ley Uruguay, 4.^a edición ampliada.
- RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge (2015), «Contrato y responsabilidad civil. A propósito de la responsabilidad postcontractual y su disciplina jurídica», en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XLV.
- SÁNCHEZ FONTANS, José. (1955): «La teoría del Contrato Real y el CC Uruguayo», en *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, núm. 86, t. XIX.

FORMACIÓN DEL CONTRATO: UNA MIRADA DESDE LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE CONTRATOS*

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI**

ÁLVARO VIDAL OLIVARES***

SUMARIO: I. Sobre la formación del contrato.–II. Responsabilidad precontractual.–
Bibliografía citada.

I. SOBRE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos (en adelante, PLDC o *Principios*) disciplinan la formación del consentimiento en la sección 3 del capítulo 2.

Acaso una primera cuestión que debe celebrarse en la regulación de la formación del consentimiento en los *Principios* es que define tanto a la oferta como a la aceptación¹. La oferta es definida en los siguientes términos, conforme al artículo 15:

* Este trabajo se extrae del libro: DE LA MAZA y VIDAL (2020). Abreviaturas: PICC = Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales; PECL = Principios Europeos de Derecho de Contratos; CISG = Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; DCFR = Marco Común de Referencia.

** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl

*** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor titular de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: alvaro.vidal@pucv.cl.

¹ Esto es una ventaja respecto de los códigos de la región que no lo hacen. Así, por ejemplo, el brasileño, el chileno, el paraguayo y el uruguayo.

«La propuesta de celebrar un contrato constituye oferta si revela la intención del proponente de quedar obligado en caso de aceptación y resulta suficientemente precisa».

La aceptación, en tanto, se define según el artículo 20 como:

«...toda declaración u otra conducta del destinatario que indique conformidad con la oferta».

Lo anterior expone una novedad de los *Principios* en relación con la legislación codificada de la región, que no lo hace, como la brasileña, colombiana, chilena, paraguaya y uruguaya, en que únicamente se regulan los requisitos de la oferta y aceptación, sin entregar una definición². El nuevo Código Civil y Comercial argentino, en tanto, no define la aceptación, pero sí provee de un concepto de oferta en su artículo 972³, que muestra una notoria similitud con el concepto del artículo 15 de los *Principios*.

Un segundo comentario sobre la disciplina de la formación del consentimiento en los *Principios* se refiere a la poderosa influencia que sobre ella ha ejercido la CISG⁴, ya sea respecto de la organización de la Sección 3 —«*Del consentimiento*»—, como acerca de su aproximación sustantiva y las soluciones que ofrece.

Un ejemplo particularmente conspicuo de lo anterior se encuentra en el artículo 25 de los *Principios*, que abandona aquello que se ha denominado *la teoría del espejo*, según la cual la aceptación debe corresponder exactamente a la oferta, en términos que si no sucede de esta manera no se entenderá formado el consentimiento. Con un pragmatismo que no queda sino celebrar, la CISG se alejó de este criterio⁵. De esta manera, su artículo 19 establece que, si la respuesta a la oferta contiene elementos adicionales o diferentes que no alteran sustancialmente sus términos, se considerará como una aceptación. Lo mismo, prácticamente con idéntico lenguaje —aunque conservando la distancia que impone el hecho que la CISG se refiera exclusivamente al contrato de compraventa— establece el artículo 25 de los *Principios*, cuyo tenor es el siguiente:

«(1) La respuesta a una oferta que contenga adiciones, limitaciones o modificaciones constituye una contraoferta.

² Véase, por todos, PIZARRO (2012), pp. 137-138 (Brasil), 202-204 (Chile), 394-395 (Paraguay), 446-447 (Uruguay) y 579-480 (Venezuela).

³ «La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada».

⁴ A este respecto, el profesor Rodrigo Momberg señala: «El concepto es similar a los incluidos en otros instrumentos internacionales, como los artículos 14 (1) CISG, 2.1.2 PICC, 2:201 (1) PECL y II-4:201 DCFR...»; MOMBERG (2018), p. 10.

⁵ También en los PECL: ver artículo 2: 208(2); y en el DCFR, ver artículo II.-4:208.

(2) Sin embargo, si no alteran sustancialmente los términos de la oferta, la respuesta constituye una aceptación y el contrato se entiende perfeccionado con dichas adiciones, limitaciones o modificaciones.

(3) Aunque las limitaciones o modificaciones no alteren sustancialmente los términos de la oferta, la respuesta se entiende como un rechazo si:

(a) La oferta expresamente exige la conformidad total o parcial con los términos propuestos.

(b) El oferente, sin demora, informa al destinatario su disconformidad con los cambios».

No obstante, según creemos, en ciertas materias los *Principios* avanzan respecto de la CISG. Así, por ejemplo, por lo que toca al valor del silencio⁶, su artículo 18(1) dispone que:

«El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación».

Por su parte, el artículo 21 de los *Principios* prescribe:

«El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación, excepto en los casos en que la ley, la voluntad de las partes, los usos y prácticas, o los comportamientos precedentes de las partes, les otorguen tal carácter».

Un tercer comentario general respecto de estas normas se refiere al valor que adquiere la protección de la confianza suscitada por las declaraciones de voluntad, que concurre a temperar el excesivo rigor que puede imponer el voluntarismo jurídico a la disciplina de la formación del consentimiento. Así se explica, por ejemplo, la diferencia entre el retiro y la revocación de la oferta. Es esta diferencia la que nos advierte que aun una oferta irrevocable puede retirarse sin ninguna consecuencia jurídica si es que eso sucede antes que haya llegado al destinatario. Así lo establece el artículo 16(2) de los *Principios*.

La protección de la confianza suscitada por declaraciones de voluntad o conductas se manifiesta de otra manera que queremos destacar. Se trata, esta vez, de la oferta irrevocable. A la regla frecuente en los códigos civiles de la región según la cual la oferta irrevocable asume dicho carácter cuando el oferente se lo ha dado expresamente a su destinatario, o bien ha fijado un plazo, se añade la valiosa disposición contenida en el artículo 18(3) conforme a la cual:

«[La oferta es irrevocable si:] El destinatario hubiera, conforme a la buena fe, podido confiar en su irrevocabilidad».

⁶ MOMBERG (2018), p. 16.

Pues bien, la Sección 3 comienza determinando el momento en que se forma el consentimiento. El artículo 13 de los *Principios* dispone que:

«Salvo acuerdo de las partes o ley en contrario, el contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación produce sus efectos».

Y el artículo 22, en lo relativo a los efectos de la aceptación, expresa que:

«(1) El contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación llega al oferente.

(2) Si la aceptación consiste en una conducta, el perfeccionamiento tendrá lugar desde el momento en que el oferente la conoce.

(3) Si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes han establecido entre ellas, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos desde que dicho acto se ejecuta».

Se trata, sustancialmente, de la misma solución por la que opta el artículo 18 de la CISG⁷.

Con respecto a la forma en que se pueden manifestar las declaraciones de las partes, el artículo 14 dispone que puede ser por declaraciones o conductas.

La primera de las declaraciones es la oferta que, como ya ha sido dicho, es definida por el artículo 15 y, siguiendo una tendencia suficientemente generalizada, establece que la proposición de celebrar un contrato constituye una oferta si revela la intención del proponente de quedar obligado y resulta suficientemente precisa. Sobre esto habrá que advertir que no resulta necesario que el proponente tenga la intención de contratar, sino que, cuestión diversa, la revele. A continuación, conviene señalar que los *Principios* tratan como oferta a aquella dirigida al público en general, siempre y cuando cumpla con los dos requisitos que acaban de apuntarse y, muy probablemente, sujeta a ciertas restricciones, tales como la disponibilidad de *stock* según lo dispuesto en el artículo 2:201 (3) de los PECL. Por otra parte, los *Principios* no contienen una mención a las invitaciones a ofrecer, como es el caso de las licitaciones, ni regulación de otras declaraciones precontractuales, como las cartas de intención o los memorandos de entendimiento.

La oferta, dispone el artículo 16 (1) de los *Principios*, produce efectos desde la llegada a su destinatario, tal y como sucede en el artículo 15 de la CISG. Que la oferta produzca su efecto quiere decir en esta sede que es a partir de ese momento que el destinatario puede aceptarla. Por otra parte, es hasta ese momento que la oferta puede retirarse según lo indica el número (2) de la misma norma.

⁷ En este sentido, MOMBERG (2018), pp. 14-15.

Los artículos 17 y 18 tratan la revocabilidad de la oferta. La oferta puede revocarse hasta que el destinatario haya enviado su aceptación. Se trata de la misma regla del artículo 16 de la CISG y 2:202 de los PECL que sigue el sistema de libre revocabilidad. Las excepciones –es decir, los casos en que la oferta es irrevocable– son tres:

- «(1) El oferente le ha atribuido ese carácter.
- (2) El oferente le ha fijado un plazo para la aceptación, sin reserva expresa de la facultad de revocarla.
- (3) El destinatario hubiera, conforme a la buena fe, podido confiar en su irrevocabilidad».

En estos casos, el oferente se obliga a mantener la oferta, de manera que su revocación ha de considerarse como una falta que determina el surgimiento de responsabilidad extracontractual.

El artículo 19 establece la caducidad de la oferta, aun cuando sea irrevocable. El precepto expresa que:

«La oferta, aun irrevocable, caduca si:

- (1) Fue rechazada por el destinatario. La caducidad opera desde que el rechazo llega al oferente.
- (2) La respuesta del destinatario contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones que alteren sustancialmente los términos de la oferta.
- (3) El oferente fallece o se incapacita antes de la recepción de la aceptación.
- (4) No es aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, en ausencia de plazo, dentro de aquel esperable conforme a la buena fe».

En este precepto, se siguió el artículo 17 de la CISG, sin embargo, se añadieron tres causales de caducidad que ni este ni el artículo 2.1.5 de los PICC contemplan y que sí prevé el artículo 2:102 de los PECL. De esta manera, la oferta no solo caduca desde que su rechazo llega al oferente, como establece el artículo 17 de la CISG, sino que, además, si la respuesta contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones que alteren sustancialmente los términos de la oferta (1); si el oferente fallece o se incapacita antes de la recepción de la aceptación (2); o si no es aceptado dentro del plazo fijado o de uno razonable (3).

La segunda de las grandes declaraciones de voluntad del período precontractual es la aceptación. Como ya ha quedado dicho, los *Principios* la definen en su artículo 20 en los siguientes términos:

«Constituye aceptación toda declaración u otra conducta del destinatario que indique conformidad con la oferta».

El citado precepto se cuida de precisar que la aceptación no solo puede consistir en una declaración, sino también en una conducta –por ejemplo, el envío de los productos o el pago del precio–. Como sea que fuere, en ambos casos debe manifestarse con claridad la intención de quedar vinculado por el contrato. Esto es lo que explica la regla del artículo 21 de los *Principios*, según la cual, por regla general, el silencio no constituye aceptación. Por supuesto, circunstancias excepcionales como comportamientos precedentes de las partes, en virtud de las cuales se espera que el rechazo de la oferta sea explícito, la ley o los usos o prácticas sí pueden darle valor de aceptación.

El contrato –según lo dispone el artículo 22 de los *Principios*– se perfecciona al momento en que la aceptación llega al oferente. La disposición expresa que:

«(1) El contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación llega al oferente.

(2) Si la aceptación consiste en una conducta, el perfeccionamiento tendrá lugar desde el momento en que el oferente la conoce.

(3) Si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes han establecido entre ellas, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos desde que dicho acto se ejecuta».

Los *Principios* recogen la misma solución contenida en el artículo 18(2) de la CISG y 2.1.6 de los PICC: la regla de la recepción. Como ya se ha visto, la aceptación no solo puede consistir en una declaración, sino también en una conducta, en cuyo caso el perfeccionamiento tendrá lugar desde que el oferente la conoce; es hasta ese momento donde procede la revocación de la oferta. Con todo, tratándose de aceptación por conducta –y con el objeto de prevenir el riesgo de la revocación–, es posible establecer, ya sea en la misma oferta o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, que la aceptación surtirá sus efectos desde que el acto se ejecuta, sin necesidad de conocimiento del oferente.

El artículo 23 establece la oportunidad de la aceptación, al disponer que:

«(1) La aceptación, cualquiera sea su forma, produce efectos si llega al oferente dentro del término fijado, y a falta de plazo, dentro del que resulte conforme a la buena fe, atendidas las circunstancias de la negociación y los medios de comunicación empleados por el oferente.

(2) La aceptación de las ofertas verbales debe ser inmediata, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa».

La aceptación, entonces, debe ser tempestiva y, por lo mismo, resulta necesario establecer plazos. El número (1) del precepto se refiere a ofertas

escritas, el número (2) a ofertas verbales. Pues bien, entre ausentes, la primera regla consiste en estar al plazo fijado por el oferente. En segundo lugar, en caso de que dicho plazo no haya sido fijado, deberá estarse a uno razonable según las circunstancias de la negociación y los medios de comunicación empleados. La regla, entonces, prescinde de plazos fijos, reemplazándolos por otros conforme a la buena fe, lapsos que funcionan como un perfecto equivalente al plazo razonable del artículo 18(2) de la CISG y 2.1.7 de los PICC.

Tratándose de la aceptación entre presentes, los *Principios* toman literalmente la regla del artículo 18(2) de la CISG y 2.1.7 de los PICC. Esta regla merece un par de comentarios. El primero de ellos es si aún hace sentido la diferencia entre ofertas escritas y verbales, pues lo cierto es que determinadas tecnologías de la información han hecho que, funcionalmente, no haya mayor diferencia entre una conversación oral y otra escrita. El segundo comentario es que, muy probablemente, la amplitud del número (1) del artículo 23 torne superfluo el número (2), más allá del reconocimiento a una regla que por largo tiempo ha estado en los códigos civiles.

Si la aceptación es tardía, según lo dispone el artículo 24 de los *Principios*, la regla general será que no producirá sus efectos; no obstante, excepcionalmente, los puede producir. El artículo 24 se ocupa de esto y distingue dos situaciones. La primera de ellas es si el oferente, sin demora, hace llegar su conformidad al destinatario. La segunda, si de la comunicación escrita que contiene la aceptación tardía se desprende que debería haber llegado al oferente dentro del plazo. Esta norma de los *Principios* reproduce los artículos 21 de la CISG, 2.1.9 de los PICC⁸ y 2:207 de los PECL⁹. La primera de las excepciones resulta sencilla. Con respecto a la segunda, es necesario recordar que la aceptación produce sus efectos desde que llega al oferente, por lo mismo, puede ser el caso que el destinatario haya tomado todas las providencias necesarias para que llegara a tiempo y, con todo, por cuestiones completamente aje-

⁸ «(1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.

(2) Si la comunicación que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado».

⁹ «(1) A late acceptance is nonetheless effective as an acceptance if without delay the offeror informs the offeree that he treats it as such.

(2) If a letter or other writing containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without delay, the offeror informs the offeree that it considers its offer as having lapsed».

nas a su esfera de control, el medio de comunicación del que, razonablemente se sirvió, funcione anómalamente –por ejemplo, una huelga del servicio postal o de correos–. En este último caso, sin perjuicio del carácter intempestivo de la aceptación, y sin necesidad de que el oferente manifieste su conformidad, la aceptación producirá su efecto.

En fin, el artículo 25 disciplina la conformidad con los términos de la oferta, pero a él ya se ha hecho referencia más arriba. Por su parte, el artículo 26 de los *Principios* dispone que:

«La aceptación puede ser retirada hasta antes de que produzca efectos».

Esta sencilla regla evidencia un cambio relevante, un desplazamiento del énfasis, desde la manifestación de la voluntad, hacia la tutela de la confianza legítima. En efecto, el sistema tradicional asume que el consentimiento se forma con el acto de la aceptación, poniendo, entonces, el acento en la declaración de la voluntad, pues el contrato se formará aun cuando la otra parte desconozca dicha declaración. Así pues, declarada la voluntad no será posible proceder al retiro de la aceptación. En cambio, tratándose del artículo 25 de los *Principios*, el efecto de la aceptación tiene lugar desde su llegada al oferente, según lo prescribe el artículo 23. Antes de eso, cabe presumir que el oferente no ha tenido ninguna noticia acerca de la aceptación. De esta manera, permitir al aceptante retirar su respuesta no lesiona de manera alguna al oferente, pues no hay ninguna confianza que proteger.

II. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Los *Principios* dedican a esta materia sus artículos 10 y 11. El primero de ellos, bajo el nombre de «*Libertad en las negociaciones*», dispone lo siguiente:

«Las partes son libres de negociar el contrato y de retirarse en cualquier momento, pero esto y aquello deben hacerlo conforme a la buena fe».

Por su parte, del artículo 11, «*De los daños en la negociación del contrato*», se lee:

(1) El daño causado por el retiro de las negociaciones contrario a las exigencias de la buena fe debe ser indemnizado.

(2) También es obligado a esta reparación el que inicia una negociación o se mantiene en ella sin ánimo o posibilidad de contratar.

(3) En ningún caso se indemniza la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado».

Un primer comentario se refiere a la ubicación de dichos preceptos. A diferencia de lo que sucede en los PICC o en los PECL, tratándose de los *Principios*, la materia se encuentra tratada antes de las normas sobre la formación del consentimiento, es decir, antes del articulado que disciplina el régimen de la oferta y la aceptación.

Intuitivamente, al menos, parece correcto afirmar que, si no termina por otra razón, el período de negociación del contrato se extiende hasta que este se perfecciona y, por lo mismo, el retiro unilateral puede manifestarse durante todo ese período. Siendo las cosas de esta manera, parecería más adecuado ubicar las normas sobre retiro unilateral con posterioridad a las relativas a la formación del consentimiento, como sucede con los PICC y en los PECL, y no con anterioridad a ellas, como ocurre en los *Principios*. La explicación de esta advertida peculiaridad ubicación parece encontrarse en una cierta comprensión del período de las negociaciones que distingue una primera etapa, que corresponde a las *trataativas preliminares*, a la que le sigue una segunda que comienza con la formulación de la oferta. En este segundo período o etapa, el retiro unilateral se administraría con cargo a las normas de la revocación y caducidad de la oferta.

Aun si esa es la explicación, la distinción debe desecharse. La flexibilidad de las normas sobre retiro unilateral permite aplicarlas en cualquier momento de la negociación, debidamente coordinadas, si así procede con las propias de la oferta y la aceptación. La ubicación de los artículos 10 y 11 de los *Principios* no debe conducir a una conclusión diversa.

El segundo comentario es que, al considerar ambos preceptos, resulta sencillo advertir que, en parte importante al menos, son manifestaciones específicas de la libertad contractual, entendida en sentido negativo. Una libertad que, sin embargo, se desenvuelve en un terreno peculiar en el cual, de una parte, no puede afirmarse la existencia de un contrato, pero, de otra, tampoco parece completamente correcto afirmar que se trata del escenario típico de la responsabilidad extracontractual. En ese terreno, la libertad contractual se encuentra constreñida por las exigencias de la buena fe. Sobre el punto convenirá, en primer lugar, considerar cómo se instancian las exigencias de la buena fe a propósito del retiro unilateral y, en segundo, de qué manera limitan la libertad contractual.

Todo indica que, tratándose del retiro unilateral en los *Principios*, la exigencia que formula la buena fe a las partes consiste en no defraudar la confianza razonable del otro contratante. De esta manera, dos requisitos han de quedar satisfechos. El primero: que una parte confíe en que el contrato se va a perfeccionar, pero no con cualquier confianza, sino con una que resulte razonable

según las circunstancias. La otra condición: que la parte que se retira lo haga sin un motivo justificable. Un buen ejemplo de esto se encuentra en aquellos supuestos en que se ha alcanzado un acuerdo completo y, nada más, resta algún tipo de formalidad exigida por la ley, por las partes, o bien, un caso en el que la misma parte que vende es la que ha concedido un crédito para la compra de la cosa. Por el contrario, Zuloaga entrega dos buenos ejemplos de retiros justificados: el primero es que quien se retira reciba una oferta mejor –y, podríamos agregar, que la parte que no abandona la negociación no esté dispuesta a igualarla–; y el segundo, es algún tipo de conducta desleal por parte de quien no abandona¹⁰.

Por lo que toca a la segunda pregunta, esto es, de qué manera limitan las exigencias de la buena fe la libertad contractual, habrá que comenzar advirtiendo que las consecuencias de un retiro que infrinja las exigencias de la buena fe no involucran ni la obligación de contratar ni la de seguir negociando; se limitan a la obligación de indemnizar. La pregunta, entonces es: ¿qué daños han de indemnizarse? Sobre esto, y a diferencia de lo que sucede con los PICC y los PECL, los *Principios* resultan particularmente claros respecto a lo que no se indemniza. Como se recordará, según lo dispuesto en el artículo 11(3):

«En ningún caso se indemniza la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado».

Sin embargo, no son tan claros respecto a lo que sí se indemniza. Si bien los PICC y los PECL tampoco lo son, resultará útil prestar atención a los Comentarios al artículo 2.1.15 de los PICC, en los que se lee:

«La responsabilidad de una parte por las negociaciones de mala fe se limita a los daños y perjuicios causados a la otra parte (párrafo (2)). En otras palabras, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (la llamada “confiabilidad” [*reliance*] o interés negativo), pero no podrá, en principio, recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo)»¹¹.

¿Qué es, entonces, lo que puede indemnizarse? La respuesta tendrá que ser la siguiente: aquellas partidas indemnizatorias que suelen agruparse bajo la denominación de «*interés negativo*». De esta manera, podrá solicitarse la indemnización de los costos incurridos en la negociación y de aquellos derivados de la pérdida de una oportunidad de haber celebrado un contrato con terceros.

¹⁰ Vid. ZULOAGA (2016), pp. 359-360.

¹¹ UNIDROIT (2016), p. 67.

Finalmente, es preciso señalar que, a diferencia de los *Principios* y los instrumentos de derecho armonizado en general, la regulación sobre el retiro unilateral de las negociaciones en la generalidad de los derechos latinoamericanos es más bien ausente o implícita, reinterpretándose normas que contienen deberes generales de buena fe, como lo es en Brasil, Chile, Uruguay y Venezuela¹². En Colombia, en tanto, se estima que el retiro unilateral queda amparado en el principio general de responsabilidad y buena fe precontractual del artículo 863 del Código de Comercio¹³. Norma de igual estilo se halla en el Código Civil paraguayo, pero que instaura la proyección del principio de buena fe en las negociaciones contractuales civiles, como consta en su artículo 689¹⁴. Por último, el reciente Código Civil y Comercial argentino regula con mayor exactitud, no solo el deber de buena fe en los tratos preliminares, sino además la obligación indemnizatoria que nace por la infracción de este deber, conforme indica el artículo 991, del que se lee:

«Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato».

¹² Así se reconoce en los reportes emitidos por los países latinoamericanos; PIZARRO (2012), pp. 138 (Brasil), 305 (Chile), 498 (Uruguay), y 575 (Venezuela).

¹³ «Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen»; PIZARRO (2012), p. 211.

¹⁴ «En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe»; PIZARRO (2012), p. 395.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro (2020): *Hacia un derecho latinoamericano de los contratos. Los principios latinoamericanos de derecho de contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MOMBERG, Rodrigo (2018): «Formación del contrato bajo los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», en Vidal *et al.* (ed.), *Estudios de Derecho de Contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*. Santiago: Thomson Reuters.
- PIZARRO, Carlos [coord.] (2012): *El derecho de los contratos en Latinoamérica*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, *Foundation pour le Droit Continental*.
- ZULOAGA, Isabel (2015): «Article 2.1.16», en Vogenauer, Stefan (ed.), *Commentaries on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press.
- UNIDROIT (2016): *Comentarios Oficiales a los Principios de Contratos Comerciales Internacionales*.

SEGUNDA PARTE:
Vicios del consentimiento

ARGENTINA

ESTHER H. SILVIA FERRER^{*}
LEONARDO F. FERNÁNDEZ^{**}

SUMARIO: I. Introducción.–II. El error como vicio de la voluntad.–III. El dolo como vicio de la voluntad.–IV. La violencia como vicio de la voluntad.–Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo compondremos una exposición sintética de la cuestión conocida como «vicios de la voluntad» a la luz del Código Civil y Comercial argentino (CCCN).

EL CCCN distingue entre, por un lado, los «vicios de la voluntad» y, por el otro, los «vicios del acto jurídico». Entre los vicios de la voluntad se incluye al error, el dolo y la violencia. Entre los «vicios de los actos jurídicos» la ley enumera a la lesión, la simulación y el fraude. Los primeros han sido regulados entre los artículos 265 a 278; mientras que los segundos en los artículos 332 a 342, en el título IV del libro primero.

El acto voluntario requiere de tres elementos internos: el discernimiento, la intención y la libertad y uno externo, la manifestación de la voluntad por un hecho exterior (confr. art. 260 del CCCN). El vicio del acto voluntario importa

^{*} Doctora en Derecho Universidad de Buenos Aires. Profesora de grado, posgrado y doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

^{**} Abogado Universidad de Buenos Aires. Especialización en Oxford University. Profesor adjunto Universidad de Buenos Aires.

algún defecto tanto de alguno de aquellos elementos internos como de su manifestación, en cuanto afecten al perfeccionamiento del acto, al momento mismo de su otorgamiento. Mientras el error y el dolo afectan al discernimiento o la intención, la violencia vicia la libertad. Por su lado, la total ausencia o falta de discernimiento no se corresponde con un vicio del acto sino a una circunstancia del sujeto que lo otorga y que importa también un defecto del acto voluntario.

Por otra parte, en los vicios propios de los actos jurídicos, no hay incidencia sobre la voluntariedad del acto sino sobre la buena fe y corrección en el comportamiento de su autor, éstos no se presentan en todos los hechos humanos voluntarios sino solamente pueden evidenciarse respecto de los actos jurídicos, en sentido estricto, y son como hemos adelantado, la lesión, la simulación y el fraude¹.

En materia de vicios de la voluntad, nuestro CCCN se ha mantenido dentro de los cánones tradicionales de cuño romanista, recogidos por el Código Civil derogado y el Proyecto de 1998. Esta perspectiva finca en el contrato paritario como instrumento de intercambio de la propiedad entre iguales y, salvo por expresiones aisladas en el ordenamiento², contempla escasamente los vicios en la expresión de la voluntad en casos que trascienden el ámbito contractual, tal el caso de derechos de la personalidad, datos personales, uso de la imagen, disposición del propio cuerpo, entre otros³. En esta misma línea, aún en el campo contractual, el CCCN no ha incorporado expresamente otros vicios, de consideración ulterior en el derecho comparado, tal el caso del «es-

¹ RIVERA y CROVI (2016).

² *Vid.* sin pretensión de exhaustividad (i) artículo 26 del CCCN, sobre consentimiento para tratamientos invasivos en menores de edad, (ii) artículo 55 del CCCN sobre disposición de derechos personalísimos, (iii) artículo 56 del CCCN sobre actos de disposición del propio cuerpo, (iv) artículo 58 inciso f sobre el consentimiento para la realización de prácticas de investigación en seres humanos, (v) artículo 59 del CCCN sobre consentimiento informado respecto a actos médicos, (vi) artículo 60 del CCCN respecto a directivas médicas anticipadas, (vii) artículo 318 del CCCN sobre consentimiento para la utilización como prueba de correspondencia confidencial, (viii) artículo 370 del CCCN sobre ratificación, (ix) artículo 483 inciso a respecto de actos realizados por alguno de los ex cónyuges durante el estado de indivisión post comunitaria, (x) artículos 560 ss. sobre reglas de prestación del consentimiento en prácticas de fecundación asistida; (xi) artículos 570 CCCN y concordantes respecto al consentimiento en el marco de la determinación de la filiación extramatrimonial, (xii) artículos 595 inciso f y 617 del CCCN sobre expresión del consentimiento del menor en casos de adopción; (xiii) artículos 644 ss. del CCCN sobre responsabilidad parental; (xiv) artículo 682 del CCCN sobre contratos de servicios consentidos por menores mayores de 16 años; (xv) artículo 900 sobre consentimiento del acreedor para la imputación del pago (xvi) artículos 936 y 937 acerca del consentimiento en la novación; (xvii) artículo 1720 del CCCN sobre consentimiento del damnificado en materia de daños; (xviii) artículo 1954 del CCCN sobre prestación del consentimiento por el propietario de un fundo para la búsqueda en el de un tesoro; (xix) artículos 2045 y 2051 del CCCN sobre prestación del consentimiento de los propietarios en materia de propiedad horizontal (xix) artículo 2090 del CCCN sobre prestación del consentimiento en materia de tiempo compartido; (xx) artículo 2090 del CCCN sobre prestación del consentimiento en materia de superficie y artículos 2207 y 2226 del CCCN en materia de hipoteca y prenda; (xxi) artículos 2225, 2227 y concordantes del CCCN en materia de consentimiento durante el estado de indivisión hereditaria; (xxii) artículo 2477 sobre consentimiento del testador; entre otros.

³ MOREA (2013), pp. 3 ss; CORTÉS (2015).

tado de peligro»⁴, el «estado de necesidad»⁵ o la «sorpresa»⁶, situaciones que sin embargo pueden configurarse entre nosotros especialmente en el marco de relaciones de consumo o de adhesión⁷. En cuanto al problema del «abuso de posición dominante», si bien la figura era ya conocida en el marco de la normativa de defensa de la competencia⁸, la figura ha sido expresamente reconocida en el artículo 11 del CCCN, aunque en principio no se tramita, técnicamente, como vicio del consentimiento⁹.

Sin embargo, y pese a este tratamiento más bien tradicional de los vicios de la voluntad en el CCCN, su aplicación concreta no puede venir desapegada de los cambios del contexto normativo en materia de innovaciones en materia de conclusión de los negocios jurídicos por medios tecnológicamente avanzados, contratos asimétricos [de consumo y por adhesión a condiciones generales predispuestas], la tutela de la confianza y deberes generales precontractuales de información.

A continuación, analizaremos los vicios de la voluntad legislados en el CCCN y a los que hemos hecho referencia, así como las consecuencias jurídicas que los mismos producen.

II. EL ERROR COMO VICIO DE LA VOLUNTAD

El artículo 265 del CCCN regula el error de hecho, estableciendo que «... el error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad».

El artículo en análisis encuentra fuente en el artículo 1248 del *Codice Civile* italiano de 1942. Como hemos dicho, este vicio de los actos voluntarios afecta el discernimiento y la intención y causa la nulidad del acto.

En relación a su conceptualización, podemos señalar que el error resulta de una falsa representación psicológica de la realidad: aquello que el sujeto considera como cierto, efectivo o verdadero, en la realidad no lo es. En el error, la

⁴ Bajo el derecho argentino podría, en ciertos casos de excesiva desproporción de las prestaciones resultante de un aprovechamiento, encauzarse bajo la figura de la «lesión» del artículo 332 del CCCN.

⁵ *Vid.* nota anterior.

⁶ El CCCN trata la «sorpresa» como cláusula abusiva en el contexto de contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas o de consumo. Confr. Artículos 988, 1117 y concordantes del CCCN.

⁷ GIORGIANNI (1989).

⁸ *Vid.* ley núm. 27.442 y su antecesora núm. 25.156.

⁹ Comp. con la violencia por abuso del estado de dependencia del artículo 1143 del *Code Civil* francés según la redacción de la *Ordonnance* del 10 de febrero de 2016.

falsedad de la representación constituye el factor determinante del contenido de la voluntad manifestada. Como lo sintetizan Enneccerus, Kipp y Wolff, el error implica una divergencia inconsciente entre la voluntad y su manifestación¹⁰.

El actual CCCN ha eliminado la distinción ontológica entre el «error» y la «ignorancia» [entendida esta última no ya como el falso conocimiento sino como la ausencia de conocimiento], dado que, siguiendo a la doctrina más autorizada bajo el Código Civil derogado [v.g. Llambías, Borda], ambas situaciones se encuentran comprendidas en el concepto jurídico de error y perfectamente equiparadas.

El error puede recaer sobre un hecho o sobre su existencia, en cuyo caso se ha de hablar de error de hecho; o puede serlo sobre una norma jurídica, alcance, vigencia o su interpretación; en cuyo caso nos hallaremos frente a un error de derecho.

En principio, error de derecho no resulta susceptible de producir la nulidad del acto, dado que, conforme lo dispuesto por el artículo 8 del CCCN, «...la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico». A este respecto, en los fundamentos del CCCN, se ha indicado que se propone «mantener el principio básico del sistema que consiste en que la ley se presume conocida», pero se agrega allí que «resta considerar la situación de los sectores vulnerables por su situación social, económica o cultural, en los que, muchas veces, resulta justificable eximirlos del conocimiento presuntivo de la ley supletoria. Sin embargo, la Comisión considera que una regla general de este tipo en el título preliminar podría tener una expansión muy amplia en su aplicación que podría deteriorar seriamente el presupuesto básico. Por otra parte, no se advierten casos que no puedan ser solucionados por medio de las diversas normas que existen en el sistema para la tutela de los vulnerables»¹¹.

En el presente, salvo expresión en contrario, nos estaremos refiriendo al error de hecho.

Como anticipamos, el vicio de error importa tanto 1.º algún defecto en el discernimiento o la intención [elementos internos de la voluntad] como 2.º en su manifestación [o declaración]. En este último caso el vicio afecta a la manifestación, pues se declaró algo que no se correspondía con la voluntad del declarante. En el primero, al contrario, la declaración reproduce exactamente la voluntad, pero esta última se ha formado a partir de presupuestos que llevaron a una resolución que, aunque expresada correctamente, contiene una idea erra-

¹⁰ ENNECCERUS-WOLFF (1943), pp. 191 ss.

¹¹ Sobre los casos de posible invocación del error de derecho bajo el Código Civil, *vid.* ABELENDA (1980), pp. 308-309, vol. II.

da respecto de una circunstancia decisiva para ella¹². A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos¹³, bajo el CCCN, las disposiciones acerca del error en el contenido del acto aplican al error en la declaración o manifestación (confr. art. 270 del CCCN)¹⁴.

Para que el error de hecho sea susceptible de causar la nulidad del acto, se requiere que sea «esencial», es decir debe recaer sobre algún elemento de hecho, contenido o presupuesto del mismo. Asimismo, debe afectar el proceso de formación interna de la voluntad, debe tratarse en tanto, del móvil o causa determinante del acto. El artículo 267 del CCCN enumera los supuestos de errores esenciales, que veremos más adelante.

Por otra parte, el artículo 265 requiere que, para ser susceptible de ser anulado el acto por error, se requiere que además de esencial sea «reconocible».

El artículo 266 caracteriza al error reconocible, expresando que «el error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar». Se trata pues de que el destinatario de la manifestación de voluntad, actuando con la diligencia normal, habría debido advertir el error en que incurría la contraparte. Sin embargo, como indican Saco y de Nova: «La reconocibilidad no debe ser confundida con la evidencia: si la equivocación es evidente y el significado no puede ser reconstruido sino en el sentido querido por el declarante, no hay error en sentido jurídico, sino una declaración idónea para revelar inequívocamente la voluntad de quien la ha emitido»¹⁵.

El requisito de la reconocibilidad del vicio de error aplica pues, a los actos bilaterales o unilaterales recepticios, como indica el artículo 265 del CCCN. Claro pues debe tratarse de un vicio existente al momento de la celebración del acto, que no se presume y, por lo tanto, debe ser probado por la parte que invoca el error¹⁶.

En tanto, como adelantamos, el artículo 267 del CCCN enumera los supuestos de error esencial estableciendo que «...el error de hecho es esencial cuando recae sobre: a) la naturaleza del acto; b) un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida; c) la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso; d) los motivos personales relevantes que hayan sido incorpo-

¹² VON TUHR (1947), pp. 255-256.

¹³ VON TUHR (1947).

¹⁴ GIORGIANNI (1988), p. 1054.

¹⁵ SACCO y DE NOVA (1987), p. 405.

¹⁶ BENAVENTE (2015), p. 49.

rados expresa o tácitamente; e) la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración». Autorizada doctrina coincide en sostener que la enumeración de casos de error esencial del artículo no es taxativa, aunque la extensión a casos no enunciados de similar importancia deberá hacerse con suma prudencia ante todo en casos en que podría resultar resentido la confianza en que se funda el tráfico jurídico¹⁷.

El error sobre la «naturaleza del acto» [inciso a)] concierne a la cualidad o propiedad que el ordenamiento le atribuye al mismo y que se manifiesta en los específicos efectos jurídicos que se le adjudican (error *in negotio*). Es el caso en que una parte entiende vender y la otra recibir en arrendamiento; o en que alguien da una suma en mutuo que la otra recibe a título de donación.

El error sobre la «identidad del objeto» [inciso b)] aparece legalmente definido cuando recae sobre «un bien o hecho diverso o de distinta especie [...] o una calidad, extensión o suma diversa a la querida». Es el caso en que una parte entiende vender una vaca y la otra comprar un caballo; o en que alguien entiende vender 50 toneladas de trigo y la otra comprar 500 toneladas del mismo cereal.

El error sobre la «cualidad substancial» del bien que haya sido determinante de la voluntad [inciso c)] se refiere 1.º a la cualidad substancial [no accidental] y a la vez móvil determinante de la voluntad al celebrar el acto; 2.º ambos extremos [sustancialidad y determinación] se deben ponderar según la «apreciación común» o «las circunstancias del caso»; y 3.º aplica a las cualidades no solo de las cosas sino también servicios. Es el caso en que alguien entiende comprar un objeto de plata y no lo es; o se adquiere un cuadro auténtico de un pintor célebre y se trata de una copia; o se trata de la compra de «un terreno creyendo que se encuentra sujeto a un plan general del ordenamiento urbano que lo había calificado como suelo utilizable cuando no es así»¹⁸.

El error sobre los «motivos personales relevantes» [inciso d)] aplica solo cuando éstos hubieran «sido incorporados expresa o tácitamente» al acto. Esta disposición es consecuencia de la postura causalista de nuestra legislación, conforme a la cual, y de acuerdo a lo que dispone el artículo 281 del CCCN, la causa final es elemento esencial del negocio jurídico. El citado artículo define a la causa como «el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes».

¹⁷ TOBÍAS (2016), p. 246. En contra, sosteniendo la taxatividad RIVERA y MEDINA (2015).

¹⁸ Ejemplo de GALGANO, citado por TOBÍAS (2016), p. 267.

Finalmente, el error «sobre la persona» [inciso e)] con la cual se forma la relación jurídica solo es relevante cuando ella hubiera sido «determinante» para la celebración del negocio. Se trata del caso en que las cualidades personales forman parte del móvil que impulsó a la parte a contratar, lo que puede darse en ciertos contratos de obra. La jurisprudencia ha negado que la solvencia de la contraparte constituya una «cualidad personal» a los fines de la invocación de error en la persona.

El artículo 268 del CCCN regula acerca del error de cálculo, expresando que el mismo «no da lugar a la nulidad del acto, sino solamente a su rectificación, excepto que sea determinante del consentimiento». La primera parte del artículo hace referencia al error material de cálculo o aritmético, que no genera la nulidad del acto sino su subsanación, asumiendo que el error no ha sido causa determinante de la voluntad. Sin embargo, cuando el error de cálculo se traduce en un error sobre la cantidad, puede ser determinante de la voluntad y, por lo tanto, viciar la misma, dando lugar a su nulidad cuando se reúnan los demás requisitos para dicha sanción.

Por su parte el artículo 269 del CCCN establece una norma que persigue la subsistencia del acto jurídico viciado de error al disponer que «la parte que incurre en error no puede solicitar la nulidad del acto, si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrar». El artículo encuentra base en el artículo 1432 del *Codice Civile* italiano y tiene fundamento en el principio de la buena fe y la conservación del acto y otorga preeminencia a la voluntad real respecto a la voluntad declarada, dado que permite la ejecución del acto tal como ha sido comprendido por quien ha errado si su contraparte lo acepta.

Como hemos anticipado, el error en la declaración ha sido receptado en el artículo 270 del CCCN en tanto regula que «las disposiciones de los artículos de este Capítulo son aplicables al error en la declaración de voluntad y en su transmisión». Este supuesto que no se encontraba contemplado en el Código Civil, refiere a un verdadero error impropio, que puede afectar tanto a los actos unilaterales como a los bilaterales; pero que se caracteriza porque no importa una verdadera afectación interna de la voluntad del declarante, sino por el contrario, el error proviene de la declaración y puede partir del error de declaración del declarante o de un tercero. En cuyo caso se aplicarán las normas sobre el error.

El vicio de error como hemos adelantado afecta a la voluntad del acto, por lo que cuando se cumple con los requisitos indicados los actos son susceptibles de ser declarados nulos de nulidad relativa; por lo cual el acto es confirmable (art. 393 CCCN) y rige el plazo de prescripción bianual de los artículos 2562 inc. a), 2563 inc. a) del CCCN.

III. EL DOLO COMO VICIO DE LA VOLUNTAD

El dolo como vicio de la voluntad está conceptualizado en el artículo 271 del CCCN [norma que encuentra su antecedente en lo que disponían los artículos 931 y 933 del Código Civil derogado]. El citado artículo establece que la «acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto». La misma disposición añade, en su segunda parte a «la omisión dolosa», indicando que ésta «causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación».

El dolo vicio resulta caracterizado entonces por el engaño [causado por acción o reticencia (omisión dolosa)] empleado por una persona para que otra u otras celebren un acto o negocio jurídico que no realizaría, o realizaría en otras condiciones, si conociera la verdad. Un enfoque tradicional configuraba al dolo como una suerte de vicio error no espontáneo sino inducido por la contraparte o por un tercero¹⁹. Sin embargo, la amplitud de la definición legal nos remite a casos que pueden caer fuera del estrecho marco del error [v.g. casos de error no esencial o no reconocible]²⁰. Como lo sostiene Tobías, «si bien por lo general la maquinación dolosa tendrá por efecto la producción de una falsa representación en la víctima, ello no se producirá necesariamente en todos los casos, La maquinación, en efecto, puede afectar en ocasiones zonas contiguas a la intención, como la libertad de quien emite la declaración, sin que se presenten los presupuestos de la intimidación»²¹.

Por lo tanto, será suficiente para que exista dolo la inducción, por acción u omisión, a la celebración del negocio mediante maniobras idóneas que incidan sobre la formación de la voluntad de la víctima, viciándola. De este modo, el acto mismo o su contenido queda configurado en condiciones en que nunca se habrían celebrado de no haber mediado la inducción dolosa.

En el caso de la acción dolosa se trata claramente de toda clase de engaños o maniobras positivas, deshonestas y con intención de engañar (aunque no hace falta la intención de dañar). En tanto que la omisión dolosa proviene de la falta o reticencia de información a fin de torcer la voluntad del destinatario del engaño para que celebre el acto o negocio jurídico [la legislación derogada lo definía como la «ocultación de lo verdadero»]²².

¹⁹ ABELENDA (1980), p. 311.

²⁰ SANTORO PASSARELLI (1965), p. 198.

²¹ TOBIÁS (2016) p. 293, texto y nota (28) con cita de COLIN y CAPITANT.

²² ABELENDA (1980), p. 311.

Si bien la reticencia dolosa está largamente aceptada entre nosotros, el problema crítico consiste en determinar cuándo, en ausencia de una norma legal que establezca un deber de informar, el silencio o reserva constituye 1.º una conducta legítima [correspondiendo a la otra parte la carga de informarse (principio de *caveat emptor*)], o 2.º un incumplimiento al deber precontractual de informar, actualmente contemplado en los términos del artículo 991 del CCCN (con efectos puramente resarcitorios) y cuándo alcanza al nivel de reticencia dolosa, susceptible de provocar la nulidad del acto²³.

El dolo vicio no solo puede afectar a los actos bilaterales sino también a los negocios unilaterales y como hemos dicho a actos mixtos²⁴ y, al igual que en el caso de la violencia o temor, el afectado es víctima de un ilícito intencional de un acto ajeno.

Resulta de capital importancia distinguir entre el dolo esencial y el dolo incidental; porque derivan consecuencias jurídicas diversas entre uno y del otro: el dolo esencial habilita la sanción de nulidad del acto, en tanto que el dolo incidente no afecta la validez, sino que únicamente es sancionado con la responsabilidad del agente del daño. Fundamentalmente se distinguen por la habilidad del dolo para causar el consentimiento de la celebración del acto o no, según sea esencial o incidental²⁵.

El artículo 272 del CCCN establece los requisitos del dolo esencial al establecer que «el dolo es esencial y causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha habido dolo de ambas partes».

El dolo es «grave» cuando la maquinación o engaño [considerado objetivamente y en sí mismo] tenga la entidad suficiente para vencer las defensas naturales de la víctima y hacer que ella celebre el acto en virtud de la existencia de ellos²⁶. La gravedad debe evaluarse en el contexto de circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar y especialmente a la luz de las normas protectorias de los consumidores. Estas variables dificultan la evaluación, pero permiten darle viso de idoneidad para configurar la afectación de la voluntad viciada.

El dolo es «determinante» de la voluntad de la víctima del dolo, cuando es causante del acto que se ha celebrado: es decir sin su existencia el negocio 1.º no se hubiera celebrado, o 2.º se hubiera celebrado, pero en otros térmi-

²³ Comp. SANTORO PASSARELLI (1968), p. 200. TOBÍAS (2016), pp. 302 ss. Para la configuración de la reticencia dolosa bajo la legislación derogada, la doctrina tradicional exigía la existencia de una «ley que impone a una persona el deber de hablar con claridad frente a la cual el sujeto callara». ABELENDA (1980), p. 312.

²⁴ Vid. cap. I retro, texto y nota (5).

²⁵ SANTORO PASSARELLI (1965), p. 199.

²⁶ TOBÍAS (2016) p. 305; ABELENDA (1980) pp. 312-3, texto y nota 99.

nos. Se trata pues de la relación de «causalidad» entre el engaño y su incidencia determinante de la voluntad²⁷.

Asimismo, el dolo para ser esencial se requiere que cause un «daño importante», por lo que un daño insignificante no ha de generar la nulidad del acto, consecuencia lógica del principio de conservación del acto. Como lo sostenía ya autorizada doctrina, el daño puede ser patrimonial pero asimismo extrapatrimonial²⁸.

Por último, no debe haber dolo de ambas partes, es decir no debe ser «recíproco», esto es justamente pues ambos otorgantes han engañado y resultado también engañados, por lo que no podrán alegar la nulidad del acto por dolo. Ha dicho Borda que, «quien juega sucio, no tiene derecho a exigir un juego limpio»²⁹. Ello resulta también una derivación del principio de la buena fe que debe primar en todas las relaciones jurídicas³⁰.

Decíamos que del dolo esencial se deriva el vicio de la voluntad que origina la facultad de solicitar la nulidad del acto viciado. Dicha nulidad es relativa; por lo cual el acto es confirmable (art. 393 CCCN) y rige el plazo de prescripción bianual de los [arts. 2562 inc. a), 2563 inc. a) del CCCN].

El artículo 273 del CCCN dispone que, cuando el dolo no fuera esencial, en los términos de lo que viene de decirse, será «incidental», esto es: el negocio jurídico se hubiera celebrado, pero en otros términos. En estos casos, el remedio no es nulidad sino un reclamo resarcitorio, cualquiera fuera su importancia.

En relación a los requisitos del dolo incidental para que proceda la indemnización de daños y perjuicios, la doctrina mayoritaria ha comprendido que una maniobra burda puede configurar un supuesto de dolo incidental que importe el deber de reparar siempre y cuando haya tenido en mira la causación de daño. Por lo que concluyen que los únicos requisitos para la procedencia de la acción indemnizatoria frente al dolo incidental son que haya existido dolo (sin que fuere determinante e independientemente de la gravedad); que haya provocado un daño (independientemente de la gravedad) y que no haya mediado dolo de ambas partes.

Por su parte el artículo 274 del CCCN habilita la aplicación del instituto del dolo sea esencial o incidental cuando provenga de alguna de las partes del acto o de un tercero, con conocimiento de la parte; al establecer que «El autor del dolo esencial y del dolo incidental puede ser una de las partes del acto o un tercero».

²⁷ ABELENDA (1980), p. 315.

²⁸ SPOTA (1957), pp. 599-601.

²⁹ BORDA (2013), p. 332.

³⁰ ABELENDA (1980), pp. 314-5, SPOTA (1957), pp. 601-3.

Por su parte el artículo 275 del CCCN establece en relación a la responsabilidad por los daños causados que «el autor del dolo esencial o incidental debe reparar el daño causado. Responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo del tercero».

En relación a la prueba del dolo tanto para la acción de nulidad como para la indemnizatoria, en los casos en que procede, corresponde a quien alega la existencia del mismo tanto por vía de acción o de excepción.

IV. LA VIOLENCIA COMO VICIO DE LA VOLUNTAD

La violencia como vicio de la voluntad, como adelantamos, afecta a la libertad del sujeto para concertar el acto o negocio jurídico³¹.

Así pues, el artículo 276 del CCCN recepta las dos formas tradicionalmente reconocidas de manifestación de la genérica violencia antes contempladas en los artículos 936 y 937 del Código Civil derogado, esto es: la fuerza irresistible y las amenazas [lo que incluye lo que otros sistemas conocen como intimidación] (con sus elementos externo, «amenaza» e interno, «temor»). Dicho artículo 276 del CCCN dispone que «la fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto».

La fuerza irresistible (*vis absoluta*) es conocida como violencia física, constitutiva de una fuerza de tal magnitud que el sujeto pasivo de la violencia haya debido concertar el acto sin poder decidir al respecto en virtud del ejercicio coactivo. Se configura una verdadera situación de pasividad por parte de la víctima de la violencia que lo convierte en mero instrumento pasivo de quien ejerce la fuerza³².

Ha dicho Brebbia que «la fuerza destruye por completo la voluntad del sujeto coaccionado; en este caso no existe en la víctima voluntad de la manifestación ni tampoco voluntad del contenido de la manifestación»³³.

De manera análoga al dolo-vicio, para que la fuerza física se constituya en causal de nulidad del acto o negocio jurídico se requiere que sea causal determinante de la celebración del mismo. Asimismo, se requiere para producir tal consecuencia jurídica que sea irresistible, es decir insusceptible de evitar o contrarrestar.

³¹ ABELEDA (1980), p. 317.

³² ABELEDA (1980), p. 319.

³³ BREBBIA (1979), p. 435.

Por otra parte, las amenazas o violencia moral se configuran por coerción o intimidación. Como el código expresa se trata de aquellas amenazas «que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero». La norma recoge los tres presupuestos que en el derecho continental se reúnen bajo el concepto de «intimidación»: el perjuicio (o mal) debe no poder evitarse (inminencia y ausencia de alternativa razonable) y debe ser importante (gravedad).

En tanto que la segunda parte del artículo 276 del CCCN expresa que «la relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso».

En el caso de la intimidación, las amenazas inciden en el ánimo del sujeto que teme sufrir un mal injusto que, no lo convierte en mero objeto del acto sino que tiene una limitación en la aptitud para elegir, entre el mal al que teme y la realización del acto³⁴; de allí que el artículo 276 del CCCN impone con claridad la requerida relevancia de las amenazas (idoneidad del mal al amenazado para intimidar a la persona) que tendrán en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso.

Por lo que las amenazas, si bien podrían ser expresas o tácitas, deben ser concretas y con el fin de infundir temor en la persona o bienes, como también causa determinante del acto y antijurídicas (contrarias al ordenamiento jurídico en su totalidad) para originar la nulidad del acto.

Se ha discutido en doctrina³⁵ si las amenazas generalizadas, consecuencia de un ambiente propicio para coaccionar (dictaduras, ocupación enemiga, persecución de minorías, guerra civil, entre otros), pueden dar lugar a que una persona se sienta intimidada y celebre actos que de otro modo no hubiera llevado a cabo. Por nuestra parte creemos que el Código nos da una pauta a seguir a través de su artículo 276, por lo que habrá que juzgar la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso en concreto³⁶.

³⁴ Como lo sostiene ABELENDA (1980): «El intimidado conserva, pues, su libertad física y moral, pero, como se lo coloca injustamente en la necesidad de resolverse, entre dos males (realizar el acto perjudicial o correr el riesgo de sufrir el mal mayor grave e inminente con que se lo amenaza), la ley otorga el derecho a impugnar el acto jurídico y pedir la anulación de él y si no se trata de acto jurídico eximirse de responsabilidad» (p. 320).

³⁵ BREBBIA (1979), p. 454; PRIETO MOLINERO (2014), p. 634.

³⁶ GORLA (1955): «... No he encontrado un término más adecuado para designar el método que estudia los problemas del Derecho en el caso concreto. Se trata de hacer o reproducir en nuestra mente, y especialmente en la del estudiante, el proceso mental que conduce a jueces y legisladores (también éstos proceden por esta vía, quizá por lentos e inconscientes sedimentaciones de casos concretos) a formular abstracciones de reglas y de principios para descender de nuevo, en un cambio o círculo continuo, al problema del caso concreto. Se trata de ver como las reglas y los principios, es decir, los hombres que utilizan unos y otros, se acomodan, se adaptan, se modifican frente a este problema que no es sino el problema de la justicia, históricamente condicionada...».

El problema relativo a la «injusticia» de las amenazas encuentra respuestas diversas en el derecho comparado. En muchos sistemas se aclara que el ejercicio regular de un derecho no puede ser considerado como intimidación [vid. artículo 1141 del *Code Civil* francés o 1438 del *Codice Civile* italiano]. Entre nosotros, a diferencia de lo que disponía el Código Civil derogado, el CCCN ha optado no incluir expresamente la injusticia de las amenazas, no obstante lo cual este recaudo suele ser exigido por la doctrina.

Las amenazas pueden ir dirigidas contra la persona del cocontratante o sus allegados, como así también contra sus intereses económicos. Un problema particular que suele verse en el derecho comparado viene dado por la tendencia a «tipificar» y regular ciertos casos de «coacción económica» (*economy duress*)³⁷ que entre nosotros debería encuadrarse dentro de la regulación general del CCCN que comentamos.

Los casos de aprovechamiento abusivo de la situación de la contraparte (*undue influence*) o aún inequivalencia del poder de negociación (*inequality of bargaining power*) no suelen configurar casos de violencia o intimidación ni tampoco configuran un vicio de la voluntad independiente en nuestro derecho. Estas situaciones podrían si encuadrar como casos de «lesión» (art. 332 del CCCN) o «abuso de posición dominante» (art. 11 del CCCN).

Configurada la intimidación, la consecuencia es la nulidad del acto, se trata de una nulidad relativa, al igual que en el error esencial y el dolo. La parte violentada puede ofrecer todo tipo de prueba, tanto sea que la haya ejercido la otra parte o un tercero. La prescripción es de dos años (arts. 2562 y 2563 inc. a). También la responsabilidad por daños. (art. 278) que analizaremos.

En relación a los sujetos que pueden ejercer la violencia o moral establecida, y al igual que en el dolo vicio, el artículo 277 del CCCN dispone que, «... el autor de la fuerza irresistible y de las amenazas puede ser una de las partes del acto o un tercero», en ambos casos cumplidos los recaudos previstos por la ley el acto será susceptible de ser anulado. Ello independientemente que la otra parte conozca la violencia ejercida por el tercero, ello pues el vicio ha existido de todos modos³⁸.

Respecto a la responsabilidad por los daños causados, el artículo 278 del CCCN establece que, «el autor debe reparar los daños. Responde solidaria-

³⁷ BEALE (2012), p. 678. Podría ser el caso de advertencia sobre cortes de suministros de bienes o servicios esenciales para el proceso productivo de la contraparte.

³⁸ BREBBIA, (1979), p. 462 quien expresa citando a SALVAT y LÓPEZ OLACIREGUI que «si la violencia física o intimidación empleadas por un tercero no anulasen el acto, en la práctica, la persona violentada no podría casi nunca obtener la invalidez del acto realizado sin libertad, pues lo más probable sería que el otro contratante no ejerciera la violencia por sí mismo sino a través de un extraño, para que el acto quedara firme aún cuando se demostrara la existencia del vicio». ABELEDA, (1980), p. 324.

mente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento de la fuerza irresistible o de las amenazas del tercero».

Claramente la responsabilidad por daños a la víctima recae sobre el autor del daño, pero la parte que tuvo conocimiento del mismo al tiempo de la celebración responde solidariamente.

Dicha responsabilidad resulta posible aun cuando no sea susceptible de generar la nulidad del acto, es decir cuando no cumpla todos los recaudos exigidos por la ley, se trate pues de una violencia incidental, al igual que el dolo incidental³⁹.

³⁹ CERUTTI (2016).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELEND, Augusto (1980): *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1.ª edición.
- BEALE, Hugh (2012): *Chitty on Contracts*. Londres: Editorial Sweet and Maxwell London.
- BENAVENTE, María (2015): *Código Civil y Comercial comentado*, dirigido por Ricardo L. Lorenzetti. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- BORDA, Guillermo (2013): *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Buenos Aires: La Ley, tomo II.
- BUERES, Alberto (2015): «El vicio de error y los requisitos de excusabilidad y reconocibilidad», en *Los vicios de la voluntad, Instituto de Derecho Civil, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, serie IV, núm. 10.
- BREBBIA, Roberto (1979): *Hechos y Actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, vol. VI.
- CERUTTI, María del Carmen (2016): «Código Civil y Comercial de la Nación y Normas complementarias»; en Alberto Bueres y Rubén Compagnucci de Caso (dirs.). Buenos Aires: editorial Hammurabi, 1.ª edición.
- CORTÉS, Edgar (2015): «Los vicios del consentimiento. ¿Nuevos tipos? ¿Nuevos remedios?» en *Estudios de derecho privado en Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters.
- ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin (1976): *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Editorial Bosch.
- GIORGIANNI, Michele (1989), voz «Volontà (dir. priv.)» en *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Editorial Giuffré.
- GORLA, Gino (1955): *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Barcelona: Bosch.
- MOREA, I (2013): «Il consenso» en Fasano, Annamaria (dir.), *I vizi del consenso*. Torino: Editorial Giappichelli.
- RIVERA, Julio y MEDINA, Graciela (2014): «Código Civil y Comercial de la Nación comentado». Buenos Aires: Editorial La Ley. 1.ª edición, tomo I.
- RIVERA, Julio y CROVI, Luis (2016): en Rivera, Julio. C. y MEDINA, Graciela (dirs.), *Derecho Civil y Comercial. Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1.ª edición. 1.ª reimpresión.
- SACCO Rodolfo, DE NOVA, Giorgio (2019): «Tratatto di Diritto Civile», en Rodolfo SACCO (dir.), *Il contratto*, T.º 1.º, Utet, Torino, p. 405, 1987; en ALTERINI, J. H. *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético* 2.º ed., tomo II, La Ley, 2019.
- <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2016/42012983/v1/document/89C90C34-FA04-A858-FED9-70C06D2CF4B8/anchor/2EB73475-74CD-6457-32F0-8C248A679605>.

SANTORO PASSARELLI, Francesco (1965): *Doctrinas Generales de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción de Luna Serrano.

SPOTA, Alberto (1957): *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1.^a edición.

TOBÍAS, José (2016): en Jorge H Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2.^a edición.

VON TUHR, Andreas (1947): *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Buenos Aires: Editorial Depalma. Vol. II 2.

BRASIL

EDUARDO GOULART PIMENTA^{*}
EDUARDO HENRIQUE DE OLIVEIRA BARBOSA^{**}
ADRIANO STANLEY ROCHA SOUZA^{***}

SUMARIO: I. Introdução.—II. *Blockchain*.—III. *Smart contracts*.—IV. *Judge as a service*.—V. Considerações finais.—Referências.

I. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento e o aprimoramento de novas tecnologias ocorrem de forma constante. Busca-se, desta forma, solucionar problemas enfrentados pela sociedade por intermédio da disponibilização dessas soluções. Ocorre que por diversas vezes a solução apresentada para os problemas existentes também apresenta em si problemas a serem superados.

É o que está acontecendo com a utilização dos *smart contracts*. De um lado, a tecnologia encerra a possibilidade de descumprimento do acordo firmado pelas partes, problema apresentado pelos contratos comuns, por outro lado, pode apresentar defeitos que dificilmente poderiam ser solucionados pelo poder judiciário brasileiro de forma eficiente, antes de sua execução.

^{*} Professor de Direito e Processo Civil e Comercial. Pontifícia Universidad Católica de Minas Gerais.

^{**} Doutorando e Mestre em Direito pela PUC Minas. Bolsista CAPES/PROEX no programa de pós-graduação em Direito Privado da PUC Minas. Advogado.

^{***} Mestre e Doutor em Direito Processual pela PUC MINAS. Professor de Direito Civil nesta mesma instituição. Mediador de conflitos.

O problema deste artigo pode ser resumido à seguinte pergunta: qual mecanismo pode ser utilizado para solucionar eventuais problemas apresentados pelos *smart contracts* ante à morosidade da justiça brasileira? A busca pela resposta ao problema se deu com base no método descritivo e expositivo. Como objetivo, buscou-se compreender os *smart contracts* e as características do método *judge as a service*. A hipótese apresentada para este artigo é de que a utilização do *judge as a service* será suficiente para solucionar problemas apresentados pelos *smart contracts*.

Este artigo foi dividido em três grandes partes. Inicialmente, trata-se brevemente do *blockchain*, haja vista a contribuição da tecnologia para viabilizar o manuseio dos *smart contracts*. Em seguida, os *smart contracts* são abordados. A última parte está reservada à análise da provável solução do problema, a figura do *judge as a service*, tópico em que se destaca a incapacidade do judiciário em solucionar os problemas existentes entre os contratantes.

II. BLOCKCHAIN

Para compreender o surgimento da tecnologia *blockchain*, é preciso voltar a 2008, ano em que o pseudônimo Satoshi Nakamoto publicou em um fórum online o *paper* intitulado «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System»¹². O conteúdo do texto tornou-se público e conhecido por milhares de pessoas. Não tardou para que as transações utilizando o *bitcoin* se tornassem disponíveis à população.

Apesar do sucesso do *bitcoin*, a possibilidade de realizar transações entre pessoas de forma direta, sem a necessidade de um intermediário validando as movimentações de recursos e utilizando-se apenas de chaves para tanto, não foi a única inovação que atraiu a atenção de estudiosos. Para operar, o *bitcoin* precisou desenvolver um sistema que comportasse tais transações com segurança, neste sentido, a tecnologia *blockchain* precisou ser desenvolvida para dar confiabilidade, inicialmente, às transações que se valessem do *bitcoin*. Ocorre que o uso do *blockchain* não se restringiu ao *bitcoin*:

«Certamente, maior do que a inovação das criptomoedas foi a tecnologia que as tornaram possíveis, a saber, a tecnologia *blockchain*. Trata-se de uma tecnologia de alto impacto, capaz de gerar grandes mudanças nos sistemas financeiros nacionais e internacional. Isso porque essa tecnologia facilita a transferência

¹ Tradução livre: «Bitcoin: um sistema de dinheiro eletrônico ponto a ponto».

² NAKAMOTO (2008), p. 1.

de dados, atribuindo maior eficiência e segurança às transações financeiras, tanto em termos de tempo como de custos de transação»³.

O *blockchain* tornou-se objeto de estudos, que logo constataram sua aptidão para aplicação em diversas outras atividades. Desde então, especula-se que a utilização do *blockchain* poderá substituir atividades antigas e que se desenvolvem na atualidade de forma obsoleta. A título de exemplo é possível citar os registros de um modo geral, mas principalmente em se tratando daqueles restritos aos tabeliães e seus oficiais, como a transmissão da posse de imóveis, nascimentos, casamentos, óbitos e outros. Em complemento ao exposto:

«Este livro-razão digital das transações econômicas pode ser programado para gravar praticamente tudo o que for de valor e importância para a humanidade: certidões de nascimento e de óbito, certidões de casamento, ações e títulos de propriedade, diplomas de ensino, contas financeiras, procedimentos médicos, créditos de seguros, votos, proveniência de alimentos e tudo o mais que possa ser expresso em código»⁴.

Quanto à sua estrutura, o *blockchain* é constituído por uma sequência de blocos interligados, em que o bloco posterior encontra validade no bloco anterior. Nele, as informações são inseridas e posteriormente validadas pelos mineradores, nome dado aos sujeitos que dedicam seus computadores ao processo de busca por soluções dos problemas matemáticos apresentados pelos blocos. Ao encontrar a solução de um bloco, as informações nele inseridas são automaticamente validadas e anexadas à cadeia preexistente. Estas informações tornam-se públicas e podem ser acessadas a qualquer tempo por qualquer pessoa.

Cada minerador armazena em sua máquina uma cópia correta da cadeia de blocos, esta ação torna o sistema mais seguro, uma vez que o ataque hacker direcionado a um número reduzido de equipamentos de mineradores não seria capaz de impactar a correta sequência de blocos existente. Para ser invalidado, a maioria absoluta das cópias do *blockchain* teriam que ser modificadas, o que torna o ataque inviável. Diante da grande quantidade de blocos a serem alterados, tempo e recursos, como equipamentos de ponta e energia, seriam necessários.

Os mineradores desempenham papel extremamente importante no *blockchain*. Além de serem responsáveis pela solução dos problemas matemáticos apresentados pelos blocos e pelo armazenamento da cadeia de blocos em si, composto pelo histórico de transações, os mineradores também são responsáveis pela validação das transações inseridas nos blocos, procedimento que

³ ARTIOLI *et al.* (2020), p. 15.

⁴ TAPSCOTT E TAPSCOTT (2016), p. 37.

ocorre de forma automática. Assim, o procedimento de validação das transações, que antes era responsabilidade do terceiro intermediário, torna-se uma tarefa a ser executada pelos mineradores.

Ainda quanto à segurança e robustez do *blockchain*, importante citar que:

«Cada *Blockchain*, como o que usa *Bitcoin*, é distribuído: ele é executado em computadores fornecidos por voluntários ao redor do mundo; não há nenhuma base de dados central para hackear. O *Blockchain* é público: qualquer pessoa pode vê-lo a qualquer momento, pois reside na rede e não dentro de uma única instituição encarregada de operações de auditoria e manutenção de registros. E é criptografado: ele usa criptografia pesada, envolvendo chaves públicas e privadas (semelhantes ao sistema de duas chaves para acessar um caixa forte) para manter a segurança virtual»⁵.

A criptografia utilizada pelo sistema *blockchain* concede a cada usuário uma chave pública que estará visível no bloco e relacionada à transação realizada pelo detentor de tal chave. Reverter a criptografia para identificar os dados pessoais do sujeito detentor da chave é um procedimento extremamente complexo, inviabilizando a ação. Importante destacar que não significa ser impossível identificar as pessoas envolvidas na transação, apesar da dificuldade do processo, existem outros mecanismos que poderão ser utilizados para este fim, o que não torna a transação absolutamente sigilosa.

Neste sentido, Magalhães e Barbosa afirmam que ao invés de quebrar o sigilo das transações registradas no *blockchain*, seria possível ao governo ou outras instituições identificar tais movimentações com base em dados coletados de fontes estranhas ao *blockchain*, por meio do cruzamento dessas informações. Os autores ainda destacam que, apesar da dificuldade em se quebrar o anonimato existente sobre tais informações, existe, ainda que remotamente, a possibilidade de se descobrir uma forma eficiente para afastá-lo das informações⁶.

Para concluir este breve relato acerca do *blockchain*, faz-se importante destacar que a tecnologia trouxe diversas vantagens para a sociedade, benefícios que não estão restritos ao uso da tecnologia em si, mas também encontra repercussão nos avanços por ela viabilizados. Os *smart contracts* podem ser citados como exemplo de tecnologias que só se tornaram possíveis graças ao desenvolvimento do *blockchain*, como será visto a seguir.

⁵ TAPSCOTT E TAPSCOTT (2016), p. 36 ss.

⁶ BARBOSA E MAGALHÃES (2020), p. 156.

III. *SMART CONTRACTS*

O termo *smart contracts*, cuja tradução literal corresponde a «contratos inteligentes», tem ganhado notoriedade nos últimos tempos. Como será visto a seguir, sua utilização foi potencializada graças ao desenvolvimento da tecnologia *blockchain*, brevemente explicada neste artigo, que permite a transferência de bens e valores entre terceiros de forma irrevogável e segura.

Por se desenvolverem utilizando a tecnologia *blockchain*, os *smart contracts* herdaram algumas características da plataforma por eles utilizada para o registro de suas transações. Neste sentido, destacam-se como características dos *smart contracts*, segundo Pimenta:

«Nos contratos ‘inteligentes’, a execução das prestações é efetivada sem qualquer ação ou omissão dos contratantes. Uma vez contratado, as partes têm a segurança de que as prestações assumidas serão efetuadas sem a necessidade de qualquer outra conduta humana»⁷.

Neste sentido, importante citar definição apresentada por Don Tapscott e Alex Tapscott acerca dos *smart contracts*. Os autores afirmam que trata-se de «programas de computador que protegem, fazem cumprir e executam a liquidação de acordos registrados entre pessoas e organizações. Como tal, eles ajudam na negociação e na definição desses acordos»⁸.

Diante das características apresentadas, outro ensinamento de Pimenta deve ser observado. Uma vez constatada a desnecessidade de manifestação de vontade das partes que firmaram o *smart contract* no momento de sua execução, que ocorrerá independentemente de ações ou omissões dos contratantes, sendo esta a principal característica do instrumento, propõe o autor que ao invés de se referir ao *smart contract* por outros termos que se tornaram corriqueiros, que o mais adequado seria chamá-lo de contrato autoexecutável⁹.

Considera-se correta a observação realizada pelo autor, uma vez que a nomenclatura proposta se dá com base na principal característica apresentada pelo instrumento. Assim, ao invés de adotar termos como a simples tradução literal da expressão em inglês para o português, opta-se pela adoção de terminologia que melhor esclareça o instituto em si. Portanto, este artigo adotará o vocábulo «contrato autoexecutável» para se referir a «contrato inteligente» ou «*smart contracts*», como sugerido por Pimenta.

⁷ PIMENTA (2021), p. 185 ss.

⁸ TAPSCOTT E TAPSCOTT (2016), p. 139 ss.

⁹ PIMENTA (2021), p. 186.

Há quem defenda que as máquinas automáticas de lanches e refrigerantes seriam exemplos de ancestrais primitivos de contratos autoexecutáveis, neste sentido é possível citar o texto escrito por Szabo. O autor trata deste tipo de equipamento como sendo um ancestral do contrato autoexecutável e explica seu funcionamento adequando-o à realidade contratual:

«A canonical real-life example, which we might consider to be the primitive ancestor of smart contracts, is the humble vending machine. Within a limited amount of potential loss (the amount in the till should be less than the cost of breaching the mechanism), the machine takes in coins, and via a simple mechanism, which makes a freshman computer science problem in design with finite automata, dispense change and product according to the displayed price. The vending machine is a contract with bearer: anybody with coins can participate in an exchange with the vendor. The lockbox and other security mechanisms protect the stored coins and contents from attackers, sufficiently to allow profitable deployment of vending machines in a wide variety of areas»¹⁰⁻¹¹.

Com base nas informações e conceito destacados neste artigo acerca do contrato autoexecutável, não se pode considerar que as transações firmadas entre consumidor e máquina automática sejam ancestrais dos contratos autoexecutáveis. Isto se deve ao fato de que caberá ao consumidor, na utilização da máquina automática, desempenhar ações, como a inserção do valor no equipamento e a escolha do produto a ser adquirido.

Para o cumprimento de obrigações assumidas por intermédio de contratos autônomos, dispensa-se a prática de ações ou mesmo omissões por parte dos contratantes. Ao compará-lo aos demais modelos contratuais, «a diferença não está no modelo de relação contratual, mas na forma como são validadas as transações efetuadas e, em especial, no modo pelo qual são impostas as execuções das prestações estabelecidas pelas partes»¹².

Neste sentido, também não podem ser consideradas contratos autoexecutáveis as transações realizadas por intermédio de plataformas digitais de vendas, como *Amazon*, *Mercado Livre*, *Shopee* e outras. Estas plataformas torna-

¹⁰ Tradução livre: «Um exemplo canônico da vida real, que podemos considerar o ancestral primitivo dos contratos inteligentes, é a humilde máquina de venda automática. Dentro de uma quantidade limitada de perda potencial (a quantidade no caixa deve ser menor do que o custo de violar o mecanismo), a máquina recebe moedas, e por meio de um mecanismo simples, o que torna um problema de ciência da computação de calouro em design com autômatos finitos, dispensar troco e produto de acordo com o preço exibido. A máquina de venda automática é um contrato com o portador: qualquer pessoa com moedas pode participar de uma troca com o vendedor. O cofre e outros mecanismos de segurança protegem as moedas e o conteúdo armazenados de invasores, o suficiente para permitir a implantação lucrativa de máquinas de venda automática em uma ampla variedade de áreas».

¹¹ SZABO (1997), p. 1.

¹² PIMENTA (2021), p. 186.

ram-se possíveis graças ao desenvolvimento da internet e se propagaram a uma velocidade surpreendente nos últimos anos.

A facilidade apresentada ao consumidor, que não precisa deixar sua residência para adquirir bens e serviços que necessita e a possibilidade de pagar valor inferior, atrai cada vez mais usuários para lojas virtuais. Somado a estas vantagens, o período de isolamento vivido em escala mundial em função da pandemia de covid-19, contribuiu para que ainda mais pessoas utilizassem a internet para consumir ou vender ou ainda prestar serviços.

Nestes casos, o contrato adota formato simplificado e é constituído de forma virtual, por meio da internet. Em razão da possível distância existente entre os contratantes, a manifestação de vontade também é coletada pela internet, utilizando-se de senhas ou assinaturas digitais. Após a manifestação de vontade, restará às partes cumprirem cada qual a responsabilidade assumida, para que o contrato se veja completo.

Apesar de existir um contrato firmado entre as partes, não se trata de contrato autoexecutável, haja vista estar-se diante de um instrumento cuja execução exige dos contratantes a realização de ações para que se efetive, assim como em se tratando da máquina automática. Neste sentido, é possível observar que caberá ao adquirente pagar pelo produto ou serviço escolhido e ao vendedor, observada confirmação do pagamento, remeter o produto ou prestar o serviço ao cliente.

Diante da complexidade do tema em questão e visando melhor esclarecer a aplicação dos contratos autoexecutáveis, importante trazer a este artigo o exemplo apresentado por Pimenta. O autor demonstra a utilização de contratos autoexecutáveis por aplicativos, que fornecem vagas de estacionamento após a contratação antecipada pelo interessado.

Para tanto, o sujeito deve acessar o sistema utilizado pela empresa e aderir, de forma livre, as condições estabelecidas pelo fornecedor do serviço para que esse seja prestado. Por se tratar de serviço, que deverá ser devidamente pago pelo usuário conforme for usufruído, e diante da inexistência de contato direto entre fornecedor e usuário, deve o cliente cadastrar o cartão de crédito que se tornará responsável pelo pagamento do serviço¹³.

Após esta fase inicial, reservada à aceitação do contrato e fornecimento de dados mínimos para que o instrumento possa surtir efeitos plenos, a rede de estacionamento credenciados estará disponível ao cliente para uso.

A utilização dos estacionamento também se dará por meios tecnológicos. Ao decidir utilizar uma vaga de estacionamento credenciado, basta-

¹³ PIMENTA (2021), p. 187.

rá ao cliente ingressar no mesmo, sem que sua ação precise ser validada por um sujeito humano. A liberação de acesso poderá ocorrer pela identificação de código emitido pelo sistema e fixado no automóvel ou pela emissão de tickets por máquina responsável pelo controle de entrada e saída de veículos ou outra forma escolhida. Ao sair do estacionamento a máquina irá calcular o tempo de uso e debitar o valor devido no cartão de crédito registrado no sistema.

É possível perceber que não será necessária nenhuma ação do cliente ou do fornecedor das vagas de estacionamento para que o serviço seja prestado. Após a contratação do serviço pelo uso dos contratos autoexecutáveis, nenhuma outra ação humana será exigida aos contratantes para que as responsabilidades assumidas em contrato sejam prestadas por uma parte a outra.

A desnecessidade de manifestações de vontade posteriores à contratação para que o contrato se cumpra, o que impede o descumprimento do instrumento pelas partes, é uma característica que diferencia o contrato autoexecutável do contrato comum, que pode ser descumprido a qualquer tempo por qualquer das partes, haja vista exigir ações ou omissões humanas, que podem ser omitidas ou realizadas, respectivamente.

Em razão de sempre ser possível descumprir um contrato comum, esse sofre de um problema conhecido como *hold up*¹⁴. O termo descrito em inglês pode ser compreendido como a resistência de uma ou mais partes, em cumprir integralmente as responsabilidades assumidas em contrato. Importante observar que sua ocorrência ainda depende da observação de outro elemento, o descumprimento se tratar de situação mais vantajosa a quem descumpre do que o cumprimento normal do contrato.

O descumprimento se torna uma opção em razão do contrato não ser um instrumento perfeito. Para que se chegue a um resultado satisfatório e aceitável por ambas as partes, as cláusulas do contrato precisam ser negociadas, o que exige tempo e recursos. Desta forma, a negociação segue enquanto o custo e tempo gastos sejam razoáveis, se comparados com o retorno recebido. A partir do momento em que o benefício se torna inferior ao custo o processo de negociação tende a se encerrar.

Neste sentido, Pimenta apresenta exemplo de situação hipotética absurda para demonstrar como as lacunas são deixadas propositalmente nos contratos:

«Dois contratantes estão negociando a construção de uma grande obra imobiliária e, a certa altura das negociações, um deles levanta a dúvida: e se houver

¹⁴ PIMENTA (2021), p. 188.

um ataque alienígena contra o prédio em construção, quem será responsável por continuar a obra? A hipótese, que parece absurda – e, na verdade, o é – demonstra que há um momento em que os custos de se prever solução para um determinado evento que comprometa o cumprimento do contrato é maior do que os benefícios, que envolvem o risco – possibilidade – de sua ocorrência. Simplesmente as partes confiam que tal evento não vá ocorrer e, na hipótese remotíssima de seu acontecimento, deixam que a solução seja dada – por eles próprios, em negociação posterior, ou pelo Judiciário – após o problema»¹⁵.

Assim, percebe-se que a negociação não se encerra com o fim das hipóteses que deveriam estar previstas no contrato, mas sim quando o contrato se torna um instrumento demasiadamente caro, se comparado com as vantagens apresentadas pela negociação. Este encerramento, de certo modo prematuro, deixa para trás lacunas que deveriam ser preenchidas pelo resultado da negociação, mas que terão que ser solucionadas posteriormente caso problemas sejam constatados no cumprimento das obrigações estabelecidas.

Há ainda que se falar dos investimentos reféns, que podem ser definidos como investimentos realizados por uma das partes e que não poderão ser recuperados em caso de descumprimento do contrato pela parte contrária. A título de exemplo, é possível citar os serviços ou bens personalizados que, para serem prestados ou confeccionados, exijam prévio investimento do profissional e não podem ser vendidos a terceiros, haja vista tratar-se de bens ou serviços únicos. Nestes casos, o descumprimento da obrigação de pagar pela outra parte poderia causar prejuízos financeiros ao profissional.

A utilização dos contratos autoexecutáveis é eficiente em se tratando de combater investimentos reféns e situações em que o descumprimento contratual seja mais vantajoso do que o cumprimento do pacto firmado. No entanto, mesmo o novo instrumento não está aquém de passar por problemas, que precisarão de soluções mais eficazes que a judicial para resolução.

IV. *JUDGE AS A SERVICE*

A utilização de contratos autoexecutáveis associados à tecnologia *block-chain* pode contribuir, como visto acima, para diversas situações corriqueiras na sociedade. Apesar da tecnologia apresentar diferentes benefícios, sua utilização não está isenta de problemas, que podem derivar de características da própria contratação. A título de exemplo, Gonçalves e Camargos apontam al-

¹⁵ PIMENTA (2021), p. 189.

gumas situações que dificilmente poderiam ser resolvidas pelo próprio algoritmo, os autores citados consideram como exemplo:

«(...) contratos que envolvam um evento altamente subjetivo, como a realização de um serviço, a guarda de depósitos e garantias que serão transferidas após determinadas condições também subjetivas ou mesmo medidas emergenciais para retirar fundos presos em um *smart contract* por qualquer razão»¹⁶.

Nestas situações, é provável que o algoritmo utilizado pelo sistema não esteja preparado para lidar com a situação atípica, exigindo a intervenção humana para encerrar o impasse. Em se tratando de um contrato comum, os litígios existentes entre os contratantes são levados ao judiciário e decididos pelo juiz, mas esta regra não se mostra eficiente quando um contrato autoexecutável precisa ser questionado. Isto se deve à possibilidade de cumprimento imediato do contrato autoexecutável após sua constituição, mesmo diante da existência de vícios.

Os autores Gonçalves e Camargos destacam dois motivos para a ineficiência da submissão de tais contratos ao poder judiciário: «i) não há tempo hábil para que isto (alegação de nulidade total ou parcial do contrato) se faça após a assinatura do contrato; e ii) após a execução do contrato, os bens ou valores transacionados estarem em situação que impossibilite a reversão do contrato»¹⁷.

Importante destacar que no âmbito dos contratos autoexecutáveis, verificando-se os pressupostos fixados em contrato para uma das partes, haverá o cumprimento imediato e automático da obrigação assumida pela outra parte, por isso se fala em inexistência de tempo hábil para alegação de nulidade. Em se tratando de processo judicial, o Conselho Nacional de justiça concluiu que um litígio no ano de 2020 demorou, em média, três anos e seis meses para ser baixado¹⁸. Da mesma forma, ocorrendo a transferência de bens e valores por contratos autoexecutáveis em plataformas *blockchain*, como visto anteriormente, dificilmente seria possível reverter uma transação válida, ainda que tal obrigação estivesse presente em sentença judicial.

Há que se pensar também que os contratos autoexecutáveis poderão ser firmados entre pessoas ou mesmo empresas domiciliadas em estados ou países distintos. Neste caso, pensar que a solução da demanda depende do lento processo de comunicação atualmente em vigor, que se utiliza de cartas precatórias e rogatórias, respectivamente, não condiz com a realidade instaurada pelos contratos autoexecutáveis.

¹⁶ GONÇALVES e CAMARGOS (2017), p. 210.

¹⁷ GONÇALVES e CAMARGOS (2017), p. 209.

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021), p. 203.

Diante da ineficiência do sistema judiciário brasileiro para solucionar problemas envolvendo contratos autoexecutáveis, o *judge as a service* surge como um mecanismo capaz de solucionar a lacuna existente. Quanto à definição do termo, Pimenta afirma que «as expressões ‘judge as a service’ e ‘juiz eletrônico’ são usadas para identificar esta mediação das eventuais situações conflituosas não pelo Poder Judiciário, mas pelo próprio sistema de negociação»¹⁹.

As funções a serem exercidas pelo sujeito escolhido para mediar os problemas do contrato autoexecutável poderão variar a depender do conteúdo pactuado no instrumento, no entanto, existem algumas funções que serão inerentes à responsabilidade assumida. Este intermediário «analisará o negócio jurídico e atestará sua validade. Ele também terá poderes para garantir seu cumprimento em observância com a lei da jurisdição na qual as partes se inserem e, assim, corrigir quaisquer vícios ou nulidades no contrato inteligente»²⁰.

Magalhães, por sua vez, destaca a necessidade de se buscar, inicialmente, soluções que sejam mais pacíficas, portanto, sugere uma atuação próxima da mediação, buscando promover a comunicação entre as partes, assim, as próprias partes podem construir a solução que julgam correta. A apresentação de soluções pelo interventor ocorreria apenas em caso de insuficiência da primeira solução aplicada. Na íntegra, afirma a autora que:

«A sua presença é preestabelecida com objetivo de, em um primeiro momento, auxiliar na comunicação entre os contratantes, e a intervenção dessa figura só vem a ser evocada caso seja necessário para alterar e resolver as questões urgentes do contrato»²¹.

Assim, a figura do *judge as a service* desenvolve no contrato autoexecutável a mesma função do judiciário no contrato comum, ou seja, o sujeito sobre o qual recair essa importante função se tornará responsável pela solução de problemas decorrentes da relação contratual. Diante da importância da função por ele executada, é razoável pensar que existam requisitos mínimos para que um sujeito seja escolhido para assumir tal responsabilidade.

A este respeito, Gonçalves e Camargos²² acreditam que a responsabilidade em questão poderá recair sobre um grupo composto por diversas pessoas ou um único indivíduo. A escolha destas pessoas deve ocorrer durante a elaboração do contrato autoexecutável, ou seja, anteriormente à ocorrência de possíveis problemas. Outra opção possível é não definir de imediato quem irá mediar os proble-

¹⁹ PIMENTA (2021), p. 191.

²⁰ GONÇALVES e CAMARGOS (2017), p. 210.

²¹ MAGALHÃES (2019), p. 41.

²² GONÇALVES e CAMARGOS (2017), p. 210.

mas que se tornarem presentes na relação, limitando-se as partes em estabelecer mecanismos a serem utilizados em momento futuro para definir tal pessoa.

A dualidade existente no procedimento de definição do indivíduo mediador (definição do indivíduo ou de suas características) também é apontada por Magalhães, para quem «esse mediador pode ser eleito quer pelas próprias partes do negócio ou pelo algoritmo, que vai elegê-lo de acordo com os parâmetros presentes naquele acordo»²³.

Faz-se importante observar que ao definir o indivíduo ou um grupo deles pela utilização de algoritmos, é possível que a imparcialidade, necessária para que se encontre justa solução à demanda, seja mais facilmente atingida. Nesta hipótese, a escolha do mediador se aproximaria da forma com que o juiz é escolhido atualmente para atuar em demandas comuns.

Em caso de fixação antecipada de mecanismos a serem utilizados para definir o intermediário em momento futuro, a utilização de algoritmos pode contribuir para esse procedimento. A utilização de algoritmos permite a fixação do conjunto de regras a serem observadas caso haja algum problema na relação estabelecida pelo contrato autoexecutável, desta forma, constatada a existência de problemas na relação jurídica firmada, o sujeito intermediário será automaticamente definido, sem que o processo de escolha sofra interferência subjetiva das partes.

Para tanto, Gonçalves e Camargos apontam alguns critérios que podem ser estabelecidos por meio do algoritmo para escolha do intermediário. Neste sentido, os autores apontam como exemplo «a reputação objetiva de um membro da comunidade, pela presença em um banco de dados previamente determinado ou que pode ser o próprio criador do *smart contract*»²⁴.

Acredita-se que a melhor interpretação dos critérios estabelecidos pelos autores seja no sentido de que a análise da reputação objetiva se aplique a nomes estabelecidos previamente em um banco de dados, uma vez que a análise ilimitada de sujeitos poderia retardar o procedimento e se mostrar incapaz de identificar alguém que esteja de fato preparado para lidar com os assuntos específicos tratados no contrato autoexecutável.

Indicar o criador do contrato autoexecutável como responsável pela solução de problemas ocorridos durante sua vigência pode ser questionável, isso se deve a possível parcialidade do criador. Ainda que não seja diretamente beneficiado pela alteração da relação jurídica em razão da constatação de problemas, pode ser que o criador do contrato adote posicionamento de «advogado

²³ MAGALHÃES (2019), p. 41.

²⁴ GONÇALVES e CAMARGOS (2017), p. 210.

de sua criação», se esforçando pela manutenção do mesmo e se afastando da necessidade de alterar o contrato por ele criado.

É, ainda, importante observar que a metodologia utilizada pela figura do *judge as a service* se aproxima, em grande medida, da lógica adotada pelo novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC), lei 13.105/15. O citado código adotou o sistema multiportas como norte para a solução de demandas, evitando ao máximo a submissão do processo à fase litigiosa, optando sempre que possível por metodologias mais eficientes e céleres.

Lessa Neto²⁵ afirma que a nova metodologia adotada pelo CPC para resolução de conflitos está dividida em duas fases. A primeira estaria preocupada com a solução consensual do conflito e seria conduzida pelo mediador ou conciliador, ao juiz caberia participar indiretamente do procedimento. Já a segunda fase, aplicável de forma subsidiária ante a ineficiência da primeira em encerrar a demanda, seria caracterizada pelo litígio.

Como se vê acima, a existência de duas fases no procedimento comum, sendo a primeira delas composta pela mediação e/ou conciliação e a obrigatoriedade de sua utilização, salvo manifesto desinteresse de ambas as partes, é resultado da adoção do modelo multiportas pelo CPC.

Neste sentido, importante citar outra passagem em que Lessa Neto apresenta o novo modelo adotado pelo CPC. Segundo o autor, «o modelo multiportas é essencialmente democrático e participativo. Ele parte da noção de empoderamento e de que o cidadão deve ser o principal ator da solução de seu conflito» e continua o autor, afirmando que «no modelo multiportas ela (a parte) tem a chance de falar diretamente, de expor suas preocupações, objetivos e interesses, para que possa diretamente construir a solução de seu conflito»²⁶.

Ao propor a solução dos problemas apresentados pelo contrato autoexecutável, utilizando-se de um intermediário escolhido em contrato e não um juiz, o *judge as a service* vai ao encontro de um dos propósitos adotado pelo CPC, que é a busca pela adoção do melhor método para solução do problema. Neste sentido, é possível destacar algumas vantagens que sua utilização trará para as partes.

Em primeiro lugar, a possibilidade de escolha torna viável a presença de intermediário que seja grande conhecedor do assunto objeto do contrato, aumentando as chances de acesso a soluções mais justas e equilibradas. Outra vantagem apresentada é a celeridade do procedimento, diferentemente das demandas submetidas ao poder judiciário, a adoção do *judge as a service* dará

²⁵ LESSA NETO (2015), p. 3.

²⁶ LESSA NETO (2015), p. 4.

acesso a caminhos menos tumultuados. Em seguida, é importante destacar a possibilidade de resolução do problema sem que as soluções ou os métodos adotados sejam amplamente divulgados.

Das características analisadas, é possível perceber que alguns atributos apresentados pelo *judge as a service* se aproximam da arbitragem. Percebendo está particularidade, há quem defenda que a criação de câmara arbitral e tribunal arbitral seja importante para aplicação da figura em análise. A este respeito:

«Considerando a conjuntura brasileira, uma maneira tangível de se aplicar o instituto do JaaS, seria por meio da criação de uma câmara arbitral e um tribunal arbitral especializados, com profissionais que possuem conhecimentos tanto na área jurídica, como na área tecnológica»²⁷.

É ainda importante destacar que a adoção do *judge as a service* preza pela resolução consensual da demanda, assim, dará às partes a oportunidade de chegarem elas mesmas em uma solução, como as técnicas aplicadas pelo modelo multiportas adotado pelo CPC. Não sendo possível a resolução consensual da demanda, o intermediário entrará em ação impondo a solução que entender viável ao caso. É o que defende Gonçalves e Camargos, ao afirmar que o *judge as a service*:

«...serve em primeiro momento como um facilitador, um intermediário a fim de facilitar a dissolução do impasse encontrado pelas partes. Somente após constatada a impossibilidade de acordo entres essas, o Judge utilizará de seus privilégios técnicos para alterar as questões necessárias no contrato»²⁸.

Por se tratar de negociação ocorrida no âmbito privado e que se ocupa de direitos disponíveis, será possível uma maior flexibilidade no procedimento, diferentemente do que ocorreria caso a demanda estivesse tramitando no poder judiciário. Neste sentido:

«...esses tribunais descentralizados permitem o uso de técnicas exclusivas do âmbito da resolução online de conflitos, como por exemplo o Double Blind Bidding e o Visual Blind Bidding, os quais são formas de negociação entre as partes. Nesse contexto, as demandas de cada parte são externalizadas, entretanto, sem o conhecimento da outra parte, incumbindo um algoritmo de avaliar as propostas e averiguar se há possibilidade de acordo»²⁹.

²⁷ RUBINICH *et al.* (2022), p. 27.

²⁸ GONÇALVES e CAMARGOS (2017), p. 210.

²⁹ GONÇALVES e CAMARGOS (2017), p. 210.

O poder judiciário brasileiro não consegue acompanhar a evolução a que a sociedade está sujeita. É difícil aceitar que um problema aparentemente simples, presente em um contrato autoexecutável, demore anos para ser solucionado pelo judiciário da forma com que está estruturado atualmente. Diante desta dificuldade, a figura do *judge as a service* surge como um mecanismo capaz de apresentar soluções adequadas ao tempo e modo exigidos pela atualidade tecnológica.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnológica tem evoluído a passos largos, surpreendendo a todos. Existem momentos em que a tecnologia desenvolvida se apresenta como um fim em si mesma, possuindo um objetivo claro e definido a ser atingido. Por outro lado, em certas situações, é possível perceber que a tecnologia desenvolvida se apresenta como um gatilho para o aprimoramento ou desenvolvimento de outras tecnologias.

Este é o caso da tecnologia *blockchain*, que em si mesma representou grande avanço ao implantar o sistema P2P e tornar desnecessária a presença de um terceiro confiável, que ingressava na relação a fim de assegurar o seu cumprimento. A tecnologia trouxe segurança, rapidez e diminuição dos custos às transações que se concretizarem por meio dela.

O *blockchain* também tornou possível a utilização dos contratos autoexecutáveis, que apresentam execução diferenciada, se comparados aos contratos comuns. Dentre suas características, destaca-se a impossibilidade de se descumprir o pacto firmado entre os contratantes, uma importante vantagem capaz de afastar situações prejudiciais a uma das partes, como ocorre em se tratando de *hold up* ou descumprimento eficiente do pacto firmado.

A tecnologia contribuiu para a solução de problemas existente nos contratos comuns, mas fez surgir novas situações a serem solucionadas. Trata-se das situações em que há algum vício no contrato que precise ser modificado para se evitar prejuízos.

Quando o contrato autoexecutável apresenta problemas a serem solucionados, dificilmente o poder judiciário brasileiro será capaz de sanar o problema, isto ocorre em razão da grande quantidade de processos a serem julgados, o que acaba por retardar a solução do problema. Esta demora torna inviável a solução do problema, haja vista o contrato poder ser executado a qualquer tempo após ter sido firmado.

Importante observar também que o contrato poderá tratar de situações inusuais, exigindo do órgão julgador conhecimentos específicos acerca do seu conteúdo. Nem sempre o julgador estará preparado para decidir a demanda. É por estes e outros motivos que se acredita ser mais vantajoso evitar a judicialização de demandas envolvendo contratos autoexecutáveis.

Acredita-se que a adoção da técnica *judge as a service* seja capaz de solucionar problemas envolvendo contratos autoexecutáveis de forma mais satisfatória. Isto se deve às várias vantagens apresentadas acima, dentre elas a rapidez e o conhecimento técnico sobre o assunto do contrato. Além do mais, importante destacar que as novas tecnologias exigem também novas formas para solução de demandas, que sejam capazes de se adequar ao tempo e ao modo da sociedade atual.

REFERÊNCIAS

- ARTIOLI, Marcel; CARVALHO, Carlos Eduardo; OLIVEIRA, Giuliano Contento de; PIRES, Desiree Almeida (2017): «Bitcoin, Criptomoedas, Blockchain: desafios analíticos, reação dos bancos, implicações regulatórias», in *Fórum: Liberdade Econômica*, São Paulo, Disponível me: https://www.mackenzie.br/fileadmin/OLD/62/ARQUIVOS/PUBLIC/SITES/ECONOMICA/2017/Carvalho__Pires__Artioli__Oliveira_-_Bitcoin__criptomoedas..._Encontro_Mackenzie.pdf.
- BARBOSA, Eduardo Henrique de Oliveira; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (2021): *Compliance nas instituições financeiras e as novas tecnologias*. Belo Horizonte: Editora Expert.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021): *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ.
- GONÇALVES, Pedro Vilela Resende; CAMARGOS, Rafael Coutinho (2017): «Blockchain, smart contracts e ‘judge as a service’ no direito brasileiro», in: *II Seminário governança das redes e o marco civil da Internet*, 2016 Belo Horizonte. Anais [...]. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, disponível em: <http://bit.ly/38x8Iyp> [Acesso em: 14/07/2022].
- LESSA NETO, João Luiz (2015): «O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!», in *Revista dos tribunais online: revista de processo*, online, vol. 244/2015.
- MAGALHÃES, Fernanda de Araujo Meirelles (2019): «Smart contracts: o jurista como programador», Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Porto, Porto.
- NAKAMOTO, Satoshi (2008): «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System». Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> [Acesso em: 15 jun. 2022].
- PIMENTA, Eduardo Goulart (2021): *Direito do mercado financeiro e de crédito*. Belo Horizonte, 1.^a edição, E-book, Disponível em: <https://experteditora.com.br/> [Acesso em: 10/07/2022].
- RUBINICH, Izabela Arnoldo; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (2022): «Smart contracts: novas fronteiras entre a lei e a internet», in: Lopes, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; Camargos, Laís Alves; Costa, Fabrício Veiga; Freitas, Sérgio Henriques Zandoná (coord.), *Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC.
- SZABO, Nick (1997): «The idea of smart contracts. The Idea of Smart Contracts», disponível em: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/idea.html> [Acesso em: 23/07/2022].
- TAPSCOTT, Alex; TAPSCOTT, Don (2016): *Blockchain revolution: Como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo: SENAI-SP Editora.

CHILE

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI*

SUMARIO: I. El enfoque y la estructura.–II. El error. 1. El supuesto de hecho. a) La relevancia del error. b) La excusabilidad del error. c) Otros errores. 2. La consecuencia jurídica.–III. El dolo. 1. El supuesto de hecho. a) La conducta insidiosa. b) El efecto. 2. Las consecuencias jurídicas.–IV. La fuerza. 1. El predicado fáctico. a) La gravedad. b) El carácter determinante. c) El carácter injusto de la fuerza. d) El origen de la fuerza. 2. La consecuencia jurídica.–Bibliografía citada.–Jurisprudencia citada.

I. EL ENFOQUE Y LA ESTRUCTURA

El ánimo de este capítulo es más descriptivo que ensayístico. Es decir, se trata más de dar cuenta de la situación de los vicios del consentimiento en Chile que de teorizar acerca de ellos. Con todo, parece necesario tener presente que, tratándose de los fenómenos jurídicos, las descripciones no son, por así decirlo, «inocentes», pues arrancan de una comprensión teórica del fenómeno que termina impregnando su descripción¹.

La comprensión teórica desde donde se organiza esta descripción de los vicios del consentimiento puede exponerse a través de un lúcido párrafo de Luis Díez-Picazo, en sus palabras:

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl

¹ ATRIA (2016), pp. 85-89.

«La decisión no recae tanto sobre si el necesario consentimiento se encontraba o no viciado, cuando sobre si es o no justo que es contratante quede o no vinculado y continúe o no estándolo. Para ello, es necesario valorar su propia diligencia y enjuiciar la dignidad que merezca la situación de la otra parte contratante...

(...) más que una monolítica categoría dogmática de vicios del consentimiento contractual, que tenga que ser entendida desde un punto de vista lógico, existe lo que puede llamarse un casuismo dogmatizado o, si se prefiere, una tipificación legal de casos de justicia o de injusticia de la vinculación contractual, atendiendo a los hechos ocurridos en el momento de su constitución, de manera que en algunos casos se permite que quien quedó injustamente vinculado por un contrato, pueda desligarse de él y obtener una decisión judicial en virtud de la cual las cosas se restituyan o devuelvan al estado que tenían cuando el contrato se celebró, siempre que ello sea posible»².

Dicha comprensión teórica se aleja de otra que conviene explicitar, una vez más, a través de las palabras de Díez-Picazo:

«El punto de vista tradicional considera el contrato como un acuerdo de voluntades y, por consiguiente, como algo que es una obra libre y espontánea de sus autores. Para que exista contrato, debe existir un consentimiento, que ha de ser serio, espontáneo y libre. Cuando alguna de estas cualidades o condiciones del consentimiento no se da, se dice que el consentimiento se encuentra viciado, de suerte que en el contrato existe una irregularidad que ha de determinar, o al menos permitir, su invalidación»³.

Con respecto a la estructura de este capítulo, según resulta bien sabido, el artículo 1451 CC dispone que: «Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son, error, fuerza y dolo». De esta manera, este capítulo debe dar cuenta de ellos; la cuestión estructural no se refiere a qué se va a considerar sino a la forma en que se va a organizar.

A este respecto he optado por una estructura que, con la mayor sencillez posible permita sistematizar la mayor cantidad de cuestiones relativas al error, el dolo y la fuerza. Con este objetivo me he servido de algún desarrollo relativo a la estructura de las reglas que distingue entre su predicado fáctico –es decir, el conjunto de condiciones fácticas que justifican el empleo de una norma– (al que denominaré el «supuesto de hecho») y su consecuente (al que denominaré «consecuencias jurídicas»), esto es, el resultado que se imputa normativamente una vez que ha tenido lugar el predicado fáctico⁴. Intuitivamente, esta estructura puede pensarse respecto de artículos considerados in-

² Díez-PICAZO (2007), p. 186. En el ámbito nacional puede consultarse al respecto un trabajo muy valioso de Enrique Barros, en: BARROS (2018), pp. 109-149.

³ Díez-PICAZO (2007), p. 186.

⁴ SCHAUER (2004), p. 81.

dividualmente. Así, por ejemplo, puede considerarse el artículo 1861 CC, su tenor es el siguiente:

«Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado, no sólo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios; pero si el vendedor no conocía los vicios ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo será obligado a la restitución o la rebaja del precio».

La lectura, aun desaprensiva de la norma, enseña que tanto el predicado fáctico como el consecuente se encuentran allí.

Algo semejante sucede tratándose del error, el dolo y la fuerza, sin embargo, sucede de forma menos evidente que en el artículo 1861, por al menos dos razones. La primera de ellas es que los elementos que configuran la estructura de estos fenómenos jurídicos se encuentran distribuidos en más de una norma. La segunda razón es que esas reglas son menos explícitas que el artículo 1861, por lo mismo, su simple lectura arroja conclusiones menos evidentes que la del artículo mencionado.

Pues bien, aunque en ocasiones se añade la lesión en el tratamiento de los vicios del consentimiento⁵ y que, actualmente se discute la situación del aprovechamiento de la ventaja injusta⁶, este texto se limita al error, la fuerza y el dolo, pues, como señala el artículo 1451 CC: «Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo».

II. EL ERROR

1. El supuesto de hecho

El supuesto de hecho del error vicio del consentimiento se desenvuelve en torno a dos cuestiones, la relevancia del error y su excusabilidad.

a) LA RELEVANCIA DEL ERROR

La primera acepción del término en el Diccionario de la Real Academia Española es la siguiente: «concepto equivocado o juicio falso»⁷. A esa defi-

⁵ Ver, por ejemplo, VIAL (2000), pp. 94-99.

⁶ Sobre esta figura, en el ámbito nacional puede consultarse, LÓPEZ (2015), pp. 699-723 y LÓPEZ (2020), pp. 563-588.

⁷ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=G47B9qL>.

nición del error, la denominaré «equivocación». Ahora bien, desde luego, no cualquier equivocación es jurídicamente relevante *qua* error vicio del consentimiento. Únicamente son relevantes en este sentido aquellas equivocaciones descritas entre los artículos 1453 a 1455 CC.

Por lo pronto, en el ámbito chileno, siguiendo el derecho romano y el antiguo derecho español⁸, una equivocación acerca del Derecho no resulta jurídicamente relevante. Dispone el artículo 1452 que: «El error sobre un punto de derecho no vicia la voluntad». Lo tutelado no es, desde luego, la autonomía privada, sino la seguridad jurídica⁹. Aunque autorizadas voces discuten la deseabilidad de esta regla, se mantiene en el Código, al menos en las reglas generales, sin fisuras¹⁰.

A continuación, no cualquier equivocación sobre los hechos constituye un error jurídicamente relevante. Así, por ejemplo, sucede con el error en los motivos¹¹ o, generalmente al menos, con el error sobre el valor de la cosa¹².

El primero de los errores jurídicamente relevante es el denominado error «esencial» u «obstáculo» que, según lo dispuesto en el artículo 1453, recae sobre la especie del acto o contrato (*in negotio*) o sobre la identidad de la cosa específica (*in corpore*).

En el ámbito nacional, se discute si se trata de un tipo de error que impide la formación del consentimiento o, en cambio, la vicia¹³. Se volverá sobre esto al considerar las consecuencias del error.

Por lo que toca a la opinión de la Corte Suprema, Domínguez cita algunas sentencias antiguas de la primera mitad del siglo xx, a las que se suma una más reciente¹⁴. Los hechos, en una versión estilizada, son los siguientes: los demandantes se adjudican en pública subasta ordenada por el ministerio de la justicia derechos y acciones sobre un inmueble. Alegan, sin embargo, la nulidad de dicha venta toda vez que, en su opinión, habrían padecido de un error obstáculo. Así lo entendió la Corte Suprema.

Al segundo tipo de error jurídicamente relevante se le denomina sustancial y, según lo dispone el artículo 1454 inciso 1.º tiene lugar cuando «la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree».

⁸ CLARO (2015), p. 130.

⁹ Ver CORRAL (2018), p. 544 y DOMÍNGUEZ (2020), p. 104.

¹⁰ LEÓN (1979), p. 153, entiende que los artículos 2295 y 2297 CC sobre pago de lo no debido constituirían excepciones, sin embargo, CORRAL (2018), p. 544, muestra que esto no es correcto.

¹¹ CLARO (2015), pp. 163-164 y CORRAL (2018), p. 552.

¹² LEÓN (1979), p. 175.

¹³ Ver DOMÍNGUEZ (2020), p. 107 y CORRAL (2018), p. 546.

¹⁴ GARCÍA PINILLA, José y otro *con* NAVARRETE WILHEM, Hugo (2001).

En el ámbito nacional, la discusión respecto a este error es acerca del significado que deba adjudicarse a las expresiones «sustancia» o «calidad esencial».

Substancia es aquello de lo que la cosa está hecha, pero ¿qué ha de entenderse por calidad esencial? Antes de contestar esa pregunta, convendrán un par de precisiones. La primera es que, aunque el lenguaje del precepto parezca limitarse a las obligaciones de entrega de una cosa, su alcance es más general y, como sugiere Domínguez, parece más conveniente pensar en la materia del negocio¹⁵. La segunda precisión es que el error recae sobre el negocio y no sobre algo que se encuentre fuera de él, como sucede respecto del error en los motivos¹⁶.

Formuladas las dos precisiones puede continuarse advirtiendo que la determinación de aquello que resulta ser la sustancia o calidad esencial de la cosa puede realizarse de manera más objetiva o más subjetiva. Será más subjetiva, si lo único determinante es que haya sido decisivo en la formación de la voluntad de quien padece el error. Será, en cambio, más objetiva si lo anterior, aunque necesario, no es suficiente. Esta última es la opinión de la doctrina más autorizada; así, por ejemplo, Corral señala que: «ha de preferirse el criterio objetivo, es decir, la sustancia o calidad esencial debe ser perceptible para cualquier persona media colocada en la situación en la que estaban las partes»¹⁷.

Una importante sentencia de la Corte Suprema de 19 de enero de 2010¹⁸ ha fallado en el mismo sentido. Los hechos que originaron este fallo son los siguientes. Con fecha 13 de abril de 2004 se celebraron, por escrito, dos contratos de compraventa correspondientes cada uno a un camión Mercedes Benz. El comprador adquirió dos camiones que, a su solicitud, había importado el vendedor desde Holanda. En la cláusula primera de ambos contratos de compraventa se mencionaban a una serie de características de los vehículos, entre ellas, su marca, modelo, color, número de chasis, motor, año de fabricación, número de patente única, etc. Respecto del año de fabricación se estableció que correspondía al 2000 en el caso de uno de los camiones, y al 2001 tratándose del otro. Los vehículos fueron entregados por el vendedor al comprador. Según consta en los contratos el demandante revisó detenidamente y a su entera satisfacción los camiones y los consideró conforme a lo pactado en el contrato. El comprador utilizó los camiones entre julio de 2004 y octubre

¹⁵ DOMÍNGUEZ (2020), p. 113.

¹⁶ Ver DOMÍNGUEZ (2020), pp. 131-133.

¹⁷ CORRAL (2018), p. 547.

¹⁸ *Consorcio Transportes Trancura con Tocale Tuna Romillo* (2010). DE LA MAZA (2010a).

de 2005 para labores propias de su rubro. El 16 de agosto de 2005, el comprador demandó la nulidad de ambos contratos de venta alegando que había padecido error. La fecha de producción de los camiones no correspondía a los años 2000 y 2001, sino a 1997 y 1998. La cuestión consistía, entonces, en determinar si la fecha de producción de los vehículos constituía o no una cualidad cuya ausencia justificaba la declaración de nulidad del negocio. El tribunal de primera instancia estimó que se trataba de un error accidental. La Corte de Apelaciones de Arica confirmó la decisión. La Corte Suprema, sin embargo, fue de una opinión diversa. Se señala que la cuestión consiste en determinar si el año de fabricación de un vehículo constituye una calidad esencial o, en cambio, una característica accidental. Razona el Tribunal señalando, en primer lugar, que la determinación del carácter esencial de una calidad puede realizarse acudiendo a un enfoque subjetivo o a uno objetivo. A este respecto, la Corte indica que, en sus decisiones sobre la materia, se ha optado por el segundo criterio¹⁹ y cita las siguientes palabras de León Hurtado: «la calidad esencial deberá fijarla en último término el juez, atendiendo a las circunstancias en que se celebró el acto jurídico y a lo que conforme con la noción común, con un criterio general, debe entenderse por tal calidad». Concluye el Tribunal:

«En el caso de autos, e incluso abstrayendo al contrato de compraventa de un vehículo motorizado en general, es manifiesto que el año de fabricación es una cualidad esencial, pues no obstante esta circunstancia no hace que un vehículo sea lo que es —es decir, no constituye su esencia— ni altera aquello de que se compone —su materia—, evidentemente le da una fisonomía propia, desde que es determinante, ni más ni menos, para la fijación del precio que se paga por él. Este último es, en efecto, un criterio objetivo al que puede recurrirse para calificar la naturaleza del

¹⁹ Aquí conviene tener presente *Díaz Mora, Jorge H. c/ Inmobiliaria San Nicolás Ltda.* (2008). Se trata de una nulidad de contrato de promesa de compraventa en la que el promitente comprador alega que: «creía estar comprando un departamento que le permitía a él y a su familia ocuparlo en condiciones de normalidad, en situación que el inmueble manifiesta innumerables problemas a consecuencia de la excesiva humedad que mantiene y transmite, lo que en definitiva lo torna inhabitable». La Corte Suprema, al considerar la existencia de un error sustancial, se pregunta acerca de la determinación de la calidad esencial en los siguientes términos:

«(...) deberá necesariamente reflexionarse si la calidad esencial de la cosa se determinará con un criterio subjetivo, es decir, ateniéndose sólo a la intención del contratante que padece el error, como estiman Arturo Alessandri R., Arturo Alessandri Besa y Claro Solar, entre otros, o si, por el contrario, deberán ser consideradas las cualidades cuya reunión determina su índole específica distinguiéndola de acuerdo con la noción común, de todas las demás cosas. Esas cualidades que forman la sustancia de la cosa serían determinadas, en este caso, conforme con la opinión general y las circunstancias del negocio y no por la sola intención particular del que invoca el error.

Que este Tribunal adscribe más bien a la postura que propende a una interpretación contractual de carácter objetivo, puesto que si se atiende a la sola intención del contratante que reclama el error, no podría darse un índice seguro para distinguir las calidades esenciales de «otra cualquiera calidad de la cosa», permitiendo con ello la prueba de que cualquier calidad accidental fue esencial en la intención del contratante, lo que conllevaría a la confusión entre el error sustancial y el accidental».

error. Así, si existe error acerca del color del vehículo ello no influirá en el monto del precio que se pague por él y, en este entendido, puede afirmarse que esa circunstancia es meramente accidental. Mas si para una de las partes el color del vehículo es motivo principal para contratar y ese motivo ha sido conocido de la otra, el error viciará consentimiento de conformidad al inciso 2.º del artículo 1454».

Este último párrafo permite la transición hacia el error en las cualidades accidentales. El inciso 2.º del artículo 1454 dispone que «El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y ese motivo ha sido conocido de la otra parte».

Refiriéndose a él Corral señala que: «Se entiende que, por razones de seguridad jurídica, el error accidental no vicia el consentimiento»²⁰. Salvo, por supuesto, que cumpla con dos requisitos. El primero de ellos es que haya sido el principal motivo, y el segundo, que dicha circunstancia haya sido conocida por la otra parte. Respecto de esta última exigencia, habrá que puntualizar dos cosas. La primera es que la exigencia no es que el *errans* haya comunicado a la otra parte que la calidad era el principal motivo, basta que esta lo haya sabido. La segunda consiste en que esta exigencia únicamente puede predicarse de los negocios jurídicos bilaterales²¹.

Por otra parte, valdrá el mismo comentario que se formuló respecto del error sustancial, la cualidad se refiere a la cosa, descartándose el error en los motivos²².

Resta el error en la persona. Dispone el inciso 1.º del artículo 1455 CC que «El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato».

Como puede verse, se trata de un error que, únicamente de manera excepcional vicia el consentimiento; generalmente, tratándose de negocios *intuitu personae*²³.

La siguiente cuestión es sobre qué debe recaer el error en la persona. Parece haber acuerdo de que puede recaer sobre su identidad física²⁴, pero también que debería extenderse hacia otras cualidades determinantes que afecten la finalidad que las partes procuran a través del negocio²⁵.

²⁰ CORRAL (2018), p. 547.

²¹ DOMÍNGUEZ (2020), p. 125.

²² DOMÍNGUEZ (2020), p. 121.

²³ Nada impide que las partes lo pacten en negocios que no tienen este carácter o lo priven de él en aquellos que si lo tiene.

²⁴ DOMÍNGUEZ (2020), p. 129.

²⁵ Ver CORRAL (2018), p. 550. Así sucede con el artículo 8.º de la Ley de Matrimonio Civil, en el cual el error puede recaer sobre las cualidades determinantes, carácter que debe medirse con cargo a los fines del matrimonio.

b) LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR

Aunque la excusabilidad del error no se encuentra explicitada entre los artículos 1453 a 1455 CC, la doctrina nacional, como se verá de inmediato, parece estar de acuerdo en que se trata de un requisito del error vicio del consentimiento; cuestión distinta es cómo debe determinarse la excusabilidad.

Para un sector de la doctrina la excusabilidad del error corresponde a un cierto grado de diligencia que las personas deben emplear en sus asuntos. Así, por ejemplo, Claro Solar señaló que:

«Para que el error obstativo sea jurídicamente eficaz, en cuanto a producir el disenso, es necesario que sea excusable, esto es, que no provenga de culpa del que lo alega, o de supina ignorancia suya»²⁶.

En un sentido semejante, León Hurtado:

«Para que el error vicie el consentimiento, se requiere siempre que se trate de un error excusable (...) Que sea excusable significa en opinión de la doctrina, que el error no provenga de culpa, imprudencia o supina ignorancia de quien lo sufre»²⁷.

Existe otro sector de la doctrina que siguiendo las ideas de Antonio Manuel Morales Moreno ha considerado que la función de la excusabilidad es distinta; se trataría de un dispositivo para distribuir el riesgo de la información defectuosa entre las partes. Así, por ejemplo, Domínguez Águila²⁸. Comienza este autor indicando que la excusabilidad del error sería un precipitado de la máxima *nemo auditur* y señala:

«Esta norma de moral (...) tiene también aplicación en materia de error. En efecto, por todos se exige, para que el error llegue a viciar el consentimiento, en todas las hipótesis vistas un elemento fundamental: que sea *excusable*, esto es que no provenga de culpa del que lo alega, o de imprudencia o supina ignorancia suya. Pues si el error se debe a quien lo alega y no tomó la más mínima precaución para asegurarse de lo que estaba haciendo, no puede pedir protección y ampararse en su falta para exigir la nulidad del negocio»²⁹.

Más adelante indica que:

«(...) esta exigencia de excusabilidad del error no puede sujetarse a normas objetivas y debe apreciarse en cada caso, teniendo en cuenta la calidad y condi-

²⁶ CLARO (2015), p. 141.

²⁷ LEÓN (1979), p. 166.

²⁸ DOMÍNGUEZ (2020), pp. 134-138.

²⁹ DOMÍNGUEZ (2020), p. 130.

ción del que alega el error, su capacidad personal de apreciar condiciones del acto, su carácter profesional o no, su experiencia y capacidad personal. Por ello, será más exigente el deber impuesto a la parte de informarse, si es profesional respecto de la materia a que el negocio se refiere»³⁰.

Luego, a diferencia de los otros autores citados, presta atención a la naturaleza recíproca del problema del error, en los siguientes términos:

«(...) la exigencia de la excusabilidad del error permite abordar el problema de la justa distribución del riesgo en la contratación, usando el criterio ético que implica juzgar si el error es o no excusable. En efecto, si solo hubiera que atenerse a la consideración de la recta formación de la voluntad, en verdad todo error, desde que determina la formación de la voluntad, debería incidir en su validez (...) pero en los negocios bilaterales esa sola consideración conduciría no solamente a la extrema inseguridad comercial, sino además a injusticias, porque también ha de considerarse el interés de la contraparte que, en los más de los casos, ninguna influencia ha tenido en aquel error y que ha confiado en la celebración del negocio. La nulidad por error ha de balancear entonces los intereses en presencia y distribuir los riesgos en que incurren ambas partes y uno de los medios de decidir a favor de uno u otro de estos intereses es, justamente, el principio *nemo auditur* aplicado a la doctrina del error»³¹.

En algunos trabajos³², yo mismo me he referido a la cuestión de la excusabilidad en el derecho chileno. La idea que he expuesto –de manera más bien incidental– allí es que la cuestión de la excusabilidad no consiste, exclusivamente, en determinar si es o no un requisito del error vicio. Sobre esto, como ya se ha visto, existe bastante acuerdo en la doctrina nacional. El problema más acuciante, en cambio, consiste en precisar cómo se determina la excusabilidad del error. Mi opinión es que debe considerarse comparativamente la conducta de ambas partes y no centrarse únicamente en la del *errans*, como pareciera desprenderse de la opinión de algunos autores nacionales.

Con respecto a la opinión de la Corte Suprema, una mirada a las sentencias sobre el error muestra que la discusión se centra más bien en la relevancia del error; lo que se trata es de decidir si la inexacta representación de la realidad que alega una de las partes califica o no como error.

Al considerar la escasa discusión respecto a la excusabilidad del error, lo que se descubre es que la atención se centra en la conducta del *errans* y se relaciona, de alguna manera, con el grado de cuidado que exigía su participación en el negocio. Una

³⁰ DOMÍNGUEZ (2020), p. 137.

³¹ DOMÍNGUEZ (2020), p. 138.

³² DE LA MAZA (2010a), pp. 211-223, DE LA MAZA (2007), pp. 495-515 y DE LA MAZA (2012), pp. 511-524.

excepción, sin embargo, se encuentra de fecha 30 de mayo de 2001³³, corresponde a un caso de error obstáculo. Se trata de la venta en pública subasta de lo que, tanto en las bases del remate como en las publicaciones respectivas, aparecía como un inmueble y que, en verdad, se trataba de una cuota equivalente al 50 % de dicho inmueble.

En lo que interesa de la discusión, los compradores demandaron la nulidad absoluta del contrato de venta por error esencial. El Tribunal de primera instancia acogió la pretensión, aunque limitó sus considerandos –en lo que al error refiere– a cuestiones de relevancia del error. Algo semejante, aunque revocando la sentencia hizo la Corte de Apelaciones de Temuco.

Por su parte, conociendo de un recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema estimó la existencia de un error esencial y, específicamente en el tema de la excusabilidad, sostuvo lo siguiente:

«Que en la especie, de acuerdo con los presupuestos fácticos resumidos en el considerando segundo, los demandantes, fundadamente creyeron adquirir el dominio pleno sobre el inmueble ubicado en Portales núm. 361 de Temuco, en circunstancias que se trataba de la venta de una cuota equivalente al 50 % de dicho derecho de dominio, desde que en las bases de remate se indicó que se vendía el inmueble e igual cosa sucedió en las publicaciones de los avisos respectivos. Si bien es efectivo que se señalaba en las bases la inscripción conservatoria del inmueble, donde fácilmente los demandantes pudieron averiguar exactamente lo que se enajenaba, no lo es menos el que esta venta se realizó a través de un procedimiento judicial de cumplimiento forzado de una obligación, donde la oferta de venta, materializada en las bases de remate y en la publicación de los avisos, está avalada por el órgano jurisdiccional, de suerte que si se dice vender el bien raíz referido, los demandantes, racional y fundadamente, creyeron estar comprando la propiedad plena de la cosa y no una cuota de aquella».

c) OTROS ERRORES

Por supuesto, la disciplina del error no se agota en estas reglas generales; existen otras más especiales relativas al error en el matrimonio³⁴ y en el testamento³⁵. Junto a ellas, esta vez a propósito del contrato de transacción, se considera el error de cálculo que, en otros ordenamientos, se encuentra en las reglas generales³⁶.

³³ *García Pinilla, José y otro con Navarrete Wilhem Hugo* (2001).

³⁴ Sobre el tema puede consultarse: BARRIENTOS y NOVALES (2004), pp. 231-234.

³⁵ Sobre el tema puede consultarse: DOMÍNGUEZ B. y DOMÍNGUEZ A. (2011), pp. 351-361.

³⁶ Ver LEÓN (1979), pp. 182-188.

Además de esta regulación más específica, la doctrina se pregunta acerca de otros errores no explicitados por el Código Civil, así sucede con el error en la declaración³⁷ y el error común³⁸.

El tratamiento de esos errores, sin embargo, excede las posibilidades de este trabajo.

2. La consecuencia jurídica

Con respecto a las consecuencias del error, en general se acepta que se trata de la nulidad; con todo, ha existido alguna discusión respecto del error obstáculo. En ocasiones se ha señalado que, atendido el hecho de que la voluntad en realidad no se forma, su consecuencia sería la inexistencia o la nulidad absoluta³⁹. Aunque desde una dogmática monolítica de la autonomía de la voluntad esta opinión haga sentido, no lo hace ni desde la letra del Código ni desde la función del error como vicio del consentimiento.

Por lo que toca a la letra del Código, el artículo 1454 (que viene justo después del que regula el error obstáculo) comienza disponiendo que «El error de hecho vicia asimismo el consentimiento (...)». Pues bien, nadie duda que los errores disciplinados por el artículo 1454 tienen como consecuencia la nulidad relativa; el uso de la expresión «asimismo» debería llevar a la conclusión de que la misma consecuencia debe aparejarse al error obstáculo⁴⁰.

En lo que corresponde a la función de la nulidad, León Hurtado ha señalado que:

«(...) debe observarse que las causales de nulidad absoluta se han establecido en interés general de la moral y la ley –causa u objeto ilícito, incapacidad absoluta, etc.– y, en cambio, aquí se trata solo del interés particular. La consecuencia de estos es que el acto nulo absolutamente no es susceptibles de sanearse o ratificarse; y no se ve la razón que deba impedir a las partes el saneamiento o la ratificación de un acto en que han equivocado el objeto o la naturaleza misma de él, pero que con posterioridad desean mantener»⁴¹.

Por lo que toca a la opinión de la Corte Suprema, predominan las sentencias en que se declara la nulidad absoluta⁴².

³⁷ Sobre el tema puede consultarse: MORALES (2017), pp. 455-488.

³⁸ Ver LEÓN (1979), pp. 182-188.

³⁹ Ver ALCALDE y BOETSCH (2021), p. 102.

⁴⁰ En esto el Código Civil siguió a Pothier. CLARO (2015), p. 137, estima que, tanto Pothier como Bello se equivocaron en esto, pues el error obstáculo no viciaría el consentimiento, sino que impediría lograrlo.

⁴¹ LEÓN (1979), pp. 168-169.

⁴² Ver sobre esto: ALCALDE Y BOETSCH (2021), pp. 104-106.

Junto a la nulidad relativa, la segunda consecuencia es la indemnización de perjuicios. En el tratamiento que el Código Civil prodiga al error esta consecuencia únicamente se apareja al error en la persona; se trata del inciso 2.º del artículo 1455 y su tenor es el siguiente:

«Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato».

Se trata de un inciso extraordinariamente interesante que no ha llamado particularmente la atención de la doctrina. Claro Solar, que se ha referido brevemente a él, advierte, con cita a Pothier, que la indemnización únicamente tiene lugar cuando el destinatario de la declaración ignoraba el error que padecía la otra parte⁴³.

Sin embargo, hay algo que resulta anómalo y Claro Solar no considera. Según su tenor, se indemniza por la confianza creada, no por el reproche relativo a la negligencia que pueda formularse a quien padeció el error.

¿Qué sucede con la responsabilidad tratándose de los demás errores? Habrá que distinguir el caso de quien padece el error y del destinatario de la declaración. Si el destinatario deliberada o negligentemente provocó el error, entonces quien lo padeció podrá demandar según las reglas generales de responsabilidad extracontractual, aun sin aludir al dolo⁴⁴. La situación del destinatario de la declaración resulta más confusa pues, como ya se ha visto, el legislador únicamente consideró la situación respecto del error en la persona en unos términos que parecen reemplazar la excusabilidad del error por la obligación de indemnizar a todo evento. De esta manera, en los demás casos tendría que aplicarse la excusabilidad del error como requisito y las normas sobre responsabilidad extracontractual⁴⁵.

III. EL DOLO

1. El supuesto de hecho

El Código Civil define el dolo en su artículo 44 como «la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro». En cuanto vicio del consentimiento, en principio, puede entenderse a la luz de la definición de

⁴³ CLARO (2015), p. 163.

⁴⁴ DE VERDA Y BEAMONTE (2006).

⁴⁵ Ver DE CASTRO (1985), p. 126.

Labeón, es decir, como toda astucia, engaño, maquinación, realizada para sorprender, engañar o hacer caer en el error. En el ámbito nacional, Domínguez lo concibe como un error provocado, pues «el dolo es la causa de dicho vicio que es el error»⁴⁶. Por su parte, Claro Solar señala que consiste en «toda especie de maniobras reprobadas por la buena fe, que una persona emplea para hacer que otra persona incurra en un error que la determina a contratar»⁴⁷.

La definición de Claro Solar, más amplia que la de Domínguez, contribuye a clarificar que, como apunta Castro, el alcance de la expresión no se limita a la provocación del engaño, sino que alcanza a otras maniobras ilícitas destinadas a capturar la voluntad negocial⁴⁸.

Como sea que fuere, para que exista dolo como vicio del consentimiento ha de ser el caso que exista una conducta insidiosa de una de las partes que capture la voluntad de la otra.

a) LA CONDUCTA INSIDIOSA

A propósito de la conducta han de considerarse dos cuestiones distintas. La primera es si cubre acciones y omisiones y por qué la distinción resulta relevante. La segunda, en tanto, se refiere a la intención que anima a la conducta.

Actualmente no parece existir dudas de que la conducta dolosa puede alcanzar tanto acciones como omisiones⁴⁹. Al respecto, Domínguez señala lo siguiente:

«(...) hay dolo omisivo si existía obligación de informar y ella se incumple a sabiendas para captar una voluntad negocial»⁵⁰.

Por su parte, Claro Solar señala: «*dolo* es un acto o una omisión dañoso a otro»⁵¹. En similar sentido, Avelino León indica lo siguiente:

«Para provocar el engaño se pueden presentar hechos o circunstancias falsas que alteren la realidad o que coloquen a la víctima en la imposibilidad de apreciarla debidamente, en cuyo caso el dolo es positivo. También se puede producir el dolo por omisión; esto es, guardando deliberadamente silencio sobre al-

⁴⁶ DOMÍNGUEZ (2020), p. 146.

⁴⁷ CLARO (2015), p. 199.

⁴⁸ DE CASTRO (1985), p. 149.

⁴⁹ DOMÍNGUEZ (2020), p. 152.

⁵⁰ DOMÍNGUEZ (2020), p. 153.

⁵¹ CLARO (2015), p. 201.

gún hecho o circunstancia que la otra parte necesite conocer para formarse un juicio verdadero de la realidad»⁵².

Con respecto a las acciones, según la opinión más generalizada, se trataría de acciones que provocan un error. Aunque, según lo ha entendido la Corte Suprema, no cualquier aserción falsa resultaría adecuada. Al respecto, una sentencia de la Corte Suprema de 4 de abril de 2016 ha señalado lo siguiente:

«Decimoquinto: Por otra parte conforme a la definición consignada en el artículo 44 del Código Civil, el dolo es una intención ‘positiva’ de inferir daño. Y hay consenso, en doctrina y jurisprudencia, que la positividad está referida al despliegue de actividades o maniobras dirigidas a concretar aquella intención malsana; así, no basta una pura intención, anidada en la mente, y aun declarada; y aunque fuere declarada en un instrumento público o, por cualquier explicación, indubitado. En estos términos (salvo situaciones muy particulares, entre las que no está el caso), una afirmación conscientemente falsa podrá ser signo de mala fe, pero no constituye dolo si el declarante no va más allá de ella; no hay dolo si, controlándose, no avanza al despliegue de actividades o maniobras (entonces llamadas ‘dolosas’) para consumar el engaño, que es lo que conforma el dolo como vicio del consentimiento. En suma, al menos por regla muy general, la sola aserción falsa no basta (en este sentido, entre otros, hay fallos en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 27, secc. 1., p. 440; Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 45, secc. 1., p. 568)»⁵³.

En lo que concierne a las omisiones, Domínguez lleva razón, para que pueda existir dolo por omisión ha de ser el caso que, en primer lugar, exista un deber (ya tipificado por el legislador, ya dependiente de las exigencias de la buena fe)⁵⁴. Determinar la existencia de ese deber en aquellos casos en que no se encuentra tipificado por el legislador⁵⁵ puede resultar dificultoso⁵⁶, lo que, sin embargo, no puede concluirse es que siempre exista un deber de informar todos los aspectos que una parte del negocio ignora y podrían resultarle relevantes; así, por ejemplo, no puede compartirse una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Corte Suprema el 19 de mayo de 2008⁵⁷, según la cual la expectativa de los contratantes durante la etapa contractual sería que:

⁵² LEÓN (1979), p. 205. Ver también ALCALDE y BOETSCH (2021), pp. 136 ss.

⁵³ *Valdebenito Saavedra Pedro con Fuentes Rojas Lina* (2016).

⁵⁴ Sobre el punto, ver DE LA MAZA (2010b).

⁵⁵ Ejemplos conspicuos de deberes típicos en el Código Civil, a propósito de los vicios redhibitorios, ver DE LA MAZA (2009), pp. XX y en la Ley núm. 19.496, ver DE LA MAZA (2010b), pp. 21-52.

⁵⁶ DE LA MAZA (2010c). Ver también ALCALDE y BOETSCH (2021), pp. 138-140.

⁵⁷ *Glide Inversiones Ltda. con Inversiones y Desarrollo Sur S. A.* (2008).

«Los contratantes se den toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que está orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad».

En conjunto con el deber de informar, ha de ser el caso que su incumplimiento tenga como propósito mantener a la otra parte en la ignorancia. Si no es así, se trataría de un incumplimiento culposos del deber.

Por lo que toca a la intención que debe animar la conducta, si se considera la doctrina nacional, partiendo por Claro Solar, se encuentra lo siguiente: «(...) es un acto o una omisión, dañoso a otro, que ha sido ejecutado con el propósito de perjudicarlo, sea por pura maldad, sea con el deseo de realizar un provecho»⁵⁸; y «El dolo implica necesariamente una mala intención y un fin deshonesto en la legislación moderna»⁵⁹; y «(...) el carácter del dolo es la intención de engañar para lucrar con el perjuicio causado (...)»⁶⁰.

Existe una cierta ambigüedad en las palabras de Claro Solar respecto a si el ánimo es de dañar a la otra parte o, en cambio, de obtener un provecho. Domínguez Águila, por su parte, entiende que el dolo supone una intención de dañar⁶¹. Una idea que según Banfi del Río puede considerarse como la posición mayoritaria de la doctrina respecto del elemento subjetivo del dolo⁶².

Tratándose de los tribunales, existen sentencias que estiman que no basta la intención de obtener un provecho ajeno, sino que es necesario un ánimo de dañar. Así, por ejemplo, en una sentencia de la Corte Suprema de 1 de julio de 1954 citada por Domínguez Águila, se señala: «para que haya dolo es menester que la voluntad del agente aparezca manifiesta y determinante en actos que demuestren el propósito de dañar a otro»⁶³.

Mucho más recientemente, en una sentencia de 17 de abril de 2015, la Corte de Apelaciones de La Serena entiende que existe dolo «cuando existe la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro» y añade que «la demandante no rindió probanza útil alguna que permita inferir nítidamente la intención positiva de dañar, esto es, el propósito o voluntad concreta y demostrada en hechos precisos que, sin lugar a dudas, establezcan la intención deliberada en algún acto encaminado claramente a perjudicar a la actora»⁶⁴.

⁵⁸ CLARO (2015), p. 198.

⁵⁹ CLARO (2015), p. 200.

⁶⁰ CLARO (2015), p. 201.

⁶¹ DOMÍNGUEZ (2020), p. 149.

⁶² Sobre esta discusión, aunque en materia de dolo como agravante de la responsabilidad contractual puede consultarse BANFI (2003), pp. 167-178.

⁶³ DOMÍNGUEZ (2020), p. 149.

⁶⁴ *Pastenes Aranda Perla con Soc. Inmobiliaria y Comercial Montegrande S. A.* (2015).

En un sentido semejante, aunque de manera más atenuada, en una sentencia de 2 de abril de 2015, la Corte Suprema ha estimado algo completamente distinto, entendiendo lo siguiente:

«(...) el dolo en cuanto vicio del consentimiento se encuentra constituido por los procedimientos o maniobras ilícitas de que una persona se vale para engañar a otra o mantenerla en el error en que se encuentra, a fin de inducirla a celebrar el contrato, por lo que no resulta relevante el procedimiento empleado para engañar al otro contratante, puesto que tal como se colige de la definición plasmada en el artículo 44 del Código de Bello, lo que constituye dolo es la ‘intención’»⁶⁵.

Sin embargo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 5 de noviembre de 2013 se lee: «Para que exista dolo debe idearse una puesta en escena, un ardid, un engaño, un plan con una finalidad maliciosa, cuyo propósito es obtener el consentimiento de la parte víctima de estas maniobras»⁶⁶. De esta manera, lo relevante no parece ser —explícitamente al menos— la intención de provocar un daño, sino que, en cambio, la de engañar.

Al considerar estos breves materiales, aparecen con claridad, en primer lugar, que *qua* vicio del consentimiento, el dolo exige un cierto ánimo por parte del *deceptor*. En segundo lugar, se observa que no parece haber acuerdo sobre en qué consiste precisamente ese ánimo. Una posición aparentemente mayoritaria asume que el ánimo debe ser de inferir injuria a la otra persona. Otra posición estima que basta una intención de obtener un provecho y, en fin, la más aséptica de las posturas parece estimar que bastaría tener la intención de capturar la voluntad de la otra parte por medios ilegítimos.

En fin, aun respecto de la conducta insidiosa ha de advertirse que, según lo dispone el artículo 1458 del Código Civil, ha de ser obra de una de las partes. La regla se explicaría, según Domínguez, por su origen romano⁶⁷. Otra posibilidad, según el mismo autor, con cita a Ghestin, consistiría en señalar que, si se anula por la incidencia de un tercero, se estaría lesionando la confianza de la otra parte, que ninguna participación ha tenido en la maniobra dolosa⁶⁸.

⁶⁵ *Bulnes Núñez Mercedes con H-Network S. A.* (2015).

⁶⁶ *Juan Luis Tapia Berrios y otros con Inmobiliaria Caleuche Ltda.* (2013).

⁶⁷ DOMÍNGUEZ (2020), p. 160.

⁶⁸ DOMÍNGUEZ (2020), p. 160. La misma idea, aludiendo al respeto a la seguridad del tráfico, en DE CASTRO (1985), p. 254.

b) EL EFECTO

Dispone el artículo 1458 CC que el dolo no vicia el consentimiento sino «cuando aparece claramente que sin él no hubieran contratado». A partir de allí, y teniendo a la vista el antecedente de Las Partidas, puede distinguirse entre *dolus causa dans* y *dolus incidens*⁶⁹.

El dolo debe ser, entonces, determinante. Una cuestión que este requisito plantea es si el carácter determinante ha de estimarse objetiva o subjetivamente⁷⁰. Se trata de una discusión semejante a la de la excusabilidad del error. Sin embargo, tratándose del dolo las cosas son distintas, pues la conducta es insidiosa. Al menos tratándose del dolo por acción ha existido una conducta reprochada por el derecho (típicamente mentir), distinta de las simples exageraciones que se toleran en el comercio⁷¹, por lo mismo, al considerar la cuestión de la excusabilidad del error provocado por una conducta dolosa, debe tenerse presente la misma comparación entre las conductas propias de la excusabilidad en el error; y, entre quien intenta engañar y quien no se comporta con suficiente cuidado, parece preferible proteger a quien no se comporta con suficiente cuidado. Si se opta por exigir excusabilidad tratándose del dolo, el resultado que se consigue es proteger a quien engañó. Cuestión distinta, por supuesto, sucede si el engaño es demasiado burdo y no resulta creíble que capturó la voluntad de la parte que alega la nulidad. Allí no hay un problema de excusabilidad del error, sino que falla el requisito de que el dolo haya capturado la voluntad de quien, ahora alega la nulidad.

Convendrá advertir que el dolo incidental⁷² no es jurídicamente inocuo; sucede que no permite obtener la nulidad del negocio, pero si, como se verá, la indemnización de perjuicios.

2. Las consecuencias jurídicas

La primera consecuencia del dolo vicio del consentimiento es la nulidad relativa del negocio; la segunda es indemnizatoria, concediendo una acción de daños a quien lo padeció en contra de quienes lo fraguaron y respecto de los

⁶⁹ P. 5, 5, 57.

⁷⁰ DOMÍNGUEZ (2020), pp. 156-157.

⁷¹ Sobre el dolo bueno y malo puede consultarse ALCALDE y BOETSCH (2021), pp. 135-136.

⁷² Definido por ALCALDE y BOETSCH (2021), p. 144, como «el que no determina a una persona a celebrar el acto jurídico, pero sí a concluirlo en distintas condiciones de aquellas en las que lo habría concluido, generalmente menos onerosas, si no se hubiera empleado el procedimiento torcido».

que se aprovecharon de él. Según lo dispone el artículo 1458 «contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo». Estas acciones de nulidad y responsabilidad pueden coexistir o no. Así, por ejemplo, el dolo incidental solo concede una acción de responsabilidad y es posible imaginar un caso de dolo determinante en el que no existan daños.

Por otra parte, tratándose de los daños, se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual.

En fin, tratándose de la responsabilidad civil, en el ámbito nacional se ha discutido acerca de la acción por provecho del dolo ajeno, particularmente si se trata de una acción indemnizatoria o restitutoria; se trata de un tema que tuvo amplia repercusión a propósito de un conjunto de casos resueltos por la Corte Suprema, pero cuyo tratamiento excede las posibilidades de estas páginas⁷³.

IV. LA FUERZA

1. El predicado fáctico

En cuanto vicio del consentimiento, la fuerza puede definirse como: «el constreñimiento ejercido sobre la voluntad del que hace la declaración, y que resulta de la amenaza de un mal considerable y grave»⁷⁴.

El constreñimiento corresponde a una amenaza (lo que frecuentemente se denomina «fuerza moral»), es decir, una cierta presión ejercida sobre la persona para conseguir su declaración de voluntad; dicha presión corresponde a la amenaza de un mal futuro. No hay fuerza, en cuanto vicio del consentimiento, cuando la presión física reduce a la víctima a un estado enteramente pasivo⁷⁵.

a) LA GRAVEDAD

La amenaza no consiste en cualquier mal, sino en uno grave, en términos de que, según lo dispuesto en el artículo 1456, produzca una «fuerte impresión» en la persona hacia la cual va dirigida.

⁷³ Un detallado tratamiento en ALCALDE y BOETSCH (2021), pp. 151 ss. Más detalle aun, en PINO y GONZÁLEZ (2022).

⁷⁴ CLARO (2015), p. 174.

⁷⁵ CLARO (2015), 174.

La determinación de esa impresión fuerte se mide de manera objetiva, en el mismo sentido en que la culpa⁷⁶. La pregunta que se trata de hacer —o que resulta pertinente hacer— es si la amenaza en cuestión resulta suficiente para producir una fuerte impresión es una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

Nótese que no se trata de «esa» persona, sino de «una» persona. Por lo mismo si «esa» persona resulta anormalmente temerosa comparada con «una» persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, la amenaza que no produciría una fuerte impresión en «una» persona no viciará el consentimiento de «esa» persona, aunque le hubiera provocado una fuerte impresión⁷⁷.

A continuación, el artículo 1456 dispone que: «Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus descendientes a un mal irreparable y grave».

Como el tenor literal del pasaje transcrito lo demuestra, se trata nada más de un supuesto en el que se presume la gravedad y que, por tanto, no agota el contenido de las amenazas a través de las cuales se puede viciar el consentimiento. Sin embargo, el supuesto tiene un valor pedagógico que excede a aquello que instancia. Dicho valor se encuentra en las expresiones «mal irreparable y grave».

De esta manera, puede imaginarse que la amenaza no sea a esas personas, sino a otras, o incluso a bienes o su patrimonio en general⁷⁸, pero debe tratarse de males irreparables o graves.

Por otra parte, habrá que advertir que el legislador ha estimado que, con independencia de la impresión que produzca en quien declara la voluntad, el temor reverencial no vicia el consentimiento. Así lo dispone el inciso final del artículo 1456 en los siguientes términos:

«El temor reverencial, esto es el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no basta para viciar el consentimiento».

Como puede verse, por intenso que sea dicho temor, no basta para viciar el consentimiento, circunstancia que refuerza el componente objetivo del vicio.

Aun respecto del temor reverencial, Domínguez ha señalado que su exclusión determinaría la improcedencia de la influencia indebida en el ámbito

⁷⁶ Sobre esta idea puede consultarse BARROS (2020), pp. 84-86.

⁷⁷ Ver CLARO (2015), p. 176.

⁷⁸ Se trataría de supuestos de lo que se ha denominado «fuerza económica», definida por Barros como «la amenaza de hacer valer ilícitamente una posición de poder para causar daño patrimonial severo a la contraparte, la que, para evitarlo, accede a consentir en el contrato», en BARROS (2017), p. 294. Ver también, BARROS (2015), p. 9 y LÓPEZ (2018).

nacional⁷⁹. Es cierto que, al menos en el derecho inglés, la influencia indebida es distinta de la fuerza (*duress*)⁸⁰. Sin embargo, en los casos de influencia indebida, dicha influencia debe ejercerse, tratándose del temor reverencial, en cambio, no necesariamente; por otra parte, respecto de la influencia indebida suele considerarse que un resultado lesivo para quien la alega desempeña una función vital⁸¹; no parece suceder lo mismo con el temor reverencial. Con todo, existen innegables puntos de contacto entre las dos figuras.

b) EL CARÁCTER DETERMINANTE

El carácter determinante de la fuerza se refiere a dos aspectos que parece conveniente distinguir. El primero de ellos se refiere a quien ejerce la fuerza. Según señala Domínguez:

«La fuerza para viciar la voluntad debe estar encaminada a obtener la manifestación. Este debe ser su objeto, de modo que si lo que con ella se pretende es cosa diferente a la manifestación, no hay vicio de la voluntad. Podrá tener otra sanción, podrá constituir un delito, pero no vicio de la voluntad»⁸².

A este respecto, el artículo 1457 CC dispone que la fuerza puede ejercerse por cualquier persona «basta que se haya empleado (...) con el objeto de obtener el consentimiento». Esta limitación resulta algo enigmática si de lo que se trata es de proteger la autonomía de quien padece la fuerza. El caso sería uno en que se amenaza a una persona con un objetivo distinto de capturar su voluntad para un determinado negocio jurídico, sin embargo, la persona celebra el negocio intimidada por la amenaza. Una posibilidad es que se explique por su origen penal en el derecho romano.

Lo segundo que quiere significarse con el carácter determinante es que la amenaza sea lo que explica la declaración de voluntad. Si bien la diferencia entre la gravedad y el carácter determinante puede resultar sutil, conviene mantenerla. En cuanto requisito, la gravedad aspira a controlar los excesos a que puede conducir la subjetividad de las personas, de manera que, si a una persona le provoca una fuerte impresión una amenaza que en general no provocaría ese tipo de impresión en una persona su edad, sexo y condición, habrá que entender que la fuerza no fue grave. Por otra parte, puede considerarse

⁷⁹ DOMÍNGUEZ (2020), p. 171.

⁸⁰ PEEL (2015), pp. 10-16.

⁸¹ Ver CHEN-WISHART (2006), p. 211.

⁸² DOMÍNGUEZ (2020), p. 173.

que, en abstracto, una amenaza provoque una fuerte impresión, sin embargo, en concreto, a esa persona no se la provocó y el motivo por el cual celebró el contrato fue otro. En ese escenario, habrá que concluir que la fuerza era grave, pero no determinante. Como señala Castro:

«El temor que se inspira a quien declaró ha de haber actuado de modo decisivo y directo en la emisión de la declaración; nexo causal y dependencia de la declaración respecto a la intimidación»⁸³.

c) EL CARÁCTER INJUSTO DE LA FUERZA

El carácter injusto de la amenaza es un requisito que puede rastrearse en el Digesto⁸⁴. El Código Civil no explicita este requisito, sin embargo, la doctrina especializada acepta pacíficamente su exigibilidad⁸⁵. De tal manera que, como sugiere Castro:

«Los jueces tienen así que realizar la delicada tarea de distinguir entre: las presiones usuales en la vida de los negocios, que como tales se estiman permitidas, de aquellas otras claramente reprobadas»⁸⁶.

En el ámbito nacional, Domínguez ha considerado que no constituye una fuerza ilegítima la amenaza del ejercicio legítimo de un derecho, pero, añade, bajo una doble condición: «que el medio usado sea previsto y legitimado por el derecho»⁸⁷. Por su parte, Alcalde y Boetsch lo ejemplifican de la siguiente manera:

«Así el acreedor puede amenazar legítimamente al deudor moroso con demandarlo judicialmente o pedir su declaración de quiebra si no paga la deuda de inmediato. Tal pago, si se efectúa, es un acto jurídico plenamente válido, porque exigir el pago de la deuda es un hecho a que faculta el crédito»⁸⁸.

d) EL ORIGEN DE LA FUERZA

A diferencia del dolo, la fuerza puede ser ejercida por la otra parte o por terceros. Dispone el artículo 1457 que: «Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella».

⁸³ DE CASTRO (1985), p. 141.

⁸⁴ D. 4, 2, 3, 1 y 50, 17, 155, 1.

⁸⁵ DOMÍNGUEZ (2020), p. 173, CORRAL (2018), ALCALDE y BOETSCH (2021), VIAL (2000).

⁸⁶ DE CASTRO (1985), p. 145.

⁸⁷ DOMÍNGUEZ (2020), p. 174.

⁸⁸ ALCALDE y BOETSCH (2021), p. 172.

Apunta correctamente Domínguez que se trata de una diferencia injustificada con el dolo, que no toma en consideración la situación de la otra parte, es decir, aquella que no empleó la fuerza y cuya voluntad no se encuentra viciada⁸⁹. Por su parte, Alcalde y Boetsch buscan una justificación señalando que del dolo es posible protegerse y de la fuerza no y que el legislador estima que resulta frecuente que un contratante se sirva de un tercero para intimidar⁹⁰. Ninguno de los argumentos resulta persuasivo; hay situaciones de dolo en que no resultará posible protegerse y otras de fuerza en que será posible. Por otra parte, si la cuestión es que una parte se sirve de un tercero, se trataría de un supuesto de complicidad y bastaría eso, como se ha entendido respecto del dolo⁹¹, para viciar el consentimiento. En realidad, parece tratarse de una racionalización *ex post* que olvida la pesada carga de la historia en el Código con relación al derecho romano.

A propósito del origen de la fuerza, se ha planteado en Chile la cuestión del estado de necesidad. Habrá que comenzar notando que, en materia penal, opera como una cláusula de exclusión de punibilidad y que, en el ámbito nacional, se ha estimado debe operar como una causa de justificación respecto de la responsabilidad civil⁹². Por otra parte, en el derecho francés, aun antes de la modificación de 2016 –y con el mismo tono del artículo 1456, es decir, la aparente exigencia de que la fuerza haya sido empleada por otra persona– se había fallado que el estado de necesidad recibía su adecuado encaje en la disciplina de la fuerza⁹³. En el ámbito nacional, recuerda Domínguez, esa solución fue defendida por Ducci Claro⁹⁴. Por otro lado, Domínguez señala que el tenor del artículo 1457 a este respecto no impide aplicar la disciplina de la fuerza a este tipo de casos pues:

«(...) la regla no hace referencia a que sea requisito de la fuerza que provenga sólo de un acto humano. Lo que ella trata es de separar la fuerza del dolo en cuanto a que no se pide en ella que provenga de la contraparte»⁹⁵.

Se trata, sin duda, de un argumento ingenioso, sin embargo, podría resultar algo desaprensivo con la historia de la regla que instancia el precepto pues, como ha notado Castro respecto del Código Civil español, en el derecho

⁸⁹ DOMÍNGUEZ (2020), p. 175.

⁹⁰ ALCALDE y BOETSCH (2021), p. 176.

⁹¹ LEÓN (1979), pp. 209-211.

⁹² Ver BARROS (2020), pp. 145-146.

⁹³ FLOUR *et al.* (2014), p. 229.

⁹⁴ DOMÍNGUEZ (2020), p. 178.

⁹⁵ DOMÍNGUEZ (2020), p. 177.

romano «no se consideraba impugnabile el contrato celebrado en estado de peligro o de necesidad aunque éste suponga una situación de grave temor»⁹⁶.

Por otra parte, aun si se acepta la asimilación, debe hacerse con cautela, pues como previenen Flour, Aubert y Savaux:

«(...) la asimilación del estado de necesidad a la violencia debe considerarse la regla general, pero solo si el otro contratante se aprovechó de esas circunstancias para pactar condiciones abusivamente favorables a él»⁹⁷.

Domínguez aconseja otra cautela, en los siguientes términos:

«la aceptación de la presión de circunstancias económicas como situación asimilable a la fuerza no puede hacerse sino con precaución puesto que (...) no se puede impedir a los débiles que contraten con los fuertes»⁹⁸.

Ambas prevenciones parecen aconsejar no estirar en demasía los límites de la fuerza como vicio del consentimiento y, en cambio, buscar un adecuado encaje del estado de necesidad en una figura como el aprovechamiento de la ventaja injusta⁹⁹.

2. La consecuencia jurídica

Por lo que toca al consecuente, la fuerza vicia el consentimiento y su consecuencia es la nulidad relativa; y, aunque el Código Civil nada diga al respecto, resulta perfectamente evidente que puede originar una indemnización conforme a las normas sobre responsabilidad extracontractual.

⁹⁶ DE CASTRO (1985), p. 142.

⁹⁷ FLOUR *et al.* (2014), p. 244.

⁹⁸ DOMÍNGUEZ (2020), p. 179-180.

⁹⁹ LÓPEZ (2015), pp. 699-723 y LÓPEZ (2020), pp. 563-588.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALDE, Enrique y BOETSCH, Cristián (2021): *Teoría general del contrato. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- BARROS, Fernando (2015): «Coerción económica y cautividad. Desde el derecho de la libre competencia al derecho de contratos», en AA. VV., *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*. Santiago: Thomson Reuters.
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2003): *La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual*. Santiago: LexisNexis.
- BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aránzazu (2004): *Nuevo derecho matrimonial chileno*. Santiago: LexisNexis.
- BARROS, Enrique (2017): «Fuerza económica y abuso de posición de debilidad de la contraparte en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho de contratos», en Hernán Corral y Pablo Manterola (eds.), *Estudios de Derecho Civil XII*. Santiago: Thomson Reuters.
- (2018): «Voluntad individual y reciprocidad de la relación contractual. Reflexiones a propósito del error», en Álvaro Vidal (dir.) y Gonzalo Severín (ed.), *Estudios de Derecho de Contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*. Santiago: Thomson Reuters.
- (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CHEN-WISHART, Mindy (2006): «Undue Influence: Beyond Impaired Consent and Wrongdoing towards a Relational Analysis», en Jack Beatson y Daniel Friedmann (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*. Londres: Clarendon Press.
- CLARO SOLAR, Luis (2015): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo XI, volumen V.
- CORRAL, Hernán (2018): *Curso de Derecho Civil. Parte general*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE CASTRO, Federico (1985): *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas.
- DE LA MAZA, Íñigo (2007): «Libertad y seguridad: el tratamiento del error en los Principios de Derecho Contractual Europeo», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 núm. 3.
- (2009): «A propósito del artículo 1.861», en AA. VV., *Estudios de Derecho Civil V*. Santiago: Thomson Reuters.
- (2010a): «Contrato de compraventa y error», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 15, diciembre 2010.
- (2010b): «El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17 – núm. 2.
- (2010c): *Los límites del deber precontractual de información*. Navarra: Civitas, Cizur Menor.

- (2012): «El error vicio del consentimiento: entre la protección y el aprovechamiento», en Fabián Elorriaga (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar*. Santiago: Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción, teoría del contrato*. Navarra: Thomson Civitas, Cizur Menor, 6.^a edición, tomo I.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2020): *Teoría general del negocio jurídico* (3.^a edición actualizada). Santiago: Prolibros.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2011): *Derecho sucesorio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3.^a edición actualizada, tomo I.
- FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric (2014): *Droit civil, Les obligations. 1. L'acte juridique*. París: Sirey, 16.^a edición.
- LEÓN HURTADO, Avelino (1979). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LÓPEZ, Patricia (2015): «Por una noción amplia de lesión enorme en el Código civil chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción contenida en el borrador de los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos», en Álvaro Vidal, Gonzalo Severín y Claudia Mejías (eds.), *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Thomson Reuters.
- LÓPEZ, Patricia (2018): «Las relaciones entre la tutela precontractual y contractual del acreedor: la conexión y la proyección-absorción», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, 1.º semestre de 2018.
- (2020): «El desequilibrio contractual y la tutela del contratante débil: una aproximación desde la Ley núm. 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y el Derecho Civil chileno», en María Morales Elisa y Pamela Mendoza (coord.), *Estudios de Derecho Privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*. Santiago: DER Ediciones.
- MORALES MORENO, Antonio-Manuel (2017): «Error en la declaración, interpretación y responsabilidad *in contrahendo*», en Adrián Schopf y Juan Carlos Marín (eds.), *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en Homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago: Thomson Reuters.
- PEEL, Edwin (2015): *Treitel on The Law of Contract*. Sweet & Maxwell, 14th edition.
- PINO, Alberto y GONZÁLEZ, Manuel (2022): *La acción de provecho del dolo ajeno*. Santiago: Tirant lo Blanch.
- SCHAUER, Frederick (2004): *Las reglas del juego*. (trad.) Orunesu, Claudina y Rodríguez, Jorge. Madrid: Marcial Pons.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (2006): *El dolo in contrahendo*. Madrid: RDP.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2000): *Teoría general del acto jurídico* (4.^a edición). Santiago: Ediciones de la Universidad Católica de Chile.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Bulnes Núñez Mercedes con H-Network S. A. (2015): Corte Suprema, 2 de abril de 2015, rol núm. 24241-2014.
- Consortio Transportes Trancura con Tocale Tuna Romillo (2010): Corte Suprema, 19 de enero de 2010, rol núm. 1908-2008, Legal Publishing núm. 43283.
- Díaz Mora, Jorge H. c/ Inmobiliaria San Nicolás Ltda. (2008): Corte Suprema, 23 de junio de 2008, rol núm. 751-2007, MJCH_MJJ17585.
- García Pinilla, José y otro con Navarrete Wilhem Hugo (2001): Corte Suprema, 30 de mayo de 2001, rol núm. 4497-1999, CL/JUR/1504/2001.
- Glide Inversiones Ltda. con Inversiones y Desarrollo Sur S. A. (2008): Corte Suprema, 19 de mayo de 2008, rol núm. 1287-2008, Legal Publishing núm. 39372.
- Juan Luis Tapia Berrios y otros con Inmobiliaria Caleuche Ltda. (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de noviembre de 2013, rol núm. 1116-2011.
- Pastenes Aranda Perla con Soc. Inmobiliaria y Comercial Montegrande S. A. (2015): Corte de Apelaciones de La Serena, 17 de abril de 2015, rol núm. 100-2014.
- Valdebenito Saavedra Pedro con Fuentes Rojas Lina (2016): Corte Suprema, 4 de abril de 2016, rol núm. 10092-2015.

COLOMBIA

NICOLÁS PÁJARO MORENO*

YIRA LÓPEZ CASTRO**

Sumario: I. Introducción.–II. Vicios que pueden afectar la validez del contrato en el derecho colombiano.–III. Error. 1. Concepto de error. 2. Supuestos que dan lugar a error. a) Error de hecho y error de derecho. b) Error sobre el tipo de negocio celebrado. c) Error sobre la identidad del objeto. d) Error sobre la calidad esencial del objeto. e) Error sobre el móvil determinante del contrato. f) Error sobre la persona. g) Otras especies de error. 3. Consecuencias del error.–IV. Fuerza. 1. Concepto. 2. Requisitos. a) Intensidad del acto violento y repercusión en la víctima. b) La fuerza debe ser injusta y tener por objeto el consentimiento. c) La violencia generalizada como vicio del consentimiento. d) Desplazamiento forzado, despojo y abandono de tierras con ocasión del conflicto interno. 3. Consecuencias.–V. Dolo. 1. Definición del dolo según la legislación nacional. 2. Requisitos para su configuración. a) Existencia del dolo como obra de una de las partes. b) Carácter determinante del dolo. 3. Consecuencias del dolo como vicio del consentimiento.–Bibliografía.–Jurisprudencia citada.

I. INTRODUCCIÓN

En Colombia, la institución de los vicios del consentimiento tiene un arraigo fundamental en principios generales del derecho privado, que en la actualidad incluso cuentan con un reconocimiento desde el plano constitucional.

El ordenamiento vigente ha investido con naturaleza superior tanto el principio general de la autonomía privada, como sus distintas manifestaciones

* Magíster en Derecho Privado Universidad de los Andes. Profesor principal en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: nicolas.pajaro@urosario.edu.co

** Doctora en Derecho por la Universidad del Rosario. Profesora asociada en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: yira.lopez@urosario.edu.co

y proyecciones, en las varias libertades contractuales con las que cuentan las partes de los contratos y demás negocios jurídicos. El artículo 333 de la Constitución Política de 1991 protege la libertad individual a la hora de ejercer su actividad económica y su iniciativa privada; previsión ésta que ha sido entendida como el fundamento superior del derecho de contratos.

Al complementarse esta previsión con otros postulados iusfundamentales, es apenas comprensible que en el ordenamiento jurídico colombiano la cuestión sobre los vicios del consentimiento ha sido parte de un proceso de constitucionalización. La concurrencia de, que ha permitido desarrollos importantes en materias tan disímiles entre los cuales destacan la exigencia de deberes reforzados de información en el ámbito del derecho del consumo, así como la protección a las víctimas del conflicto armado interno.

En las páginas que siguen se presentará un panorama general sobre los vicios que, en el sistema jurídico colombiano, pueden afectar la validez de los negocios jurídicos y contratos (II), para luego desarrollar, *in extenso*, los tipos de vicios reconocidos en la ley, como lo son el error (III), la fuerza (IV) y el dolo (V).

II. VICIOS QUE PUEDEN AFECTAR LA VALIDEZ DEL CONTRATO EN EL DERECHO COLOMBIANO

Al igual que muchas otras cuestiones concernientes al estudio de los contratos en el ordenamiento jurídico nacional, la regulación de los vicios del consentimiento se encuentra dispersa en una pluralidad de cuerpos legales, así como en desarrollos de la jurisprudencia que han adquirido valor de doctrina probable o de precedente. El derecho privado colombiano es heredero de la tradición decimonónica, en la cual coexisten el Código Civil de 1887, modelado sobre la base del chileno de Andrés Bello, y el Código de Comercio de 1971, que tomó como inspiración principal el código civil italiano de 1942. Con ellos, coexisten un importante número de disposiciones legales dispersas, destinadas a regular cuestiones sociales particulares, tipos contractuales puntuales o algunas situaciones contingentes.

La columna vertebral del tema de los vicios del consentimiento se encuentra condensada en el Código Civil de 1887, que contiene en su mayor parte las reglas generales relacionadas con la materia, así como algunas disposiciones especiales para ciertos tipos contractuales.

El artículo 1502 establece que uno de los requisitos de eficacia de los contratos y convenciones consiste, precisamente, en la existencia de un consentimiento libre de vicios. Según lo ha reconocido la jurisprudencia, esta exigencia se deriva «de la garantía de la autonomía de la voluntad privada y, también, de la

garantía de la justicia en ese amplio campo de la actividad de las personas», razón por la cual «el ordenamiento positivo exige que la manifestación de voluntad sea consciente y libre, esto es, que no esté afectada por irregularidades que genéricamente son denominadas en la ley y en la doctrina vicios del consentimiento»¹. El artículo 1508 del mismo cuerpo legal acoge la clasificación tradicional de este tipo de irregularidades, a través de las categorías básicas de error, fuerza y dolo; que luego desarrolla en las normas que inmediatamente le siguen (1509 a 1516).

La presencia de alguno de estos supuestos afecta la validez del negocio respectivo y puede dar lugar a que se declare su nulidad relativa. Así lo dispone, de manera genérica y residual, el artículo 1741 del Código Civil, teniendo en cuenta que los vicios del consentimiento no se encuentran enlistados en los casos que expresamente dan lugar a la declaratoria de nulidad absoluta de los contratos, y que «[c]ualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato». En el mismo sentido, pero con una redacción mucho más concreta, el Código de Comercio, por su parte, sanciona con anulabilidad el negocio «que haya sido consentido con error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil».

Para que la nulidad relativa o anulabilidad destruya los efectos legales del contrato o negocio viciado, es necesario un pronunciamiento de un juez de la República en este sentido, según la regla general que establece el artículo 1746 del Código Civil para las nulidades, que sigue de cerca el brocardo «*pas de nullité sans arrêt*». Así también lo ha sostenido largamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para la cual «la nulidad, cualquiera que sea su clase requiere terminantemente la decisión judicial»².

El juez no puede invalidar de oficio un contrato por la existencia de un vicio del consentimiento; este tipo de asuntos requieren de solicitud de parte (Código Civil, art. 1743; Código General del Proceso, art. 282). La jurisprudencia ha explicado, al respecto, que este tipo de irregularidades atañen a la subjetividad de los contratantes, que no aparecen de manifiesto en el acto o contrato, y que en dicha medida no pueden ser declaradas de manera oficiosa por el juez que conoce del caso³.

Los vicios del consentimiento sólo pueden ser alegados por «aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios»

¹ Corte Constitucional, sentencia C-993 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería.

² Así, por ejemplo, puede verse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 21 de mayo de 1968, M. P. Fernando Hinestrosa, p. 169, con numerosas referencias jurisprudenciales al respecto.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de abril de 1955, M. P. Alberto Zuleta Ángel, G. J. Tomo LXXX, p. 33.

(Código Civil, art. 1743); también puede alegarse por los representantes de la parte (Código Civil, art. 1505), o por quien se haya beneficiado de los efectos de la subrogación legal o convencional (Código Civil, art. 1670). No es posible que la nulidad sea alegada por la contraparte del afectado, ni por otros sujetos del negocio distintos de quien fue afectado por el vicio, así éstos tengan la calidad de codeudores o coacreedores del interesado, ni por terceros absolutos, que carecen de interés.

Una vez declarada, las partes del negocio tienen derecho a ser restituidas al estado anterior al que se encontraban antes de su celebración, como si el contrato nunca hubiese existido (art. 1746), salvo en aquellos casos en los que, por la naturaleza de las prestaciones, resulte imposible realizar el restablecimiento, como ocurre en algunos contratos de tracto sucesivo.

El restablecimiento de las cosas al estado anterior ha sido entendido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como una consecuencia natural de toda declaración de nulidad, derivada del principio general de prohibición del enriquecimiento sin causa⁴. En esta medida, en todos los casos en que el juez haya de decretar la nulidad relativa del negocio, éste se encuentra también obligado a ordenar las prestaciones mutuas correspondientes, y la omisión de este requisito es un defecto sustancial de la sentencia, que puede ser invocado en casación, independientemente de que quien haya alegado la nulidad haya solicitado expresamente las restituciones mutuas.

En principio, en el ordenamiento jurídico colombiano, los vicios del consentimiento son irregularidades de los negocios naturalmente subsanables. El derecho a invocar la invalidez del acto o contrato por la existencia de alguna de estas irregularidades es una cuestión renunciable, por mirar únicamente al interés particular del afectado con ellos y no estar involucrado en ellos el orden público ni las buenas costumbres (Código Civil, arts. 15 y 16).

En esta medida, este tipo de irregularidades también son susceptibles de ratificación (Código Civil, art. 1752) con tal que ésta provenga del sujeto afectado con el vicio (art. 1755). La ratificación debe ser prestada de manera expresa, cuando el negocio ratificado se encuentre sujeto a alguna forma *ad substantiam actus* (art. 1753); en los demás casos, puede ser hecha expresa, si así lo desea el afectado, o tácitamente, a través de la ejecución voluntaria de las obligaciones contratadas en el negocio (art. 1754). En todo caso, para que la ratificación, expresa o tácita, pueda sanear el vicio, ésta debe ocurrir después

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, aclaración de 25 de julio de 1936 a la sentencia de 27 de marzo de 1936, M. P. Antonio Rocha, G. J. Tomo XLIII, p. 739.

de que el error o el dolo haya sido conocido por el sujeto afectado con él⁵, o después de que haya cesado la fuerza⁶.

La nulidad relativa puede también sanearse por prescripción, en un término especial de cuatro años, que se cuentan, en el caso de la violencia, desde el día en que ésta haya cesado, y en el caso del error y el dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato (Código Civil, art. 1750). Sin perjuicio de lo anterior, el ordenamiento deja a salvo los términos especiales de prescripción para la nulidad relativa derivada de vicios del consentimiento en asuntos particulares.

Así, por ejemplo, las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran sujetas a un término de prescripción ordinaria de dos años contada desde que el interesado ha conocido o ha debido tener conocimiento del hecho, o a una prescripción extraordinaria de cinco años que se computa desde el nacimiento del respectivo derecho (Código de Comercio, art. 1081); plazos que de acuerdo con la jurisprudencia operan, el primero, cuando es posible determinar si era posible conocer del vicio y el momento en que ello debió haber ocurrido, y el segundo, en todos los demás casos, con independencia de si se tuvo o no conocimiento del vicio⁷.

Sin embargo, para que la acción rescisoria por nulidad relativa se extinga por prescripción, ésta debe ser alegada por el sujeto interesado (Código Civil, art. 2513, Código General del Proceso, art. 282). Una vez cumplido el término previsto para su ocurrencia, la prescripción de este tipo de acciones es susceptible de renuncia expresa o tácita (Código Civil, art. 2514), por cualquier hecho del interesado que suponga un reconocimiento de los efectos del contrato o una ejecución del mismo, sea por no proponer oportunamente la prescripción como excepción dentro del proceso en el que se pretenda hacer valer el negocio (Código General del Proceso, art. 282)⁸.

III. ERROR

1. Concepto de error

La legislación colombiana no prevé una definición expresa de lo que debe entenderse por «error» como vicio del consentimiento.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de junio de 1960, M. P. José Hernández Arbeláez, G. J. Tomo XCII, p. 988.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de septiembre de 1944, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, G. J. LVII, p. 604.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de mayo de 2000, M. P. Nicolás Bechara Simancas, Exp. 5360.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-091 de 2018, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

La doctrina y la jurisprudencia se han valido de algunas definiciones que, en buena medida, replican los conceptos de la doctrina clásica francesa, como Pothier, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, y Josserand⁹. Algunas de las definiciones que se han dado en el derecho colombiano se remiten a conceptos como el de la «falsa noción de la realidad»¹⁰; la «discrepancia entre el concepto y la realidad, tener por cierto lo que no lo es, o por falso lo que es cierto, disconformidad entre el hecho y la idea que se tiene de él»¹¹; la «falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad»¹².

2. Supuestos que dan lugar a error

De acuerdo con la jurisprudencia, las especies de error tienen carácter taxativo y, por tanto, sólo pueden ser invocadas en la medida en que hayan sido previstas por el legislador¹³. Los artículos 1509 a 1512 del Código Civil prevén algunas de las principales categorías reconocidas por la doctrina. Si bien la clasificación no replica expresamente algunas de las sofisticaciones doctrinarias, que distinguen entre las categorías de «error obstativo», «error vicio» y «error indiferente», la jurisprudencia nacional se ha remitido a ellas desde el periodo conocido como la «Corte de Oro»¹⁴.

a) ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, como el francés, el artículo 1509 del Código Civil colombiano establece de manera expresa que el

⁹ Así, pueden traerse a colación algunos ejemplos de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a lo largo de casi un siglo se han remitido al mismo sector de la doctrina francesa. Así, la sentencia de 28 de febrero de 1936, M. P. Eduardo Zuleta Ángel, G. J. Tomo XLIII, pp. 532-534; y mucho más recientemente en la sentencia SC11331-2015 de 27 de agosto de 2015, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

¹⁰ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA (2005), p. 181.

¹¹ HINESTROSA (2015), p. 943.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-993 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería; definición también compartida y transcrita —aunque con errores de referencia— por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SC5040-2021 de 6 de diciembre de 2021, M. P. Luis Alonso Rico Puerta.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de septiembre de 1947, M. P. Manuel José Vargas, G. J. Tomo LXIII, pp. 16-17.

¹⁴ Así, en la sentencia de 28 de febrero de 1936, M. P. Eduardo Zuleta Ángel, G. J. Tomo XLIII, pp. 532 a 534, se hizo referencia a esta clasificación para efectos de analizar la incidencia del error en los ejercicios de partición de herencia.

error no vicia el consentimiento cuando versa sobre puntos de derecho. En los artículos 1510 y 1511 se desarrolla el anterior precepto al regularse las distintas hipótesis de error sobre el negocio, sobre el objeto y sobre el móvil determinante del contrato, como cuestiones de hecho.

La exclusión del error de derecho como vicio del consentimiento se relaciona estrechamente con algunos otros preceptos del mismo Código Civil, como el precepto que consagra la imposibilidad de invocar la ignorancia de la ley como excusa (art. 9), así como la regla que presume mala fe en el error de derecho, sin admitir prueba en contrario (*ibidem*, art. 768).

Desde el orden constitucional, la imposibilidad de invocar el error de derecho como vicio del consentimiento fue materia de análisis por parte de la Corte Constitucional, en sentencia C-993 de 2006. En dicho fallo, dicha corporación encontró que dicho precepto era un desarrollo válido de la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho (Constitución Política de 1991, art. 2), así como de la función social que se atribuye tanto a la autonomía privada como a la propiedad (*ibidem*, arts. 333 y 58, respectivamente).

Con todo, vale la pena resaltar que, si bien el error de derecho no puede viciar el consentimiento ni dar lugar a anular contrato alguno, en algunas hipótesis legales se prevén otro tipo de consecuencias cuando las partes han incurrido en yerros jurídicos. Es el caso del artículo 2315 del Código Civil, que permite el ejercicio de la acción *in rem verso*, cuando el pago de lo no debido fue consecuencia de un error de derecho y no dio lugar ni siquiera a la producción de una obligación natural¹⁵.

b) ERROR SOBRE EL TIPO DE NEGOCIO CELEBRADO

El artículo 1510 del Código Civil prevé que «[e]l error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación (...)». En el mismo sentido, el artículo 747 del mismo estatuto también se refiere a esta especie de error al regular las consecuencias de éste sobre la validez de la tradición. Se trata de la especie de error que la doctrina ha denominado *in negotio* o *in natura conventionis*.

Las posiciones sobre esta categoría no son pacíficas, y se encuentran posturas encontradas en el derecho colombiano. Así, un sector de la doctrina suele seguir la tendencia a catalogarla dentro de los llamados «errores obstáculo» o «erro-

¹⁵ Sobre el punto, ver OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA (2005), p. 183.

res obstativos»¹⁶, pues la existencia de una divergencia de esta especie, más que un consentimiento, denota un disenso entre las partes, impide el surgimiento del contrato, y no genera nulidad sino inexistencia. Esta postura llegó a ser admitida por la Corte Suprema de Justicia en el año 1936, cuando afirmó que el error *in negotio* «implica una discordancia no solamente entre la voluntad declarada y la voluntad efectiva de cada una de las partes, sino también la voluntad de una y la voluntad de la otra, que, por lo mismo, no se han encontrado y no han podido confluir para formar un acuerdo»¹⁷. Otro sector de la doctrina considera que el Código Civil ha trabajado el error en la naturaleza del negocio como una especie de error esencial del negocio, generador de un vicio del consentimiento, o un hecho dirimente, que causa la nulidad relativa o anulabilidad del contrato¹⁸.

c) ERROR SOBRE LA IDENTIDAD DEL OBJETO

Una segunda especie de error tratada por el artículo 1510 del Código Civil es la que doctrinariamente se identifica como *in corpore*, y recae «sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra». En el error sobre la identidad del objeto, la divergencia entre las partes versa sobre la individualidad de la cosa contratada, no sobre sus calidades (que es otra especie de error: en la calidad esencial o *in substantia*). En otras palabras, se trata de una discrepancia sobre cuál es la cosa, no sobre cómo está hecha¹⁹. Tampoco pertenecen a esta especie de error la diferencias que se tengan sobre alguno de los linderos del inmueble negociado²⁰.

Al igual que con la figura del error *in negotio*, la jurisprudencia ha considerado que el error sobre la identidad de la cosa no es un error obstativo, sino un vicio del consentimiento, que acarrea la nulidad relativa del acto, y no su inexistencia²¹. En esa medida, en los casos de error *in corpore*, la Corte Suprema de Justicia ha exigido que se prueben los mismos requisitos que para las demás es-

¹⁶ Así HINESTROSA (2015), p. 972.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de febrero de 1936, M. P. Eduardo Zuleta Ángel, G. J. Tomo XLIII, p. 535. En el mismo sentido, la sentencia SC11331-2015 de 27 de agosto de 2015, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

¹⁸ Así SALAMANCA (1974), p. 16; URIBE HOLGUÍN (1980), pp. 286-288; y OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA (2005), pp. 186-187.

¹⁹ Así, HINESTROSA (2015), p. 972.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 25 de agosto de 1936, M. P. Antonio Rocha Alvira, G. J. Tomo XLIV, pp. 425 a 426.

²¹ Así lo anota PÉREZ VIVES (1953), p. 157.

pecies de error-vicio: que se tuvo una determinada creencia, que ella no correspondía a la realidad, y que ella fue determinante para la celebración del negocio²².

d) ERROR SOBRE LA CALIDAD ESENCIAL DEL OBJETO

La primera parte del artículo 1511 del Código Civil se refiere, por su parte, al error *in substantia*, al indicarse en él que «[e]l error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante».

El error en la sustancia previsto en la norma transcrita tradicionalmente ha sido asociado a una calidad objetiva de la materia sobre la cual versa el contrato²³, sea que se trate sobre la identidad de la cosa (*corpore*), o sobre sus cualidades (*qualitatis*)²⁴. Por «sustancia» se ha entendido el conjunto de propiedades o calidades esenciales del objeto, materiales o inmateriales, que determinan su naturaleza específica y que sirven para distinguirlo de otros objetos; se trata de un rasgo objetivo propio de la prestación, independiente de las consideraciones subjetivas que las partes hayan tenido al respecto.

Al tratarse de divergencias sobre la naturaleza del objeto sobre el cual versa la prestación del contrato, esta especie de error puede tener puntos de contacto con otro tipo de fenómenos jurídicos, como la resolución por incumplimiento, en los eventos en que la cosa transferida no corresponde con aquella que se contrató o que se pensó contratar²⁵, o la acción redhibitoria, cuando existen vicios ocultos que afectan la calidad esencial del objeto contratado²⁶.

Si bien los ejemplos planteados por el Código Civil se refieren a cosas materiales, se ha indagado si esta especie de error también puede referirse a servicios y prestaciones de hacer o de no hacer; al respecto, un sector de la doctrina incluye responde afirmativamente a esta cuestión²⁷, mientras que otro la descarta, por tratarse de una especie de error sobre la persona²⁸.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 25 de agosto de 1936, M. P. Antonio Rocha Alvira, G. J. Tomo XLIV, p. 425.

²³ OSPINA FERNÁNDEZ (2005), p. 190.

²⁴ HINESTROSA (2015), p. 974.

²⁵ Así, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de junio de 1979, M. P. Alberto Ospina Botero, G. J. CLIX primera parte, 219-229.

²⁶ ESCOBAR SANÍN (1994), p. 105.

²⁷ Así, URIBE HOLGUÍN (1980), p. 285.

²⁸ Así, HINESTROSA (2015), p. 987.

e) ERROR SOBRE EL MÓVIL DETERMINANTE DEL CONTRATO

El inciso segundo del artículo 1511 del Código Civil desarrolla la regla sobre el error en la calidad esencial del objeto contenida en la primera parte, y la dota de un elemento subjetivo. De acuerdo con la disposición en comento, cuando el error versa sobre una calidad no esencial del objeto, el error sólo es susceptible de viciar el consentimiento cuando «esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte». Se trata de calidades accidentales, es decir, de atributos del objeto que, si bien pueden tener un valor para la parte contratante, no alteran su individualidad, como la antigüedad, su origen, su historia, o alguna característica accidental que resulte de importancia para la parte que contrata. En suma, en estos casos el error versa sobre «características extrínsecas, pero de importancia relativa tan profunda que sin ellas el acuerdo de voluntades no se habría formado, o por lo menos se habría producido en términos muy diferentes»²⁹.

Algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia, considera que entre esta especie de error y la descrita en el punto inmediatamente anterior no existe ninguna diferencia, y que, en la dinámica acogida por el Código Civil, el error sobre el objeto será siempre un error sobre el móvil esencial que la parte tuvo para contratar³⁰. La regulación mercantil parece acoger esta postura, al indicar en algunas disposiciones relacionadas con el contrato de sociedad, que «[s]e entiende por error esencial el que versa sobre los móviles determinantes del acto o contrato, comunes o conocidos por las partes» (Código de Comercio, art. 101).

En todo caso, se requiere que para la contraparte conozca acerca de la importancia que la referida calidad representa en la celebración del contrato para su cocontratante, sin que sea necesario que ambos compartan ni la valoración ni el error. Ello excluye la existencia de un error en todos aquellos eventos en los que el contratante se ha reservado los móviles para contratar.

f) ERROR SOBRE LA PERSONA

De acuerdo con el artículo 1512 del Código Civil, cuando el error se refiere a la persona con la cual se contrata, por regla general, no existe un vicio

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de junio de 1960, M. P. José Hernández Arbeláez, G. J. Tomo XCII, p. 987.

³⁰ Así, PÉREZ VIVES (1953), p. 175, refiriéndose a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 28 de febrero de 1936, M. P. Eduardo Zuleta Ángel, en G. J. Tomo XLIII, pp. 532 a 534. En el mismo sentido, ESCOBAR SANÍN (1994), pp. 104-105.

en el consentimiento. Excepcionalmente se podrá tomar en cuenta el error como una causal de anulación del negocio en los contratos *intuitus personae*, es decir, en aquellos en los que la calidad del sujeto es la causa principal del contrato. En este punto el legislador ha desarrollado la figura del error sobre la persona en los mismos términos expresados en el punto inmediatamente anterior, es decir, en la medida en que la calidad de la contraparte sea el móvil determinante («la causa principal del contrato»).

Los contratos personalísimos o *intuitus personae* suelen encontrarse en negocios en los que, por su estructura o por su función práctico-social, suele considerarse especialmente la calidad del sujeto con el que se ha acordado. Por oposición, en los demás contratos, el legislador ha entendido que el móvil principal de quien contrata constituye la satisfacción material de un interés, o la contraprestación que se recibe por ellos, y en este sentido no sanciona la nulidad del contrato.

Para que el error pueda viciar el consentimiento tiene que recaer sobre la identidad de la persona o sobre sus calidades. De esta manera, son tolerables para el derecho las equivocaciones sobre el nombre del sujeto, siempre y cuando exista claridad sobre tales elementos, tal como se desarrolla, entre otras disposiciones, en el artículo 1116 del Código Civil; situación que no ocurre en casos como el de la homonimia que lleva a contratar con una persona distinta de quien se pretendía, así comparta el mismo nombre³¹.

La doctrina ha identificado que existe un mayor grado de trascendencia de la identidad del sujeto, y por tanto una mayor probabilidad de incurrir en un error sobre la persona, en los contratos que se celebran con un familiar³², o en los negocios a título gratuito que en los contratos a título oneroso³³. Sin embargo, esta última distinción no es definitiva, pues hay ejemplos de contratos a título gratuito en los que no es trascendente la identidad o calidades del destinatario, como en algunos contratos de beneficencia³⁴; y contratos a título oneroso que dependen de la determinación de la persona con la que se contrata, como el de seguro o el mandato; o en el contrato de sociedad, en lo que se relaciona con los socios colectivos (Código de Comercio, art. 107).

También se cuentan entre los contratos personalísimos aquellos en los que revisten particular importancia las calidades de la persona que se contrata, como sus habilidades, reputación, títulos profesionales, experiencia o las licencias con las que cuente³⁵.

³¹ Cfr. ESCOBAR SANÍN (1994), p. 107.

³² Así, HINESTROSA (2015), p. 997.

³³ Así, OSPINA FERNÁNDEZ (2005), p. 194; SALAMANCA (1974), p. 16.

³⁴ *Ídem*.

³⁵ HINESTROSA (2015), p. 997.

g) OTRAS ESPECIES DE ERROR

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado de tiempo atrás que nuestro ordenamiento prevé de manera taxativa los casos en los que el consentimiento queda viciado por error³⁶. Lo anterior no ha impedido a la doctrina y a la jurisprudencia hacer referencia incidental a algunos tipos de error no comprendidos en la ley, que no dan lugar a nulidad. Es el caso de los errores en la emisión de las declaraciones que las partes hagan, sea que se manifiesten por escrito (*lapsus calami*) o verbalmente (*lapsus linguae*)³⁷. En el mismo sentido, por regla general se excluye el error de cálculo o el error sobre el valor de los bienes negociados dentro de los vicios sancionables con nulidad³⁸, que se consideran por ello errores de hecho indiferentes, sin perjuicio de que a partir de ellos puedan originarse otro tipo de acciones, como la de rebaja del precio³⁹ o la de rebaja de los intereses.

3. Consecuencias del error

El Código Civil colombiano establece como uno de los requisitos para obligarse que las partes del respectivo acto hayan consentido en la obligación y que su consentimiento no adolezca de vicios (art. 1502 numeral 2). En dicho estatuto no se regula de manera específica la sanción que corresponde aplicar al acto que adolezca de error ni de cualquiera otro vicio del consentimiento; sin embargo, todos estos supuestos se encuentran comprendidos en los casos dispuestos en el artículo 1741 *in fine*, que de manera residual dispone que «[c]ualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato». A la misma sanción apunta el artículo 900 del Código de Comercio, a pesar de que en esta disposición sí se hace referencia expresa a la consecuencia que se deriva del

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de septiembre de 1947, M. P. Manuel José Vargas, G. J. tomo LXIII, p. 17.

³⁷ ESCOBAR SANÍN (1994), p. 105. Sin embargo, para este autor, estas especies de error pueden dar origen a errores obstativos, y a la consecuente inexistencia del acto o contrato, o a nulidad, según se trate de vicios de mayor o menor trascendencia.

³⁸ Así, OSPINA FERNÁNDEZ (2005), p. 200; EMILIANI (1980), p. 150; SALAMANCA (1974), p. 16. Cfr: también Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de septiembre de 1947, cit., p. 17.

³⁹ EMILIANI (1980), p. 150

vicio: «Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil».

El error es tratado en forma consistente como una causal de nulidad relativa a lo largo de diversas disposiciones del Código Civil. Así ocurre, entre otros supuestos, en el tratamiento del error en la tradición (arts. 746 a 748); cuando el vicio se refiere a la partición de los bienes en las sucesiones por causa de muerte (art. 1408); en los casos de renuncia a gananciales después de la disolución de la sociedad conyugal (art. 1848); o en algunos aspectos relacionados con el contrato de transacción (arts. 2480 y 2481)⁴⁰.

Con todo, en algunos casos a pesar de estar acreditado el error no hay lugar a la invalidación del negocio, como ocurre en los supuestos de nulidad parcial, en los que se aplica el principio de conservación del contrato (Código de Comercio, art. 902), o en los que hay lugar a la conversión del negocio nulo, cuando puede inferirse que las partes habrían consentido en la función y efectos de un negocio diferente, en caso de haberse percatado del error (Código de Comercio, art. 904).

Algunos autores han considerado que en el ordenamiento jurídico colombiano es posible aplicar la figura del «error obstáculo» u «error obstativo»; de acuerdo con ellos, la ocurrencia de una divergencia de tal magnitud puede dar lugar a declarar la inexistencia de la convención⁴¹, en lugar de su nulidad relativa, por tratarse más de un malentendido que de un contrato. Otros autores van todavía más allá, y sostienen que la figura del error obstativo es una contradicción en sí misma, pues si el error sólo puede predicarse de un contrato existente, de manera que, al no existir contrato, hablar de «error obstáculo» no es más que una necesidad⁴². Otro sector de la doctrina, finalmente, considera que en Colombia los supuestos de error obstáculo no pueden dar lugar a inexistencia del negocio, pues la legislación positiva no lo establece de dicha manera⁴³.

⁴⁰ HINESTROSA (2015), p. 965, cita algunos otros casos en donde el Código Civil se refiere al error en relación con la nulidad o validez de ciertos actos. Sin embargo, no los incluimos en el catálogo de disposiciones por no referirse a negocios jurídicos, sino a asuntos de familia como ocurre con las reglas relacionadas con el matrimonio (arts. 140 numeral 1 y 142) y el reconocimiento de hijo (art. 248); o porque, en lugar de establecer la nulidad, prevén su validez, como en el caso de algunos equívocos en los que puede caerse en el contrato de depósito (art. 2241), o en los que fundamentan el pago de lo no debido (arts. 2313 y 2315).

⁴¹ Así, ESCOBAR SANÍN (1994), pp. 105 ss.

⁴² URIBE HOLGUÍN (1980), pp. 287-288.

⁴³ Así, ORTIZ MONSALVE (2007), p. 112. Con todo, dicho autor considera que dicha regulación es equivocada, y que sería deseable que hubiese optado por la inexistencia en casos como los de error sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad del objeto.

IV. FUERZA

En Colombia, las reglas generales sobre fuerza se encuentran en el Código Civil. Adicionalmente, se han expedido leyes que regulan los requisitos de la fuerza como vicio del consentimiento en estados de emergencia y en el marco del conflicto armado interno. De esa forma, el legislador ha considerado que la violencia generalizada en algunos territorios del país y el conflicto armado interno tienen impacto en la validez del consentimiento de los contratantes y por ello, ha establecido unas reglas especiales para estos casos.

Los artículos 1513 y 1514 del Código Civil señalan los requisitos para considerar a la fuerza como vicio del consentimiento. De otra parte, la Ley 201 de 1959 establece las medidas tendientes a impedir el aprovechamiento económico de la violencia durante un estado de sitio, hoy estado de emergencia, y aclara «el sentido y alcance del artículo 1513 del Código Civil, en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada». La aplicación de estas reglas ha sido estudiada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades⁴⁴.

Adicionalmente, la Ley 1448 de 2011, conocida como ley de víctimas y de restitución de tierras⁴⁵, permite que propietarios, poseedores o explotadores de baldíos soliciten la restitución de los predios de los que hayan sido despojados o que se hayan visto obligados a abandonarlos como consecuencia de hechos que configuren infracciones al Derecho Internacional Humanitario o a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno. Esta ley creó un procedimiento, unos jueces especiales y unas presunciones que operan para que las víctimas de desplazamiento, despojo o abandono por razones de conflicto tengan la posibilidad de obtener la restitución material y jurídica de los predios despojados según el caso.

⁴⁴ Pueden consultarse al menos las siguientes sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 5 oct. 1939, G. J. XLVIII, 720; sentencia del 2 de septiembre de 1964, M. P.: José Hernández Arbeláez; sentencia del 15 de octubre de 1968, M. P.: Ignacio Gómez Posse; sentencia del 15 de noviembre de 1969, M. P.: Guillermo Ospina; sentencia del 10 de julio de 1972, M. P.: Humberto Murcia Ballen; sentencia del 30 de junio de 2011, M. P.: Arturo Solarte Rodríguez; sentencia del 19 de diciembre de 2012, M. P.: Margarita Cabello Blanco; sentencia del 15 de mayo de 2019, M. P.: Luis Alfonso Rico Puerta; sentencia del 9 de noviembre de 2020, M. P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

⁴⁵ Mediante esta ley «se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones».

1. Concepto

Aunque el ordenamiento colombiano no define de manera expresa qué es fuerza como vicio del consentimiento, el artículo 1513 del Código Civil contiene algunos de los elementos que permiten construir una definición. Así, la fuerza como vicio del consentimiento podría ser definida como la coacción que produce «una impresión fuerte en una persona» de verse expuesta con «justo temor» a «un mal irreparable y grave», en razón de la cual esta persona celebra un negocio jurídico⁴⁶. De conformidad con la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la fuerza puede ser física o moral, en cuyo caso se entiende como una amenaza contraria a derecho.

La Ley 201 de 1959 incorporó una definición de fuerza «en caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior». De conformidad con el artículo 1.º de esta ley, la fuerza que vicia el consentimiento es «cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiere celebrado».

El artículo 74 de la Ley 1448 de 2011, ley de víctimas y restitución de tierras define lo que se entiende por despojo y por abandono forzado en el marco del conflicto armado. Así, se entiende por despojo: «la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia». El abandono forzado de tierras es «una la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona forzada a desplazarse, razón por la cual se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios que debió atender en su desplazamiento» (art. 74 de la Ley 1448 de 2011).

De esa forma, sumado a los elementos fundantes de la definición de fuerza en el Código Civil, en Colombia se aplican algunas presunciones para los casos de fuerza como vicio del consentimiento en escenarios de violencia generalizada y en el marco del conflicto armado.

⁴⁶ Artículo 1513 del Código Civil: «La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento».

2. Requisitos

a) INTENSIDAD DEL ACTO VIOLENTO Y REPERCUSIÓN EN LA VÍCTIMA

El acto violento vicia el consentimiento cuando, según el Código Civil, «es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición» (art. 1513 C. C). Ese acto debe infundir un temor tan potente en el contratante sobre la existencia de un mal irreparable y grave que ese temor lo lleva a celebrar un negocio jurídico.

De esa forma, la identificación de la intensidad de la fuerza y sus efectos deben ser analizados teniendo en cuenta las condiciones subjetivas del contratante forzado a celebrar el negocio. La jurisprudencia ha indicado al respecto:

«Corresponde, por tanto, al Juez ponderar en cada caso esa intensidad de la fuerza y de sus efectos, atendiendo para ello a los criterios que señala el texto legal transcrito: el criterio objetivo que atiende a la naturaleza de los hechos violentos para determinar si éstos son aptos para “producir una impresión fuerte”, un “justo temor” (*vani timoris non excusat*), para combinarlo con el criterio subjetivo que mira a “la edad, sexo y condición” de la víctima»⁴⁷.

La gravedad de la coacción es ejemplificada por el Código Civil al explicar que «el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto» no vicia el consentimiento (art. 1513 C. C).

b) LA FUERZA DEBE SER INJUSTA Y TENER POR OBJETO EL CONSENTIMIENTO

Para que la fuerza vicie el consentimiento «basta que se haya empleado por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento» (art. 1514 C. C). Así, la jurisprudencia ha resaltado la necesidad de que la fuerza se ejerza con el objetivo de «obtener el consentimiento» en el negocio respectivo.

«En el concepto mismo de fuerza se halla implícito el que el temor bajo cuyo imperio consentimos resulte de hechos cumplidos con la intención de provocar un acto jurídico. Esto último es condición necesaria para la existencia de este vicio de la voluntad. En efecto, puesto que la ley exige que el consentimiento sea arrancado por la fuerza, no procede aplicar la teoría cuando el hecho constitutivo de la violencia no ha tenido por objeto imponer la celebración de un negocio jurídico. De ahí que para que exista vicio del consentimiento por violencia moral se requiera, ade-

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 1969, M. P.: Guillermo Ospina, GJ 2310.

más del nexo causal y no ocasional entre la amenaza y el consentimiento, que el mal futuro en cuyo anuncio, aun cuando sea embozado, estriba aquella, se presente, para su realización como dependiendo en algún modo del poder del que amenaza»⁴⁸.

De esa forma no se trata solo de la existencia del temor, sino que se requiere que el contratante se encuentre ante el dilema de sufrir un mal irreparable o celebrar el contrato, con lo cual se cercena el ejercicio de su voluntad.

De otra parte, la jurisprudencia ha resaltado que la fuerza debe ser injusta o ilegítima. Así, en sentencia del 15 de noviembre de 1969, indicó que la injusticia, estaba dada por «el aprovechamiento de la violencia generalizada para obtener las ventajas correlativas al considerable detrimento experimentado por la víctima en razón de dicho contrato»⁴⁹.

c) LA VIOLENCIA GENERALIZADA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

La expresión «violencia generalizada» es empleada por la Ley 201 de 1959, la cual presume la existencia de fuerza cuando i) declarado un estado de sitio, hoy estado de emergencia, ii) se celebra un contrato «en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiere celebrado». El artículo 1.º de esta ley advierte que esta regla aclara «el sentido y alcance del artículo 1513 del Código Civil, en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada». De esa forma, esta norma establece una presunción de la existencia de un vicio del consentimiento cuando en un estado de violencia generalizada declarada se celebra un contrato en condiciones desfavorables para el contratante que reclama la nulidad. El antecedente de esta norma se encuentra en una sentencia de la Sala Civil del 28 de julio de 1958, en la cual se indicó:

«De conformidad con nuestro régimen legal, y dándole cabal aplicación a los artículos 1.513 y 1.514 del Código Civil, son susceptibles de nulidad por adolecer de vicio en el consentimiento las enajenaciones de inmuebles, cuando el comprador aprovechándose de las circunstancias de un clima de violencia que ha infundido temor en el ánimo del vendedor le compra sus bienes»⁵⁰.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 1969, M. P.: Guillermo Ospina, GJ 2310.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 1969, M. P.: Guillermo Ospina, GJ 2310.

⁵⁰ Salvamento de voto a la sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC1681-2019 del 15 de mayo del 2019, magistrados Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo y Luis Armando Tolosa Villabona.

En esta sentencia, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia indicó que, en climas de violencia en un territorio, la fuerza que vicia el consentimiento podría ser ejecutada por personas extrañas a la negociación, pues lo relevante es el aprovechamiento de la grave situación de orden público por parte de uno de los contratantes.

En la sentencia del 15 de octubre de 1968, la Corte Suprema de Justicia resaltó la necesidad de que el demandante demostrara que la fuerza haya propiciado una desventaja para el contratante que reclama la nulidad. Así, en el caso, encontró que no se encontraba probado «el hecho indicador que constituye el punto de partida de la presunción de aprovechamiento indebido de tal violencia y de la repercusión de esta sobre el ánimo del actor, cual sería haberse pactado el negocio en condiciones tan desfavorables para éste que en circunstancias normales no las hubiera aceptado»⁵¹.

En una sentencia del 15 de mayo del 2019⁵² la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia analizó la solicitud de nulidad que presentó el vendedor de un inmueble ubicado en una zona rural en donde para la época de celebración del contrato se presentaban circunstancias de violencia en el marco del conflicto armado en el que participaban grupos guerrilleros y paramilitares. La Sala Civil encontró que el demandante no había probado que la violencia generalizada implicara el ejercicio de fuerza practicada por los compradores, o por alguien más, con el fin de obtener, por parte del vendedor accionante, el consentimiento para la venta. La sentencia descartó la aplicación de la Ley 201 de 1959, pues para el momento de los hechos, no estaba declarado un estado de emergencia por situaciones de orden público.

Así, la sentencia concluyó que si bien se había demostrado que los grupos guerrilleros y paramilitares extorsionaban a los propietarios de predios y exigían «vacunas, cuyo pago era obligatorio, so pena de verse compelidos a abandonar las tierras, circunstancias que, aun siendo lamentables, ilegales y totalmente reprochables, no sustentan que la compraventa demandada esté viciada de nulidad en virtud de un consentimiento afectado por fuerza»⁵³.

Tres de los siete magistrados que conforman la sala civil, salvaron el voto. Los salvamentos coinciden en considerar que los parámetros de la Ley 201 de 1959 resultan aplicables incluso cuando no se ha declarado un es-

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de octubre de 1968, M. P.: Ignacio Gómez Posse.

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC1681-2019 del 15 de mayo del 2019, M. P.: Luis Alonso Rico Puerta.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC1681-2019 del 15 de mayo del 2019, M. P.: Luis Alonso Rico Puerta.

tado de excepción, pues esta ley tiene un carácter interpretativo del Código Civil y en ella se encuentran «los elementos axiológicos de la acción de nulidad», por lo que «el estado de violencia generalizada (origen del temor) y las condiciones desfavorables del contrato, con o sin ley que así lo establezca en la hora actual, pueden servir de pauta cabal para la aplicación del artículo 1514 del Código Civil, en estos días. Y en este caso»⁵⁴.

d) DESPLAZAMIENTO FORZADO, DESPOJO Y ABANDONO DE TIERRAS CON OCASIÓN DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO

La Ley 1448 del 2011 desarrolla la restitución de tierras como una medida de reparación de las víctimas del conflicto armado interno⁵⁵. El número de víctimas desplazadas de sus tierras por la fuerza de grupos armados y la extensión de las hectáreas abandonadas⁵⁶, llevó a que el legislador estableciera una serie de presunciones respecto a los contratos celebrados sobre predios que aparecen inscritos en el registro de tierras despojadas. La exposición de motivos del proyecto de ley que posteriormente se convirtió en Ley 1448 de 2011 explica cómo el despojo asumió modalidades contractuales que buscaban «legalizar» la fuerza ejercida sobre las víctimas:

«El despojo asumió varias modalidades, desde las compras forzadas a menor valor hasta el destierro, la usurpación física de la posesión y la destrucción de las viviendas y cercas que delimitaban los predios. El despojo de tierras fue legalizado, muchas veces, con transferencias forzadas, con la participación de notarios y registradores, y el rastro de los despojadores fue borrado por testaferros y múltiples trasposos a terceros de aparente buena fe»⁵⁷.

⁵⁴ Salvamento de voto a la sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC1681-2019 del 15 de mayo del 2019, S. V.: Margarita Cabello Blanco.

⁵⁵ «En circunstancias tan irregulares y masivas, la posibilidad de la restitución depende de diseñar un sistema de justicia transicional capaz de restablecer los derechos usurpados por violencia, y para lograrlo requiere contar con normas excepcionales, adecuadas a las modalidades del despojo, que den prelación a los derechos perdidos (...)» (Exposición de motivos del proyecto de ley que posteriormente se convirtió en Ley 1448 de 2011: Gaceta 865 de 2010. Proyecto 107 de 2010 Cámara, acumulado con el proyecto 085 de 2010, Cámara. Informe de ponencia para primer debate).

⁵⁶ «*Though all contemporary wars are likely to trigger massive waves of displacement, not all of them trigger an equally large coercive accumulation of land. In this sense, the Colombian conflict seems to be an outlier. The figures regarding the extent of coercive dispossession –called, in the Colombian context, despojo– vary widely depending on the source, but even the most conservative suggest that the phenomenon was huge, involving the (violent) transfer of at least 2 million hectares*» Peña et al. (2017).

⁵⁷ Congreso de la República de Colombia. Exposición de motivos del proyecto de ley que posteriormente se convirtió en Ley 1448 de 2011: Gaceta 865 de 2010. Proyecto 107 de 2010 Cámara, acumulado con el proyecto 085 de 2010, Cámara. Informe de ponencia para primer debate.

El artículo 77 de la Ley 1448 del 2011 estableció una presunción según la cual existe ausencia de consentimiento, o causa ilícita, en los contratos de compraventa o cualquier otro mediante el cual se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión u ocupación sobre el inmueble objeto de restitución. Además, se requiere que el contrato sea celebrado entre dos partes: una víctima o personas relacionadas con ella y, por otra, una persona condenada por pertenencia, colaboración o financiación de grupos armados y por otros ilícitos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros⁵⁸. Así, a diferencia de la Ley 201 de 1959, la Ley 1448, se aplica a los mencionados contratos celebrados por las personas con las condiciones indicadas. La Ley señala otras presunciones que, para efectos probatorios, determinan la existencia de la fuerza.

3. Consecuencias

La fuerza da lugar a la nulidad relativa del contrato (1741 del Código Civil) o a la anulabilidad (art. 900 del Código de Comercio).

Al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 900 del Código de Comercio, la jurisprudencia constitucional, en la sentencia C-934 de 2013, analizó la constitucionalidad de la diferencia entre el Código Civil y el Código de Comercio sobre el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción de la acción de nulidad (1750 del Código Civil) o anulabilidad (art. 900 del Código de Comercio) por fuerza.

El artículo 1750 del Código Civil dispone que el plazo para pedir la rescisión en el caso de violencia se cuenta «desde el día en que ésta hubiere cesado» y en caso de error o de dolo, «desde el día de la celebración del acto o contrato». Por su parte, el artículo 900 del Código de Comercio establece que la anulabilidad, por error, fuerza o dolo, correrá «a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo»⁵⁹. La Corte Constitucional encontró que el término de prescripción de la acción de anulabilidad por fuerza, contado a partir de la celebración de un negocio jurídico mercantil, vulneraba los derechos constitucionales a la igualdad, a la autonomía de la voluntad privada y al acceso a la administración de justicia.

⁵⁸ Sentencia C-330 de 2016.

⁵⁹ Artículo 900 del Código de Comercio: «Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.

Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado».

Según la Corte Constitucional, aunque en las dos normas se trata de la regulación del mismo supuesto, no resulta explicable constitucionalmente que cuando se trate de un negocio mercantil se reduzca de manera desproporcional la oportunidad de acceder a la justicia. Esta Corte encontró que el Código Civil incluye un punto de partida para contabilizar el término de prescripción de la acción de nulidad por fuerza «más acorde con aquel vicio, referida al día que la violencia haya cesado, lo que determina un plazo mayor y más justo para el ejercicio del derecho a accionar, evidenciada su ocurrencia y permanencia»⁶⁰. Por lo anterior, la Corte Constitucional declaró el artículo 900 condicionalmente exequible, «en el entendido que el término de prescripción de dos años de la acción de anulabilidad del negocio jurídico que haya sido consentido por la fuerza, se cuenta a partir del día que esta hubiere cesado»⁶¹.

De otra parte, cuando se trata de la aplicación de la Ley 1448, la ausencia de consentimiento en los contratos y negocios que caen bajo su aplicación «genera la inexistencia del acto o negocio de que se trate y la nulidad absoluta de todos los actos o negocios posteriores que se celebren sobre la totalidad o una parte del bien» (art. 77).

V. DOLO

El Código Civil hace referencia al dolo en múltiples contextos. En algunos casos, el dolo es tratado como conducta dirigida a la producción de un daño, y, por tanto, como uno de los elementos que puede incidir en la generación de responsabilidad. En otros casos, es tratado como sinónimo de fraude pauliano, o como conocimiento del mal estado de los negocios del deudor. Finalmente, es tratado como vicio del consentimiento, consistente en la inducción deliberada en un error que una de las partes ejerce en la otra a la hora de contratar. De acuerdo con la doctrina⁶² y la jurisprudencia⁶³, estos tres significados se refieren a fenómenos distintos y, a pesar de algunos puntos de contacto, no deben confundirse.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-934-13, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla, 11 de diciembre de 2013.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-934-13, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla, 11 de diciembre de 2013.

⁶² Así, SALAMANCA (1974), p. 19, distingue estos tres perfiles, que denomina «dolo propiamente dicho», «dolo fraude» y «dolo extracontractual». HINESTROSA (2015), p. 1023, sólo se refiere al dolo generador del daño y al dolo vicio del consentimiento.

⁶³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de marzo de 2008, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, Exp. C-1100131030272001-00601-01.

En su perfil como vicio del consentimiento, el Código Civil lo regula de manera general en sus artículos 1515 y 1516; además de algunas disposiciones especiales dispersas en los códigos civil y mercantil y en algunas leyes especiales.

1. Definición del dolo según la legislación nacional

Algunos autores consideran que, a diferencia de lo que ocurre con el error y la fuerza, el dolo sí cuenta con una definición positiva en el Código Civil colombiano⁶⁴. La definición a la que se hace referencia corresponde a la del artículo 63 de dicho estatuto, de acuerdo con la cual el dolo consiste en «la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro». Si bien la disposición transcrita no se refiere específicamente al dolo como vicio del consentimiento, se ha identificado en ella un requisito interno del dolo. Así, para algunos autores, el dolo es siempre intencional⁶⁵, y en dicha intención se encuentra el móvil de las conductas generadoras del vicio del consentimiento⁶⁶.

La doctrina ha definido el dolo en su relación con el error dirimente, como un error inducido o intencionalmente provocado⁶⁷ para determinar a la otra persona a contratar. Pero a diferencia del error-vice del consentimiento, su razón de ser no gravita únicamente en la protección del afectado con el error, sino en la sanción de quienes lo provocaron o se aprovecharon de él⁶⁸.

2. Requisitos para su configuración

Del texto del artículo 1515 del Código Civil se han recabado dos requisitos fundamentales que deben reunirse para la configuración del dolo dirimente, o como vicio del consentimiento: por un lado, la existencia de los actos u omisiones de una de las partes y, por el otro, las repercusiones que dichas conductas tienen en la celebración del contrato, como error inducido, «cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado»⁶⁹.

⁶⁴ SALAMANCA (1974), p. 19.

⁶⁵ EMILIANI (1980), p. 181; SALAMANCA (1974), p. 21.

⁶⁶ Así, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de diciembre de 1970, M. P. Guillermo Ospina Fernández, G. J. tomo CXXXVI, p. 188.

⁶⁷ EMILIANI (1980), p. 179.

⁶⁸ Así, ORTIZ MONSALVE (2007), p. 112.

⁶⁹ Algunos autores, como PÉREZ VIVES (1953), pp. 222 ss. y EMILIANI (1980) p. 179, han presentado un catálogo más exhaustivo de requisitos que debe reunir el dolo para poder configurar un vicio del consentimiento y dar lugar a la nulidad relativa del negocio: la producción de un engaño sin culpa de la vícti-

a) EXISTENCIA DEL DOLO COMO OBRA DE UNA DE LAS PARTES

Dispone el Código Civil que «[e]l dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes». De la anterior disposición se concluye, en primer lugar, que las conductas que constituyen dolo deben necesariamente provenir de una de las partes del negocio (*dolo interno*) y no de un tercero ajeno a la relación contractual (*dolo externo*). Esta cuestión representa una importante diferencia con la fuerza, que vicia el consentimiento incluso cuando se ha originado en un tercero, e incluso cuando se refiere a situaciones de violencia generalizada.

El dolo puede también ser producto de la complicidad entre la parte y sujetos ajenos a la relación contractual⁷⁰; en tales supuestos, caben los casos en los cuales la parte interviene directamente en las maniobras engañosas (*complicidad positiva*), y aquellas en las que las actuaciones son realizadas por el tercero cómplice, con el conocimiento de la parte del contrato que se aprovecha en silencio de ellas (*complicidad negativa*)⁷¹.

En armonía con lo anterior, para que el dolo sea considerado interno, el artículo 1515 exige que la parte del contrato lo haya provocado o «fraguado»⁷². En los demás casos hay dolo externo y no se produce ni vicio del consentimiento, ni posibilidad de anular el contrato. Pero si el error inducido por el tercero benefició a la contraparte de quien fue inducida en error, aquélla sólo estará obligada a indemnizar los perjuicios hasta el monto del provecho reportado.

Algún sector de la doctrina considera que el dolo es interno, y vicia el consentimiento, incluso cuando lo ha provocado el mandatario o en representante legal o convencional de la parte contratante⁷³. Sin embargo, en tales casos se ha considerado que sólo hay lugar a indemnizar perjuicios en casos de complicidad⁷⁴.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, como la francesa, donde el dolo parece estar asociado a una conducta positiva de la parte (art. 1116 del Code civil), la redacción del artículo 1515 del Código Civil co-

ma, la reprehensibilidad del dolo, su carácter determinante, la proveniencia de una de las partes y, por último, la causación de un perjuicio.

⁷⁰ OSPINA FERNÁNDEZ (2005), p. 205. HINESTROSA (2015), p. 1051.

⁷¹ OSPINA FERNÁNDEZ (2005), p. 205.

⁷² HINESTROSA (2015), p. 1052.

⁷³ Así, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que en los casos de dolo ««[t]ratándose del negocio, ha de ser obra de una de las partes (incluido el representante, mandatario, el beneficiario de la declaración, el tercero cuya conducta conoce y calla la parte o del que se vale para desplegar la maquinación, engaño o artificio)». Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de marzo de 2012, M. P. William Namén Vargas, Exp. 1100131030102001-00026-01.

⁷⁴ OSPINA FERNÁNDEZ (2005), pp. 204 y 205.

lombiano no define ni limita el ámbito de acción de la figura a una conducta positiva. Como consecuencia de lo anterior, jurisprudencia y doctrina concuerdan en que la parte incurre en dolo independientemente de si su conducta fue positiva o negativa⁷⁵. *Dolo positivo* es toda conducta engañosa, que se vale de maquinaciones, artificios, astucias, declaraciones falsas y, en general, de maniobras tendientes a hacer caer en error a la contraparte, o dolo por comisión. El *dolo negativo*, por su parte, comprende toda omisión, silencio o reticencia dirigida a encubrir algún aspecto de la realidad del contrato que se celebra, o dolo por omisión.

El dolo negativo, silencio o reticencia ha sido materia de importantes desarrollos en materia de contratos de seguro, donde ha sido previsto como causal especial de anulación del contrato⁷⁶. En estos aspectos la reticencia ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales que han constitucionalizado la institución, especialmente cuando el objeto del contrato versa sobre derechos de importancia iusfundamental, como la prestación de servicios de salud, o están relacionados indirectamente con ellos, como en el caso de los seguros de vida que respaldan créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda. Así, en materia de contratos de medicina prepagada, se ha considerado que la reticencia sobre preexistencias no exime a la entidad prestadora, como profesional del ramo, de su deber de investigación; en consecuencia, no puede exonerarse de prestar los servicios cuando por su propia negligencia dejó de advertir la presencia de condiciones anteriores a la toma del plan⁷⁷. Las reglas de protección al consumidor también establecen algunas reglas complementarias sobre la materia, que sancionan los casos de silencio o reticencia y refuerzan los deberes de información derivados de la buena fe⁷⁸.

Elementos del dolo negativo también han sido identificados en otro tipo de figuras, como la existencia de vicios ocultos o redhibitorios en el contrato de compraventa, y que pueden dar lugar a la rescisión del contrato o la rebaja del precio⁷⁹ y a la indemnización de los perjuicios ocasionados al comprador, cuando el vendedor los hubiese conocido al momento de la celebración del

⁷⁵ SALAMANCA (1974), p. 20, HINESTROSA (2015), p. 1035, EMILIANI (1980), p. 179.

⁷⁶ Así, en el artículo 1058 del Código de Comercio.

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencias T-533 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y SU-039 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara, entre otras.

⁷⁸ Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), artículos 23, 24, 50 y 73 párrafo, que además se encuentran respaldadas por las acciones de protección al consumidor previstas en los artículos 56 y 58 del mismo estatuto. En el mismo sentido, en materia financiera, las reglas de la Ley 1328 de 2009 (Estatuto de Protección al Consumidor Financiero), artículo 9, establecen deberes semejantes a las entidades vigiladas. Al respecto, ver HINESTROSA (2015), p. 1042.

⁷⁹ Código Civil, artículo 1917.

contrato⁸⁰. En estos últimos supuestos, algunos autores han identificado puntos de contacto con el dolo e incluso han considerado que el comprador afectado con ellos cuenta con una doble acción: la acción redhibitoria y la acción derivada de la existencia del vicio del consentimiento⁸¹.

Según lo reglado en el artículo 1516 del Código Civil, «[e]l dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse». Son excepcionales las presunciones de esta especie; algunos ejemplos incluyen el caso de quien ha ocultado el testamento del difunto (Código Civil, art. 1025 numeral 5), la ejecución por parte del albacea de cualquier disposición del testador contraria a la ley (*ibidem*, art. 1358), o el caso de quien apuesta sobre un asunto del que ya tiene conocimiento (*ibidem*, art. 2284). En todos aquellos casos en los que no operan presunciones de este tipo, el dolo ha de probarse por la parte interesada. Esta regla reitera las pautas generales en materia de carga de la prueba previstas en el artículo 167 del Código General del Proceso. Con todo, cabe precisar que el estatuto procesal vigente, permite la dinamización de la prueba, y, por tanto, atendiendo a las condiciones de cada caso, el juez puede exigir a la parte acusada de dolo que acredite haber satisfecho, por ejemplo, sus deberes de información o algún otro requisito precontractual impuesto por la buena fe.

b) CARÁCTER DETERMINANTE DEL DOLO

Para que el dolo vicie el consentimiento, ha debido ser trascendente en la negociación, y determinante a la hora de celebrar el contrato, de manera que, de no haber ocurrido, no se habría contratado (Código Civil, art. 1515). En este sentido, para que el dolo vicie el consentimiento y anule el contrato, el ordenamiento colombiano exige que el dolo sea *determinante* o *principal*, y no sólo *incidental* o *accidental*.

El carácter determinante del dolo se mide en una clave causal, por su incidencia en la celebración del contrato: por tanto, existe dolo cuando sin él no se hubiera celebrado el contrato. En consecuencia, satisfecho este requisito, no es necesario acreditar que, además, el dolo haya revestido de una cierta gravedad⁸². De acuerdo con algunos autores, si se demuestra que, como consecuencia del dolo, el contrato se habría celebrado en condiciones distintas de las

⁸⁰ Código Civil, artículo 1916.

⁸¹ Cfr. SALAMANCA (1974), p. 20. Sobre la doble acción con la que cuenta la parte afectada, ver ESCOBAR SANÍN (1994), p. 105, también referido a la figura del error.

⁸² HINESTROSA (2015), p. 1049.

pactadas, su presencia no vició la totalidad del contrato, que en consecuencia no debe ser anulado. En estos casos, si acaso, habrá de decretarse la nulidad parcial del acto, o acudirse a una acción de indemnización de perjuicios⁸³.

El dolo incidental o accidental (*dolus incidens*) no es la causa determinante de la celebración del contrato, sino que «sólo influye en las condiciones de un negocio que la víctima ya estaba dispuesta a concluir»⁸⁴. Esta especie de dolo no es causal de nulidad relativa del contrato; dependiendo de su intensidad y consecuencias, en algunos casos puede ser fuente de responsabilidad de los perjuicios sufridos con ocasión de su ocurrencia⁸⁵; y en otros casos puede ser indiferente o tolerado y no dar lugar a consecuencia alguna⁸⁶.

Dentro de los casos de dolo indiferente se suele ubicar la categoría romana del «*dolo bueno*» (*dolus bonus, sollertia*) o dolo impropio, que comprende los actos de viveza o astucia a los que a menudo se acude en la práctica corriente de los negocios, que son socialmente tolerables y que no hieren la conciencia social⁸⁷. Por contraposición a este, el dolo que vicia el consentimiento ha sido entendido como «*dolo malo*», caracterizado por su carácter reprensible⁸⁸.

3. Consecuencias del dolo como vicio del consentimiento

Al igual que con los demás vicios del consentimiento, el Código Civil y el Código de Comercio colombianos sancionan con nulidad relativa o anulabilidad los casos de dolo dirimente (Código Civil, art. 1741 *in fine*, Código de Comercio, art. 900). Con todo, la referida nulidad puede limitarse a una parte del negocio (Código de Comercio, art. 902), y puede ser susceptible de ratificación (Ley 50 de 1936, art. 2).

Sin embargo, a diferencia del error, el dolo es un elemento generador de responsabilidad y da lugar a la indemnización de los perjuicios que se hayan causado en el patrimonio de la víctima. Así, algunas disposiciones del Código Civil limitan la posibilidad de reclamar la reparación de los daños a aquellos supuestos en los que se actuó con conocimiento de causa, como en el caso de los vicios redhibitorios (art. 1918).

⁸³ Así, PÉREZ VIVES (1953), pp. 224-225. EMILIANI (1980), p. 181.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de diciembre de 1970, cit. p. 189.

⁸⁵ OSPINA FERNÁNDEZ (2005), p. 206, HINESTROSA (2015), pp. 1049-1050.

⁸⁶ OSPINA FERNÁNDEZ (2005), p. 206.

⁸⁷ HINESTROSA (2015), p. 1028. OSPINA FERNÁNDEZ (2005), p. 208.

⁸⁸ EMILIANI (1980), p. 181.

Finalmente, cabe reiterar que la responsabilidad, y por tanto la obligación de indemnizar perjuicios no procede en la misma medida respecto de todos los sujetos que intervinieron en la celebración del acto. Así tal como se indicó más arriba, en los casos de representación, el representado sólo está llamado a indemnizar por el dolo del representante cuando existió complicidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- EMILIANI ROMÁN, Raimundo (1980). *Conferencias de obligaciones*. Bogotá: Temis.
- ESCOBAR SANÍN, Gabriel (1994). *Negocios civiles y comerciales II. Teoría general de los contratos*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- HINESTROSA, Fernando (2015). *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones. El negocio jurídico*. Bogotá: Externado, vol. 1.
- ORTIZ MONSALVE, Álvaro (2007). «Consentimiento», en Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, (directores), *Los contratos en el Derecho Privado*. Bogotá: Legis.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.
- PEÑA-HUERTAS, Rocío; RUIZ, Luis; PARADA, María; ZULETA, Santiago y ÁLVAREZ, Ricardo (2017). «Legal dispossession and civil war in Colombia» en *Journal of agrarian change*. <https://doi.org/10.1111/joac.12233>.
- PÉREZ VIVES, Álvaro (1953). *Teoría general de las obligaciones. Volumen I, parte primera*. Bogotá: Temis.
- SALAMANCA, Hernán (1974). *Derecho Civil. Curso IV – Contratos*. Bogotá: Externado.
- URIBE HOLGUÍN, Ricardo (1980). *De las obligaciones y del contrato en general*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Constitucional, sentencia T-533 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional, sentencia C-993 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia C-934 de 2013, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional, sentencia C-330 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional, sentencia C-091 de 2018, M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de febrero de 1936, M. P. Eduardo Zuleta Ángel, en G. J. Tomo XLIII, pp. 532 a 534.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, aclaración de 25 de julio de 1936 a la sentencia de 27 de marzo de 1936, M. P. Antonio Rocha, G. J. Tomo XLIII, pp. 738-740.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 25 de agosto de 1936, M. P. Antonio Rocha Alvira, G. J. Tomo XLIV, pp. 425 a 426.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de octubre 1939, M. P. Juan Francisco Mújica, G. J. Tomo XLVIII, 711-723.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de septiembre de 1944, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, G. J. LVII, pp. 600-609.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de septiembre de 1947, M. P. Manuel José Vargas, G. J. Tomo LXIII, pp. 16 a 17.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de abril de 1955, M. P. Alberto Zuleta Ángel, G. J. Tomo LXXX, p. 33.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de junio de 1960, M. P. José Hernández Arbeláez, G. J. Tomo XCII, p. 988.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2 de septiembre de 1964, M. P.: José Hernández Arbeláez, Tomo CVIII.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de mayo de 1968, M. P. Fernando Hinestrosa, p. 169.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de octubre de 1968, M. P.: Ignacio Gómez Posse.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 1969, M. P.: Guillermo Ospina Fernández, GJ 2310.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de diciembre de 1970, M. P. Guillermo Ospina Fernández, G. J. Tomo CXXXVI, p. 188.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 10 de julio de 1972, M. P.: Humberto Murcia Ballén, Tomo CVII.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de junio de 1979, M. P. Alberto Ospina Botero, G. J. CLIX primera parte, 219-229.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de mayo de 2000, M. P. Nicolás Bechara Simancas, Exp. 5360.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de marzo de 2008, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, Exp. C-1100131030272001-00601-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de junio de 2011, Ref.: 20001-3103-003-1998-00238-01, M. P.: Arturo Solarte Rodríguez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de marzo de 2012, M. P. William Namén Vargas, Exp. 1100131030102001-00026-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de diciembre de 2012, Referencia: C-7600131030132000-00177-02, M. P.: Margarita Cabello Blanco.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC11331-2015 de 27 de agosto de 2015, M. P. Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC1681-2019 del 15 de mayo del 2019, M. P.: Luis Alonso Rico Puerta; con salvamentos de voto de los magistrados Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, Luis Armando Tolosa Villabona y Margarita Cabello Blanco.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 9 de noviembre de 2020, SC4256-2020, M. P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC5040-2021 de 6 de diciembre de 2021, M. P. Luis Alonso Rico Puerta.

ECUADOR

ADRIANA ORELLANA UBIDIA *

SUMARIO: I. Los vicios del consentimiento.—II. El error. 1. Requisitos para la configuración del error. a) Error sobre la naturaleza del negocio. b) Error sobre la naturaleza de la cosa. c) Error en la sustancia de la cosa o en la calidad esencial de la cosa. d) Error en una calidad accidental de la cosa. e) Error en la persona. 2. Las consecuencias a que da lugar.—III. La fuerza. 1. Los tipos de fuerza. a) Fuerza física. b) Fuerza moral. 2. ¿Cuál es su supuesto de hecho? a) Debe tratarse de una coacción ilegítima. b) La fuerza debe ser grave. c) La gravedad debe apreciarse con relación al patrón de un sujeto normal. d) El daño amenazado debe ser irreparable y grave. e) El daño amenazado puede afectar a personas distintas de la víctima. f) El temor que causa la amenaza debe ser determinante. g) Es indiferente la persona que ejerce la fuerza. 3. ¿Qué consecuencias aparea la configuración de este vicio?—IV. El dolo. 1. Noción de dolo. 2. Supuestos y requisitos. a) El dolo debe ser obra de una de las partes. b) El dolo debe ser determinante. 3. Efectos del dolo. a) Dolo dirimente. b) Dolo incidental.—Bibliografía citada.

I. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

En Ecuador, la manifestación de la voluntad es condición de existencia del contrato. No obstante, luego de constatar que efectivamente existió una manifestación de voluntad, es preciso examinar si esa manifestación tiene la calidad suficiente como para atribuir validez al contrato existente, y la tendrá si la manifestación es sana, en tanto libre, que efectivamente expresa lo que el

* L.L.M. por Harvard Law School. Profesora tiempo parcial en Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: aorellana@asig.com.ec

sujeto quiere, como resultado del proceso intelectual de su representación mental de la realidad y su correspondiente exteriorización¹.

Hay factores de diferente índole que pueden conspirar contra la libertad y espontaneidad de la voluntad, pues alteran y distorsionan sus mecanismos de formación o de exteriorización tornándola defectuosa. Por ello reciben el nombre de vicios de la voluntad o más precisamente del consentimiento tratándose del contrato, y justifican que se pretenda su invalidación².

En virtud de lo anterior, el legislador ecuatoriano ha previsto los vicios del consentimiento en el libro IV, título II del Código Civil, y específicamente en el artículo 1467, el cual dispone que: «...los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo». Esta lista de vicios del consentimiento es taxativa en el derecho ecuatoriano y su régimen se encuentra desplegado en los artículos 1467 a 1475 del Código Civil Ecuatoriano. Sin perjuicio de lo anterior, existen otras disposiciones que se ocupan también de los vicios del consentimiento respecto de determinados negocios jurídicos que muestran perfiles peculiares, como el testamento (arts. 1045, 1085 y 1086) y el matrimonio (art. 96).

II. EL ERROR

1. Requisitos para la configuración del error

Los requisitos necesarios para que se entienda configurado el vicio de error van a depender del tipo de error del que se trate. A continuación, se describirán los tipos de error y sus correspondientes requisitos:

a) ERROR SOBRE LA NATURALEZA DEL NEGOCIO

Este error se encuentra previsto en el artículo 1469 y se trata de un error en el que incurren ambas partes, donde una entiende entregar una cosa en préstamo y la otra cree recibirla como donación. Entonces, en lugar de dirigirse hacia un mismo objetivo, las manifestaciones de voluntad de las partes se han encaminado por vías y en direcciones diferentes de tal suerte que no podrán encontrarse en el punto de consenso o acuerdo de voluntades. En consecuencia,

¹ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 435.

² PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 436.

y como se desprende del concepto legal del error en el negocio, los requisitos para su configuración serían (1.º) que ambas partes incurran en este error, y (2.º) que el error consista en que una parte considere que está celebrando un tipo de negocio, mientras que la otra parte considera que el negocio celebrado es otro.

Por lo anterior, la doctrina ecuatoriana discute que este error en el negocio es mucho más grave que un vicio de la voluntad, que supone un consentimiento defectuoso, pues el error *in negotio* está reconocido como un obstáculo para la formación del consentimiento y de allí que se lo haya llamado error obstativo. Así, se discute si este tipo de error genera más bien la inexistencia del negocio (debido a que las voluntades de las partes, por ser disímiles, nunca llegan al consentimiento o acuerdo mutuo). No obstante, como se verá más adelante, el legislador ha optado por asignar como efecto la nulidad relativa.

b) ERROR SOBRE LA NATURALEZA DE LA COSA

Similar al tipo de error anterior, el error sobre la naturaleza de la cosa es también considerado como un error obstativo y se encuentra regulado en el artículo 1469 del Código Civil ecuatoriano. El mencionado artículo señala que este error se configura cuando «como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra».

Así, los requisitos para su configuración serían (1.º) que ambas partes incurran en este error, y (2.º) que el error consista en que una parte considere que la cosa objeto del negocio celebrado es una, mientras que la otra parte considera que la cosa es otra. Por lo tanto, se configuraría si una persona piensa que está comprando un teléfono celular y la otra piensa que está vendiendo su computadora.

Este error recae sobre una materia muy relevante como es la identidad de la cosa a que se refiere el negocio, y por ello el efecto es asimilado al del error *in negotio*.

c) ERROR EN LA SUSTANCIA DE LA COSA O EN LA CALIDAD ESENCIAL DE LA COSA

A este tipo de error se refiere el inciso primero del artículo 1470, el cual prevé, de acuerdo con la doctrina ecuatoriana, dos supuestos diferentes: error en la sustancia y error en la calidad esencial de la cosa.

La sustancia de una cosa mira a su composición material, a aquello de lo que la cosa está hecha (madera, metal, oro, plata, piedra, etc.) y así lo ilustra el

ejemplo de las barras de plata que propone el inciso primero del artículo 1470; en tanto lo esencial dice relación con sus cualidades fundamentales que definen la importancia de cada cosa para la economía del ser humano y desde este punto de vista la esencialidad sería también un rasgo objetivo: un alimento debe ser apto para el consumo, un caballo debe caminar, un motor debe funcionar, etc.

En vista de lo anterior, el requisito para la configuración del vicio de error en la sustancia sería que uno de los contratantes considere que la cosa objeto de su negocio jurídico está hecha de algo distinto de lo que realmente es su materia constitutiva. Por otro lado, el requisito para la configuración del vicio de error en la calidad esencial de la cosa es que esta sea inepta para cumplir la función que le corresponde en el tráfico por su naturaleza o por su función económica. Es importante notar que para que se configure este último requisito el error debe recaer no en cualquier calidad de la cosa, sino en una calidad que identifique esa esencia.

d) ERROR EN UNA CALIDAD ACCIDENTAL DE LA COSA

En principio el error en una calidad no esencial de la cosa materia del contrato no constituye vicio del consentimiento que autorice su anulación, toda vez que no compromete la función correspondiente a su naturaleza o función económica, de manera que la opción legal se inclina en favor de la preservación del negocio³. Por ejemplo, el alimento es apto para el consumo, pero no tiene el sabor que se pretendía, el caballo camina normalmente pero no salta más de un metro de altura, el motor funciona, pero tiene menos potencia de la que se creía, etc.

No obstante lo anterior, el error en una calidad no esencial de la cosa puede viciar el consentimiento cuando este error sea *determinante* para una de las partes. Un error es determinante, y por lo tanto vicia el consentimiento, cuando (i) la parte que incurre en el error no habría contratado de no haber mediado el error, y (ii) que la otra parte haya conocido este motivo del contratante. Así, por ejemplo, se configurará este tipo de error cuando el comprador creía que el caballo que compraba saltaba más de un metro de altura y lo compró para participar en una competencia hípica y así se lo comunicó al vendedor, pero se equivocó al confundirlo con otro de parecidas características físicas que vio saltar en el predio de su vendedor. Las características de su salto

³ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 476.

no tienen que ver con la substancia ni constituyen una cualidad esencial del caballo, pero en el caso propuesto fue una cualidad determinante para este comprador al que no le sirve ese caballo.

e) ERROR EN LA PERSONA

De conformidad con lo dispuesto por el inciso primero del artículo 1471, por regla general «el error acerca de la persona con quien se tiene la intención de contratar, no vicia el consentimiento». Excepcionalmente lo hace, agrega a continuación el mismo precepto, cuando «la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato» o, dicho de otra manera, cuando es determinante⁴.

En consecuencia, para la configuración del error en la persona, se requerirá que el contrato sea de una naturaleza tal que la identidad del contratante de la persona que recae en el error sea determinante para el cumplimiento de la obligación. Así, por ejemplo, un contrato para pintar un retrato o para la prestación de un servicio profesional para la defensa de un juicio complejo supone una cierta destreza o capacidad que son determinantes para quien contrata sus servicios.

2. Las consecuencias a que da lugar

Puesto que el artículo 1469, 1470 y 1471 utilizan la expresión «vicia el consentimiento», debe entenderse que la sanción para la hipótesis del error es la nulidad relativa, lo que no tendría nada de particular pues se está ante un caso que solamente afecta al interés de los contratantes y por tanto el negocio podría convalidarse⁵.

III. LA FUERZA

1. Los tipos de fuerza

En Ecuador, la fuerza tiene un espectro bastante amplio pues comprende, en su mejor acepción, no sólo la coacción física aplicada sobre el sujeto sino también las amenazas de provocarle algún daño. Consecuentemente, nuestro ordenamiento jurídico reconoce dos tipos de fuerza, la física y la moral.

⁴ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 478.

⁵ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 470.

a) FUERZA FÍSICA

La fuerza física se ejerce mediante actos materiales ejecutados inmediatamente sobre el sujeto, como forzarle la mano para suscribir un documento, propinarle golpes o mantenerlo atado⁶. Respecto de este tipo de fuerza se reconocen dos distinciones.

Hay una fuerza física que no permite a la víctima tomar una decisión respecto a la declaración que se pretende obtener de ella, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se le toma y maneja la mano para suscribir un documento. Se dice entonces que la fuerza es absoluta –*vis absoluta*– excluyente de la voluntad pues impide la declaración de la persona afectada, motivo por el cual es de recibo que entonces no puede hablarse de consentimiento⁷. Esta *vis absoluta*, por tanto, no es vicio de un consentimiento, que no existe, sino un factor que lo suprime absolutamente provocando con ello la inexistencia del negocio.

Por otro lado, la fuerza física como la de propinar golpes, mediante la cual el agente determina la voluntad de la persona agredida para que preste su consentimiento, pero no la anula porque subsiste, aunque severamente afectada⁸. En la sentencia de 28 de mayo de 2008 la Corte Suprema del Ecuador se hizo cargo de estas dos versiones de la fuerza física caracterizando a la primera como el «abatimiento del sistema muscular de una persona, obligándola a realizar determinados actos o impidiéndole la ejecución de otros», en tanto que la segunda, dijo la Corte, tiene lugar «cuando el sujeto obra coaccionado por la violencia o constreñimientos materiales, sea que se deban a maltratos, torturas o sufrimientos fisiológicos infringidos por la otra persona»⁹.

b) FUERZA MORAL

La fuerza moral se refiere a la intimidación o violencia psicológica (*vis compulsiva*), y consiste en la amenaza, es decir, la promesa de ocasionar un daño a la víctima si no hace la manifestación de voluntad negocial que desea arrancársele. En la *vis compulsiva* se coloca a la voluntad de la víctima ante una alternativa, debe escoger entre la conclusión del contrato y el riesgo de

⁶ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 482.

⁷ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 483.

⁸ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 483.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Segunda Sala de lo Penal. Registro Oficial Suplemento 203 de 31 de mayo de 2010.

sufrir el mal amenazado, de tal manera que finalmente el resultado es un «juicio de conveniencia» entre lo uno y lo otro que inclina a la persona afectada a la elección del mal menor¹⁰.

2. ¿Cuál es su supuesto de hecho?

Nuestro código no trae una definición formal de fuerza, pero el artículo 1472 señala las condiciones que deben reunirse para que vicie la manifestación de voluntad. Con los elementos allí señalados puede definírsela como toda coacción ilegítima y grave que se aplica sobre una persona con el propósito de arrancarle su consentimiento para la celebración de un determinado contrato¹¹.

Las condiciones son las siguientes:

a) DEBE TRATARSE DE UNA COACCIÓN ILEGÍTIMA

La fuerza asoma como vicio cuando es contraria a derecho porque su autor no se encuentra autorizado para ejercitarla o bien cuando estándolo, hace un empleo abusivo de su derecho o se enlaza a la consecución de una ventaja desproporcionada o injusta¹². Al contrario, la coacción es legítima en el caso del acreedor que amenaza a su deudor moroso con iniciar un juicio ejecutivo en su contra que podría concluir en el embargo y remate de algunos de sus bienes, si no paga de inmediato la obligación.

b) LA FUERZA DEBE SER GRAVE

La gravedad está dada por la aptitud de la fuerza para producir una impresión fuerte. El artículo 1472, la califica como vicio del consentimiento «cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición». La impresión a que se refiere este precepto no es otra que el miedo o temor que produce en la persona el acto de violencia¹³.

Como todos los elementos de este vicio, la gravedad es una valoración complicada, depende de muchas circunstancias, entre ellas el concepto social y el

¹⁰ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 484.

¹¹ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 482.

¹² PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 484.

¹³ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 487.

criterio particular del juez en cada caso concreto. Sin embargo, hay formas de coacción que tienen lo que podría denominarse una gravedad intrínseca por la apreciación que la sociedad y el derecho tienen de un determinado hecho y sus efectos, como ocurre con la amenaza de muerte o la de incendiar una casa; y otras que no tienen objetivamente esta condición, como la de romper el vidrio de una ventana. Respecto de las primeras no será necesario probar su aptitud para producir la impresión fuerte a que se refiere el artículo 1472, que sí lo será en el caso de las segundas, cuando no se las descarte de plano por su evidente inocuidad ¹⁴.

c) LA GRAVEDAD DEBE APRECIARSE CON RELACIÓN AL PATRÓN DE UN SUJETO NORMAL

Agrega el artículo 1472 que el grado de la impresión –más o menos fuerte– que produce una fuerza determinada, debe medirse, en primer lugar, tomando como referencia una persona de sano juicio, que en este caso no alude a su estado de salud mental sino al estándar de persona normal, es decir, ni tan débil de espíritu como para amilanarse con cualquiera amenaza, ni tan fuerte como para resistir aquellas más graves; y en segundo lugar, tomando en cuenta, en esa persona normal, particularidades como «su edad, sexo y condición» que influyen en el impacto que la fuerza puede producir en cada una. Puede decirse, por ejemplo, que la amenaza de un golpe impresionará más fuertemente a una anciana que a un hombre joven, «ambos de sano juicio» ¹⁵.

d) EL DAÑO AMENAZADO DEBE SER IRREPARABLE Y GRAVE

El inciso primero del artículo 1472 presume que existe fuerza capaz de producir esa impresión fuerte de que se viene tratando, en «todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuesta ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes, a un mal irreparable y grave». La referencia de la parte final de este inciso a la gravedad del daño está asociada a la gravedad de la amenaza que acaba de comentarse, pues se entiende que una amenaza es grave en la medida que también lo es el daño prometido; y no lo será si el daño carece de gravedad porque es insignificante o no es verosímil que pueda efectivamente producirse ¹⁶.

¹⁴ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 488.

¹⁵ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 488.

¹⁶ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 489.

Adicionalmente, el artículo 1472 requiere que el daño debe ser irreparable, es decir, de un tipo que no permita que las cosas vuelvan a la normalidad en que se encontrarían de no producirse el acontecimiento dañoso. En este caso la reparabilidad no tiene que ver con la posibilidad de que se lo satisfaga mediante una prestación de tipo indemnizatorio, sino que debe entenderse como una cualidad vinculada a la naturaleza del daño amenazado. Así, las amenazas de propinar un golpe o privar temporalmente de la libertad a un familiar pueden considerarse que consisten en daños reparables, mientras que las de dar muerte o incendiar la casa, son amenazas de daños irreparables ¹⁷.

e) EL DAÑO AMENAZADO PUEDE AFECTAR A PERSONAS DISTINTAS DE LA VÍCTIMA

De conformidad con el artículo 1472, la fuerza ejercida contra el cónyuge o alguno de los ascendientes o descendientes del contratante también vicia el consentimiento. Por lo tanto, la víctima de esta coacción no necesariamente tiene que ser el contratante sino también las personas señaladas en el citado artículo. La doctrina discute si el espectro de artículo 1472 puede ser ampliado a personas que no están en aquellas categorías (cónyuge, ascendientes o descendientes) bajo el argumento que el artículo 1472 en primer lugar exige que la coacción provoque una «impresión fuerte» en la persona cuyo consentimiento se pretende. Por lo tanto, bajo aquella premisa, un atentado contra un amigo muy querido podría generar tal impresión fuerte. No obstante, la jurisprudencia ecuatoriana no ha reconocido aquella extensión.

f) EL TEMOR QUE CAUSA LA AMENAZA DEBE SER DETERMINANTE

Como ocurre generalmente con los vicios del consentimiento debe existir una relación causal en doble vía entre el vicio particular y la decisión de la persona afectada, de manera que pueda probarse, primero, que la violencia tuvo como finalidad obtener el consentimiento (art. 1473 *in fine*) y, segundo, que este no se habría prestado de no haber intervenido la amenaza. No habrá vicio, por consiguiente, si el consentimiento se prestó como efecto de una violencia empleada con otra finalidad ¹⁸.

¹⁷ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 489.

¹⁸ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 491.

g) **ES INDIFERENTE LA PERSONA QUE EJERCE LA FUERZA**

A diferencia del dolo, que solamente vicia el consentimiento cuando es obra del otro contratante, la violencia lo hace aunque sea obra de un tercero que no tenga relación alguna con el negocio. El artículo 1473 es muy claro al respecto: no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella, puede ser obra de cualquier persona siempre que haya tenido la finalidad de obtener el consentimiento contractual de la víctima¹⁹.

3. **¿Qué consecuencias aparece la configuración de este vicio?**

Al igual que el error, la fuerza produce nulidad relativa en vista que este vicio no se encuentra expresamente enlistado en los vicios que generan nulidad absoluta contenidos en el artículo 1698 del Código Civil. En consecuencia, la fuerza como vicio del consentimiento se la incluye en la expresión «cualquier otra especie de vicio», y por lo tanto genera la nulidad relativa.

IV. EL DOLO

1. **Noción de dolo**

Aunque hay cierta tendencia jurisprudencial a definir siempre el dolo en los términos del inciso final del artículo 29 («la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro»), la verdad es que se trata de una figura que no tiene un significado unívoco en el derecho, aunque en todos los casos está asociado a la idea de una conducta particularmente reprochable en tanto antítesis de la buena fe o debido a la mala intención que la anima²⁰.

En efecto, si se trata de la posesión, el dolo toma la forma de mala fe y significa que el poseedor tiene conciencia de no haber adquirido legítimamente el dominio de la cosa poseída (art. 721), aunque se comporte con ánimo de señor y dueño. En el capítulo de la responsabilidad contractual a que da lugar el incumplimiento del contrato, el dolo consiste en la decisión consciente de no cumplir lo debido y ello agrava el contenido de la indemnización (art. 1574). Es en el ámbito de la responsabilidad extracontractual que el dolo consiste

¹⁹ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 491.

²⁰ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 498.

propiamente en la intención positiva de ocasionar el daño (art. 29) lo que permite calificar la conducta como delito civil (art. 2184).

Otro es el concepto de dolo en su versión de vicio del consentimiento. Se trata ahora de una conducta encaminada a engañar a una persona específicamente para hacerla consentir en la celebración de un determinado contrato. El concepto viene de la ciencia jurídica porque el código no lo definió en esta función y es claro que no le acomoda del todo el concepto del inciso final del artículo 29 que está centrado en la intención de dañar, más propia de la responsabilidad extracontractual. Podría ocurrir perfectamente que el autor del dolo-vicio no tenga como propósito ocasionar un perjuicio a su contraparte y que el contrato celebrado le proporcione beneficios a la víctima, sin embargo, de lo cual seguirá siendo el dolo que nos interesa²¹.

2. Supuesto y requisitos

El inciso primero del artículo 1474 dispone que el dolo no vicia el consentimiento sino cuando reúne dos condiciones: que sea obra de una de las partes y resulte determinante.

a) EL DOLO DEBE SER OBRA DE UNA DE LAS PARTES

La razón de ser de este vicio y la consecuente posibilidad de anular el negocio jurídico radica en el hecho de que una de las partes, contrariando el principio de la buena fe, recurra a la conducta dolosa para obtener el consentimiento de la otra. Dicho esto, hay que agregar que la expresión «obra de una de las partes» que utiliza el artículo 1474 no comprende solamente las hipótesis en que la conducta dolosa ha sido concebida y ejecutada personalmente por uno de los contratantes, pues también se entenderá que hay obra de parte cuando la realizan los agentes o mandatarios que contratan en su nombre, conclusión apenas lógica en cuanto se ajusta a la naturaleza y efectos de la representación (art. 1464). Finalmente, también se considera dolo propio o de parte aquel que siendo obra de un tercero ha contado con la colaboración de uno de los contratantes²².

²¹ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 499.

²² PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 506.

b) EL DOLO DEBE SER DETERMINANTE

No cualquiera maniobra engañosa, así sea obra de una de las partes, puede admitirse como vicio del consentimiento. No importa el recurso que se utilice para engañar, es preciso que sea causalmente relevante o, si se prefiere, determinante, entendiéndose que lo es cuando según los términos del artículo 1474, «aparece claramente que sin él no hubieran contratado» (*dolus causam dans*)²³.

3. Efectos del dolo

Las consecuencias provocadas por el dolo dependerán de si se trata de dolo dirimente o de dolo incidental.

a) DOLO DIRIMENTE

El dolo dirimente es aquel que cumple con los requisitos expuestos por el artículo 1474 del Código Civil, explicados en el acápite anterior, y que por lo tanto provocan un vicio del consentimiento.

En consecuencia, el dolo dirimente produce nulidad relativa en vista que este vicio no se encuentra expresamente enlistado en los vicios que generan nulidad absoluta contenidos en el artículo 1698 del Código Civil. En consecuencia, el dolo dirimente se encuentra cubierto por el paraguas de la frase «cualquier otra especie de vicio», y por lo tanto genera la nulidad relativa.

b) DOLO INCIDENTAL

Para nuestro código cuando el dolo es obra de un tercero no obran las consideraciones que hacen de él un vicio del consentimiento y no incide por tanto en la validez del contrato, así haya sido determinante²⁴. No obstante, este dolo de tercero es una conducta ilícita y como tal compromete la responsabilidad extracontractual del agente y lo coloca en la necesidad de indemnizar los perjuicios ocasionados al contratante cuyo consentimiento fue afectado por el dolo²⁵.

²³ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 506.

²⁴ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 508.

²⁵ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 509.

Esto es precisamente lo que dispone el artículo 1474 que luego de referirse al dolo de parte, en el inciso primero, agrega, en su inciso segundo que «en los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él». De acuerdo con la misma norma la responsabilidad del tercero que fraguó el dolo se extiende a la totalidad de los perjuicios ocasionados²⁶.

²⁶ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 509

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Segunda Sala de lo Penal. Registro Oficial Suplemento 203 de 31 de mayo de 2010.

PARRAGUEZ RUIZ, Luis (2021): *Régimen Jurídico del Contrato*. Quito: Editorial Cevallos. p. 376.

MÉXICO

RAFAEL IBARRA GARZA*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La tipología de los vicios del consentimiento. 1. El error. a) La tipología del error. b) La configuración del error como vicio del consentimiento. 2. La violencia. a) La tipología de violencia. b) La configuración de la violencia como vicio del consentimiento. 3. El dolo. a) La tipología del dolo. b) La configuración del dolo como vicio del consentimiento.–III. Los efectos de los vicios del consentimiento. 1. La invalidez del convenio como efecto común a todos los vicios del consentimiento. 2. La responsabilidad civil extracontractual como efecto de algunos vicios del consentimiento.–Bibliografía citada.–Jurisprudencia citada.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho mexicano define al contrato como el convenio que produce o transfiere derechos y obligaciones¹. Esto implica que el contrato es una especie de convenio. Entendiéndose legalmente por convenio «el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones»². A pesar de que convenio y contrato se consideran como conceptos distintos, el régimen jurídico en relación con su formación es el mismo.

* Profesor de la Universidad de Monterrey. Un agradecimiento a Juan Carlos Marín González por la invitación de formar parte de esta publicación, también se agradece todo el apoyo de investigación realizado por los estudiantes Ximena Faz Gallego y a Javier León Ramírez.

¹ Artículo 1793.

² Artículo 1792.

Respecto a la formación del convenio, hay una diferencia entre la existencia del convenio y la validez del convenio. Si entendemos por existencia el hecho de tener una realidad³; un convenio existente es aquél que tiene una realidad y por ende existe de hecho. Contrario, a un convenio inexistente que no tiene una realidad.

Ahora, por validez entendemos la calidad de un acto que no adolece de ningún vicio que puede justificar su anulación⁴. Por lo tanto, un convenio inválido es aquel que adolece de algún vicio. De esta manera, la invalidez del convenio implica necesariamente su existencia; es decir, si hablamos de que un convenio es inválido es porque existe en primer lugar.

El derecho mexicano sigue dicha lógica. El CCF prevé como requisitos de existencia el consentimiento y el objeto del convenio⁵. Mientras que los elementos de validez de los convenios son la capacidad legal de los contrayentes, la ausencia de vicios de consentimiento, el objeto (motivo o fin) lícito y cuando sea el caso⁶, se cumplan las formalidades previstas por la ley⁷.

El consentimiento, tema que atañe al presente capítulo, al ser un elemento de existencia, es en el sentido de que verdaderamente exista un encuentro de voluntades y no de que dicho encuentro sea libre de defectos. Es decir, la inexistencia del consentimiento es diferente al consentimiento defectuoso. En cuanto al consentimiento viciado, este implica una realidad, implica una existencia de consentimiento y por lo tanto la existencia del convenio. De esta manera se opone el hecho de que no exista consentimiento al hecho de que exista, pero tenga defectos. En el primer caso, el convenio sería inexistente en el segundo convenio sería inválido⁸.

De lo anterior se demuestra la preocupación del derecho de proteger el consentimiento, manifestación de la voluntad de cada una de las partes. Esto se explica por el hecho de que solamente hay una verdadera voluntad contractual cuando la conclusión del convenio corresponde a lo que las partes querían⁹. Por ello, el derecho mexicano sanciona invalidando el convenio cuando el consentimiento se vea afectado de algún vicio¹⁰. Sería inadmisibles, obligar

³ Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. 'https://dle.rae.es' [20 de octubre 2022], v Existencia.

⁴ En ese sentido, DE PINA y DE PINA (2003).

⁵ Artículo 1794.

⁶ En derecho mexicano contractual se rige por el principio consensualista (art. 1796).

⁷ Artículo 1975.

⁸ En este sentido, el Poder Judicial de la Federación considera que la inexistencia y la nulidad relativa de un acto jurídico son sanciones distintas, ver Tesis [A.]: II.2o. C.441 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XIX, enero de 2004, p. 1535, Reg. digital 182396.

⁹ LARROUMET y BROS (2016), párrafo núm. 321.

¹⁰ Ver la sección II.- Los efectos de los vicios del consentimiento.

a una persona a cumplir sus obligaciones cuando no haya manifestado su voluntad de manera libre o consciente ¹¹.

En el aspecto metodológico, el presente capítulo es una investigación dogmática de *lege lata*, al describirse el derecho positivo mexicano respecto a los vicios del consentimiento mediante el uso del método analítico y sintético. La técnica de investigación será documental, basado mayoritariamente en normas del Código Civil Federal y tesis aisladas. Veremos en una primera parte la tipología de los vicios del consentimiento (II), para luego ver las consecuencias a que dan lugar (III).

II. LA TIPOLOGÍA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Antes de adentrarnos a la tipología de los vicios del consentimiento, definamos primero lo que son. El CCF no define lo que es un vicio del consentimiento, se limita a prever cuáles son, por lo que debemos contentarnos con una definición doctrinal.

Para comprender lo que son los vicios del consentimiento, debemos comenzar por comprender que el convenio es «considerado como instrumento de la autonomía de la voluntad, debe ser producto de un querer consciente del sujeto, expresado con plena libertad» ¹²; por lo que los vicios son «las circunstancias que impiden la manifestación libre y consciente de la voluntad en el acto jurídico» ¹³.

El Código Civil Federal en su artículo 1812 prevé que el consentimiento está viciado, si este es dado por error, arrancado por violencia y sorprendido por dolo ¹⁴; por lo que analizaremos los vicios en ese orden.

1. El error

El error es una falsa representación de la realidad ¹⁵, donde lo contratado no concuerda con lo que una de las partes creyó contratar. Razón por la cual se debe considerar que la víctima del error no otorgó su voluntad de manera cons-

¹¹ LARROUMET y BROS (2016), párrafo núm. 335.

¹² SALAZAR HERNÁNDEZ (2012), pp. 299-300.

¹³ *Ídem*, p. 300.

¹⁴ En los derechos locales se reconocen expresamente otros vicios del consentimiento, por ejemplo, el artículo 1280 del Código Civil del Estado de Jalisco prevé también la mala fe y la lesión y en el artículo 1289 del mismo ordenamiento prevé la reticencia.

¹⁵ GONZÁLEZ ALCÁNTARA (2015), p. 23.

ciente y, por ende, el derecho positivo debe en ciertas circunstancias proteger a dicha víctima. En ese sentido, el artículo 1812 prevé como regla general, que el consentimiento otorgado por error no es válido.

Para comprender el error en el derecho mexicano de convenios, debemos empezar por estudiar la tipología (a); y una vez analizado lo anterior, estudiaremos los requisitos que se deben cumplir para que el error pueda considerarse como un vicio del consentimiento (b).

a) LA TIPOLOGÍA DEL ERROR

Para responder a la pregunta sobre cuáles son los tipos de errores, empezaremos por revisar la tipología propuesta por la doctrina, para luego revisar lo previsto en el CCF.

La doctrina mexicana, distingue tres tipos de errores: el error-obstáculo, el error-vice y el error-indiferente¹⁶. El error-obstáculo tiene su inspiración en la doctrina francesa, el cual consiste en que la oferta y la aceptación de las partes no concordaron, es decir no hubo encuentro de voluntades y por ende no hay un convenio entre ellos. La doctrina francesa se vio en la obligación de crear esta categoría de error porque no existe en su derecho positivo la inexistencia del convenio, por lo que se vieron obligados a analizar dicha figura bajo el prisma del error como vicio de consentimiento.

Por ende, cuando se prevé la inexistencia del convenio en una jurisdicción determinada, como es nuestro caso, es innecesario hacer mención o analizar el error-obstáculo. Es suficiente con constatar que no hay convenio por falta de un acuerdo de voluntades y así declarar la inexistencia respectiva¹⁷.

El error-vice se define como aquel error que vicia el consentimiento al grado de considerarlo como inválido; mientras que el error-indiferente es aquel error sin incidencia al grado que no invalida el consentimiento de la víctima

¹⁶ *Ídem*, p. 25; Tesis [A.]: XIX.4o.7 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XVII, enero de 2003, p. 1781, Reg. digital 185175.

¹⁷ En ese sentido los tribunales federales establecieron: «Ahora bien, para concluir si el consentimiento se vio o no impedido en su formación (error-obstáculo) y, por ende, que el acto jurídico es 'inexistente' a la luz del dispositivo legal a estudio, es imprescindible partir de la base de que no haya coincidencia en el concierto de voluntades de ninguno de los intervinientes del acto, ya en su naturaleza, ya en la identidad de la cosa». Tesis [A.]: XIX.4o.7 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XVII, enero de 2003, p. 1781, Reg. digital 185175.

En un sentido contrario, hay una tesis aislada que establece que la diferencia entre la inexistencia y la nulidad de un acto son solo teóricas, ver Tesis [A.]: T. C. C., Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo XII, noviembre de 1993, página 384, Reg. digital 214439.

del error¹⁸. Por esta razón, el objeto de esta sección es lo que los autores denominan error-vicio; sin embargo, alguna mención se hará al error-indiferente, especialmente cuando se tenga que estudiar los requisitos para la configuración del error como vicio del consentimiento.

La tipología de los errores descritos anteriormente, son de origen doctrinal; el Código Civil Federal, prevé en los artículos 1813 y 1814 expresamente tres tipos de errores: de derecho, de hecho y de cálculo.

El error de derecho consiste en un error sobre la existencia, el sentido o el alcance de un derecho (u obligación) o de una norma jurídica¹⁹. Este es el caso por ejemplo que alguien realizó una donación en vida, en lugar de un testamento, para evitar que se pagara un impuesto sobre la herencia que pensaba que existía, cuando en realidad no existe.

El error de hecho consiste en una falsa creencia de que algo haya o no sucedido o en la apreciación de una situación²⁰. Así, por ejemplo, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que «...el error de hecho puede recaer indistintamente sobre la índole del negocio, la identidad del objeto, la esencia de la cosa o de sus propiedades, o la individualidad de la persona, en cuanto a sus cualidades singulares»²¹.

El error de cálculo es un error aritmético que se da «cuando la operación numérica ha sido erróneamente realizada (sumé o resté mal)»²². Un ejemplo de lo anterior sería un convenio para la realización de una obra determinada, donde le fecha prevista para concluirse la obra se haya calculado erróneamente²³.

Ya vimos la tipología del error, pasemos ahora a revisar las condiciones que prevé el derecho mexicano para que el error pueda considerarse como un vicio del consentimiento.

b) LA CONFIGURACIÓN DEL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

No todos los errores son considerados por el derecho positivo como vicio del consentimiento que invalida el convenio, de ahí la diferencia doctrinal entre

¹⁸ GONZÁLEZ ALCÁNTARA (2015), p. 25.

¹⁹ GONZÁLEZ ALCÁNTARA (2015), p. 24.

²⁰ En este sentido, ver <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1125/3.pdf>, específicamente p. 33 (consultada última vez 30 de octubre 2022).

²¹ Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo LXXVI, p. 1884, Reg. digital 351079.

²² VARSÍ ROSPIGLIOSI y TORRES MALDONADO (2015), p. 77.

²³ En ese sentido en materia laboral, ver Tesis [A.]: 2a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo XXXIX, p. 478, Reg. digital 336524.

el error-vicio y el error-indiferente. De ahí que la pregunta a resolver es: ¿cuáles son los requisitos que configuran el error como un vicio del consentimiento?

Primero, el artículo 1813 solo prevé que los errores de derecho y de hecho puedan ser causales de invalidez del convenio, por lo que el error de cálculo no es un error suficiente. En virtud de lo anterior, solo los errores de derecho y de hecho entran de la categoría doctrinal de error-vicio, mientras que el error de cálculo encaja con la de error-indiferente.

¿De lo anterior se puede inferir que todos los errores de derecho y de hecho son errores-vicio? La respuesta es un contundente no. No todos los errores de derecho y de hecho pueden ser causal de invalidez; para que se configure el error como vicio de consentimiento, el artículo 1813 prevé que el error debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad del contratante.

El motivo determinante de la voluntad es en principio un elemento subjetivo, por lo que varía de un contratante a otro y de un convenio a otro. Por ello, «para preservar la seguridad jurídica de los convenios que celebren las partes y que sólo por excepción podrán invalidarse o nulificarse»²⁴, debiendo entonces haber elementos objetivos que comprueben que el convenio se celebró a causa de un error. Es decir, debe comprobarse que, si el contratante hubiese sabido del error, este no hubiese realizado el convenio; o lo hubiese realizado, pero bajo condiciones distintas.

En este sentido, el artículo 1813 prevé dos maneras de comprobar que el error es un motivo determinante de la voluntad. La primera, es que si «en el acto de la celebración se declara ese motivo»; es decir que la declaración se realice en el «momento mismo en que se celebra el acuerdo de voluntades, entendiendo como declaración la expresión oral o escrita, esta última contenida en el contrato»²⁵.

La segunda manera en la que, conforme al mismo artículo 1813 se puede comprobar el error como motivo determinante de la voluntad²⁶, «por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa»; «...tales pruebas podrán ser tanto el contrato, como con las confesionales, incluida la ficta, y las testimoniales; así como las

²⁴ Tesis [A.]: I.6o. C.196 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XI, marzo de 2000, p. 989, Reg. digital 192132.

²⁵ Tesis [A.]: I.7o. C.137 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXX, octubre de 2009, p. 1595, Reg. Digital 166117.

²⁶ No es suficiente comprobar la existencia del error, se debe comprobar que dicho error fue motivo determinante de contrato (Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, sexta época, Volumen XXXII, Cuarta Parte, p.153, Reg. digital 271568).

que válidamente generen esa presunción humana en el ánimo del juzgador»²⁷. La prueba de lo anterior le corresponde a la víctima del error que busca invalidar el convenio²⁸.

Ya visto el error pasemos ahora a estudiar la violencia como vicio del consentimiento.

2. La violencia

Para comprender la violencia en el derecho mexicano de convenios, debemos empezar por estudiar la tipología (a); y una vez analizado lo anterior, estudiaremos los requisitos que se deben cumplir para que la violencia pueda considerarse como un vicio del consentimiento (b).

a) LA TIPOLOGÍA DE VIOLENCIA

El CCF en el numeral 1812 al prevé que el consentimiento arrancado por violencia no es válido. El legislador mexicano usa el término arrancado, toda vez que en el supuesto de que se le ejerza violencia en contra de un de los contratantes, el consentimiento fue obtenido a la fuerza y, por ende, no fue otorgado de manera libre. Es decir, que el contratante no hubiera realizado el convenio o lo hubiera realizado en condiciones distintas si no hubiera existido la violencia.

Queda claro que el consentimiento obtenido por medio de violencia se considera como inválida; pero ¿qué es violencia? Conforme al artículo 1819 «hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado».

De la letra del artículo anterior, distingamos dos tipos de violencia: primero la violencia física y la segunda la violencia moral. La violencia física, sale a relucir de la lectura textual del mismo artículo, al usar el término de «fuerza física». En cuanto a la violencia moral, esta se deduce del término

²⁷ Tesis [A.]: I.7o. C.137 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXX, octubre de 2009, p. 1595, Reg. Digital 166117.

²⁸ Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo XLV, p. 4584, Reg. digital 359742.

amenaza²⁹. Los tribunales federales³⁰, así como la doctrina³¹ considera a la amenaza como violencia moral. Esto es así toda vez la amenaza entra dentro de la definición de violencia moral, que «es la que se ejerce a través de medios de presión psicológica, que tuercen o desvían la voluntad de la víctima (se constriñe su libertad de obrar)»³².

El concepto de violencia económica es relativamente reciente, por lo que hay pocas jurisprudencias y tesis aisladas que reconocen expresamente dicho concepto. Dicho concepto es mayoritariamente desarrollado en materia familiar³³, y es ausente en materia civil y mercantil como vicio de consentimiento. Sin embargo, si encontramos la noción en materia laboral donde los Tribunales Colegiados de Circuito resolvieron que le corresponde al trabajador «demostrar la influencia, engaño, coacción o intimidación [...] económica alegadas, para lo cual únicamente tendrá la carga de aportar indicios objetivos que razonablemente permitan considerar cuestionable e incierto el consentimiento que le es atribuido en la terminación de la relación laboral»³⁴.

Tiene sentido la resolución laboral citada toda vez que es innegable la violencia económica si puede viciar el consentimiento de la víctima, y por ende invalidar el convenio respectivo. La pregunta que toca resolver es saber si es posible afirmar que el concepto de violencia económica está implícito en la redacción del artículo 1813.

La respuesta a esta interrogante es: Sí. Primero, el precepto en comento prevé directamente que es violencia la fuerza física o las amenazas que importen peligro a los bienes del contratante. Segundo, el concepto de bienes puede interpretarse de manera amplia, es decir cualquier activo patrimonial es un

²⁹ Hay códigos civiles estatales que prevén expresamente la violencia moral, un ejemplo de lo anterior es el artículo 7.60 Código Civil del Estado de México.

³⁰ Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, séptima época, Volumen 217-228, Cuarta Parte, p. 77, Reg. digital 239478.

³¹ SCJN, Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la nación, núm. 18. Violación. Se integra este delito incluso cuando los sujetos activo y pasivo son cónyuges, 2006, SCJN-III UNAM, pp. 23 y 24.

³² En voto de minoría de los magistrados Francisco Javier Sarabia Ascencio, Alejandro Gómez Sánchez, Jorge Fermín Rivera Quintana y Miguel Ángel Aguilar López, en la contradicción de tesis 11/2015, Semanario Judicial de la Federación, Libro 33, agosto de 2016, numeral III, inciso F, Reg. Digital 42184.

³³ Las pocas resoluciones judiciales a nivel federal que reconocen el concepto de violencia económica son en materia de derecho familiar (i.e. Tesis [A.]: I.3o. C.300 C (10a.), T. C. C., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, Libro 49, Diciembre de 2017, tomo IV, p. 2189, Reg. digital 2015798; Tesis [A.]: I.3o. C.299 C (10a.), T. C. C., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, Libro 49, diciembre de 2017, tomo IV, p. 2279, Reg. digital 2015820; y Tesis [A.]: I.3o. C.957 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXXIII, mayo de 2011, p. 1319, Reg. digital 161931).

³⁴ Tesis [J.]: I.5o. T. J/1 L (11a.), T. C. C., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima época, Libro 12, abril de 2022, tomo III, p. 2619, Reg. digital 2024400.

bien. Tercero, por medio de sus activos patrimoniales el contratante subsiste. Por lo que podemos concluir que cualquier acto de fuerza física o amenaza que ponga en peligro dichos bienes, pone en peligro la supervivencia económica de la persona y por ende es una violencia económica.

Ya vimos la tipología de la violencia, pasemos ahora a revisar las condiciones que prevé el derecho mexicano para que la violencia pueda considerarse como un vicio del consentimiento.

b) LA CONFIGURACIÓN DE LA VIOLENCIA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Respecto a la configuración de la violación, no es requisito que la violencia sea realizada por la contraparte del convenio, puede ser por cualquier persona. Así el artículo 1818 prevé que «...es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes o ya de un tercero, interesado o no en el contrato». Lo anterior tiene sentido, porque los efectos de la violencia en el otorgamiento del consentimiento son independientes de la persona quien la ejerza.

Ahora, para que se configure la violencia, primero se debe comprobar que exista. El artículo 1813 prevé dos elementos para que haya violencia, primero que haya el uso de fuerza física o el uso de amenazas. Sin embargo, la existencia del uso de la fuerza o amenazas no son suficientes, deben además importar «peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado».

La interpretación doctrinal y jurisdiccional de lo anterior tiene dos vertientes³⁵. La primera, es subjetiva, es decir depende de los efectos que genera la violencia en la psicología del contratante. Se considera a la violencia como vicio del consentimiento solo si genera miedo al contratante³⁶. Por ende, en el supuesto de que haya violencia, pero esta no genera miedo, no se considera viciado el consentimiento. Un autor llega al extremo de afirmar que la violencia en realidad no es un vicio del consentimiento, si no es el miedo toda vez que «...la violencia es el medio provocador del miedo en el sujeto otorgante,

³⁵ Una autora las llamó sistemas, y las denominó: violencia-temor y violencia-peligro: GARCÍA MENDIETA (1985), p. 154.

Estas vertientes no se dan en los países que prevén el miedo o el temor en sus legislaciones. Este es el caso por ejemplo de Francia, ver artículos 1140 a 1143 del Código Civil Francés.

³⁶ SALAZAR HERNÁNDEZ (2012), p. 310.

y el miedo resultante es lo que limita la libertad del autor del acto o del contratante afectado, y consecuentemente vicia su voluntad»³⁷. También encontramos que en lugar de usar la palabra miedo, usan la palabra temor³⁸, «al no existir el temor no existe la violencia, por ser aquel el elemento de definición de dicho vicio del consentimiento»³⁹.

La segunda vertiente, es objetiva, y deriva de una interpretación textual del artículo en estudio; específicamente «importen peligro». El cual se aleja de los efectos que pueda generar la violencia, por lo que es indiferente si se causó miedo o no en el contratante. El punto de discriminación es la existencia de peligro para la víctima de la violencia⁴⁰. Si se pone en peligro a la víctima, se considera que el consentimiento está viciado; si no se pone en peligro, no hay vicio.

Ahora independientemente de si se tenga una interpretación subjetiva u objetiva, se prevé las personas que deben sufrir el peligro y el objeto del peligro. En cuanto a las personas, es lógico que no se debe limitar al contratante, toda vez que en virtud de la afección que el contratante le puede tener a un ser querido, se le puede arrancar el consentimiento mediante la puesta en peligro de dicho ser querido. Sin embargo, es equivocado hacer una lista limitativa de las terceras personas que pueden ser objeto de violencia, por lo que al establecer «de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado», se debe interpretar cualquier ser querido del contratante, toda vez que la violencia ejercida, por ejemplo, sobre un amigo también puede viciar el consentimiento del contratante.

En lo que respecta al objeto del peligro, conforme al artículo en estudio se debe poner en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud o los bienes (parte considerable) de cualquiera de las personas prevista en el párrafo anterior. Dicha lista fue creada arbitrariamente por el legislador, por lo que no debería ser limitativa; por lo que si se importa peligro a cualquier bien jurídicamente tutelado debería ser suficiente⁴¹.

Aunado a lo anterior, encontramos en resoluciones antiguas del poder judicial federal que se toma en consideración lo justo o injusto de la violencia. «Sólo la violencia injusta vicia el consentimiento en los contratos, y destruye el vínculo jurídico que enlaza los derechos y las obligaciones de los

³⁷ *Ídem*, p. 306.

³⁸ GONZÁLEZ ALCÁNTARA (2015), p. 29.

³⁹ Tesis [A.]: Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación, séptima época, V Volumen 80, Séptima Parte, p. 13, Reg. digital 245829.

⁴⁰ SALAZAR HERNÁNDEZ (2012), pp. 154 ss.

⁴¹ *Ídem*, p. 312.

contrayentes»⁴². Interpretado en sentido contrario: Si la violencia es justa, no se podría invalidar el convenio por vicios el consentimiento.

Así, por ejemplo: «La manifestación de hacer uso de un derecho o de ejercitar una acción civil o penal, nunca puede ser considerado como amenaza que entrañe vicio del consentimiento»⁴³. El acceso a la justicia es conforme a derecho, así por ejemplo en materia de obligaciones, «...el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes»⁴⁴, por lo que la autoridad pública pone a disposición del acreedor la fuerza pública para que le paguen lo debido, y por ende debe considerarse como una violencia justa⁴⁵.

Al hablar de violencia justa o injusta, lleva implícito la existencia de violencia; por lo que se puede discutir que en los supuestos descritos en el párrafo anterior en realidad no existe violencia. En ese sentido encontramos una tesis aislada que establece que «el contrato celebrado para evitar la ejecución de una sentencia, no puede después impugnarse de nulo, alegando que fue otorgado con violencia, pues esta no puede existir en el ejercicio del derecho a ejecutar la sentencia»⁴⁶.

Si se tiene una interpretación subjetiva del artículo 1813 del Código Civil Federal —la violencia vicia el consentimiento si causa miedo en el contratante— entonces se puede interpretar el temor reverencial como un miedo justo y por vía de consecuencia insuficiente para viciar el consentimiento. Lo anterior, podría ser una de las explicaciones del artículo 1820 del Código Civil Federal que prevé que «el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no basta para viciar el consentimiento». Además, el miedo de defraudar a ciertos seres queridos no implica necesariamente de parte de ellos actos de violencia, por lo que resulta insuficiente⁴⁷.

Ya explicado la violencia, pasemos ahora a analizar el dolo como vicio del consentimiento.

⁴² Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo XXVI, p. 711, Reg. digital 365236.

⁴³ Tesis [A.]: 4a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo LXXXVI, p. 1109, Reg. digital 806411. En ese sentido, ver Tesis [A.]: Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación, séptima época, Volumen 80, Séptima Parte, p. 13, Reg. digital 245829.

⁴⁴ Artículo 2964.

⁴⁵ En ese sentido, ver Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo XXVI, p. 711, Reg. digital 365236.

⁴⁶ Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo LXVIII, p. 233, Reg. digital 353726. En un sentido similar, otra tesis aislada prevé que «...la amenaza de ejercer una acción jurisdiccional de cualquier índole, no constituye violencia moral». Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, séptima época, Volumen 217-228, Cuarta Parte, p. 77, Reg. digital 239478.

⁴⁷ En este sentido ver GONZÁLEZ ALCÁNTARA (2015), p. 30.

3. El dolo

Para comprender el dolo en el derecho mexicano de convenios, debemos empezar por estudiar la tipología (a); y una vez analizado lo anterior, estudiaremos los requisitos que se deben cumplir para que la violencia pueda considerarse como un vicio del consentimiento (b).

a) LA TIPOLOGÍA DEL DOLO

El dolo se prevé en el artículo 1815 el cual establece: «Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido».

De esta manera el derecho mexicano distingue primeramente el dolo de la mala fe. La diferencia entre ella reside en el rol activo o pasivo del victimario. Si el victimario tiene un rol activo, será dolo, el artículo 1815 prevé la realización de sugestiones o artificios. Si el victimario tiene un rol pasivo, será mala fe, nuestro derecho prevé la disimulación del error. En otras palabras, para que sea dolo se debe inducir al contratante en el error, mientras que en la mala fe el contratante ya está en el error y por omisión de la contraparte se mantiene en dicho error.

Otra categorización que se prevé implícitamente en el CCF es el *dolus bonus* y el *dolus malus*. Esto se infiere de la lectura de los artículos 1816 y 1821 del ordenamiento en estudio. Toda vez que por una parte el primer precepto prevé la nulidad del convenio constituido mediante dolo (*dolus malus*), mientras que el segundo precepto puede interpretarse como una autorización a exagerar los beneficios de contratar y los perjuicios de no contratar⁴⁸ (*dolus bonus*).

Por otra parte, no hay que confundir la mala fe con la reticencia. Si bien el concepto de reticencia no se prevé en el CCF, y por ende no existe el concepto como vicio de consentimiento a nivel federal, la reticencia sí existe como vicio a nivel estatal. Específicamente la reticencia se prevé en el artículo 1289 del Código Civil del Estado de Jalisco⁴⁹, el cual es descrita como la omisión de uno de los contratantes de informar al otro, ciertos elementos del convenio

⁴⁸ GONZÁLEZ ALCÁNTARA (2015), p. 30.

⁴⁹ «Hay reticencia cuando uno de los contratantes no hace saber al otro un hecho o hechos conocidos por aquél e ignorados por éste y que de haberlos sabido, no hubiere celebrado en sus términos el acto jurídico. La reticencia producirá la anulabilidad si indujere a error».

para influenciar el consentimiento, al grado que de haberse conocido no se hubiera celebrado el convenio en sus términos.

Solo una tesis aislada existe –es del derecho del Estado de Jalisco– sobre la reticencia, el cual establece: «Si el vendedor omitió informar a la compradora que carecía de título de propiedad del inmueble materia del contrato, es obvio que indujo a error a ésta, porque es de sentido común que si pretendía adquirir un inmueble a través de un préstamo, es lógico que para obtenerlo necesitaba dicho título; de ahí que de haber sabido ese hecho no hubiese celebrado en sus términos la compraventa»⁵⁰.

La diferencia, por ende, reside en que, en la mala fe, la omisión consiste en no revelar el error en el que ya se encuentra la contraparte, mientras que en la reticencia la omisión consiste en no revelar información relevante del convenio para inducir al error a la contraparte.

Por último, hay que también diferenciar el dolo del error, lo cual veremos a continuación toda vez que el error es un elemento que configura el dolo y mala fe como vicio del consentimiento.

b) LA CONFIGURACIÓN DEL DOLO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Para que se configure el dolo, tiene que existir primeramente una conducta ilícita –la causa–, el CCF prevé expresamente en el artículo 1815 una sugestión o un artificio. Así por ejemplo la justicia federal mexicana consideró un artificio al folleto explicativo del crédito hipotecario toda vez que se ofrecía condiciones distintas a las realmente otorgadas⁵¹. En otro caso, las cortes mexicanas consideraron que la entrega de un cheque sin fondos no representa un dolo que haya viciado el consentimiento, sino lo consideró como un incumplimiento contractual⁵². Conforme al artículo 1816 las sugestiones o artificios pueden ser realizadas por la contraparte al convenio o por un tercero ajeno al convenio. En segundo lugar, dicha se debe inducir o mantener a uno de los contratantes en el error –el efecto–.

En cuanto a la mala fe, para que este se configure: primero una de las partes esté en un error. Segundo, el otro contratante debe tener conocimiento que su contraparte se encuentra en un error. Tercero, que a pesar de que el contratante conoce

⁵⁰ Tesis [A.]: III.5o. C.122 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXV, junio de 2007, p. 1170, Reg. digital 172151.

⁵¹ Tesis [A.]: I.11o. C.31 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XVI, octubre de 2002, p. 1331, Reg. digital 185823.

⁵² Tesis [A.]: T. C. C., Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo III, segunda parte-I, enero-junio de 1989, p. 197, Reg. digital 228162.

el error de su contraparte omite sacarlo de dicha falsa representación de la realidad; la buena fe obliga a dicha revelación. En cuanto al sujeto activo del vicio mala fe, solo puede ser una parte al convenio y no por terceros (art. 1816). Si no fuera posible configurar la mala fe, lo cierto es que la parte que se encuentra en el error puede solicitar la nulidad si se configura su error como vicio de consentimiento.

Aunado a lo anterior para que se configure el dolo y la mala fe, el artículo 1816 prevé que «...el dolo o mala fe [...] anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico». Esto se puede interpretar en que dolo y mala fe deben ser determinantes, es decir que, sin el dolo o la mala fe, el contrato no se hubiera constituido o se constituiría en condiciones distintas. Sin embargo, en realidad, lo que se debe comprobar es que el error sea inducido (en el caso del dolo), sea mantenido (en el caso del dolo de manera activa y en el caso de la mala fe de manera pasiva) es el que debe ser determinante, «porque de no haberse provocado ese falso conocimiento de la realidad, no se habría celebrado, o bien, la voluntad del arrendador se habría plasmado en otros términos»⁵³.

En ese sentido se puede interpretar la tesis aislada que resolvió: «Y si el asegurado incurre en omisiones, falsas e inexactas declaraciones [...] y esa actitud dolosa determina que la aseguradora celebre el contrato influido por el error en que lo hace caer el asegurado [...] y al existir tal error en su voluntad, se encuentra en aptitud de invocar la nulidad del contrato de seguro»⁵⁴.

En virtud de que el dolo y la mala fe tiene como elemento el error determinante, hay una corriente de pensamiento que consideran que el dolo y la mala fe no son vicios del consentimiento independientes del error. Así, por ejemplo, una tesis aislada resolvió que «el dolo, en rigor, es tan sólo el error que sufre un contratante, por artes del otro o de un tercero, en connivencia con este, quienes pueden concretarse, además a mantenerlo en el que aquél por sí mismo incurrió»⁵⁵. Un autor llega al extremo de proponer eliminar al dolo y mala fe como vicios de consentimiento y dejar únicamente al error⁵⁶.

Sin embargo, no se debería analizar al dolo y la mala fe únicamente bajo la perspectiva del error, toda vez que existen diferencias. Una de las diferencias reside en el hecho de que en el error como vicio del consentimiento la otra parte es de buena fe, mientras que no es el caso en los supuestos de dolo y mala fe, donde la contraparte tuvo conductas ilícitas. Esto conlleva a que la forma de comprobar

⁵³ Tesis [A.]: VII.3o. C.35 C, T. C. C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XVII, febrero de 2003, p. 1098, Reg. digital 184841

⁵⁴ Tesis [A.]: 3a, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, Volumen 175-180, Cuarta Parte, p. 203, Reg. digital 240400.

⁵⁵ Tesis [A.]: 3a, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, Volumen 57, Cuarta Parte, p. 25, Reg. digital 241836.

⁵⁶ SALAZAR HERNÁNDEZ (2012), p 306.

el error difiere de la comprobación del dolo o mala fe; esto puede tener como efecto que en ocasiones será más fácil comprobar el dolo o mala fe que el error.

También, la diferencia reside en las sanciones a las que tiene acceso la contratante cuyo consentimiento se encuentra viciado. En el caso del vicio del error, el contratante solo tiene acceso a la nulidad del convenio viciado. Mientras que, en los supuestos del dolo y mala fe, además de la nulidad del convenio, también se tiene acceso a la reparación de daños y perjuicios que se le hayan causado.

La posibilidad de exigir la reparación del daño se infiere del artículo 1817 al prever que «...si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones». Entonces, si solo una parte procede con dolo, la contraparte si puede alegar nulidad o reclamar indemnizaciones. El régimen aplicable sería la de responsabilidad extracontractual⁵⁷, toda vez que el daño ocasionado no surge de un incumplimiento contractual y siempre y cuando el daño no se reparé con la nulidad del contrato⁵⁸.

En virtud que las sanciones son el objeto de la siguiente sección, no ahondaremos más sobre el tema. Pasemos ahora a los efectos que acarrear los vicios del consentimiento.

III. LOS EFECTOS DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

En los supuestos de que se haya configurado los vicios de consentimiento: error, violencia o dolo, se derivan ciertos efectos jurídicos. Algunas consecuencias son comunes a los todos los vicios, este es el caso de la invalidez del convenio⁵⁹ (1), mientras otras no lo son, como es el caso de la responsabilidad civil extracontractual (2).

1. La invalidez del convenio como efecto común a todos los vicios del consentimiento

La invalidez del convenio por vicios del consentimiento es lógica toda vez que convenio al ser un acuerdo de voluntades, sería injusto obligar a una persona a cumplir sus obligaciones cuando su voluntad no haya sido otorgada de manera libre o consciente.

⁵⁷ Artículos 1910-1934 bis.

⁵⁸ LARROUMET y BROS (2016), párrafo núm. 361.

⁵⁹ En virtud de que la sección tres será sobre la nulidad no ahondaremos en el tema.

La invalidez como sanción general a todos los vicios del consentimiento se prevé en dos preceptos del CCF: artículos 1795 II y 1812. La invalidez del convenio por error se prevé en el artículo 1813. La invalidez por dolo y mala fe se prevé en el artículo 1816, mientras; en dicho precepto se usa el concepto de anular. Mientras que el concepto de nulo se usa en el artículo 1818 para el vicio de violencia.

Si el contrato inválido, por ende, es nulo. En nuestro derecho, conforme al artículo 2229 el error, la violencia y el dolo que sufra cualquiera de las partes contratantes producen la nulidad relativa de dicho acto⁶⁰. Solo puede solicitar la nulidad la persona que haya sufrido el vicio (art. 2230); a quien le corresponde la carga de la prueba⁶¹. Hay una excepción a esta regla, y es cuando todas las partes de un contrato actuaron con dolo, por lo que en ese supuesto ninguna parte puede invocar la nulidad (art. 1817).

La nulidad relativa del contrato puede desaparecer por prescripción o por confirmación⁶². En cuanto a la prescripción solo se prevé expresamente el error (art. 2236) y la violencia (art. 2237). Respecto al régimen de la prescripción del dolo y mala fe, este se puede regular sea conforme al mismo artículo del error, porque el dolo y la mala fe para configurarse deben producir un error determinante, sea que se le aplique el régimen general de la prescripción previsto en el artículo 638.

Se prevé la posibilidad de que la persona que sufre el vicio del consentimiento –sea error, violencia o dolo– puede confirmar o ratificar el acto cuando haya cesado el vicio, pudiendo hacerlo de manera expresa (art. 2233), sea de manera tácita (art. 2234). Confirmado o ratificado el convenio se extinguirá la acción de nulidad (art. 1823). Eso es así, «aunque el pago o cumplimiento de la obligación contenida en el acto jurídico inválido no sea total sino sólo parcial, basta esa conducta del deudor hacia el cumplimiento de la obligación que contrajo para que surta la existencia de un pago que indica de manera tácita la ratificación que purga el vicio y significa la renuncia a invocar la nulidad del acto»⁶³.

Pasemos, por último, a la posibilidad de que la víctima del vicio pueda exigir que se le indemnice por los daños sufridos.

⁶⁰ En ese sentido sobre el error en los contratos de seguro, ver Tesis [A.]: I.3o. C.460 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XIX, junio de 2004, p. 1422, p. 3156, Reg. digital 181360.

⁶¹ Tesis [A.]: Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo CXVI, p. 973, Reg. digital 385517.

⁶² Lo anterior se analiza como beneficios procesales de la nulidad relativa (Tesis [A.]: I.3o. C.745 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXX, septiembre de 2009, p. 3156, Reg. digital 166350). Ver artículos 2236 y 2237.

⁶³ Tesis [A.]: I.3o. C.295 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XV, marzo de 2002, p. 1395, Reg. digital 187474.

2. La responsabilidad civil extracontractual como efecto de algunos vicios del consentimiento

Como vimos anteriormente el artículo 1817 prevé, «si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones». Por lo que, si solo una de ellas procedió con dolo, entonces la contraparte puede exigir el pago de una indemnización. Sin embargo, dicho precepto solo prevé al dolo, por lo que debemos preguntarnos si es posible exigir el pago de una indemnización en los supuestos del error y violencia.

La respuesta a esa interrogante la encontramos en las reglas relativas a lo que el CCF denomina obligaciones que nacen de actos ilícitos, conocido también como responsabilidad civil. El artículo 1910 prevé quien «obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo».

Podemos inferir de dicho artículo que existen tres elementos para que se actualice la responsabilidad civil. El primer elemento es la comisión de un hecho ilícito; el segundo elemento, la existencia de un daño; y el tercer elemento es el nexo causal entre el ilícito y el daño ocasionado. En virtud de que se exige una conducta ilícita de una persona estamos ante la presencia de lo que en México se denomina responsabilidad civil subjetiva⁶⁴.

Conforme a la exigencia a de los elementos anteriores, tenemos que negar que el error como vicio de consentimiento, no es posible que el contratante que la sufra pueda exigir el pago de una indemnización. Esto es así toda vez que, en este supuesto, nadie es culpable del error excepto la persona que lo sufre, por lo que no existe ninguna comisión de un hecho ilícito.

Respecto al dolo, mala fe y violencia existe una conducta antijurídica sea de uno de los contratantes, sea de un tercero, y si en virtud de dicha conducta se causa un daño a la víctima del vicio, este tendrá derecho a exigir el pago de daños y perjuicios. Sin embargo, y como lo vimos anteriormente, para tener derecho al pago de una indemnización, el daño ocasionado no puede ser reparado con la anulación del convenio.

En virtud, de que el ilícito (dolo, mala fe o violencia) no consiste en un incumplimiento de una obligación contractual, estamos en presencia de una responsabilidad civil extracontractual⁶⁵.

⁶⁴ Tesis [A.]: IV.1o. C.69 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 1532, Reg. digital 174180.

⁶⁵ Tesis [A.]: 1a. LII/2014 (10a.), T. C. C., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, Libro 3, febrero de 2014, tomo I, p. 683, Reg. digital 2005542.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael (2003): *Diccionario de Derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 31.^a edición.
- GARCÍA MENDIETA, Carmen (1985): «Violencia como vicio del consentimiento», en *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano*, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil, 1985, III, pp. 145-158.
- GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis (2015): *Código Civil Comentado, Libro Cuarto De las obligaciones*. UNAM-III.
- LARROUMET, Christian y BROS, Sarah (2016): *Traité de Droit Civil*, t. 3, Les obligations, Le contrat, 8.^a ed. 2016, Económica.
- SALAZAR HERNÁNDEZ, Javier (2012): «Vicios de la voluntad: reflexiones sobre el error y el miedo», en Jorge Alfredo Domínguez Martínez y José Antonio Sánchez Barroso (coords.), *Commemoración de los 80 años de vigencia del Código Civil del Distrito Federal*. Ciudad de México: UNAM, pp. 297-316.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y TORRES MALDONADO, Marco (2015): «2+2=5, El error de cálculo y error de cantidad en el Negocio Jurídico», en *Diálogo con la jurisprudencia*, pp. 74-79.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo XXVI, página 711, Reg. digital 365236.
- Tesis [A.]: 2a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo XXXIX, página 478, Reg. digital 336524.
- Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo XLV, página 4584, Reg. digital 359742.
- Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo LXVIII, página 233, Reg. digital 353726.
- Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo LXXVI, página 1884, Reg. digital 351079.
- Tesis [A.]: 4a, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo LXXXVI, página 1109, Reg. digital 806411.
- Tesis [A.]: Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo CXVI, página 973, Reg. digital 385517.
- Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, sexta época, Volumen XXXII, Cuarta Parte, página 153, Reg. digital 271568.
- Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, séptima época, Volumen 57, Cuarta Parte, página 25, Reg. digital 241836.
- Tesis [A.]: Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación, séptima época, Volumen 80, Séptima Parte, página 13, Reg. digital 245829.

- Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, séptima época, Volumen 175-180, Cuarta Parte, página 203, Reg. digital 240400.
- Tesis [A.]: 3a, Semanario Judicial de la Federación, séptima época, Volumen 217-228, Cuarta Parte, página 77, Reg. digital 239478.
- Tesis [A.]: T. C. C., Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo III, Segunda Parte-1, enero-junio de 1989, página 197, Reg. digital 228162.
- Tesis [A.]: T. C. C., Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo XII, noviembre de 1993, página 384, Reg. digital 214439.
- Tesis [A.]: I.6o. C.196 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XI, marzo de 2000, página 989, Reg. digital 192132.
- Tesis [A.]: I.3o. C.295 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XV, marzo de 2002, página 1395, Reg. digital 187474.
- Tesis [A.]: I.11o. C.31 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XVI, octubre de 2002, página 1331, Reg. digital 185823.
- Tesis [A.]: XIX.4o.7 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XVII, enero de 2003, página, 1781, Reg. digital 185175.
- Tesis [A.]: VII.3o. C.35 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XVII, febrero de 2003, página 1098, Reg. digital 184841.
- Tesis [A.]: I.3o. C.460 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XIX, junio de 2004, página 1422, página 3156, Reg. digital 181360.
- Tesis [A.]: IV.1o. C.69 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXIV, septiembre de 2006, página 1532, Reg. digital 174180.
- Tesis [A.]: III.5o. C.122 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXV, junio de 2007, página 1170, Reg. digital 172151.
- Tesis [A.]: I.3o. C.745 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXX, septiembre de 2009, página 3156, Reg. digital 166350.
- Tesis [A.]: I.7o. C.137 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXX, octubre de 2009, página 1595, Reg. Digital 166117.
- Tesis [A.]: I.3o. C.957 C, T. C. C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXXIII, mayo de 2011, página 1319, Reg. digital 161931.
- Contradicción de tesis 11/2015, Semanario Judicial de la Federación, libro 33, agosto de 2016, numeral III, inciso F, Reg. Digital 42184.
- Tesis [A.]: 1a. LII/2014 (10a.), T. C. C., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, Libro 3, febrero de 2014, tomo I, página 683, Reg. digital 2005542.
- Tesis [A.]: I.3o. C.300 C (10a.), T. C. C., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, Libro 49, diciembre de 2017, tomo IV, página 2189, Reg. digital 2015798.

Tesis [A.]: I.3o. C.299 C (10a.), T. C. C., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, Libro 49, diciembre de 2017, tomo IV, página 2279, Reg. digital 2015820.

Tesis [J.]: I.5o. T. J/1 L (11a.), T. C. C., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima época, Libro 12, abril de 2022, tomo III, página 2619, Reg. digital 2024400.

PERÚ

HÉCTOR CAMPOS GARCÍA *

SUMARIO: I. Los vicios de voluntad en el ordenamiento jurídico peruano. Panorama general. 1. La regulación base de los vicios de voluntad al interior del c.c.per.: los casos de error, el dolo y la violencia o intimidación como supuestos generales. 2. La regulación (extendida) de los vicios de voluntad al interior del c.c.per.: el caso de rescisión por lesión contractual. 3. Las innovaciones (incompleta) en la regulación de los vicios de voluntad en el c.c.per.: el caso de la influencia indebida respecto de las personas en situación de discapacidad. 4. La regulación de los vicios de voluntad fuera del c.c.per.: el caso de la legislación especial respecto de la protección al consumidor y la protección a las víctimas de hostigamiento sexual.–II. El error como vicio del consentimiento. 1. Definición. 2. Requisitos. 3. Tipos. 4. Remedios.–III. La intimidación (o violencia moral) como vicio del consentimiento. 1. Definición. 2. Requisitos. 3. Tipos. 4. Remedios.–IV. El dolo como vicio del consentimiento. 1. Definición. 2. Requisitos. 3. Tipos. 4. Remedios.–Bibliografía citada.–Normas citadas.

I. LOS VICIOS DE VOLUNTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. PANORAMA GENERAL

Esbozar un panorama general de los vicios de voluntad en el ordenamiento peruano no es una tarea sencilla. Y no lo es, principalmente, por razones de índole sistemática. De este modo; por un lado, es necesario delimitar el rol del régimen normativo de los vicios de voluntad al interior del Código Civil perua-

* Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: h.campos@pucp.edu.pe

no (en adelante, c.c.per.). Por otro lado, se debe prestar atención a la regulación existente afuera del c.c.per. para tener una visión completa de la regulación de los vicios de voluntad. Lo que debe quedar claro desde un primer momento es que constituiría una visión parcial (y por ende equívoca) delinear el régimen normativo de los vicios de la voluntad, únicamente, a partir de la regulación establecida en el c.c.per.

1. **La regulación base de los vicios de voluntad al interior del c.c.per.: los casos de error, el dolo y la violencia o intimidación como supuestos generales**

En primer lugar, debemos empezar indicando que el c.c.per. destina su libro II a la regulación del «Acto Jurídico». Dentro de dicho libro, el título VIII está destinado a los «Vicios de la voluntad». En específico se regula como tales al error (arts. 201 al 209), el dolo (arts. 210 al 213) y la violencia o intimidación (arts. 214 al 217). El fundamento de estas causales, como supuestos de anulación, se encuentra en la protección de la libertad de decisión de quien efectúa el acto de autonomía privada¹. De lo indicado se desprende un dato que es sintomático. El c.c.per. no alude los «vicios del consentimiento», sino los «vicios de voluntad»². La razón de ello es que la regulación sobre los vicios indicados no se ubica en el marco de las relaciones contractuales, sino que pretende tener una vocación más general en el ámbito del acto jurídico.

Sin embargo, esta presentación inicial se ha puesto en entredicho en función de la constatación de dos características de la legislación peruana. Por un lado, el hecho que el legislador peruano tomó como base para la regulación de los vicios de la voluntad el régimen contractual existente en el Código Civil italiano³. Por otro lado, la existencia de un régimen jurídico de vicios de voluntad específico para otros actos jurídicos (distintos del contrato)⁴. A par-

¹ MORALES (2010), p. 190.

² TORRES (2015), pp. 849-850.

³ LEÓN (2003), pp. 828-831.

⁴ Así, por ejemplo, existe una regulación particular para el caso de negocio jurídico matrimonial y para el negocio jurídico testamentario. En el primero de los casos, el error y la intimidación se reconocer como supuestos de anulabilidad del negocio jurídico matrimonial (art. 277 c.c.per.). Sobre el régimen de validez del matrimonio: PLÁCIDO (2014), pp. 117-120. En el segundo de los casos, se alude a la violencia, la intimidación, el dolo y el error como causales de anulabilidad del negocio jurídico testamentario (art. 809 c.c.per.). Sobre el error en materia testamentaria: LOHMANN (1987a), pp. 67-72 y LOHMANN (1987b), pp. 61-66.

tir de ambas precisiones se diluye la pretensión de generalidad que el legislador peruano había buscado imprimirle a la regulación del Acto Jurídico, en general; y a la de los vicios de voluntad, en particular.

A partir de lo indicado, puede reconocerse que el régimen jurídico de los vicios de voluntad es de aplicación (directa) a las relaciones contractuales. En cambio, su aplicación a los otros negocios jurídicos que no son contratos debe ser matizada. Y es que, si existe una regulación especial, entonces esta debe primar. Con ello, la aplicación de las reglas de los vicios de voluntad a los negocios que tienen una regulación especial no solo será supletoria y, por ende, deberá evaluarse el nivel de compatibilidad⁵ de las disposiciones normativas generales, en función de la naturaleza de cada negocio jurídico.

Sin perjuicio de lo indicado, hay que destacar que los remedios derivados de que un negocio jurídico se celebre bajo error, dolo o intimidación están protegidos por una norma imperativa que prohíbe su renuncia anticipada. Así el artículo 218 c.c.per. señala que «[E]s nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación».

2. La regulación (extendida) de los vicios de voluntad al interior del c.c.per.: el caso de rescisión por lesión contractual

En segundo lugar, ahora sí en el marco específico de las relaciones contractuales, hay que hacer referencia al estado de necesidad como un supuesto de vicio de la voluntad⁶. Si bien, desde una perspectiva sistemática, la regulación del estado de necesidad no se realiza dentro de la regulación general de los vicios de voluntad, desde una perspectiva conceptual es posible apreciar que detrás del reconocimiento de la rescisión como remedio contractual para hacer frente al aprovechamiento del estado de necesidad, se encuentra la protección del proceso volitivo en la toma de decisiones.

Ahora bien, la regulación peruana sobre el estado de necesidad está compuesta por dos parámetros. Uno subjetivo y otro objetivo (art. 1447 c.c.per.). El parámetro subjetivo consiste en el aprovechamiento de un estado de necesidad apremiante de un contratante respecto de otro. El parámetro objetivo está dado por la desproporción de prestaciones al momento de celebrarse el contra-

⁵ El c.c.per. dispone en el artículo IX del Título Preliminar lo siguiente: «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».

⁶ Así lo entiende: LEÓN (2019), p. 107.

to es mayor a las dos quintas partes. Es necesario que ambos parámetros se presenten para considerar que estamos ante un contrato celebrado bajo lesión y que, por ende, se active el remedio rescisorio.

Si bien los parámetros indicados son autónomos, el legislador peruano ha considerado que «(...) si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionado de la necesidad apremiante del lesionado» (art. 1448 c.c.per.). Esta presunción (relativa) tiene como objetivo facilitar la dificultad probatoria que implica la comprobación del parámetro subjetivo; es decir, del aprovechamiento del estado de necesidad apremiante del lesionado. No obstante, hay que ser enfáticos en que el aprovechamiento del estado de necesidad se considerará como hecho presunto, solo si se prueba la desproporción entre las prestaciones en los términos que se han indicado previamente (hecho base).

En este contexto, cada vez tiene mayor eco la posición que señala que estamos ante un escenario de invalidez⁷. Esto es coherente con su consideración como vicio de la voluntad. Sin perjuicio de ello, legislativamente, se ha establecido que la persona que se aprovechó del estado de necesidad apremiante puede consignar la diferencia de valor entre las prestaciones dentro de plazo para contestar la demanda (art. 1450 c.c.per.) o reconvenir el reajuste del valor (art. 1451 c.c.per.). Si se ampara la reconvenición de reajuste deberá pagarse la diferencia del valor bajo apercibimiento de que se rescinda. Sin embargo, en caso la rescisión no sea útil para el afectado por el aprovechamiento del estado de necesidad, por ser imposible la restitución de la prestación ejecutada, entonces solo será admisible el reajuste del precio (art. 1452 c.c.per.).

El remedio de rescisión por aprovechamiento del estado de necesidad tiene dos limitaciones en el marco del c.c.per.⁸. Por un lado, está sujeta a un plazo de caducidad de seis meses contados desde que se cumple la prestación por parte del lesionado, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato (art. 1454 c.c.per.). Por otro lado, hay ciertos actos que no están sujetos a la rescisión por lesión. Primero, la transacción y las ventas hechas por remate público. Segundo, cuando el copropietario haya enajenado bienes por más de la mitad del valor en que le fueron adjudicados (art. 1456 c.c.per.).

⁷ CAMPOS (2014), n. 5.5; ESPINOZA (2017), p. 501; LEÓN (2019), p. 95; MEDINA (2021), p. 112.

⁸ Fuera del c.c.per. también hay limitaciones a la rescisión por lesión. Por ejemplo LEÓN (2019), p. 109 nos recuerda: «La Ley General de Minería, según su Texto Único Ordenado, decreto supremo 014-92-EM, del 2 de junio de 1992, dispone: “En los contratos en los que se transfiera la totalidad de alícuotas de concesiones no hay rescisión por causa de lesión” (art. 164)».

3. **La innovación (incompleta) en la regulación de los vicios de voluntad en el c.c.per.: el caso de la influencia indebida respecto de las personas en situación de discapacidad**

En tercer lugar, se debe prestar atención a la regulación de un vicio de la voluntad específico que se ha regulado con ocasión del estatuto jurídico de las personas en situación de discapacidad. Nos referimos, en particular, al supuesto denominado como *influencia indebida*.

Este supuesto se incorporó con ocasión de la reforma legislativa que tuvo como objetivo adecuar las normas del c.c.per. a las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹. Dicha labor de adecuación se llevó a cabo a través de la derogación, modificación e incorporación de disposiciones normativas al c.c.per. Dentro de aquellas que implicaron una nueva regulación se encuentra la incorporación de un nuevo capítulo (capítulo IV) al título II (Instituciones Supletorias de Amparo) de la sección cuarta (Amparo Familiar) en el libro III (Derecho de Familia) dedicada a la regulación de la institución de los «Apoyos y salvaguardias».

De manera general, se debe reparar en que esta nueva regulación se explica dentro de un contexto en el que se ha reconocido la plena capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad, por lo que no podrán ser consideradas como personas «incapaces absolutas» o con «capacidad de ejercicio restringida»; y, al mismo tiempo, se ha derogado el régimen normativo de la curatela de personas, por considerar que se encuadra dentro de un modelo de sustitución de voluntad, manteniendo el régimen de patria potestad, tutela y curatela de bienes. Subyace a esta regulación el hecho que la reforma trasladó el debate acerca de la manifestación de voluntad de las personas con discapacidad de la categoría de la «capacidad jurídica» a la categoría de «voluntad»¹⁰.

De manera específica, hay que considerar; por un lado, que los apoyos «son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo» (art. 659-B c.c.per.). Por otro lado, las salvaguardias «son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien

⁹ Decreto Legislativo núm. 1384.

¹⁰ BREGAGLIO y CONSTANTINO (2020), p. 54.

brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas» (art. 659-G c.c.per.).

Tal como se puede apreciar, es con ocasión de la regulación de las salvaguardias que se hace mención de la influencia indebida. Sin embargo, no se realiza mayor desarrollo sobre el particular. Es recién cuando se reglamenta estas disposiciones normativas¹¹ que se propone la siguiente definición de influencia indebida: «Situación en que la persona designada como apoyo modifica, conforme a sus intereses, la manifestación de la voluntad de la persona que cuenta con apoyo, aprovechando su posición de poder y ejerciendo presión, amenaza, manipulación o agresión» (art. 2.4 Decreto Supremo núm. 016-2019-MIMP). Sin embargo, nada más se indica con relación a los remedios negociales (nulidad o anulabilidad, por ejemplo) que se generen cuando una persona en situación de discapacidad haya realizado un acto jurídico bajo una influencia indebida.

Es por ello que con razón se haya indicado que «*the Peruvian Civil Code fails to prevent sufficiently these situations and risks*»¹². Si bien se ha destacado que la influencia indebida (junto con el conflicto de intereses) es una manifestación de un vicio de la voluntad, solo se realiza la precisión para evidenciar que merece un mayor desarrollo¹³. No obstante la existencia de referencias a la figura durante la vigencia del Código Civil peruano de 1936¹⁴, se ha propuesto entender que la influencia indebida puede ser un supuesto de anulación, siempre que «*[F]irst, there has to be an undue influence that vitiates the real will of the person. Second, there has to be an actual damage to the rights of the person with disabilities*»¹⁵. No obstante la claridad de lo indicado, hay que destacar que nos encontramos ante una propuesta interpretativa, ya que la legislación no ha tomado partido por regular un remedio específico y la jurisprudencia, aún, no ha emitido pronunciamientos sobre el particular.

4. La regulación de los vicios de voluntad fuera del c.c.per.: el caso de la legislación especial respecto de la protección al consumidor y la protección a las víctimas de hostigamiento sexual

Finalmente, debemos prestar atención a los vicios de la voluntad que se encuentran regulados fuera del c.c.per. Si bien se ha indicado una serie de vi-

¹¹ Decreto Supremo núm. 016-2019-MIMP.

¹² MARTÍNEZ-PUJALTE (2019), p. 18; en la misma línea BREGAGLIO y CONSTANTINO (2020), p. 55.

¹³ VARSÍ y SANTILLÁN (2020), pp. 1076-1077.

¹⁴ LEÓN (1991), pp. 166-167.

¹⁵ CONSTANTINO (2020), pp. 174-175.

cios de voluntad contemporáneos ¹⁶, en esta ocasión dada su regulación expresa, nos centraremos en dos de aquellos. Primero, los vicios de voluntad que se presentan en las relaciones de consumo. Segundo, el vicio de voluntad que se genera cuando estamos ante un escenario de hostigamiento sexual.

Con relación al primero (relaciones de consumo), el Código de Protección y Defensa del Consumidor ¹⁷ (en adelante, c.p.d.cons.) dispone expresamente que la protección del consumidor ante la realización de métodos comerciales o agresivos. En concreto señala que «El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo» (art. 58.1. c.p.d.cons.). Se reconoce, entonces, al acoso, la coacción, la influencia indebida y el dolo como vicios de voluntad. Si los comparamos con la regulación existente en el c.c.per. podemos ver que aquellos que tienen un contenido autónomo son el acoso y la influencia indebida. Sin embargo, la consecuencia jurídica que se aplica es común e independientemente de la modalidad de contratación empleada: el derecho a la restitución inmediata de las prestaciones ejecutadas (art. 59 c.p.d.cons.).

No obstante el c.p.d.cons. identifica una serie de actividades que califican como métodos comerciales agresivos o engañosos (art. 58.1. c.p.d.cons.) ¹⁸, el supuesto de dolo es el que ha recibido una regulación ulterior con ocasión de la

¹⁶ LEÓN (2003), pp. 875-877; ESPINOZA (2017), pp. 478-494; LEÓN (2019), pp. 109-110 menciona los siguientes: (i) sorpresa (en donde existe un escaso tiempo de reflexión para la toma de decisión de adquirir un bien o un servicios, tal como sucede en los los casos de oferta de productos o servicios puerta a puerta; o, en los que se recurre a medios de telecomunicación), (ii) abuso de dependencia económica (por ejemplo, en los casos de subcontratación en los que se puede apreciar un escenario de abuso de posición en la determinación del contenido contractual); y, (iii) abuso de posición dominante (cuando se restringe la competencia produciendo con ello un perjuicio a los competidores y a los consumidores).

¹⁷ Ley núm. 29571.

¹⁸ Se indican las siguientes: (i) crear la impresión de que el consumidor ya ha ganado, que ganará o conseguirá, si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente cuando, en realidad: (a) tal beneficio no existe, o (b) la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a efectuar un pago o incurrir en un gasto; (ii) el cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de celebrarse la contratación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor; (iii) el cambio de las condiciones del producto o servicio antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor; (iv) realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades; (v) emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas que hayan sido incorporados en el registro implementado por el Indecopi para registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción antes indicadas; (vi) en general, toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor.

información a los consumidores. En efecto, se señala que «Está prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos» (art. 3 c.p.d.cons.). Lo mismo sucede en la regulación de la publicidad, así se señala que «La protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial» (art. 13 c.p.d.cons.).

Con relación al segundo (hostigamiento sexual), se puede establecer que también constituye un vicio de voluntad¹⁹. Según la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual²⁰, luego de su modificación²¹, el hostigamiento sexual «(...) es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole» (art. 4 Ley núm. 27492). El Reglamento de la citada Ley precisa que «[E]l hostigamiento sexual se configura independientemente de si existen grados de jerarquía entre la persona hostigada y la hostigadora o si el acto de hostigamiento sexual se produce durante o fuera de la jornada educativa, formativa, de trabajo o similar; o si este ocurre o no en el lugar o ambientes educativos, formativos, de trabajo o similares»²² (art. 6.3. Decreto Supremo núm. 014-2019-MIMP).

¹⁹ CAMPOS (2018) lo vincula con un supuesto de intimidación, luego de delinear la diferencia entre los casos de temor reverencial y acoso sexual ambiental; LEÓN (2020), pp. 111-112 lo reconoce como un nuevo vicio de voluntad al señalar lo siguiente: «Cumple todos los atributos para ser considerado un nuevo vicio de voluntad y si bien fuera del mundo de la competencia económica y la tutela del consumidor, el acoso u hostigamiento psicológico y sexual».

²⁰ Ley núm. 27942.

²¹ Decreto Legislativo núm. 1410.

²² Decreto Supremo núm. 014-2019-MIMP.

Tal como se puede apreciar, el hostigamiento sexual conlleva un elevado componente intimidatorio que está en condición de afectar la voluntad de los partícipes de un negocio jurídico. Nótese que esto no solo se restringe al aspecto contractual, ya que puede perfectamente ser aplicado, por ejemplo, a otros negocios jurídicos como puede ser –en el ámbito laboral– la renuncia de un trabajador. No está demás precisar que, si bien los actos de hostigamiento se están enfocando como un supuesto de vicio de la voluntad, ello no resta que sean actos lesivos de la propia dignidad de la persona que es afectada por el acto de hostigamiento sexual. Quizá este último enfoque haya determinado que se regule como remedio, a nivel del derecho patrimonial, el resarcitorio (la indemnización de daños y perjuicios) y el de cumplimiento en forma específica (el cese del acto de hostilidad), antes que el remedio contractual de la anulabilidad (u otro que se pudiera diseñar teniendo especial cuidado por la protección de los intereses en juego) del negocio jurídico.

II. EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Tal como se ha indicado en el apartado precedente, la regulación de los vicios en el ordenamiento jurídico peruano pretende tener una proyección que va más allá de las relaciones contractuales. Sin embargo, para fines del presente análisis nos detendremos exclusivamente en el impacto del error como vicio del consentimiento.

1. Definición

El error, como vicio o dirimente del consentimiento, no está definido en la legislación peruana. No obstante ello, el error en términos generales es entendido como una «falsa percepción de la realidad»²³; es decir, se refiere a aquellos escenarios en los que una de las partes, al momento de la celebración de un contrato, considera que un determinado dato de la realidad es de una forma; sin embargo, en el plano de los hechos dicho dato tiene una configuración diferente. Bajo esta aproximación, en el ordenamiento, el error se diferencia conceptualmente diferente a la ignorancia, pero jurídicamente son asimilables²⁴. A lo ante-

²³ LEÓN (1991), p. 113; TABOADA (2002), p. 357; MORALES (2010), p. 192; VIDAL (2013), p. 167-169; BELTRÁN (2014), p. 266; TORRES (2015), p. 852; RUBIO (2016), p. 56; ESPINOZA (2017), p. 408; PALACIOS (2022), p. 226.

²⁴ LOHMANN (1994), pp. 451-452; TORRES (2015), p. 852; RUBIO (2016), p. 55.

rior hay que añadir que para aludir al error que es vicio del consentimiento, dicha falsa percepción de la realidad es el resultado de una inadecuada formación de la voluntad del sujeto, aunque es posible reconocer fundamentos de índole económico y filosófico²⁵. Esta precisión es central al momento de diferenciar al error que es vicio del consentimiento del, denominado, error obstativo.

Ahora bien, con miras a precisar la definición de error como vicio del consentimiento hay que delimitar su contenido de aquellos otros usos del término error que se presentan en la codificación peruana. De este modo, de una revisión integral de las disposiciones del c.c.per., se puede apreciar que se recurre al término error en dos situaciones específicas. Por un lado, de forma referencial, en las disposiciones propias de la posesión ilegítima. Por otro lado, en la regulación del pago indebido. En ninguno de dichos casos se hace alusión al error como si fuese un vicio del consentimiento.

En efecto, en el ámbito de la posesión ilegítima se indica lo siguiente: «[L]a posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título» (art. 906 c.c.per.). En esta hipótesis, la referencia al error es únicamente para afianzar la noción de buena fe (subjetiva). No se la emplea como un vicio del consentimiento. Otro tanto sucede en la regulación del pago indebido. Aquí se señala: «[E]l que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió» (at. 1267 c.c.per.). Si bien el pago (o cumplimiento) es un acto similar al negocio jurídico, constituye un acto debido²⁶ por lo que tampoco la referencia al error puede ser entendida como un vicio del consentimiento, más aún si realmente no nos encontramos ante un pago, sino ante una atribución patrimonial²⁷.

2. Requisitos

No todo error, como vicio del consentimiento, da lugar a los remedios negociales previstos en el ordenamiento jurídico peruano, en concreto, a la anulación del contrato. Para ello se requiere que el error cumpla con dos requisitos copulativos. Por un lado, el error debe ser esencial para el declarante; y, por otro lado, el error debe ser conocible para el receptor de la declaración (art. 201 c.c.per.).

²⁵ ESCOBAR (2007), pp. 32-36.

²⁶ LEÓN (2019), pp. 25-26.

²⁷ BARCHI (2010); BARCHI (2011).

En primer lugar, el error se considera como esencial en función de su contenido; es decir, en atención de aquella porción de la realidad que es incorrectamente percibida. De este modo, el legislador peruano ha considerado que el error es esencial en los siguientes supuestos: (i) cuando recae sobre la propia esencia (*error in substantia*) o una cualidad (*error in qualitate*) del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad; (ii) cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte (*error in personae*), siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad; (iii) cuando el error de derecho (sobre las consecuencias del acto jurídico o en la valoración de la situación jurídica)²⁸ haya sido la razón única o determinante del acto (art. 202 c.c.per.). Adicionalmente, se puede identificar dos escenarios adicionales en los que el error es esencial: (i) cuando un error de cálculo recae sobre la cantidad y haya sido determinante de la voluntad (art. 204 c.c.per.) (*error in quantitate*); y, (ii) cuando recae sobre el motivo, siempre que este expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte (art. 205 c.c.per.). Con esta constatación se ha indicado que el carácter de esencialidad conlleva un rasgo de taxatividad²⁹, en el sentido que solo los errores identificados por el legislador como esenciales, serán considerados como tales. Adicionalmente, tal como se ha podido apreciar, la esencialidad del error está relacionado, directamente, con el carácter determinante del mismo³⁰. En contraposición, podemos identificar algunos escenarios en los cuales el error no es esencial; es decir, indiferente³¹. Esto sucede en el error de cálculo³², cuando se esté ante un error sobre la cantidad, pero esta no haya sido determinante (art. 204 c.c.per.) o en el error en los motivos, cuando estos no han sido la razón determinante para la celebración del acto y no hayan sido aceptados por la otra parte (art. 205 c.c.per.). Nuevamente se aprecia la directa relación entre el carácter esencial y el rasgo determinante del error para ser considerado como tal.

En segundo lugar, el legislador ha establecido que el error es conocible cuando «(...) en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo» (art. 203 c.c.per.). De este modo, el error es conocible cuando la parte que no se equivocó conoció o pudo conocer (usando la diligencia ordinaria) que la parte que sí incurrió en error se estaba equivocando. Con este dato, bajo el

²⁸ TORRES (2015), p. 862.

²⁹ TABOADA (2002), p. 383; BELTRÁN (2014), p. 268. En contra: LOHMANN (1994), pp. 455-458.

³⁰ LOHMANN (1994), pp. 459-461.

³¹ TABOADA (2002), p. 391; VIDAL (2013), p. 171.

³² LOHMANN (1994), pp. 476-477; ESPINOZA (2017), pp. 421-423.

modelo contractual italiano conforme se había adelantado, se pone énfasis en el receptor de la manifestación de la voluntad, ya que por más que el error sea esencial, en caso no sea conocible por el receptor (porque no conoció o no pudo conocer) entonces no procederá el remedio anulatorio. Se reconoce que este requisito está íntimamente ligado con la teoría de la confianza³³ en el marco de la teoría general del negocio jurídico.

Estos elementos, incluso, han sido reconocidos en sede administrativa³⁴:

«Resulta importante indicar que el artículo 201 del Código Civil Peruano establece que el error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible (arts. 202 y 203 del citado cuerpo normativo). De acuerdo con la doctrina ‘el error, para que sea esencial, debe ser determinante no solo para el sujeto contratante, sino también conforme a la apreciación común y con relación a las circunstancial’, mientras que el error es conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo; por lo que, el hecho de haber consignado los precios de diversos productos con un descuento de casi el 99 % del costo normal con diferencias cuantitativas significativas, resulta ser ‘esencial’, en tanto que, si no hubiera existido descuentos de tal proporción, los consumidores no hubieran adquirido dichos productos, siendo este hecho determinante en su voluntad de compra, además, resultaba fácilmente ‘conocible’ por los consumidores, conforme lo desarrollado anteriormente (el énfasis se aprecia en el original) (F. J. núm. 49)».

Finalmente, hay que indicar que se ha discutido con relación a si la excusabilidad es un requisito del error o si la generación de un perjuicio lo es, en ambos casos, a efectos de generar el remedio anulatorio. Respecto al primer punto, la posición mayoritaria considera que no es un elemento que deba exigirse al error para ser considerado como un vicio de voluntad³⁵. No obstante, hay posiciones que argumentan que si es exigible³⁶ y que se encuentra implícita en materia de error. Con relación al segundo punto, se ha sostenido³⁷ que en virtud del artículo 206 c.c.per., el perjuicio es exigible para la anulación del negocio jurídico.

³³ LOHMANN (1994), pp. 469-475; LEÓN (2019), p. 58; PALACIOS (2022), p. 237.

³⁴ Comisión de Protección al Consumidor núm. 3 - Sede Central, 26 setiembre 2022, Resolución Final núm. 084-2022/CC3.

³⁵ LOHMANN (1994), p. 454; LEÓN (2003), p. 858; VIDAL (2013), p. 198; TORRES (2015), pp 865-866; ESPINOZA (2017), p. 410.

³⁶ RUBIO (2016), p. 56; PALACIOS (2022), pp. 235-236.

³⁷ VIDAL (2013), pp. 200-202; TORRES (2015), pp. 869-870.

3. Tipos

Conforme se ha visto en la definición, el error vicio del consentimiento se caracteriza porque hay un inadecuado proceso en la formación de voluntad del sujeto que emite la declaración errada. Siendo que dicho inadecuado proceso de formación de voluntad no afecta el proceso de exteriorización de la voluntad. En otros términos, en el error vicio del consentimiento, la voluntad se forma mal, pero se manifiesta bien.

Una figura distinta, a nivel conceptual, es la del error obstativo³⁸. En este caso, no hay un inadecuado proceso en la formación de la voluntad, sino que el error se aprecia al momento en que se exterioriza la voluntad (*lapsus calami* o *lapsus linguae*). Siguiendo el esquema planteado, se puede indicar que en el error obstativo la voluntad se forma bien, pero se manifiesta mal. Por ello el error obstativo también es conocido como error en la declaración o error obstáculo.

No obstante esta diferencia conceptual, que debería llevar a un remedio de nulidad³⁹, el legislador peruano ha asimilado los remedios contractuales, principalmente el anulatorio, que se derivan de cada tipo de error. Así la legislación peruana indica que «[L]as disposiciones de los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración hubiese sido transmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo» (art. 208 c.c.per.). Con esto, para que el error obstativo sea causal de anulación también será necesario que el error sea esencial (determinante) y conocible.

Sin embargo, con ocasión del error en la declaración legislativamente se ha precisado lo siguiente: «[E]l error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado» (art. 209 c.c.per.). Estamos ante lo que se ha denominado como un error indiferente⁴⁰. En esta hipótesis se puede apreciar que la razón por la que no procede el remedio anulatorio está en la ausencia del carácter determinante (y con ello de la esencialidad) del error obstativo. En vista de ello, ante un error obstativo no determinante no se habilita el remedio anulatorio.

³⁸ LOHMANN (1994), pp. 488-491; TORRES (2015), pp. 854-856; ESPINOZA (2017), p. 408.

³⁹ TABOADA (2002), p. 330; TORRES (2015), p. 855.

⁴⁰ LEÓN (1991), pp. 131-134.

4. Remedios

En el caso del error vicio del consentimiento (y como se acaba de ver, también en el error obstativo) hay que diferenciar dos tipos de remedios a cargo de la parte que ha realizado la manifestación viciada por error. Por un lado, el remedio anulatorio; y, por otro lado, el remedio resarcitorio.

Con relación al primero (remedio anulatorio), el error como vicio de consentimiento es causal de anulabilidad del contrato (arts. 203 y 221.2 c.c.per.). Sin embargo, el efecto jurídico que se obtiene en caso se ampare la demanda correspondiente es el de la nulidad del contrato. En efecto, legislativamente se precisa que «[E]l acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare» (art. 222 c.c.per.). De aquí se deriva que el remedio anulatorio es de actuación judicial. No cabe, entonces, que la anulación se obtenga a través de una vía extrajudicial. Adicionalmente, al ser un supuesto de anulación, la persona legitimada para solicitar la anulación del contrato es quien realizó la manifestación de voluntad viciada por error (art. 222 c.c.per.). Sin embargo, para el caso específico de la anulación por error, expresamente, se ha indicado que «[L]a parte que incurre en error no puede pedir la anulación del acto si, antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto que aquélla quiso concluir» (art. 206 c.c.per.). Este es un caso de rectificación⁴¹, el cual es «un acto unilateral recepticio realizada por el destinatario de la declaración errada, a efectos de subsanar el acto viciado de error»⁴². Finalmente, al ser una causal de anulabilidad, cabe la posibilidad de que el contrato sea confirmado por la propia persona que incurrió en error, salvo el derecho de tercero (art. 230 c.c.per.). Así como la confirmación puede ser expresa, también puede ser tácita en aquellos casos en los que la parte que conoce que se equivocó ejecuta la prestación a su cargo o si «(...) existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad» (art. 231 c.c.per.).

Con relación al segundo (remedio resarcitorio), existe una prohibición legislativa⁴³ para que la parte que incurre en el error que es vicio del consentimiento pueda requerir a la otra parte (la que conoció o pudo conocer del error) una indemnización de daños y perjuicios (art. 207 c.c.per.). Una disposición de este tipo ha sido criticada por no seguir el modelo italiano que ha tomado como

⁴¹ LOHMANN (1994), pp. 480-482.

⁴² ESPINOZA (2017), p. 429.

⁴³ VIDAL (2013), pp. 203-204 justificaba la disposición en el hecho que la conocibilidad del error no implica una actuación de mala fe de la otra parte. En similar posición: LOHMANN (1994), pp. 482-483; TORRES (2015), pp. 890-891.

referencia, cuando éste expresamente reconocer a la parte que se equivoca a solicitar una indemnización de daños y perjuicios⁴⁴ o porque no genera los incentivos adecuados para las partes para desincentivar la posición del receptor de la declaración que conociendo o pudiendo conocer el error del declarante no lo reveló⁴⁵. Esto ha llevado a que se formulen interpretaciones que restrinjan el alcance de la prohibición mencionada. Por ejemplo, se ha sostenido⁴⁶ que no procede la indemnización de daños y perjuicios en aquellos escenarios en los que la persona que se equivocó, lo hizo por una causa imputable a él; es decir, ante escenarios de error inexcusable. De esta manera, si el error no era inexcusable podrá solicitarse la indemnización de daños y perjuicios a la persona receptora de la manifestación de voluntad viciada por error. También se ha sostenido que «(...) el caso de la persona que advierte el error y no lo comunica, encajaría en el supuesto de dolo omisivo *ex* artículo 212 del CC. Si bien se entiende genéricamente al dolo como la inducción al error, no veo inconveniente alguno para incorporar aquellas conductas en las cuales –contraviniendo la buena fe– no se revele a la contraparte que ha incurrido en error»⁴⁷.

III. LA INTIMIDACIÓN (O VIOLENCIA MORAL) COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

El c.c.per., desde una perspectiva terminológica, no hace alusión a la fuerza como un vicio de voluntad. Como se ha indicado desde un inicio, el legislador peruano alude, más bien, a la intimidación. Nuevamente, precisamos que, si bien el régimen legal de la intimidación tiene una pretensión de generalidad para ser aplicada a los negocios jurídicos en general, el desarrollo que se realizará a continuación se hará desde la perspectiva de las relaciones contractuales.

1. Definición

El legislador peruano ha entendido que la intimidación se produce «(...) cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros» (art. 215

⁴⁴ LEÓN (2019), p. 102.

⁴⁵ ESCOBAR (2004), pp. 157-159; CIEZA (2015), pp. 130-132; LEÓN (2019), p. 102.

⁴⁶ ESCOBAR (2004), p. 158.

⁴⁷ ESPINOZA (2017), p. 496.

c.c.per.). Sin embargo, se precisa que no constituyen supuestos de intimidación, «[L]a amenaza del ejercicio regular de un derecho o el simple temor reverencial (...)» (art. 217 c.c.per.), razón por la cual, no se produce el remedio anulatorio. De este modo, «[E]l contratante se encuentra en una alternativa: sufrir un mal o estipular el contrato y, voluntariamente escoge como mal menor la celebración del contrato. Por eso, la víctima de la amenaza no celebra el contrato porque tiene un efectivo interés económico en la operación económica, sino porque tiene interés de no sufrir un mal amenazado»⁴⁸.

2. Requisitos

A partir de la definición que se ha reseñado, es posible considerar que la intimidación, como vicio del consentimiento, requiere de requisitos específicos.

En primer lugar, la amenaza debe consistir en sufrir un mal inminente y grave (art. 215 c.c.per.). Bajo esta perspectiva se entiende que la intimidación se conciba como un vicio del consentimiento. Estamos ante un escenario en el que el proceso decisional de una persona se ve afectada. De ahí que en los casos de temor reverencial no se le considere como un caso de intimidación (art. 217 c.c.per.), ya que en este supuesto no medie una amenaza en contra de una persona. En efecto, el temor referencial deriva del fuero interno de un sujeto y no una acción realizada de forma positiva en contra de una persona.

En segundo lugar, la amenaza debe estar dirigida a la celebración de un contrato. No obstante, como hemos indicado, la amenaza bien podría estar dirigida a la realización de cualquier negocio jurídico. Este elemento es el que determina que la anulación opere, precisamente, como consecuencia de un vicio del consentimiento, ya que este fue producto de una voluntad viciada.

En tercer lugar, la amenaza no debe estar justificada; es decir, debe ser considerada como ilegítima. Por ello es que la amenaza del ejercicio regular de un derecho no califica como intimidación (art. 217 c.c.per.). Es un ejemplo recurrente que no constituye amenaza, por parte del acreedor, el inicio de procesos judiciales contra el deudor.

En cuarto lugar, la amenaza puede provenir de una de las partes del contrato o, incluso, de un tercero. En concreto se señala que «[L]a violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él» (art. 214 c.c.per.).

⁴⁸ MORALES (2010), p. 194.

Finalmente, la amenaza puede estar dirigida contra la persona que será considerada intimidada, pero también en contra de «(...) su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros» (art. 215 c.c.per.); es decir, en contra de los tatarabuelos, tataranietos, tíos abuelos, primos hermanos y sobrinos nietos; o, suegros y cuñados⁴⁹. No obstante, se reconoce que los jueces (o árbitros) tienen la competencia para decidir la anulación según las circunstancias, en los casos en que la amenaza se dirige en contra de otras personas o bienes (art. 215 c.c.per.).

Un aspecto importante que debe ser indicado con relación a los requisitos es el relativo a su forma de valoración. En esa línea, se sostiene que la amenaza se valora desde una perspectiva concreta⁵⁰. Ello quiere decir que se deben atender a las «circunstancias que puedan influir sobre su gravedad» (art. 216 c.c.per.). El legislador peruano ha identificado⁵¹ algunos parámetros para la valoración de la intimidación (edad, sexo, condición de la persona), pero representan prejuicios⁵² acerca del comportamiento de las personas.

En algún caso⁵³ sí se ha tomado en cuenta los parámetros que influyen en la gravedad de la persona intimidada:

«(...) la configuración de la intimidación como causal de anulabilidad, como ya se precisó, conforme los artículos 215 y 216 del Código Civil no solo requiere para su calificación la existencia de la amenaza de sufrir un mal inminente y grave, sino también debe considerarse la edad, sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad, situación que en el presente caso, se verifica por cuanto la representante de la demandante, por su especial condición de gestación, y frente a las amenazas de no pagar el saldo del precio pactado por el inmueble que la empresa demandante transfirió, se vio constreñida a suscribir dichos actos jurídicos, (...) (F. J. núm. 4)».

Asimismo, a nivel jurisprudencial, se ha fijado un estándar elevado para la acreditación de la intimidación⁵⁴, en particular, a nivel del acto jurídico de renuncia.

⁴⁹ LEÓN (2019), p. 105.

⁵⁰ LEÓN (1991), p. 162.

⁵¹ VIDAL (2013), pp. 253-254.

⁵² LEÓN (2019), p. 106.

⁵³ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 18 julio 2017, Casación núm. 2942-2016-Tacna.

⁵⁴ Sala Laboral Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, 19 de julio de 2019, Expediente núm. 24052-2010; Primera Sala Laboral Transitoria - Sede Alimar de la Corte Superior de Justicia de Lima, 3 de diciembre 2020, Expediente núm. 21143-2012; Primera Sala Laboral Transitoria - Sede Alimar de la Corte Superior de Justicia de Lima, 5 de enero 2021, Expediente núm. 22712-2010; Vigésimo Quin-

3. Tipos

El c.c.per. no distingue diversos tipos de intimidación. Sin embargo, es importante destacar que al momento de regular la intimidación como vicio de voluntad se hace alusión a la violencia. En efecto, se dispone lo siguiente: «La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él» (art. 214 c.c.per.). En consecuencia, surge la necesidad de precisar el alcance de la violencia a efectos de comprender su relación con los vicios del consentimiento.

Al respecto se ha cuestionado que la violencia (*vis absoluta* o *vis ablativa*) sea un vicio de voluntad en la medida que aquella implica un acto de fuerza física que se realiza en contra de un sujeto, doblegando su voluntad, a efectos de que celebre un determinado contrato. Bajo esta definición, se ha sugerido que resulta más apropiada entenderla como una causal de nulidad⁵⁵ o, incluso, de inexistencia⁵⁶. Bajo este entendimiento, la forma más razonable de entender que la violencia sea un vicio de voluntad es comprender que dicha violencia es una de índole moral (*vis compulsiva*) o psicológica⁵⁷. Con esta aproximación, bien puede comprenderse que la asimilación entre violencia e intimidación, no es otra cosa que la equiparación entre violencia (moral o psicológica) e intimidación.

Finalmente, hay que indicar que el c.c.per. no hace alusión, desde una perspectiva terminológica, a la violencia económica o a la fuerza económica como un vicio de voluntad (y mucho menos como un vicio del consentimiento). Sin embargo, tal como se indicó en el primer apartado del presente trabajo, el aprovechamiento de un estado de necesidad sí configura un vicio del consentimiento, pero no que genera un supuesto de anulabilidad, sino que tiene como remedio la rescisión.

4. Remedios

Desde un punto de vista estrictamente sistemático, el remedio establecido para un contrato que se celebra bajo la intimidación es la anulación del referido contrato (arts. 214 y 221.2 c.c.per.). Sin embargo, el efecto jurídico que se obtiene en caso se ampare la demanda correspondiente es el de la nulidad

to Juzgado Especializado de Trabajo Transitorio de Lima, 31 de mayo 2021, Expediente núm. 10568-2012.

⁵⁵ LOHMANN (1994), p. 505; VIDAL (2013), p. 236; BELTRÁN (2014), p. 284; RUBIO (2016), p. 57; ESPINOZA (2017), pp. 456-457.

⁵⁶ LEÓN (1991), p. 152; CAMPOS (2014), n. 4.2.

⁵⁷ LEÓN (2019), p. 105.

del contrato. En efecto, legislativamente se precisa que «[E]l acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare» (art. 222 c.c.per.). De aquí se deriva que el remedio anulatorio es de actuación judicial. No cabe, entonces, que la anulación se obtenga a través de una vía extrajudicial. Adicionalmente, al ser un supuesto de anulación, la persona legitimada para solicitar la anulación del contrato es quien sufrió la intimidación; es decir, la persona intimidada (art. 222 c.c.per.). Finalmente, al ser una causal de anulabilidad, cabe la posibilidad de que el contrato sea confirmado por la propia persona intimidada, salvo el derecho de tercero (art. 230 c.c.per.). Así como la confirmación puede ser expresa, también puede ser tácita en aquellos casos en los que la parte que conoce que se equivocó ejecuta la prestación a su cargo o si «(...) existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad» (art. 231 c.c.per.).

No obstante lo anterior, hay que indicar que en caso se logre acreditar que la persona intimidada ha sufrido daños como consecuencia de haber sido sometido a la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, junto con los demás requisitos que configuran la causal de anulación, será posible recurrir a la tutela resarcitoria. En este caso, la responsabilidad civil se regirá bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual (art. 1969 c.c.per.) toda vez que el daño se ha producido en la etapa precontractual. No resulta de aplicación el sistema de responsabilidad por inejecución de obligaciones respecto del contenido del reglamento contractual, ya que, dado que la consecuencia de la anulación por intimidación es la nulidad del contrato, entonces no habrá un reglamento contractual al cual pueda hacer referencia.

IV. EL DOLO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

A continuación, se abordará el último de los vicios de voluntad que el c.c.per. reconoce en su regulación base. Nos referimos al dolo. Sin embargo, al igual que en los casos anteriores, se aludirá al régimen del dolo pensado en relaciones contractuales; es decir, al dolo en tanto vicio del consentimiento, y no se pretenderá desarrollar su alcance con relación a otros negocios jurídicos.

1. Definición

El dolo, en tanto vicio del consentimiento, se refiere al «engaño usado por una de las partes», de manera que «sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto»

(art. 201 c.c.per.). En otros términos, el dolo implica el empleo de engaños, mentiras, ardides o artificios, de forma comisiva u omisiva, que induzcan a cometer un error por un contratante de manera determinante⁵⁸. Bajo esta perspectiva, hay un componente de intencionalidad en el dolo como vicio del consentimiento⁵⁹, por lo que no se ha reconocido legislativamente al, denominado, *dolo bonus*⁶⁰. Si bien la regla base establece que el dolo puede ser realizado por una de las partes contratantes, es legalmente posible que el engaño pueda ser realizado por un tercero. Pero si ello sucede, la causal de anulación solo se configura si es que el engaño «(...) fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él» (art. 210 c.c.per.).

En este punto es importante prestar atención a otras acepciones del término dolo que se diferencian de su entendimiento como vicio del consentimiento⁶¹. En primer lugar, podemos mencionar al dolo como criterio de imputación de la inejecución de la obligación al deudor. Al respecto, expresamente, se ha indicado que «[P]rocede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación» (art. 1318 c.c.per.) En este caso, la referencia al actuar deliberado del deudor dota de un componente de intencionalidad clara a esta acepción del dolo⁶². En segundo lugar, tenemos al dolo como criterio de imputación en la responsabilidad extracontractual (art. 1969 c.c.per.). En este caso, si bien se puede discutir sobre el carácter subjetivo o normativo con el que se debe valorar este tipo de dolo⁶³, lo cierto que este tiene como puntos de referencia al agente y al daño, a diferencia de lo que sucede en la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

La diferencia entre el dolo como vicio de consentimiento y dolo como criterio de imputación de la inejecución de la obligación al deudor ha sido reconocido jurisprudencialmente⁶⁴:

«Siendo ello así, la voluntad de los vendedores estaba viciada porque quien adquiriría el bien engañó a las partes, no con el propósito deliberado de inejecutar la prestación debida (lo que lo hubiera puesto en la situación regulada en el art. 1318 del Código Civil: dolo en el incumplimiento de obligaciones), sino induciendo a error a los demandantes para que celebraran el acto jurídico, provocándoles una falsa representación de la realidad. Es decir, de ningún modo se habría celebrado el acto si los demandantes hubieran conocido que el comportamiento de la compradora iba a ser el de fraguar un voucher de pago» (F. J. núm. 6).

⁵⁸ ESPINOZA (2017), pp. 430-431.

⁵⁹ LEÓN (1991), p. 140; VIDAL (2013), p. 213.

⁶⁰ LEÓN (1991), pp. 139-140; VIDAL (2013), pp. 215-217; TORRES (2015), p. 902.

⁶¹ TORRES (2015), pp. 900-901.

⁶² MEDINA (2022), pp. 161-164.

⁶³ CAMPOS (2019).

⁶⁴ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 21 setiembre 2017, Casación núm. 218-2017-Santa.

En conclusión, ninguno de estos dos escenarios descritos califica como vicios del consentimiento y, por ende, comprometen la validez del contrato. Por su parte, el rol de las dos últimas acepciones de dolo es determinante en los casos de responsabilidad civil a efectos de que se pueda obtener una tutela resarcitoria a favor de la víctima.

2. Requisitos

Para que el dolo sea considerado como un vicio del consentimiento se tienen que cumplir algunos requisitos⁶⁵ que se pasan a reseña a continuación.

En primer lugar, la acción u omisión destinada a engañar a una de las partes del contrato debe ser idónea para influir en el proceso de formación de voluntad de aquel y determinante, de forma que sin el engaño –simplemente– el contrato no se hubiese celebrado. Esto determina que el dolo pueda ser calificado como un vicio de voluntad.

En segundo lugar, el dolo debe producir un error en la parte engañada. En otros términos, es necesario que se induzca la falsa percepción de la realidad en una de las partes contratantes. Bajo este punto de vista, se diferencia el dolo del error en que en el primero el error encuentra su origen en un engaño. En cambio, en el error, la equivocación es resultado de la propia formación de voluntad de quien emite la manifestación de voluntad viciada y no ha sido condicionada por ningún engaño⁶⁶.

Finalmente, el engaño puede provenir de una de las partes del contrato (dolo directo), pero se admite que pueda haber sido generado por un tercero⁶⁷ (dolo indirecto). Como ya se indicó al momento de delinear la definición de dolo, si el engaño proviene de un tercero, entonces el contrato solo será anulable si la acción u omisión dolosa fue conocida por aquella parte que obtuvo beneficio del engaño producido a la contraparte contractual.

3. Tipos

A diferencia de los dos casos previamente analizados, en donde la tipología del error y de la intimidación es limitada, en el caso del dolo es posible identificar tres criterios de clasificación.

⁶⁵ LEÓN (1991), pp. 141-142; VIDAL (2013), p. 215; BELTRÁN (2014), p. 276.

⁶⁶ BULLARD (2006), pp. 458-459; BELTRÁN (2014), p. 266.

⁶⁷ LEÓN (1991), pp. 145-148.

En primer lugar, se puede diferenciar entre dolo determinante y dolo incidental. Su diferencia conceptual va a tener repercusión en los remedios que las partes engañadas puedan invocar. Por un lado, el dolo es determinante si la parte engañada no hubiese celebrado el contrato de saber que mediaba el dolo como vicio del consentimiento (art. 210 c.c.per.). Por otro lado, el dolo es incidental si la parte engañada, una vez que conoce de que es víctima de un engaño, está dispuesta a continuar con el contrato, solo que lo hubiese celebrado en otras condiciones (art. 211 c.c.per.).

En segundo lugar, el dolo puede ser comisivo u omisivo. El dolo comisivo va a implicar el despliegue de una serie de conductas o actividades dirigidas a engañar a una de las partes del contrato. El dolo omisivo o reticencia⁶⁸, que debe diferenciarse del silencio⁶⁹, conlleva que se realice la abstención de ciertas conductas, por ejemplo, el no revelar información contraviniendo el principio de buena fe, y que dicha omisión sea lo que genera el engaño a la parte contractual. El legislador peruano, al respecto, indica que «[L]a omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa» (art. 212 c.c.per.). Sobre este último tipo de dolo se ha planteado un debate con relación a su alcance. Se ha formulado una interpretación restringida en atención a la asignación eficiente de recurso⁷⁰, lo cual ha sido cuestionado desde una perspectiva que tiene en cuenta el dato legislativo vigente, que no toma en cuenta dicho criterio⁷¹. El legislador especial⁷² ha contemplado alguna hipótesis concreta de reticencia en el contrato de seguro. Así se indica que «La reticencia y/o declaración inexacta de circunstancias conocidas por el contratante y/o asegurado, que hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido informado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato si media dolo o culpa inexcusable del contratante y/o asegurado» (art. 8 Ley núm. 29946). Dada la forma de regu-

⁶⁸ ESPINOZA (2017), pp. 436-437.

⁶⁹ LEÓN (1991), pp. 148-150.

⁷⁰ Se han indicado dos reglas, BULLARD (2006), p. 487: «Cuando la asimetría informativa que da origen al problema sea de aquellas que permiten una mejor asignación de recursos a un uso más valioso, y en el que cualquier efecto regresivo en término de eficiencia pueda ser corregido por el propio mercado una vez que la asimetría desaparezca, entonces el silencio de la parte que cuenta con información no debe dar lugar a la anulación del contrato»; y, p. 488: «Si el uso de información no disponible para la otra parte conduce a una asignación ineficiente de recursos que no puede ser corregida por el mercado, entonces sí es necesario dar una solución al problema por la vía de la intervención del Derecho. Nuevamente proponemos que esta regla no sea formulada en abstracto, sino sobre la base de un conjunto de reglas específicas que recojan estas condiciones. Y nuevamente, como analizaremos más adelante, ello debe quedar sujeto a la posible utilización de otras técnicas alternativas de corrección del problema».

⁷¹ LEÓN (2003), pp. 867-868.

⁷² Ley núm. 29946.

lación de la reticencia, se admiten escenarios en los que esta no incida en la validez del contrato de seguro⁷³.

Finalmente, el dolo puede ser unilateral o recíproco (bilateral o mutuo). En el primero de los casos, una de las partes (o un tercero) es la que lleva a cabo el engaño. En el segundo de los casos, ambas partes, por acción u omisión, han engañado a la otra para la celebración del contrato (art. 213 c.c.per.). Dado que el último de los supuestos implica una actuación, digamos, de mala fe de ambas partes⁷⁴, ello limitará la posibilidad de recurrir a ciertos remedios contractuales.

Los criterios de clasificación expuestos no son excluyentes. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia se ha presentado algún caso de dolo omisivo incidental⁷⁵ en el que se ha sostenido lo siguiente:

«Como se ha sostenido, la indemnización por omisión dolosa viene a ser el silencio malicioso que guarda una de las partes para inducir a la otra a error, esto es, consiste en omitir una circunstancia que, por la ley, los usos del comercio, o la naturaleza del negocio había obligación de revelarla a la otra parte. No cabe duda acerca de que la voluntad del contratante puede ser determinada y aceptada por el silencio de quien (*sic*) calle hechos o circunstancias cuyo conocimiento hubiera podido cambiar el parecer de la parte y hubiera podido hacerla desistir de la celebración del contrato» (F. J. núm. 19) (Énfasis en el original).

La decisión ha sido comentada por doctrina peruana⁷⁶, desde la perspectiva de la responsabilidad civil, y se ha diferenciado los sistemas de responsabilidad aplicables en función si nos encontramos ante un caso de dolo determinante (responsabilidad extracontractual) o al dolo incidental (responsabilidad contractual).

4. Remedios

Nuevamente, desde un punto de vista estrictamente sistemático, el remedio establecido para un contrato que se celebra bajo dolo es la anulación del

⁷³ De conformidad con el artículo 15 Ley núm. 29946 se precisa los siguientes casos en los que no procede la nulidad, revisión o resolución del contrato: (i) al tiempo del perfeccionamiento del contrato, el asegurador conoce o debe conocer el verdadero estado del riesgo; (ii) las circunstancias omitidas o declaradas en forma inexacta cesaron antes de ocurrir el siniestro o cuando la reticencia o declaración inexacta no dolosa no influyó en la producción del siniestro ni en la medida de la indemnización o prestación debida; (iii) las circunstancias omitidas fueron contenido de una pregunta expresa no respondida en el cuestionario, y el asegurador igualmente celebró el contrato; y, (iv) las circunstancias omitidas o declaradas en forma inexacta disminuyen el riesgo.

⁷⁴ LEÓN (1991), pp. 142-143; VIDAL (2013), p. 225-226; TORRES (2015), p. 913; ESPINOZA (2017), pp. 431-432.

⁷⁵ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2 de agosto de 2018, Casación núm. 2731-2018-Lima.

⁷⁶ ESPINOZA y VIGLIONE (2019), pp. 66-70.

referido contrato (arts. 210 y 221.2 c.c.per.). Si bien podemos identificar otros remedios contractuales, ello estará íntimamente vinculado de los diferentes criterios de clasificación acerca del dolo.

En primer lugar, con relación al dolo unilateral (comisivo u omisivo), siempre que sea determinante, justifica la activación del remedio anulatorio para la parte que fue engañada. Sin embargo, recordemos, que el efecto jurídico que se obtiene en caso se ampare la demanda correspondiente es el de la nulidad del contrato. En efecto, legislativamente se precisa que «[E]l acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare» (art. 222 c.c.per.). De aquí se deriva que el remedio anulatorio es de actuación judicial. No cabe, entonces, que la anulación se obtenga a través de una vía extrajudicial. Adicionalmente, al ser un supuesto de anulación, la persona legitimada para solicitar la anulación del contrato es quien sufrió del engaño (art. 222 c.c.per.). Finalmente, al ser una causal de anulabilidad, cabe la posibilidad de que el contrato sea confirmado por la propia persona que fue engañada, salvo el derecho de tercero (art. 230 c.c.per.). Así como la confirmación puede ser expresa, también puede ser tácita en aquellos casos en los que la parte que conoce que se equivocó ejecuta la prestación a su cargo o si «(...) existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad» (art. 231 c.c.per.). No obstante lo anterior, hay que indicar que en caso se logre acreditar que la persona engañada ha sufrido daños como consecuencia del actuar doloso al que fue sometido, junto con los demás requisitos que configuran la causal de anulación, será posible recurrir a la tutela resarcitoria. En este caso, una vez más, la responsabilidad civil se regirá bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual (art. 1969 c.c.per.) toda vez que el daño se ha producido en la etapa precontractual. No resulta de aplicación el sistema de responsabilidad por inejecución de obligaciones respecto del contenido del reglamento contractual, ya que, dado que la consecuencia de la anulación por dolo es la nulidad del contrato, entonces no habrá un reglamento contractual al cual pueda hacer referencia.

En segundo lugar, con relación al dolo incidental⁷⁷, este no configura una causal de anulabilidad. Ello se justifica en que, para este tipo de dolo, el engaño no ha sido de una magnitud tal que comprometa la propia celebración del contrato. Por ello es que, en este tipo de dolo, el contrato sigue vigente, solo que se hubiese celebrado en condiciones diferentes. En este contexto es que se activa la tutela resarcitoria para la persona que fue engañada. Por ello la legislación peruana determina lo siguiente: «[S]i el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese

⁷⁷ LEÓN (1991), p. 144; ESPINOZA (2017), pp. 432-433.

concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios» (art. 211 c.c.per.).

En tercer lugar, en los casos de dolo recíproco, se elimina la posibilidad de solicitar la anulación del contrato. Con referencia a este punto, expresamente, se señala lo siguiente: «[P]ara que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes» (art. 213). De ser así, simplemente, ninguna de las partes podrá recurrir al remedio anulatorio.

Finalmente, en el ordenamiento peruano, no está regulada la «acción por el provecho del dolo ajeno». No obstante, es posible realizar alguna aplicación similar en función de la figura del enriquecimiento sin causa (art. 1954 c.c.per.) que tiene naturaleza restitutoria.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARCHI, Luciano (2010): «El pago indebido en el Código Civil peruano (primera parte)», en *Ius et Praxis*, núm. 41, visible en <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2010.n041.1523> [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2022].
- (2011): «El pago indebido en el Código Civil peruano (primera parte)», en *Ius et Praxis*, núm. 42, visible en <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2011.n042.1514> [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2022].
- BELTRÁN, Jorge (2014): «Los vicios de la voluntad», en Lazarte, Marina (coord.), *El negocio jurídico*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente.
- BREGAGLIO, Renata y CONSTANTINO, Renato (2020): «Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384», en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol. 4 núm. 1, visible en <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/178> [Fecha de consulta: 13 de octubre de 2022].
- BULLARD, Alfredo (2006): *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- CAMPOS, Héctor (2014): «Invalidez e ineficacia negocial (apuntes introductorios para su estudio en el Código Civil peruano)», en Lazarte, Marina (coord.), *El negocio jurídico*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente.
- (2018): «Del temor reverencial al acoso sexual ambiental: la libertad y la autonomía privada» [Ponencia], Hostigamiento sexual y Derecho Privado. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú [Evento realizado: 17 de setiembre de 2018].
- (2019): «El rol del dolo en la responsabilidad civil extracontractual» [Ponencia], Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial. Contratos y responsabilidad civil: 100 años de Derecho Civil en la PUCP. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, visible en <https://bit.ly/38vbCIB> [Evento realizado: 28 de mayo de 2019].
- CIEZA, Jairo (2015): «El error y un acercamiento a la responsabilidad precontractual», en *Gaceta civil & procesal civil*, núm. 22, visible en https://ciezaabogados.com/wp-content/uploads/2019/03/Error-y-responsabilidad-precontractual_stamped.pdf [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2022].
- CONSTANTINO, Renato (2020): «The flag of imagination: Peru's new reform on legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities and the need for new understandings in Private Law», en *The Age of Human Rights Journal*, núm. 14, visible en <https://doi.org/10.17561/tahrj.v14.5482> [Fecha de consulta: 13 de octubre de 2022].
- ESCOBAR, Freddy (2004): «Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (El caso del artículo 207 del código civil peruano)», en *Themis* núm. 49, visible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8572> [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2022].

- (2007): «El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)», en *Ius et Veritas* núm. 35, visible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12282> [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2022].
- ESPINOZA, Juan (2017): *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Instituto Pacífico. Cuarta edición.
- ESPINOZA, Juan y VIGLIONE, Filippo (2019): «Un curioso caso de dolo omisivo incidental: ¿y qué pasó con el plazo prescriptorio?», en *Diálogo con la jurisprudencia*, núm. 253.
- LEÓN, José (1991): *Tratado de Derecho Civil peruano. T. II: Acto jurídico*. Lima: WG Editor.
- LEÓN, Leysser (2003): «Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos (con especial referencia a los contratos)», en LEÓN, Leysser (Selec.), *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima: Ara.
- (2019): *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, visible en <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170358/Derecho%20privado%20-%20Parte%20general.pdf?sequence=1> [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2022].
- LOHMANN, Guillermo (1987a): «Ensayo sobre el error en los testamentos (Primera Parte)», en *Themis*, núm. 7, visible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10673> [Fecha de consulta: 13 de octubre de 2022].
- (1987b): «Ensayo sobre el error en los testamentos (segunda parte)», en *Themis*, núm. 7, visible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10693> [Fecha de consulta: 13 de octubre de 2022].
- (1994): *El negocio jurídico. Segunda edición*. Lima: Grijley.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio (2019): «Legal Capacity and Supported Decision-Making: Lessons from Some Recent Legal Reforms», en *Laws* vol. 8 núm. 4, visible en <https://doi.org/10.3390/laws8010004> [Fecha de consulta: 13 de octubre de 2022].
- MEDINA, Ever (2021): «Anotaciones sobre un (no) límite de la apreciación judicial de oficio de la nulidad manifiesta. Apuntes críticos sobre la Casación núm. 20833-2018-Tacna», en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 96.
- (2022): «Comentario al artículo 1318», en ESPINOZA, Juan (Dir.), *Nuevo Comentario del Código Civil peruano*. Lima: Instituto Pacífico.
- MORALES, Rómulo (2010): *Las patologías y los remedios del contrato* [Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- PALACIOS, Eric (2022): *El negocio jurídico. Concepto y disciplina en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.

- PLÁCIDO, Alex (2014): «El modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado por el principio de promoción: el matrimonio igualitario y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse», en *Themis*, núm. 66, visible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12690> [Fecha de consulta: 13 de octubre de 2022].
- RUBIO, Marcial (2016): *Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico*. Séptima edición. Segunda reimpresión. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- TABOADA, Lizardo (2002): *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Grijley.
- TORRES, Aníbal (2015): *Acto jurídico*, tomo II, quinta edición. Lima: Instituto Pacífico.
- VIDAL, Fernando (2013): *El acto jurídico*, novena edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- VARSÍ, Enrique y SANTILLÁN, Romina (2020): «Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general del acto jurídico y la nueva perspectiva basada en los apoyos. Un estudio de derecho peruano», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 14, visible en https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/12640/Enrique_Varsi_y_Romina_Santillan.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Fecha de consulta: 13 de octubre de 2022].

NORMAS CITADAS

- Decreto Legislativo núm. 295, Código Civil, 1984.
- Ley núm. 27942, Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual, 2003.
- Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008.
- Ley núm. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010.
- Ley núm. 29946, Ley del Contrato de Seguros, 2012.
- Decreto Legislativo núm. 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, 2018.
- Decreto Legislativo núm. 1410, Decreto Legislativo que incorpora el delito de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual al código penal, y modifica el procedimiento de sanción del hostigamiento sexual, 2018.
- Decreto Supremo núm. 014-2019-MIMP, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley núm. 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, 2019.
- Decreto Supremo núm. 016-2019-MIMP, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, 2019.

URUGUAY

JOSÉ LUIS NICOLA TRÍAS *

SUMARIO: I. Introducción.–II. Los vicios del consentimiento que pueden afectar al contrato en el derecho uruguayo.–III. El error como vicio del consentimiento. 1. Requisitos para su configuración. 2. Consecuencias del error vicio.–IV. Fuerza como vicio del consentimiento. 1. Regulación de la figura en Uruguay. 2. Requisitos para su configuración. 3. Consecuencias de la violencia vicio.–V. Dolo como vicio del consentimiento. 1. Definición de dolo según la legislación nacional. 2. Requisitos para su configuración. 3. Consecuencias del dolo vicio.–Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico uruguayo prevé normativa en su Código Civil (en adelante, CC), destinada a la regulación de los llamados vicios del consentimiento, que se encuentra en la primera parte del libro IV, título I, capítulo I, sección II, donde se regula los requisitos esenciales para la validez de los contratos. A su vez esta Sección II se divide en cuatro puntos que refieren al consentimiento (arts. 1262 a 1277), a la capacidad de los contrayentes (arts. 1278 a 1281), al objeto de los contratos (art. 1282 a 1286), y a la causa con relación a este negocio jurídico (arts. 1287 a 1290). Es en este primer punto de la Sección II donde se sitúa el tema a tratar.

En efecto, tal como prevé el artículo 1269 CC, el «consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido

* Magíster en Derecho por la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Udelar. Profesor Asistente Universidad de la República. Correo electrónico: joseluisnicola@gmail.com

por dolo». Esta norma constituye una disposición que da inicio a la regulación de los vicios de consentimiento contractual. Como se observa al leer este artículo, el legislador otorga relevancia jurídica a tres figuras a saber: el error, la violencia y el dolo, descartando específicamente la hipótesis de la lesión como vicio de consentimiento (art. 1277 CC), más allá de que pueda tener incidencia en otras áreas del derecho civil, como sucede en sede de partición de herencia (arts. 1160 a 1165 CC).

No obstante, como se verá *infra*, no todo error, no toda violencia y no todo dolo constituyen vicio del consentimiento contractual y ello se desprende de la interpretación de los textos jurídicos uruguayos. De este modo, el codificador distingue el error de derecho y de aritmética (art. 1270 CC), del error que vicia o impide la formación del consentimiento (art. 1271 CC); la violencia en dos dimensiones, esto es, como violencia moral y física (arts. 1272 a 1274 CC); y el dolo vicio (art. 1275 del CC), del dolo incidente (art. 1276 CC).

II. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO QUE PUEDEN AFECTAR AL CONTRATO EN EL DERECHO URUGUAYO

Como se ha indicado, no todo error, no toda violencia y no todo dolo constituyen vicios del consentimiento contractual. Esto no quiere decir que no exista cierta relevancia jurídica respecto de determinadas situaciones, pero se entiende que el vicio que afecta la voluntad del contratante y termina repercutiendo en el negocio jurídico contractual es aquel que produce la nulidad del mismo.

En efecto, yendo primeramente al error en la regulación del CC uruguayo, se puede observar que de los dos artículos destinados a la figura solo el segundo comprende casos de error vicio. Así, el artículo 1270 CC refiere al llamado error de derecho y al error de aritmética. Respecto del primero, confirma la máxima establecida en el artículo 2 del CC al decir que la «ignorancia de la ley o el error de derecho en ningún caso impedirán los efectos legales del contrato», en el entendido de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa¹. Por su parte, el «error material de aritmética sólo da lugar a su reparación», no

¹ El artículo 2.º del CC uruguayo, situado en el título preliminar, dispone: «La ignorancia de las leyes no sirve de excusa», consagrando de este modo la presunción de conocimiento de las leyes. Tal como enseña MARIÑO LÓPEZ, la ley rige desde que pueda saberse (art. 1 del CC), y se presume sabida (art. 2 del CC), disposiciones normativas que se relacionan con el principio de irretroactividad de las leyes (art. 7 del CC). Al respecto ver: MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 68.

vicia el consentimiento contractual². El error de cálculo no genera nulidad, posibilita su corrección.

Sí constituye error vicio, supuestos previstos en el artículo siguiente, esto es, el artículo 1271 CC. En este caso, el legislador reguló diversas hipótesis relacionadas con el llamado error en la naturaleza del contrato (art. 1271 núm. 1.º), error en la identidad del objeto (art. 1271 núm. 2.º), y el error en la «substancia o calidad esencial del objeto» (art. 1271 núm. 3.º), excluyendo a los motivos de los contratantes como causa de nulidad. No obstante, cuando una cualidad secundaria o accesorio o un motivo particular de una de las partes es la principal razón de la contratación y esto «ha sido conocido de la otra parte» (art. 1271 inc. final), la hipótesis admite la figura del error vicio. De estos supuestos, puede afirmarse que solo el previsto en el numeral tercero y, en su caso, el inciso final, pueden ser en puridad casos de «vicios del consentimiento», pues en los dos primeros, denominados «errores obstáculos»³, la magnitud de la equivocación impide la formación del acuerdo.

Como se desprende de las disposiciones normativas uruguayas, el contrato es una convención (art. 1247 CC), y para que exista como tal debe haber acuerdo de voluntades. Tal como afirma la doctrina, no es lo mismo el *vicio del consentimiento* que la *ausencia de consentimiento*, y en ciertos casos la divergencia es tal que impide que se configure este elemento esencial del negocio jurídico. Del mismo modo, se parte de la base de que solo lo que existe puede padecer un vicio y si hay error en la naturaleza del contrato o en la identidad del objeto, sencillamente, no hay acuerdo de voluntades, no hay convención⁴. Si no hay consentimiento es evidente que no puede haber consentimiento viciado.

En Uruguay, en posición minoritaria, se ha entendido que los casos llamados error obstáculo también comprenden vicios del consentimiento. Para sostener esta postura se diferencia entre voluntad y declaración. En los casos de error obstáculo las declaraciones existen y coinciden, y ello forma el consentimiento contractual, más allá de que las voluntades sean discordantes. Por eso, al haber consentimiento, a la vez hay vicio, por lo que el tema debe resolverse por el régimen común que se aplica a los casos del error en la sustancia o cualidad esencial del objeto⁵.

No obstante, esta posición no se comparte por la doctrina dominante. Ello por cuanto lo que forma el consentimiento es la suma de las declaraciones de voluntad sobre la base de una propuesta y una aceptación (arts. 1262 ss. CC). Si

² GAMARRA (2016a), p. 22.

³ GAMARRA (2016a), pp. 27 ss; MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 582.

⁴ AMÉZAGA (2011), p. 126; GAMARRA (2016a), pp. 11 y 12.

⁵ CAFFERA (2018), pp. 248 y 249.

el destinatario de la propuesta al modificarla realiza una nueva propuesta, que no puede implicar aceptación y esta no forma el contrato hasta que el proponente originario la acepte (art. 1267 inc. 2 CC), la no coincidencia entre propuesta y aceptación no puede dar lugar al nacimiento del negocio jurídico contrato. En otras palabras, si en el marco de una negociación de lo que podrá ser una compraventa se modifica el precio y esa modificación implica el rechazo de la oferta inicial y la emisión de una nueva propuesta, que necesariamente debe ser aceptada para que nazca el contrato porque de otro modo no habrá consentimiento, con más razón el contrato no nace cuando una persona propone un arrendamiento y la otra acepta un comodato o cuando una persona ofrece un lavarropas y la otra acepta comprar una cocina. En resumen, propuesta y aceptación no coinciden⁶ y ello determina la ausencia de consentimiento⁷.

Otro tema, diferente al expresado en el párrafo anterior, es si en los casos de error obstáculo la consecuencia jurídica debe ser la nulidad relativa⁸, la nulidad absoluta⁹ o la inexistencia¹⁰, considerando si la ausencia de consentimiento debe tener la misma consecuencia jurídica que el consentimiento viciado. Sin embargo, más allá de las posturas adoptadas por la doctrina y la jurisprudencia uruguayas, lo cierto es que los casos de error en la identidad del objeto o en la naturaleza del contrato no hay consentimiento. La propuesta y la aceptación no coinciden, por lo que no hay acuerdo, no hay contrato.

Algo similar ocurre con la violencia física y moral, empleando los términos del codificador, figuras que se distinguen atendiendo a si operó «una fuerza física irresistible» para producir el contrato (violencia física), o una presión psicológica sobre el sujeto (violencia moral), conforme a lo preceptuado en el artículo 1272 CC. En este sentido, se entiende que la violencia física no es vicio del consentimiento porque excluye la voluntad del violentado¹¹ y, por tanto, la posibilidad de que exista un acuerdo. Sin embargo, la violencia moral sí es vicio del acuerdo contractual siempre que se cumplan los requisitos previstos en el CC, como se verá *infra*.

Finalmente, el dolo para ser vicio de consentimiento debe haber «dado causa al contrato», determinando la voluntad del sujeto a celebrar un contrato «que en otro caso no hubiera otorgado» (art. 1275 CC). Por el contrario, el llamado dolo inciden-

⁶ MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 582.

⁷ AMÉZAGA (2011), p. 126; GAMARRA (2016a), p. 29.

⁸ MIRANDA (1973), pp. 136 y 137. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.º Turno, 17 de agosto de 2022, Sentencia núm. 164/2022.

⁹ GAMARRA (2016a), p. 28. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4.º Turno, 26 de agosto de 2021, Sentencia núm. 113/2021.

¹⁰ CAFARO y CARNELLI (1996), pp. 35 y 36; MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 582.

¹¹ GAMARRA (2016a), p. 94.

te, esto es, «el que no fue causa determinante del contrato» (art. 1276 CC), no es considerado vicio del consentimiento, aunque pueda dar lugar a una acción reparatoria en procura de indemnizar un daño padecido. Esto es posible sobre la base de la distinción entre dolo como «intención de engañar» y dolo como «intención de dañar». En el primer caso estamos ante el elemento subjetivo del dolo vicio, que tiene por finalidad determinar la voluntad del sujeto a celebrar el contrato. En el segundo, nos encontramos ante un factor de atribución subjetivo de responsabilidad civil, que encuentra definición en el artículo 1319 inc. 2.º CC en sede extracontractual, pero que resulta aplicable a todo el sistema de responsabilidad civil ¹².

III. EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Se ha indicado que la hipótesis prevista en el artículo 1271 numeral 3.º CC ¹³ es un típico caso de error vicio del consentimiento ¹⁴, y este se configura cuando la apreciación equivocada de la realidad recae en «la substancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato». La fórmula establecida en el CC uruguayo reconoce como fuente directa la redacción dada en el artículo 1454 del Código Civil chileno el que, a diferencia del francés, no solo recoge a la sustancia de la cosa como criterio rector para determinar el error vicio, sino que agrega la expresión «calidad esencial», por lo que se termina adoptando un criterio amplio de sustancia que comprende no solo a la materia, sino también a las cualidades que sirven para identificarla, como la antigüedad o el origen ¹⁵.

En cambio, el error que recae sobre las cualidades secundarias al igual que el error fundado en los motivos que tenga el contratante para celebrar determinado negocio no son, de regla, un supuesto de error vicio. Solo puede serlo cuando ha sido «el principal motivo de uno de los contrayentes para contratar» y este motivo ha sido conocido por la otra parte (art. 1271 inc. final CC). En estos casos el error vicio se funda en la relevancia que otorgan las partes a esa cualidad accesoria o secundaria y a los motivos que impulsa a una de las partes, que pasa a ser determinado bilateralmente como cualidad esencial que posibilita la contratación ¹⁶.

¹² GAMARRA (2016b), pp. 128 ss.; MARIÑO LÓPEZ (2008), p. 99.

¹³ El artículo en su numeral 3.º señala que el error de hecho es causa de nulidad del contrato: «Cuando la substancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato es distinta de la que se cree, como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es una barra de algún otro metal semejante. (Artículos 771 y 772)».

¹⁴ GAMARRA (2016a), p. 37.

¹⁵ GAMARRA (2016a), pp. 41 ss.

¹⁶ GAMARRA (2016a), pp. 75 ss.

1. Requisitos para su configuración

El error vicio requiere, para ser tal, un acto equivocado del sujeto que pretende celebrar el contrato. Se trata de una divergencia entre la realidad y la representación mental que la persona que se ha formado de ella. Este aspecto no solo contribuye al concepto de error vicio, sino que ayuda a diferenciar la figura del dolo vicio, donde también existe una apreciación errada de la realidad. Por ello hay que tener en cuenta que, en los casos de error, la equivocación parte del propio contratante, no es inducida, en cuyo caso estaríamos hablando de dolo vicio. En este sentido, como afirma la jurisprudencia uruguaya citando a doctrina extranjera, el dolo «es el error provocado, mientras que el error es sufrido espontáneamente por el sujeto que lo padece...»¹⁷.

Asimismo, en este sentido, la doctrina nacional se ha preguntado sobre la necesidad de otros requisitos para la configuración del error vicio, como si debe ser reconocido por la otra parte, si la sustancia o cualidad esencial debe ser determinada bilateralmente o, si para que exista error vicio, el mismo no debe ser inexcusable¹⁸.

2. Consecuencias del error vicio

El artículo 1271 CC comienza expresando que el «error de hecho es causa de nulidad del contrato...», a diferencia del error de derecho, pero no aclara qué tipo de nulidad acarrea y tampoco cómo debe reclamarse. Es por ello que se recurre a otros artículos del Código uruguayo para despejar las dudas que plantea este texto, arribándose a la conclusión de que el error vicio conlleva un supuesto de nulidad relativa.

En efecto, de la lectura de los artículos 1560 inciso final, 1563 y 1568 CC surge con meridiana claridad que la consecuencia del error vicio es la nulidad relativa del contrato celebrado. Eso por cuanto, si bien el artículo 1269 CC expresa que el «consentimiento no es válido» y el artículo 1271 CC señala que el error de hecho es causa de «nulidad», el error vicio (como la violencia vicio y el dolo vicio), no se encuentran expresamente mencionados en el texto del artículo 1560 CC como casos de nulidad absoluta. Conforme al texto normativo establecido en el artículo referido, son supuestos de nulidad absoluta el objeto y

¹⁷ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2.º Turno, 21 de diciembre de 2011, Sentencia núm. 392/2011.

¹⁸ GAMARRA (2016a), pp. 69 ss.

la causa ilícita, la ausencia de solemnidad o los actos y contratos celebrados por personas absolutamente incapaces. Entonces, puede entenderse que los llamados vicios de la voluntad ingresan dentro de la regla de clausura dispuesta en el inciso final del artículo 1560 CC, donde se establece que cualquier «otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la anulación del acto o contrato».

Sin perjuicio de lo expresado, el argumento principal se halla en los artículos 1563 y 1568 CC, que refieren expresamente a casos de vicios de consentimiento, tratándolos como hipótesis que deben regirse por el sistema de la nulidad relativa, con todas las consecuencias que ello apareja. El primer artículo referido sienta la regla en materia de dolo del incapaz, donde se le impide a éste y a sus herederos o cesionarios alegar la nulidad. En estos casos, el legislador previó expresamente que la «aserción de mayor edad o de no existir la causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad», de lo que puede deducirse que estamos ante un supuesto de nulidad relativa, donde es necesaria la sentencia judicial constitutiva del estado de nulidad (art. 1560 y 1565 CC).

Por último, el texto del artículo 1568 del CC no puede dejar margen de duda. En efecto, según esta disposición normativa el plazo para accionar por nulidad relativa es de cuatro años. Ese plazo se computa en «caso de violencia, desde el día en que hubiere cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato; y en el caso de incapacidad legal, desde el día en que haya terminado esta incapacidad» (inciso primero).

Al respecto, puede observarse que la solución dada por el legislador no es del todo justa, especialmente si consideramos el régimen jurídico otorgado a la violencia vicio. Como se verá más adelante, el plazo para accionar por violencia se computa desde que ésta ha cesado, pero en los casos de error y dolo vicios ello ocurre desde la fecha de celebración del negocio jurídico, lo que puede aparejar situaciones de transcurso del plazo sin que la persona haya tenido conocimiento de su equivocación.

De acuerdo con la regulación en Uruguay, el error vicio tiene como consecuencia la nulidad relativa del contrato, por lo que podrá accionarse dentro del plazo de cuatro años desde la celebración del contrato a los efectos de obtener la anulación del negocio, acción que deberá interponer el sujeto que ha incurrido en error (art. 1562 CC), o sus herederos (art. 1569 CC). Si esto no ocurre, los efectos del negocio jurídico se consolidan¹⁹.

Asimismo, el contrato es posible de ser confirmado. Tal como afirma Gamarra, si bien el texto del artículo 1570 dice que podrá ser ratificado, el negocio

¹⁹ MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 723.

jurídico que opera es el de la confirmación. Ambos son negocios jurídicos unilaterales, pero la confirmación tiende a validar un acto o contrato afectado de nulidad relativa, mientras que la ratificación atañe a un acto válido que emana de un tercero²⁰. La confirmación, como indica la norma, puede ser expresa o tácita. La primera debe efectuarse «con las solemnidades a que por ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica», y la segunda operara con la «ejecución voluntaria de la obligación» (art. 1570 incs. 2 y 3 CC).

IV. FUERZA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Como indica la doctrina civil uruguaya, el artículo 1269 CC ubica a la violencia junto al dolo y al error, integrando el elenco de vicios de consentimiento. La violencia está disciplinada como un elemento anómalo, que incide en el proceso de formación de la voluntad y, sin eliminarla, la altera o vicia²¹. No obstante, la violencia vicio del consentimiento es la violencia moral, no la violencia física, pues mientras en la primera el sujeto tiene, a pesar de la amenaza, elección, en la segunda la fuerza física irresistible hace desaparecer la voluntad de la víctima²².

Si bien, como se ha señalado, existe una posición doctrinaria que sostiene que la violencia física también es vicio del consentimiento²³, esta posición no se comparte por la doctrina mayoritaria, estándose a los argumentos ya expresados *ut supra* punto II. En este sentido, se entiende que el consentimiento se conforma por el acuerdo de voluntades, pero en los casos de violencia física la persona es víctima de una fuerza física irresistible, no teniendo elección o posibilidad de optar por no consentir el negocio jurídico. Al aplicarse al sujeto «una fuerza física irresistible», como indica el artículo 1272 inc. 2 CC, la parte constituye un «mero autómatas, juguete de las fuerzas que no puede resistir», a lo que debe agregarse que en la violencia física no solo falta el contenido, sino también la voluntad de la declaración²⁴.

1. Regulación de la figura en Uruguay

El Código Civil uruguayo destina tres artículos a la violencia. El primero de ellos tiene por objeto distinguir las figuras de violencia física y violencia

²⁰ GAMARRA (2004), p. 182. En el mismo sentido: MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 724.

²¹ GAMARRA (2016a), p. 89.

²² GAMARRA (2016a), p. 90.

²³ CAFFERA (2018), pp. 248-250.

²⁴ GAMARRA (2016a), p. 95.

moral, a la vez que refiere al destinatario del mal. En efecto, el artículo 1272 CC dispone que la violencia, que también es causa de nulidad, puede ser física o moral. En la primera opera, para producir el contrato, «una fuerza física irresistible» (inciso 2), mientras que en la violencia moral obra una presión psicológica mediante el «temor fundado de sufrir un mal inminente y grave», que puede recaer en la persona que se pretende contrate, pero también en sus «bienes o de su cónyuge, descendientes o ascendientes legítimos o ilegítimos». Este aspecto distingue la violencia moral de otros vicios, pues el sujeto pasivo (de la amenaza), puede no solo ser el futuro contratante, sino otras personas como su cónyuge, sus descendientes o ascendientes.

El artículo 1273 CC refiere a requisitos propios de la violencia vicio en tanto establece que no afectará la validez del contrato «sino cuando por la condición de la persona, su carácter, hábitos o sexo, pueda juzgarse que ha debido naturalmente hacerle una fuerte impresión», descartando la nulidad cuando la declaración de voluntad ha sido emitida con fundamento en el «mero temor reverencial».

Finalmente, el tercer y último artículo destinado a la regulación de la violencia es el 1274 CC, y trata del sujeto activo, el que lógicamente puede ser el futuro contante pero también un tercero con relación a dicho negocio jurídico. A diferencia del dolo, la violencia puede viciar el consentimiento, aunque provenga de un tercero que no intervenga en el contrato.

2. Requisitos para su configuración

Los requisitos de la violencia moral de acuerdo con la normativa vigente en Uruguay se reducen a la existencia de un mal grave e inminente y el temor fundado de que ese mal se produzca en caso de resistirse a celebrar el contrato²⁵.

En efecto, el artículo 272 CC expresa que habrá «violencia moral cuando se inspire a uno de los contrayentes el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave». El requisito relacionado con el temor vuelve a ser observado por el legislador en el artículo siguiente al decir que «no afectará la validez del contrato, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, hábitos o sexo, pueda juzgarse que ha debido naturalmente hacerle una fuerte impresión» (art. 273 inc. 1 CC).

Al respecto, Gamarra sostiene que, si bien la gravedad y el temor fundado son conceptos relacionados, lo cierto es que no pueden confundirse. Se entien-

²⁵ MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 582.

de que cuando el artículo 272 CC establece que el mal debe ser grave, consagra el carácter intrínseco del mal y cuando el artículo 273 CC dispone que la violencia vicio es la que causa una fuerte impresión, considera el nexo causal entre la violencia y el temor. En consecuencia, si el autor de la violencia no amenaza con un mal que pueda reputarse grave, aunque al sujeto pasivo le haya causado una fuerte impresión, no hay vicio del consentimiento. En este sentido, la gravedad del mal reviste una consistencia objetiva y debe considerarse tal aquel que lo es en la conciencia media de una sociedad²⁶.

El mal también debe ser inminente. En este sentido el código uruguayo no exige que el mal sea presente, como sí lo requería el Código francés de 1804. En una decisión acertada se substituyó la expresión «mal presente», pues la amenaza que infunde el temor se proyecta como un mal futuro²⁷. No obstante, la expresión recogida por el codificador uruguayo («mal inminente»), no escapa a críticas en la medida que se restringió el ámbito del mal a un tiempo inmediato o próximo. Es evidente que el mal puede no ser cercano en el tiempo y, sin embargo, incidir en la persona de la víctima, provocando un temor fundado. Por esto, más que hablar de mal inminente puede ser preferible atender al mal probable. El juez debe analizar la probabilidad del mal y la impresión que el mismo produce en la víctima²⁸. El mal puede ser lejano pero probable o cercano e improbable.

Finalmente, la doctrina ha señalado que el mal debe ser injusto²⁹. Este requisito observa la posibilidad de la violencia cuando se amenaza con el ejercicio de un derecho, como entablar una demanda o proceder a una trabaja de embargo de bienes. Lo relevante en el caso es que el mal no se traduzca en actos contrarios al sistema jurídico, que no sea antijurídico, como puede ser el caso del ejercicio abusivo de un derecho. En otro caso, no puede constituir violencia vicio. Así, aquella persona que amenaza con demandar a la contraparte de un contrato preliminar si no celebra el contrato definitivo al que se obligó, no puede configurar un caso de violencia vicio del consentimiento.

Con relación al temor fundado, se ha indicado que refiere al estado de ánimo de la víctima de la violencia. Este requisito descarta la existencia de vicio del consentimiento cuando el temor no es fundado o carece de sustento. En este mismo sentido el legislador uruguayo descarta como supuesto de violencia el «mero temor reverencial», que es aquel que hace referencia al estado de subordinación o sujeción en que se encuentra la persona con relación a otra

²⁶ GAMARRA (2016a), pp. 98 y 99.

²⁷ GAMARRA (2016a), pp. 99 y 100.

²⁸ GAMARRA (2016a), pp. 101 y 102.

²⁹ GAMARRA (2016a), pp. 102 y 103.

u otras, ya sea por razones de afecto, gratitud, obediencia, etc.³⁰. Como indica la doctrina uruguaya, pueden ser casos de temor reverencial la vinculación entre ascendientes y descendientes o la jerárquica entre jefe y subordinados, pero también en otros casos como el respeto del discípulo hacia el maestro, entre otros³¹. En estos casos, donde lo que determina la voluntad del contratante es el «mero temor reverencial», se descarta la hipótesis de consentimiento viciado. Lo que exige el texto normativo es que el temor sea fundado, esto es, conforme a García Goyena, que no sea un temor vano, infundado o fútil³².

Por último, se ha señalado que la amenaza debe ser realizada con un fin, esto es, determinar la voluntad del contratante empleando medios contrarios al ordenamiento jurídico. En otras palabras, se sostiene que debe existir un nexo causal entre la violencia y la declaración de voluntad en el sentido que la violencia debe determinar la voluntad de la víctima³³. Este requisito, si bien no se ha plasmado de forma expresa como sucede en caso de dolo vicio o incluso en sede de violencia física al decir el texto que se emplea «para producir el contrato» (art. 272 inc. 2 del CC), su admisión se impone pues de la normativa antes referida se desprende que la violencia debe determinar la declaración de voluntad del sujeto que, en otro caso, no la hubiera otorgado.

3. Consecuencias de la violencia vicio

Como se expresó, solo la llamada violencia moral es vicio del consentimiento. La violencia física excluye la voluntad del sujeto e impide que se conforme el consentimiento contractual. Como falta este elemento estructural del contrato o esencial del negocio jurídico, el contrato será inexistente³⁴, absolutamente nulo³⁵, o incluso relativamente nulo³⁶, según la posición que se adopte, pero no puede hablarse de vicio del consentimiento.

Al igual que sucede con el error vicio, la violencia vicio genera obligaciones contractuales afectadas de nulidad cuyo destino será la anulación total del negocio en caso de que se accione, su consolidación en caso de que no se

³⁰ GAMARRA (2016a), p. 105.

³¹ GAMARRA (2016a), p. 105; MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 583.

³² Citado por GAMARRA (2016a), p. 104.

³³ GAMARRA (2016a), p. 106.

³⁴ CAFARO y CARNELLI (1996), pp. 35 y 36; MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 582.

³⁵ GAMARRA (2016a), p. 28.

³⁶ MIRANDA (1973), pp. 136 y 137. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.º Turno, 17 de agosto de 2022, Sentencia núm. 164/2022.

accione dentro de cuadrienio legal o su confirmación (expresa o tácita), si sucede la hipótesis prevista en el artículo 1570 CC.

En efecto, los casos de violencia vicio suponen la nulidad relativa del contrato celebrado. Por ello, de acuerdo a la regulación uruguaya, no puede ser reclamada por cualquier sujeto interesado, sino por la persona en cuyo beneficio se ha establecido y «puede subsanarse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes» (art. 1562 CC).

Con relación al transcurso del tiempo el artículo 1568 CC establece un plazo de cuatro años que debe computarse desde el cese de la violencia (inciso primero), algo que no debe llamar la atención pues solo desde este momento la persona se encuentra en libertad de reclamar conforme a derecho. Todo, sin perjuicio de los supuestos donde la acción solo puede ser ejercida por los herederos, en cuyo caso habrá que atender al caso concreto y a las hipótesis previstas en el artículo 1569 CC. Como sostiene Mariño, si no se acciona en dicho plazo «los efectos del acto o negocio jurídico se consolidan»³⁷.

Por su parte, la confirmación está expresamente prevista en el artículo 1570 CC y se encuentra reservada para el sujeto que puede interponer la acción de nulidad y tiene capacidad de obrar (art. 1571 CC). Como dispone el inciso primero del citado artículo 1570, la «ratificación necesaria para subsanar la nulidad, cuando el vicio del acto o contrato es susceptible de este remedio, puede ser expresa o tácita», y ello es posible porque la violencia vicio, como el error vicio y el dolo vicio solo producen la nulidad relativa del contrato.

Finalmente, en caso de que se accione, operará una sentencia constitutiva del estado de nulidad que derivará en la aplicación del régimen de restituciones establecido en los artículos 1565 y 1566 CC. Como se ha indicado por la doctrina nacional, esta regulación es la que debe imperar en materia de nulidades, no solo de cómo se debe proceder ante estos casos, sino también en supuestos de nulidades absolutas³⁸, debiendo las partes reasumir sus derechos excepto los casos de objeto o causa ilícita, en cuyo caso «no puede repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas», y se permite accionar contra terceros poseedores de buena o mala fe, protegiéndose a la persona que ha sido afectado por la nulidad³⁹.

³⁷ MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 723.

³⁸ AMÉZAGA (2011), pp. 142 ss; GAMARRA (2004), p. 190.

³⁹ MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 721.

V. EL DOLO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

El dolo es previsto en el Código Civil como otro vicio de consentimiento contractual. En este sentido, el legislador dedica dos artículos al dolo. El artículo 1275, que refiere propiamente al dolo vicio, y el artículo 1276, el cual atiende a la figura del dolo incidente. Este último artículo también deja claro que no puede confundirse el dolo vicio con el dolo propio de la responsabilidad civil, esto es, el que obra como uno de los factores subjetivos de responsabilidad.

En efecto, de la lectura de estos artículos se desprende que el dolo, para ser vicio del consentimiento, debe haber determinado la voluntad del sujeto. La persona debe haber sido inducida a «celebrar un contrato, que en otro caso no hubiera otorgado» (art. 1275 CC). Por ello, el dolo incidente, que no vicia el negocio, es definido como aquel que «no fue causa determinante del contrato», más allá que pueda dar lugar a la reparación de daños causados. Esto se explica si entendemos que el dolo como vicio no requiere la intención de dañar, como sucede cuando se comete un delito civil (art. 1319 CC), sino la intención de engañar, lo que constituye el elemento subjetivo del dolo vicio⁴⁰.

El engaño, a su vez, tiene un objetivo específico: determinar la voluntad del sujeto respecto del contrato que se pretende celebrar. De otro modo, si el negocio de todas formas lo hubiese celebrado, no se estará ante un dolo determinante y más allá de las responsabilidades que puedan caber, no habrá vicio de consentimiento.

1. Definición de dolo según la legislación nacional

El legislador uruguayo, luego de señalar que el dolo genera nulidad cuando ha dado causa al contrato, expresa que tendrá ese carácter «cuando con palabras, o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes, fuese inducido el otro a celebrar un contrato, que en otro caso no hubiera otorgado» (art. 1275 CC). De este texto la doctrina extrae el elemento material u objetivo, que consiste en la maquinación insidiosa, la estratagema o el artificio, a lo que se agrega el elemento subjetivo, que se reduce a la intención de engañar.

Por ello, la doctrina comienza a delinear la definición de dolo vicio sobre la base de estos elementos, con independencia de la definición de dolo establecida en sede de responsabilidad extracontractual. Tal como emerge del inciso segundo del artículo 1319 CC uruguayo, el dolo supone un delito civil, defi-

⁴⁰ GAMARRA (2016a), p. 145.

niéndolo como «intención de dañar». Esta noción de dolo, situada en materia de responsabilidad extracontractual, pero aplicable a todo el sistema de responsabilidad civil⁴¹, no es útil para entender el dolo vicio, pues puede haber daño reparable y no dolo vicio y viceversa. El texto del artículo 1276 CC lo indica con meridiana claridad al relevar que el dolo incidente no es vicio, «pero el que lo comete debe satisfacer cualquier daño que hubiese causado», citando entre paréntesis al mismo artículo 1319 CC, remisión normativa incorporada en la edición del Código de año 1914.

Entonces, el dolo vicio implica una intención de engañar mediante palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes, con la finalidad de que la persona preste su voluntad para celebrar el contrato que se proyecta. Habrá dolo vicio cuando el consentimiento se forme de esta manera.

La jurisprudencia nacional ha recogido estas ideas y ha señalado con cita a doctrina nacional y extranjera que el dolo «es el error provocado, mientras que el error es sufrido espontáneamente por el sujeto que lo padece, en el supuesto del dolo, el error es inducido o provocado, por acción u omisión por la contraparte en el acto bilateral o por un tercero (...) El dolo hace ingresar al error al consentir pero le brinda notoriedad, porque la voluntad teñida de error es el resultado de la acción u omisión proveniente». Asimismo, ha indicado que la «figura del dolo no se delinea sólo considerando la conducta del engañante, sino el efecto que esta conducta logra en el engañado lo importante no está sólo en haber utilizado maquinaciones insidiosas, engaños, sino que a través de ellos se logró finalmente engañar y captar la voluntad de la contraparte. En este concepto se hace referencia a la conducta de quien utiliza la maniobra engañosa y la conducta del afectado por el engaño. No basta que haya habido conducta preordenada a la provocación del error, es necesario que el engaño efectivamente se haya producido sin que el declarante se haya percatado del vicio que se apodera de su voluntad (...)»⁴².

2. Requisitos para su configuración

La doctrina uruguaya ha entendido que dentro de los requisitos para la configuración de dolo vicio se encuentra la maquinación insidiosa (denominado elemento objetivo o material), la intención de engañar (elemento subjetivo), la relación de causalidad entre la actividad dolosa y el error en que cae la víc-

⁴¹ GAMARRA (2016b), pp. 128 ss.; MARIÑO LÓPEZ (2008), p. 99.

⁴² Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2.^{do} Turno, 21 de diciembre de 2011, Sentencia núm. 392/2011.

tima y un aspecto que hace al sujeto de donde proviene la actividad dolosa, esto es, el cocontratante ⁴³.

Con relación a la estratagema o artificio, se ha indicado que es una actividad ilícita destinada a producir el engaño del contratante. Se trata de una conducta enfocada a producir los medios externos del engaño, lo que puede ocurrir cuando se presentan circunstancias falsas, se suprimen o alternan las circunstancias verdaderas ⁴⁴. Por esto, la jurisprudencia descarta la figura del dolo cuando falta este elemento. Así, se ha expresado que no se configura el dolo vicio cuando no se acredita que los actos desarrollados por el demandado no emanaron de alguna «maquinación insidiosa». En el caso citado, el Tribunal de Apelaciones entendió que operó el error vicio, pero no dolo vicio al faltar este elemento esencial ⁴⁵.

Por otro lado, en la doctrina no se admite como forma de dolo los casos de reticencia, esto es, cuando el sujeto calla teniendo un deber jurídico de hablar o informar ⁴⁶. Ello por cuanto el dolo como vicio supone una *actividad* claramente plasmada en la norma jurídica y no una *omisión*.

Asimismo, solo cuando existe un deber de hablar el silencio puede generar consecuencias jurídicas, las que suelen establecerse en los textos jurídicos que la imponen. A modo de ejemplo, en sede de derecho de consumo, el incumplimiento del deber de informar «en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato» confieren el derecho al consumidor de «optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato, en todos los casos más los daños y perjuicios que correspondan» ⁴⁷, pero en estos casos no se dispone la acción de nulidad por consentimiento viciado. Como señala Mariño López, se prevé «remedios específicos para el consumidor adquirente del producto o servicio que tienen por función satisfacer el interés del adquirente lesionado por el incumplimiento del proveedor de la prestación ofertada» ⁴⁸.

Por otro lado, se ha discutido si la simple mentira configura dolo vicio. la doctrina señala que no es suficiente pues el texto normativo requiere «maquinaciones», esto es, un proceder de cierta envergadura. Se entiende que la mentira se encuentra en el origen del dolo vicio, es el punto de partida de la estratagema o el artificio, pero no basta con la simple mentira, sino que se requiere una maquinación insidiosa, una alteración de la realidad «dirigida a preparar un ardid, una trampa o celada». Si bien la mentira por sí sola puede tener con-

⁴³ GAMARRA (2016a), pp. 137 ss.

⁴⁴ GAMARRA (2016a), p. 136.

⁴⁵ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.º Turno, 27 de octubre de 2017, Sentencia núm. 147/2017.

⁴⁶ CAFFERA (2018), pp. 255 y 256; GAMARRA (2016a), pp. 137 y 138.

⁴⁷ Ley núm. 17.250, artículo 32.

⁴⁸ MARIÑO LÓPEZ (2018), pp. 1219 ss.

secuencias jurídicas, como el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe en la etapa precontractual, el dolo vicio constituye un escalón más alto dentro de la ilicitud, por ello se concede la acción de nulidad⁴⁹. En este sentido, se ha descartado el llamado «dolo bueno», que comprende a las alabanzas y elogios, aun exagerados, de los bienes o servicios que se ofrecen. En estos casos, como se ha indicado, falta el elemento objetivo o material⁵⁰, por lo que no puede aparejar la nulidad del contrato.

Al respecto, con relación a las figuras de la reticencia y la mentira, resulta interesante la sentencia del TAC 2.^{do} Turno la que, siguiendo Diez Picazo y Larroumet, ha entendido que para determinar si en la reticencia o el puro silencio existe dolo se debe valorar si en el «conjunto de circunstancias que rodean el contrato la ocultación merece la consideración de insidia, lo que en algunos casos ha de recibir una respuesta positiva». Del mismo modo, se debe admitir el dolo por reticencia «cuando haya una obligación de informar, sea en virtud de una ley o en virtud de una jurisprudencia». En estos casos, como en donde opera la mentira, la omisión debe ser intencional, lo que relevaría la mala fe del contratante⁵¹.

Con relación al elemento subjetivo, como se dijo *supra*, este consiste en la intención de engañar. Además de la distinción ya efectuada con el dolo generador de responsabilidad civil (intención de dañar), corresponde indicar la incompatibilidad del dolo vicio con la culpa civil. Eso por cuanto la intencionalidad del dolo le distingue de la culpa civil, por lo que, si un contratante cae en error como consecuencia de la negligencia o descuido de la otra parte, el dolo vicio no se configura, sin perjuicio de las acciones para reclamar daños derivados de ese proceder⁵².

Del mismo modo, el dolo vicio se relaciona o tiene puntos de contacto con la mala fe, pero se trata de figuras distintas. Como afirma la doctrina «el dolo puede coincidir con la mala fe, pero también puede suceder que exista mala fe sin dolo», lo que sucede tanto en casos de dolo vicio o dolo como fundamento de la responsabilidad civil. Así, como indica Mariño López, «el vendedor que conoce los vicios de la cosa vendida y no informa a la otra parte, actúa de mala fe. Sin embargo, no tiene intención de dañar y confía que los vicios de la cosa no se manifiesten, dado que su manifestación es excepcional», aunque claro que es posible que existan casos donde se configure la mala fe y el dolo (directo o eventual)⁵³.

⁴⁹ GAMARRA (2016a), pp. 14 y 141.

⁵⁰ GAMARRA (2016a), p. 142.

⁵¹ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2.^{do} Turno, 21 de diciembre de 2011, Sentencia núm. 392/2011.

⁵² GAMARRA (2016a), p. 146.

⁵³ MARIÑO LÓPEZ (2018), pp. 484 ss.

Si bien puede afirmarse todo dolo vicio supone la violación al principio de buena fe, hay casos donde se actúa de mala fe y el dolo no se configura, por lo que no toda violación al principio de buena fe implica dolo vicio. A modo de ejemplo, basta citar el supuesto de la simple mentira, donde se viola este principio, pero no obran palabras o maquinaciones insidiosas para obtener el consentimiento del contratante⁵⁴.

La relación de causalidad es otro de los requisitos exigidos por la normativa uruguaya. Esto surge del propio texto del artículo 1275 CC, cuando expresa en su inciso primero que es necesario que el dolo «haya dado causa al contrato», por lo que resulta totalmente lógico lo manifestado en el inciso final, al exigir que la persona haya sido inducida a celebrar un contrato «que en otro caso no hubiera otorgado». Luego el artículo 1276 CC vuelve sobre el tema, reforzando la idea anterior, al indicar que es dolo incidente «el que no fue causa determinante del contrato». Por tanto, de no existir esa relación de causalidad entre la actividad dolosa y el error que se provoca, no se configurará un supuesto de dolo vicio del consentimiento contractual, algo que privará al sujeto de la acción de nulidad. Esto, claro está, no quita que pueda accionarse por daños y perjuicios.

Finalmente, en lo que refiere al sujeto calificado, la normativa exige que las palabras y maquinaciones insidiosas provengan del co-contratante. A diferencia de la violencia, que puede provenir de un tercero (art. 1274 CC), el dolo vicio requiere la actividad de quien pretende celebrar el contrato. El codificador parece ser muy claro al decir que las palabras o maquinaciones insidiosas deben emanar de «parte de uno de los contrayentes» (art. 1275 inc. 2 CC). Por tanto, es necesario saber quién es parte y quien es tercero en esta lógica de razonamiento.

En Uruguay, la doctrina ha señalado que debe adoptarse un concepto restringido de parte. En este sentido, como el artículo 1275 CC expresa que el dolo debe provenir del «contrayente» y éste es el que tiene la calidad de parte en el contrato (solo las partes forman el consentimiento contractual), todos los demás son terceros⁵⁵. Esto no quita que el contrayente dirija o se valga de otras personas para cumplir su cometido, pero las palabras o maquinaciones insidiosas deben emanar de la contraparte. Es obvio que todos los sujetos que sean considerados terceros pero que, a la vez, generen un daño reparable a la víctima del dolo vicio, podrán ser demandados en el marco de un juicio de responsabilidad civil, sin perjuicio de la acción de nulidad que se podrá entablar contra el contrayente.

⁵⁴ GAMARRA (2016a), p. 150.

⁵⁵ GAMARRA (2016a), pp. 161 y 162.

3. Consecuencias del dolo vicio

La principal consecuencia del dolo vicio es la acción de nulidad que se concede al contrayente que ha incurrido en el error inducido. Como se trata de un supuesto de nulidad relativa, al igual que sucede con el error vicio y la violencia vicio, es necesario accionar antes de que transcurra el plazo de cuatro años (art. 1568 CC), que se contará desde el día de la celebración del contrato (inciso primero). Respecto del cómputo del plazo cabe la misma crítica que se expresó con relación al error vicio, pues no se inicia el cómputo desde que se conoció del error provocado, sino desde la celebración del contrato, lo que puede hacer expirar el plazo sin conocimiento de la víctima. Parecería más acertada la solución dada a la violencia vicio, donde se cuenta el plazo desde que cesó la violencia.

Teniendo la nulidad relativa una regulación general, caben aplicar al caso las mismas conclusiones que se expresaron respecto del error vicio y de la violencia vicio, en el sentido de que la nulidad puede subsanarse por la confirmación (art. 1570 CC), la que puede ser expresa o tácita, o consolidarse los efectos del negocio jurídico por la falta de acción en el plazo legal. En caso de impugnarse el negocio, se demandará que se constituya el estado de nulidad, pues no opera *ipso iure*, lo que derivará en una sentencia constitutiva, no meramente declarativa, con los efectos propios de la anulación (arts. 1559, 1562, 1565 y 1566 CC). Al mismo tiempo, en ciertos casos, podrá accionarse por reparación de daños y perjuicios.

La acción reparatoria no procede en todos los casos de dolo vicio, pues puede operar en casos de dolo incidente (art. 1276 CC). No obstante, puede suceder que se configuren casos de dolo vicio y, a la vez, se cause un daño reparable. La doctrina ha entendido que estas acciones son independientes y pueden esgrimirse de forma concurrente o separada. En el caso del accionarse por dolo vicio, no se necesita probar el perjuicio para reclamar la nulidad. El daño no es un presupuesto o elemento del dolo. Pero si se deduce acción reparatoria la prueba del daño resultará esencial, no para que se proceda la nulidad en caso de acumulación de acciones, sino para que pueda condenarse a reparar el perjuicio⁵⁶.

Para los supuestos de dolo vicio con la intervención de un menor de edad, esto es, menor de dieciocho años cumplidos (art. 280 numeral 2 inciso 2 CC), la normativa uruguaya establece la imposibilidad de ejercer la acción de nulidad. Esto es, si el incapaz obra con dolo «ni él ni sus herederos o cesionarios

⁵⁶ GAMARRA (2016a), pp. 217 ss.

podrán alegar la nulidad» (art. 1563 inc. 1 CC). Sin perjuicio, el texto del artículo citado aclara que no configurará dolo la afirmación de ser «mayor edad o de no existir la causa de incapacidad», lo que no impedirá promover la acción correspondiente⁵⁷.

⁵⁷ MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 720.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMÉZAGA, Juan José (2011): *De las Nulidades en General. Culpa Contractual. Culpa Aquiliana*. Mariño López, Andrés - Díaz, Hugo - Mirande, Santiago - Nicola, José Luis (acts.). Montevideo: Editorial La Ley Uruguay.
- CAFARO, Eugenio B. y CARNELLI, Santiago (1996): *Eficacia Contractual*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- CAFFERA, Gerardo (2018): *Obligaciones*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- GAMARRA, Jorge (2016a): *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, tomo XII.
- (2004): *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, tomo XVI.
- GAMARRA, Jorge (2016b): *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, tomo XIX.
- MARIÑO LÓPEZ, Andrés (2008), *Fundamentos de la responsabilidad contractual*. Montevideo: Carlos Álvarez Editor.
- (2021), *Código Civil de la República Oriental del Uruguay, Comentado, anotado y concordado*. Mirande, Santiago - Plada, Marcelo - Díaz, Hugo - Nicola, José Luis (colabs.). Montevideo: Editorial La Ley Uruguay.
- (2018), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho de Daños*. Montevideo: Editorial La Ley Uruguay, tomo I.
- MIRANDA, Fernando (1973): *Derecho práctico y teórico. Algunas consultas*. Montevideo: Editorial Asociación de Escribanos del Uruguay.

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: UNA MIRADA DESDE LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE CONTRATOS*

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI**
ÁLVARO VIDAL OLIVARES***

SUMARIO: I. Aspectos generales.–II. El error.–III. El dolo.–IV. La intimidación.–V. La excesiva desproporción.–Bibliografía citada.

I. ASPECTOS GENERALES

Probablemente, la forma más elocuente de aproximarse al tratamiento de los vicios del consentimiento en los *Principios* sea a través de las siguientes palabras de Díez-Picazo, que los considera:

«(...) más que una monolítica categoría de dogmática de vicios del consentimiento contractual, que tenga que ser entendida desde un punto de vista lógico, existe lo que puede llamarse un casuismo dogmático o, si se prefiere, una tipificación legal de casos de justicia o injusticia de la vinculación contractual ...»¹.

* Este trabajo se extrae del libro: DE LA MAZA y VIDAL (2020). Abreviaturas: PLDC/*Principios* = Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos; PICC = Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales; PECL = Principios Europeos de Derecho de Contratos; CISG = Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; DCFR = Marco Común de Referencia.

** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl

*** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor titular de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: alvaro.vidal@pucv.cl.

En segundo lugar, el artículo 27 de los PLDC dispone que:

«Son vicios del contrato el error, el dolo, la intimidación y la excesiva desproporción».

II. EL ERROR

Por lo que toca al error, se ha seguido de cerca la disciplina que le imponen tanto los PECL como los PICC². Se trata, por otra parte, del vicio más desarrollado por los *Principios*³. El campo operativo del error queda configurado a través de su definición. Se trata del artículo 28 de los *Principios*, cuyo tenor es el siguiente:

«El error consiste en la ignorancia o falso concepto de los hechos o del derecho, de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos».

Por su parte, el 29 tipifica las hipótesis de error vicio, al disponer que:

«(1) El error vicia el contrato si:

- (a) Es provocado por información suministrada por la otra parte.
- (b) La otra parte lo conoció o debió *conocerlo* y no lo informó, de acuerdo con lo dispuesto por la buena fe.
- (c) Ambas partes han padecido el mismo error.

(2) En estos casos, hay nulidad si el error es excusable o el riesgo de su existencia no fue o debió *ser asumido por quien lo padece*».

Y el artículo 30 fija un impedimento para alegar el error:

«La parte que padece el error no puede demandar la nulidad del contrato si la otra ofrece cumplir en la forma en que aquella entendió *celebrarlo*».

Y, en fin, el artículo 31 regula el error en la declaración o en la transmisión, al disponer que:

«Las disposiciones de los artículos anteriores son aplicables al error en la declaración de voluntad y en su transmisión».

¹ Vid. Díez-PICAZO (2007) p. 186.

² Véanse los artículos 3.2.2 de los PICC y 4:103 de los PECL.

³ Explicaciones más detalladas pueden encontrarse en DE LA MAZA (2015), pp. 789-800.

Como puede verse, la distinción entre error esencial, sustancial y accidental se ha desvanecido. La métrica del error es su entidad, y dicha entidad depende de que haya podido afectar severamente la voluntad de una persona razonable. Al proceder de esta manera, los *Principios* ensanchan notablemente el campo operativo del error respecto de los códigos civiles. Entre otras cosas, porque incorporan el error de derecho y el error en los motivos. Al respecto, se ha dicho ya con anterioridad que:

«[por] establecer [los PLDC] el centro de gravedad [del error relevante] no en sobre qué recae el error, sino en su importancia— habrá que asumir que, como sucede en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, equivocaciones sobre los elementos esenciales del contrato como el objeto o la causa ingresan en el campo operativo del error»⁴.

Como se advirtió, la disciplina del error se aleja de los códigos latinoamericanos en que, por un lado, en ellos la distinción entre error esencial, sustancial y accidental se encuentra presente y, por otro, el campo de aplicación de la figura en dichos cuerpos legales es únicamente apreciable en cuanto vicio del consentimiento. Así sucede en los ordenamientos argentino —artículo 267 del Código Civil y Comercial—, brasileño —artículos 138 a 144 del Código Civil—, colombiano —artículos 1509 a 1513 del Código Civil—, chileno —artículos 1451 a 1455 del Código Civil—, paraguayo —artículo 283 del Código Civil—, uruguayo —artículos 1270 y 1271 del Código Civil— y venezolano —artículos 1146 y 1147 del Código Civil—⁵.

A pesar de todo lo dicho, el artículo 29 de los *Principios* contiene un doble filtro del error. En primer lugar, lo que dispone este texto es que no basta que la equivocación haya sido suficiente para determinar a una persona a contratar; es necesario, además, que se presente una de las tres situaciones descritas por el numeral primero del precepto. La primera de ellas es que el error haya sido provocado por la información que suministró la otra parte. La segunda consiste en que la otra parte haya infringido un deber de información que impone la buena fe. La tercera situación es que ambas partes hayan padecido el mismo error⁶.

El segundo filtro se encuentra en el artículo 29 (2). Aun si el error puede subsumirse en alguna de las hipótesis del artículo 29 (1), todavía ha de ser el caso que sea excusable o que no haya sido asumido por quien lo padece.

⁴ Vid. DE LA MAZA (2015), p. 793. Véase también: FENOY (2017), p. 607.

⁵ Véase: PIZARRO (2012), pp. 148 (Brasil), 238 (Colombia), 303 (Chile), 420 (Paraguay), 506 (Uruguay) y 585 (Venezuela).

⁶ Vid. DE LA MAZA (2015), pp. 794-795.

Ahora bien, incluso cuando el error supere los dos filtros que hemos indicado, su aptitud anulatoria aún depende de una restricción más y que refiere al caso en el que la otra parte ofrece ejecutar el contrato con las modalidades y el contenido que aquella que padeció el error entendió celebrarlo –artículo 30–.

Se trata de una norma que se encuentra en el artículo 269 del nuevo Código Civil y Comercial argentino y los artículos 3.2.3 de los PICC y 4:104 de los PECL, y cuya racionalidad resulta difícilmente discutible. Un error involucra un conflicto de intereses, el de quien lo padeció –que desea liberarse del contrato– y el de su contraparte –que desea mantenerse en el contrato–. Lo que sucede aquí es que la contraparte decide asumir el contrato como si no hubiera existido error.

Como puede verse, en los *Principios* la posibilidad de que un error anule un contrato resulta más bien excepcional, pues se encuentra limitada, de una parte, por el sistema de doble filtro y, por otra, por la posibilidad que el cocontratante ofrezca ejecutar el contrato como lo entendió el *errans*. Tal panorama no se observa en la legislación codificada de la región, en que no resulta posible enervar la nulidad ofreciendo ejecutar el contrato en los mismos términos que lo ha entendido el *errans*⁷.

Finalmente, el artículo 31 extrapola el régimen del error vicio del consentimiento al error en la declaración de voluntad, cuyo tratamiento se encuentra más bien ausente en los códigos decimonónicos⁸.

III. EL DOLO

Ahora, por lo que se refiere al dolo, este recibe su disciplina de los artículos 32 y 33 de los *Principios*. La inspiración de estos preceptos ya no se encuentra ni en los PECL ni en los PICC, sino en los artículos 271 a 275 del Código Civil y Comercial argentino.

El artículo 32 de los PLDC define al dolo en los siguientes términos:

«El dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión de una de las partes o un tercero».

Por otra parte, siguiendo de cerca el artículo 1458 del Código Civil chileno, el numeral (2) del precepto de los PLDC dispone que el dolo únicamente viciará

⁷ Véase PIZARRO (2012), pp. 148 (Brasil), 238 (Colombia), 303 (Chile), 420 (Paraguay), 506 (Uruguay) y 585 (Venezuela).

⁸ Véase MORALES MORENO (1988), pp. 116-118.

el contrato «cuando aparece claramente que sin él las partes no habrían contratado». Y añade como requisito que no haya existido dolo recíproco.

Al calibrar este primer precepto se advierten cuatro novedades respecto de la regulación más clásica del dolo en los códigos civiles de la región.

La primera de ellas es que, siguiendo a la doctrina más moderna, se ha abandonado el *animus nocendi* como elemento subjetivo del dolo, reemplazándolo por la voluntad de capturar la voluntad del otro contratante. Tal elemento subjetivo persiste incluso en algunos códigos locales como el paraguayo que, en su artículo 291, exige expresamente que el dolo, para viciar el consentimiento, debe ser acompañado de la intención de causar daño⁹.

Por otra parte, se afirma algo que la doctrina ya tenía por cierto hace largas décadas, pero respecto de lo cual algunos códigos resultaban más bien parcos: el dolo comprende no solo acciones, sino también omisiones¹⁰. La inclusión de las omisiones sigue la línea de ciertos códigos de la región en que se admite expresamente el dolo por omisión, como es el caso del Código Civil y Comercial argentino –artículo 271– y los códigos civiles brasileño –artículo 147– y paraguayo –artículo 290–.

El dolo por omisión presupone, por cierto, el deber de una parte de informar a la otra. A este respecto se echa en falta en los *Principios* una norma como la del artículo 4:107(3) de los PECL que indique a qué se debe prestar atención para determinar si una parte debía o no informar a otra. Dicho precepto dispone que:

«(3) *In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:*

- (a) *whether the party had special expertise;*
- (b) *the cost to it of acquiring the relevant information;*
- (c) *whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and*
- (d) *the apparent importance of the information to the other party».*

En tercer lugar, se establece que el dolo no solo vicia el consentimiento cuando es obra de las partes, sino también cuando es obra de un tercero. Se trata de una regla recogida del artículo 274 del nuevo Código Civil y Comer-

⁹ PIZARRO (2012), pp. 424 ss. La doctrina nacional, en todo caso, ha señalado que ha de interpretarse flexiblemente este requisito, considerando innecesario un «daño grave».

¹⁰ Así, por ejemplo, los códigos civiles chileno (art. 44), el colombiano (art. 63) y el uruguayo (art. 1275). Sin embargo, en otros como el antiguo argentino (art. 933), brasileño (art. 147) y el paraguayo (art. 290), ya existía mención al respecto.

cial argentino, y que tenía presencia anterior en los códigos civiles paraguayo –artículo 291– y venezolano –artículo 1154–.

Finalmente, en cuarto lugar, el artículo 31(2) de los *Principios* indica que no se producirá la nulidad del contrato si el dolo es recíproco. La fuente de esta disposición se encuentra en el artículo 272 del Código Civil y Comercial argentino.

Por lo que toca a los efectos indemnizatorios del dolo, el artículo 33 de los *Principios* dispone que: «*el autor del dolo debe indemnizar los perjuicios causados*»¹¹. Queda, sin embargo, la duda acerca de cuáles perjuicios debe indemnizarse: ¿se trata únicamente del interés negativo o, en cambio, comprende interés positivo? Como muestran los PICC, la respuesta podría ser menos obvia de lo que se aparenta¹².

Por otra parte, el artículo 33 de los PLDC dispone que:

«La parte que al tiempo del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero responde solidariamente».

La regla resulta interesante, pues es una de aquellas que desarrolla los deberes precontractuales de información. En realidad, lo que sucede es que quien conoce el dolo de un tercero, debe informárselo a la otra parte; de otra manera, existirá un incumplimiento doloso del deber de informar, por el cual se responde.

IV. LA INTIMIDACIÓN

Por lo que toca ahora a la intimidación, es tratada en los artículos 34, 35 y 36 de los *Principios*. Comencemos con el texto de los preceptos.

El artículo 34, –«*Intimidación*»– prevé sobre las condiciones de la intimidación como vicio y dispone:

«El contrato puede anularse si una parte fue inducida a celebrarlo mediante la amenaza ilícita de un mal inminente y grave».

Por su parte, el artículo 35 –«*Calificación de la intimidación*»– establece las circunstancias que han de considerarse para calificar la intimidación y expresa que:

«Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, género, condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir gravemente respecto de ella».

¹¹ Esta regla ha sido de aplicación general para el dolo como vicio del consentimiento en los códigos latinoamericanos, aun en los casos en que el dolo no es determinante; PIZARRO (2012), pp. 240 (Colombia), 152 (Brasil), 240 (Colombia), 312 (Chile), 424 (Paraguay), 508 (Uruguay) y 587 (Venezuela).

¹² UNIDROIT (2016), p. 60.

En fin, el artículo 36 —«Casos que no constituyen intimidación»—, delimita el ámbito de la intimidación por vía de exclusión, al disponer que:

«La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el contrato».

En primer lugar, tal como sucede en los artículos 3.2.6 de los PICC, 4:108 de los PECL y 276 del Código Civil y Comercial argentino, se excluye la fuerza física, limitándose a las amenazas. Se trata de una exclusión que ya era perceptible en la mayoría de los códigos de la región, así, por ejemplo, el colombiano —artículos 1513 y 1514—, paraguayo —artículo 358—, uruguayo —artículo 1259— y venezolano —artículo 1510—¹³.

En segundo lugar, al igual que en los PICC, PECL y el Código Civil y Comercial argentino, la amenaza viciará el consentimiento en la medida que sea inminente y grave.

En tercer lugar, los artículos 35 y 36 se refieren a la métrica de la gravedad de la fuerza. El primero de ellos en términos extremadamente vagos, pues su lectura indica que cualquier circunstancia puede determinar la gravedad de la intimidación. El segundo —esto es, el artículo 36— limita esas circunstancias excluyendo el ejercicio regular de un derecho y el temor reverencial.

En fin, no obstante dedicar tres artículos a la fuerza —y a diferencia de lo que sucede con el dolo—, no existe regla sobre indemnización a propósito de este vicio del contrato. Cuestión que impide saber si, como sucede en el artículo 276 del Código Civil y Comercial argentino, la parte que tuvo conocimiento de la amenaza del tercero responde o no. Todo pareciera indicar que la responsabilidad que podría proceder sería aquella sometida a las reglas generales por ilícito extracontractual.

V. LA EXCESIVA DESPROPORCIÓN

Finalmente, la excesiva desproporción, que ya se encontraba considerada en ciertos códigos de la región, constituye una novedad en algunos ordenamientos¹⁴.

¹³ PIZARRO (2012), pp. 62 (Argentina), 143-144 (Colombia), 426-427 (Paraguay), 510 (Uruguay) y 589 (Venezuela). En tanto, en Chile (p. 313) y Brasil (p. 163), se ha entendido que el vicio propiamente es la fuerza moral o amenazas.

¹⁴ Así, por ejemplo, no era considerada por el Código Civil chileno ni por el colombiano, sin embargo, sí existía en el antiguo Código argentino (art. 954), en el brasileiro (art. 157) y en el paraguayo (art. 671).

La excesiva desproporción se encuentra regulada en el extenso artículo 37 de los *Principios* y su semejanza con el artículo 4:109 PECL y 3.2.7 PICC es evidente. El citado artículo 37 dispone que:

«(1) Una parte puede demandar la adaptación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, o su nulidad, si otorgan a la otra una ventaja excesiva contraria a las exigencias de la buena fe.

(2) Para calificar lo excesivo de la ventaja deben tomarse en cuenta todas las circunstancias, especialmente la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia o falta de experiencia.

Igualmente debe considerarse la relación de confianza existente entre las partes y la naturaleza y finalidad del contrato.

(3) A solicitud de la parte agraviada, el juez puede adaptar el contrato a fin de ajustarlo al acuerdo que habrían alcanzado las partes conforme a la buena fe».

Se trata de un híbrido entre estrictas consideraciones de justicia conmutativa, como las que alientan el régimen más clásico de la lesión enorme, y otras consideraciones que podrían denominarse de carácter altruista, que se refieren, por así decirlo, a la subjetividad de las partes. En los *Principios*, entonces, la excesiva desproporción funciona en dos tiempos.

En el primero de ellos –animado por consideraciones de justicia conmutativa–, resulta necesario acreditar que una de las partes ha obtenido una ventaja excesiva. He aquí una consideración de justicia conmutativa referida a la denominada «igualdad en el intercambio». Las prestaciones, podríamos decir, no pueden tener un valor económico radicalmente dispar. Y una pregunta interesante es cómo se determina la lesión a una cierta conmutatividad, en los términos del intercambio. O, para decirlo de otra manera, cómo se determina que la ventaja que ha obtenido una parte resulta excesiva. Esto es algo que, como tantas otras cosas, habrá que considerar en los comentarios a los *Principios*.

El segundo tiempo en que procede la excesiva desproporción ya no se explica en términos de justicia conmutativa, sino de buena fe. No cualquier ventaja excesiva repugna al artículo 36, sino nada más aquellas que infringen las exigencias del principio general de la buena fe.

El artículo 37(2) dispone lo siguiente:

«Para calificar esa ventaja se deben tomar en cuenta todas las circunstancias, especialmente la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia o falta de experiencia.

Igualmente, deberá considerarse la relación de confianza existente entre las partes y la naturaleza y finalidad del contrato».

Como puede verse, el campo de aplicación de la excesiva desproporción depende de dos cuestiones diversas. La primera de ellas es que exista una ventaja excesiva; la segunda es que la consecución de esa ventaja resulte contraria a las exigencias de la buena fe. Se trata, entonces, de una norma cuya aplicación puede calificarse de excepcional, pues se encuentra sujeta a la satisfacción de dos requisitos que resultan excepcionales.

A continuación, habrá que advertir que ambos requisitos deben presentarse originariamente. Es decir, deben presentarse al momento del perfeccionamiento del contrato. La otra situación posible es que el desequilibrio se presente de manera sobrevenida, pero, en dicho caso, ya no estaríamos frente a uno de excesiva desproporción, sino de alteración sobrevenida de las circunstancias, que se encuentra disciplinado en el artículo 84 de los *Principios*.

Descontada la nulidad, a la que se refiere el artículo 37(1), las consecuencias de la excesiva desproporción se encuentran en los numerales (3) y (4) del artículo 37 ya transcrito.

El primero de ellos es prácticamente una traducción del artículo 4:109(2) de los PECL. El precepto, entonces, establece la posibilidad de que el juez modifique el contenido del contrato. Con respecto a la métrica de esa modificación, se establece un contra fáctico: el acuerdo al que hubieran llegado las partes negociando de buena fe. Probablemente, el precepto es demasiado parco, pues no considera aquella situación en que según las circunstancias no resulta adecuado adaptar el contrato, en cuyo caso, al juez no debería quedarle otro camino que declarar su nulidad.

Finalmente, por lo que toca al numeral (4), se trata de una traducción del artículo 4:109(2) de los PECL. La parte contra la cual se demanda la nulidad puede enervarla solicitando al juez la adaptación del contrato. La limitación ha de ser la misma que la expuesta en el párrafo anterior.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- DE LA MAZA, Íñigo (2014): «La tutela del comprador frente a la ausencia de calidades presupuestas en la cosa», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 43.
- (2015): «El error en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», en VAQUER, Antoni, *et al.* (eds.), *El derecho común europeo de la compra-venta y la modernización del derecho de contrato*. Barcelona: Atelier.
- DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro (2020): *Hacia un derecho latinoamericano de los contratos. Los principios latinoamericanos de derecho de contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Civitas.
- FENOY, Nieves (2017): «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXX, fasc. II.
- PIZARRO, Carlos [coord.] (2012): *El derecho de los contratos en Latinoamérica*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, *Foundation pour le Droit Continental*.
- SEVERÍN FUSTER, Gonzalo (2017): «La nulidad absoluta en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Sobre su inclusión en el texto y sus causas», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXX, fasc. 4.

TERCERA PARTE:
Nulidad del contrato

ARGENTINA

RAMIRO J. PRIETO MOLINERO*

SUMARIO: I. La nulidad como especie de la ineficacia.–II. Principios que la sustentan.–III. Nulidades relativas y nulidades absolutas.–IV. La confirmación del acto afectado de nulidad relativa.–V. Nulidad total y parcial.–VI. Efectos de la nulidad.–VII. La «conversión» y el «acto jurídico indirecto» como efectos adicionales.–VIII. Nulidad e inexistencia. 1. Las supuestas particularidades de la inexistencia. 2. La confusión entre realidad material y jurídica. 3. La inexistencia y el Código Civil y Comercial argentino.–Bibliografía citada.

I. LA NULIDAD COMO ESPECIE DE LA INEFICACIA

El Código Civil y Comercial argentino de 2015 tiene la particularidad de ser uno de los pocos que regula en casi toda su extensión la teoría de los hechos y actos jurídicos. Se trata de una influencia de la dogmática germánica heredada del anterior Código Civil de 1871 que, a su vez, la tomara del Anteproyecto de Código para Brasil (El *Esboço* de Teixeira de Freitas) que la contenía tanto por inspiración del *Landrecht* Prusiano de 1794 como de la obra de Savigny¹. Al contar con un desarrollo del negocio jurídico aún más extenso que el del BGB alemán, aludir a la nulidad del contrato en el derecho argentino importa, ante todo, referirse a la nulidad de los actos jurídicos².

* Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. rprietomolinero@derecho.uba.ar. Avda Figueroa Alcorta 2263-CP C1425CKB-CABA-Argentina Universidad del Salvador (USAL), Argentina. ramiro.prieto@usal.edu.ar. Avda. Callao 660-CP C1022AAT-CABA-Argentina.

¹ PRIETO MOLINERO (2014), p. 579.

² BOFFI BOGGERO (1965), p. 459. MIGUEL, p. 872.

La nulidad, incluyendo la del contrato, está regulada en el capítulo 9, relativo a la «Ineficacia de los actos jurídicos» del título IV sobre «Hechos y actos jurídicos». En lenguaje corriente, «ineficacia» significa «falta de efectos». Algo que, trasladado al ámbito legal, terminará aludiendo a la falta de efectos típicos que pueden inferirse del contenido de determinado acto³. La ineficacia es una noción amplia que abarca todas las situaciones donde los actos jurídicos carecen de vigor, fuerza o eficiencia para lograr sus efectos como consecuencia de alguna clase de anomalía que determina su extinción prematura; ello, en contraposición con el fin o decaimiento normal de aquel que responde a la trayectoria de su ciclo vital⁴.

Para el código argentino, la «ineficacia» es un género que abarca diversas especies. Por eso, y además de la «ineficacia estructural» cuyo ejemplo por antonomasia es la nulidad⁵, aparece también la posibilidad de una «ineficacia sobreviniente» como sucede, por ejemplo, con los problemas derivados de la excesiva onerosidad sobreviniente que afecta el equilibrio económico de las prestaciones del contrato por causas ajenas a las partes y que en la codificación argentina son denominados, por influencia francesa, como «imprevisión (art. 1091).

Dentro del concepto amplio de «ineficacia» que maneja el código unificado, también aparecen otras categorías como la de «ineficacia relativa», donde bien el acto jurídico es eficaz, pero no puede «oponerse», o hacerse valer, ante ciertos terceros (oponibilidad positiva); o el acto es inválido, pero con eficacia para ciertos terceros (inoponibilidad negativa). Por eso, y bajo la denominación «Categorías de ineficacia», el artículo 382 prescribe que «Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas». El precepto adopta, pues, un concepto amplio de ineficacia, pero no menciona a los supuestos de «ineficacia sobreviniente». Esta ausencia, sin embargo, no afecta mayormente la lógica del sistema⁶: el texto del 382 CCCom está tomado del primer párrafo del artículo 687 del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 y del 379 del Proyecto de 1998; preceptos cuyos segundos párrafos, ahora suprimidos, expresaban que «la resolución, rescisión o revocación provocan la ineficacia sobreviniente, sin perjuicio de los efectos cumplidos en su caso». Eso, al tiempo que las tres variantes de ineficacia sobreviniente son reguladas

³ LLOVERAS DE RESK, p. 923. MALICKI (2014), p. 850.

⁴ CIFUENTES (1988), p. 279. CIFUENTES (1986), p. 570.

⁵ CARDINI, p. 1313. ZANNONI (2007), pp. 2 y 127.

⁶ PRIETO MOLINERO (2015), p. 415

en el capítulo 13 del título II del libro tercero sobre «Extinción, modificación y adecuación del contrato».

En resumidas cuentas, el Código Civil y Comercial argentino toma a la ineficacia como un género del cual se desprenderán la nulidad (también llamada «invalidéz»), en tanto «ineficacia genética», y la rescisión, la revocación y la resolución en tanto «ineficacias sobrevinientes»⁷.

Desde la perspectiva amplia que sigue el código unificado, puede haber ineficacia aun cuando no haya nulidad, pero no nulidad sin ineficacia. La ineficacia es el género y la nulidad la especie que queda reservada para el caso en que aquella se derive de vicios sustanciales de legalidad originarios⁸. El Código Civil y Comercial argentino no cuenta con una definición de nulidad, pero, a partir de todas las clasificaciones precedentes, se trataría de una ineficacia que tiene lugar al momento de formarse un acto jurídico por crecer de alguno de los elementos estructurales que exige la ley para que pueda ser tal.

II. PRINCIPIOS QUE LA SUSTENTAN

La palabra nulidad proviene del latín *nullus*, que, a su vez, está conformado por los vocablos *ne*, es decir, «no»; y *ullus*, o sea, «alguno». De tal combinación, surge la palabra «ninguno» y, con ello, se hace referencia a la idea básica de que el negocio no producirá ningún efecto porque, en última instancia, el acto jurídico nunca fue tal⁹. Por eso, y desde una perspectiva muy básica, hasta puede decirse que la nulidad vendría a ser una suerte de «inexistencia jurídica» del acto: como no se reunieron los requisitos exigidos para considerarlo como tal, el acto nunca llegó a ser «jurídico» y jamás tuvo virtualidad para producir algo. Por eso, cualquier hecho derivado fácticamente de él tendría que dejarse sin efecto retroactivamente como si nada hubiera tenido lugar. Por lo demás, la doctrina argentina mayoritaria suele calificar a la nulidad como una sanción y así también lo hace el artículo 386 CCCom, que descarta entonces a la otra postura que postulaba que se trataba de un «remedio»¹⁰.

En particular, la doctrina argentina suele definir a la nulidad como la sanción que priva al acto de sus efectos propios por adolecer de defectos origina-

⁷ MALICKI (2014), p. 849.

⁸ ZANNONI (2007), pp. 6 y 132. NEGRI (1965), p. 527.

⁹ CIFUENTES (1988), p. 280.

¹⁰ NIETO BLANC (2005), pp. 46-68. LÓPEZ OLACIREGUI (1960), p. 13. CARDINI, pp. 1306 y 1307. MONTI, (2018), pp. 4 y 5.

rios que eran esenciales para constituirlo estructuralmente ¹¹. ¿Por qué esta consideración? Para empezar, porque la doctrina dominante la considera como una de las reacciones que tiene el ordenamiento cuando el mismo es violado. Aquí, parece hacerse sentir la influencia del viejo artículo 18 del Código Civil de 1871 que expresaba que «Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención». Precepto que no ha sido reiterado en el Código de 2015, pero que, al parecer, sigue influyendo en el enfoque de la doctrina dominante. En segundo lugar, lo de la «privación de los efectos propios» proviene del hecho de que una cosa es planear que ese acto «nunca ocurrió» en el plano teórico y otra muy diferente lo que sucede en el plano de la realidad donde, pese a tratarse de un acto deficiente, las partes bien pudieron cumplir prestaciones o entregarse cosas que, a su vez, fueron transmitidas a otros. En definitiva, no siempre se pueden volver las cosas a su estado anterior. Por eso, se prefiere no ser tan riguroso y referirse a que, por lo pronto, el acto afectado de nulidad no va a poder generar los efectos que las partes hubieran deseado, sino otros previstos por el ordenamiento.

El artículo 383 del código unificado dispone que la nulidad puede argüirse como acción u oponerse como excepción; debiendo sustanciarse en todos los casos. Si la demanda tiene lugar antes de la ejecución del acto viciado, lo que se buscará será establecer cuál es la verdad jurídica y conjurar la posible amenaza de que la otra parte pretendiera hacerlo valer. Si el acto ya se venía ejecutando, y siempre que no haya habido confirmación tácita, se perseguirá que las partes se restituyan lo que se hubieran entregado y liberarlas del cumplimiento de prestaciones pendientes. Por su parte, la nulidad como excepción procura lograr el rechazo de la acción que se promueva fundada en el acto cuya validez se ataca. Los fundamentos del cuerpo legal aclaran que se trata de una defensa de fondo; de manera que solo puede invocarse al contestar demanda y no será resuelta como de previo y especial pronunciamiento, sino en la sentencia y luego de producida la prueba correspondiente.

III. NULIDADES RELATIVAS Y NULIDADES ABSOLUTAS

El Código Civil y Comercial argentino contempla la clásica clasificación entre nulidades absolutas y relativas. Así lo establece el artículo 386: «Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las

¹¹ LLAMBÍAS (2001), p. 491. BORDA (1991), p. 406. CIFUENTES (1988), p. 280. MALICKI (2014), p. 851.

buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas».

Según los Fundamentos del Anteproyecto, la razón de ser del distingo reside en el «interés predominantemente protegido». Ha habido autores que, por razones de seguridad jurídica, proponían que, al menos en el caso de la nulidad absoluta, se hiciera un listado taxativo de las causas que llevaban a ella¹². El Código, por el contrario, adopta un criterio basado en conceptos jurídicos indeterminados; de manera que serán los jueces quienes, en última instancia, tendrán la potestad de establecer cuando nos encontramos ante uno u otro supuesto. Algo que resulta consecuente con un Código que ha sido concebido, entendemos que desafortunadamente, como «de principios» y que también les da enormes potestades a los magistrados a la hora de definir cuál será el criterio aplicarse en el caso concreto (art. 2 CCCom) y, aun, de reconstruir o extinguir todo el programa contractual (art. 960 CCCom).

En lo que hace a las consecuencias de cada tipo de nulidad, el artículo 387 expresa que «La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción».

En definitiva, en razón de la mayor gravedad de los intereses protegidos, las consecuencias de la nulidad absoluta serán más contundentes. Por eso, la legitimación activa es más amplia; incluyendo tanto al Ministerio Público como a cualquier interesado (lo que abarca a ambas partes y aun terceros) y sólo exceptuándose a «la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho». Cabe destacar que el artículo 1047 del viejo Código Civil prohibía además que la nulidad pudiera ser demandada por aquel «sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba», pero en los Fundamentos del Código unificado se explica que la fórmula ha cambiado porque el conocimiento del vicio no equivale a mala fe, tal como ocurre con la víctima de un préstamo usurario.

El agravamiento de efectos de la nulidad absoluta también se percibe en que, al trascender el interés protegido el de un sujeto en particular, ninguna de las partes tiene la iniciativa para convalidar una cuestión que las supera. El artículo 386 también declara el carácter imprescriptible de la nulidad; una me-

¹² BOFFI BOGGERO (1965), p. 462.

dida terminante que responde al sentir de la mayor parte de la doctrina argentina y que no constaba en el viejo Código Civil ¹³.

Por último, el juez puede declarar la nulidad absoluta de oficio, pero siempre que sea manifiesta; lo que implicará haber producido la prueba respectiva y teniendo a la vista todas las constancias del expediente ¹⁴.

A diferencia de la absoluta, el artículo 388 dispone que la nulidad relativa «sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante». El precepto constituye, pues, la contracara del artículo 387 CC: al ser el interés protegido por la nulidad relativa de índole particular, la regla general es que sólo puede ser demandada por la parte «a cuyo beneficio se establece». El precepto introduce, sin embargo, una solución novedosa que se toma del artículo 1420 del Código de Quebec: la posibilidad de que la otra parte también pueda demandar la nulidad si es de buena fe y sufre un perjuicio importante. Algo que, según se expresa en los Fundamentos, sucedería, por ejemplo, en el caso del contrato de locación de servicios celebrado entre un enfermo mental no declarado cuya situación no le permite el cumplimiento y donde, no obstante, la otra parte quedaría ligada con él ante la falta de interés del otro en anularlo.

El artículo 388 también dispone que «La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo». Se trata de una solución acorde con el principio rector de la buena fe (9, 10, 729 y 961 CCom) y cuya inspiración parece ser el derogado 1166 CC que, en la parte general de los contratos, disponía que «Si el incapaz hubiese procedido con dolo para inducir a la otra parte a contratar, ni él, ni sus representantes o sucesores tendrán derecho para anular el contrato, a no ser que el incapaz fuere menor, o el dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad». Una hipótesis que, por ejemplo, se daría cuando alguien falsificó sus documentos para dar la impresión de ser mayor de edad; sorprendiendo a la otra parte con su mala fe ¹⁵.

El artículo 388 del Código Civil y Comercial argentino también expresa que la nulidad relativa «Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción». En definitiva, de conformidad con el interés particular protegido, la nulidad relativa es susceptible de ser confirmada en los

¹³ LLAMBÍAS (2001), p. 532. BORDA (1991), p. 418. BELLUSCIO, p. 785. CIFUENTES (1988), p. 591. ZANNONI (2007), p. 239. BOFFI BOGGERO (1965), pp. 463 y 464. KRAUSE (1980), p. 102.

¹⁴ PRIETO MOLINERO (2015), p. 420.

¹⁵ GASTALDI (2007), p. 9.

términos de los artículos 393, 394 y 385 del Código; además de estar sujeta a un plazo de prescripción de dos años, según lo dispone el apartado a) del artículo 2562 del cuerpo legal. Plazo que comenzará a correr según los distintos supuestos (vicio de la voluntad, incapacidad, simulación, etc.) en los términos del artículo 2563 del Código Civil y Comercial.

IV. LA CONFIRMACIÓN DEL ACTO AFECTADO DE NULIDAD RELATIVA

El artículo 393 del Código Civil y Comercial prescribe que «Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad»; agregando que «El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte». Al no requerirse esta conformidad, la confirmación es un acto jurídico unilateral referido a otro acto afectado de nulidad relativa con el propósito de convalidarlo.

Al fundarse la nulidad relativa en un interés personal, no existe impedimento en que el sujeto afectado decida darlo por válido, pero, como es lógico, ese acto jurídico que es la confirmación requiera que haya desaparecido la causa de nulidad que afectaba el acto que se pretende sanear ya que, de lo contrario, estaríamos frente a un nuevo acto viciado incapaz de producir efectos saneadores respecto del otro ¹⁶.

La confirmación puede ser expresa o tácita. En la expresa, y según dispone el artículo 394 CCCom, «el instrumento en que ella conste debe reunir las formas exigidas para el acto que se sana y contener la mención precisa de la causa de la nulidad, de su desaparición y de la voluntad de confirmar el acto». Se trata, pues, de una declaración de voluntad escrita que tiene que cumplir con requisitos de forma y fondo. Con relación a la forma, el acto confirmatorio debería tener las mismas solemnidades exigidas para el acto que se aspira sanear ¹⁷.

Los requisitos de fondo son, a su vez, tres. El primero es la mención expresa de la causa de nulidad puesto que se trata de que el afectado no sólo demuestre que ya no se está bajo influencia del vicio, sino también que es consciente de haberlo estado. Si ha habido varios vicios deberá hacerse mención de todos; caso

¹⁶ PRIETO MOLINERO (2015), p. 427.

¹⁷ PRIETO MOLINERO (2015), p. 427.

contrario, la confirmación no surtiría efectos respecto de los no consignados y hasta podría llegar a inferirse que el confirmante no estaba al tanto de ellos¹⁸.

El segundo requisito consiste en la mención expresa de la desaparición de la causa de nulidad ya que, de lo contrario, el vicio seguiría vigente y habría que considerar que la parte afectada sigue bajo los efectos obstativos de aquel. El tercer requisito de fondo es que se manifieste la voluntad de confirmar el acto; es decir, de aceptar la validez del acto y de renunciar a la acción de nulidad. No basta entonces con que el afectado reconozca que el acto estaba viciado y que ya no encuentra sujeto a la causal de nulidad, sino que también debe expresar la voluntad de saneamiento¹⁹. Como es obvio, el acto de confirmación tampoco puede contener nuevos vicios que determinen su nulidad.

La confirmación tácita es normada en el segundo párrafo del 394 CCCom. Allí se dispone que la misma «resulta del cumplimiento total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de otro acto del que se deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto». La confirmación puede inferirse entonces de dos situaciones. La primera, el cumplimiento total o parcial del acto viciado; aunque, claro está, siempre que el sujeto tenga conocimiento de la causa de nulidad que existía. La segunda es la realización de otro acto diferente al afectado por el vicio, pero del cual se deriva la voluntad de tomarlo por válido; lo que ocurre, por ejemplo, cuando el afectado no oponga la nulidad al demandarse el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto o cuando haya vendido la cosa adquirida en virtud de aquel. Ahora bien, no todo acto permitirá tal inferencia. La doctrina argentina admite que pueden llegar a concretarse actos vinculados al que está viciado y que, sin embargo, no importen su confirmación; tal como ocurre cuando la parte afectada pide una prórroga para cumplir con sus obligaciones, o cuando se ofrece o se promete a cumplir, pero sin que haya comenzado la ejecución específica del negocio.

¿Qué efectos produce una confirmación válidamente realizada? El artículo 395 del Código Civil y Comercial expresa que, si se refiere a un acto entre vivos, el acto originariamente nulo es considerado retroactivamente válido desde la fecha en que se celebró. La regla es entonces que la confirmación subsana al acto viciado desde el comienzo; de forma tal, que la parte afectada pasa a quedar obligada como si aquel nunca hubiera tenido vicios y ya no puede retractarse. Dado que el régimen de nulidad del Código Civil y Comercial no sólo se refiere a los contratos, sino a los actos jurídicos en general, el 395

¹⁸ PRIETO MOLINERO (2015), pp. 427 y 428.

¹⁹ PRIETO MOLINERO (2015), p. 428.

CCCom también regula el caso de confirmación de disposiciones de última voluntad, la cual «opera desde la muerte del causante».

El precepto agrega que la retroactividad de la confirmación no puede afectar derechos de terceros de buena fe. Un ejemplo clásico en ese sentido era el de la nota al derogado artículo 1065 del Código Civil de 1871 donde, acudiéndose a Aubry y Rau, se mencionaba el caso del menor que hace dos ventas sobre la misma cosa a personas diferentes, una cuando es menor y la otra cuando alcanzó la mayoría de edad, y donde no podrá confirmar la primera en perjuicio de la compradora de la segunda operación válida, dado que el acto confirmatorio sería inoponible.

V. NULIDAD TOTAL Y PARCIAL

El Código Civil y comercial argentino también contempla la clasificación entre nulidad total y parcial. Según el artículo 389, la total «es la que se extiende a todo el acto»; mientras que la «parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones». La nulidad será en uno u otro sentido según sea posible declarar la invalidez de una o varias cláusulas; lo que, a su vez, lleva a determinar si son «separables» o no del negocio.

En ocasiones, tal calidad aparece consagrada por la ley; tal como sucede en materia de contratos de adhesión con el artículo 988 del Código Civil y Comercial cuando dispone que se tienen por no escritas las cláusulas que desnaturalicen obligaciones del predisponente o amplíen sus derechos, importen renuncia o restricción de derechos del adherente, o no sean razonablemente previsibles en razón de su contenido, redacción o presentación. Cuando la ley no disponga nada, será necesario determinar en concreto si la falta de cierta disposición permite que el acto siga cumpliendo con su finalidad o no. Al respecto, los Fundamentos expresan que se ha optado por un criterio objetivo que permite atender no sólo a la intención práctica de las partes, sino también a las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y la buena fe. Esto, sin perjuicio, de aquellos negocios que, aunque con cláusulas objetivamente separables, se hayan celebrado atendiendo a la totalidad del contenido donde, salvo que se termine beneficiando a quien alegue su propia torpeza o actúa contra la buena fe, lo razonable es atenerse a la voluntad específica que llevó a que aquel se diera de determinada manera y no de otra.

La nulidad parcial puede llevar a que el negocio pierda su sentido inicial; siendo necesario la sustitución de ciertas estipulaciones por normas imperativas o la moderación de ciertas previsiones como, por ejemplo, el valor de la

cláusula penal. Por eso, el artículo 389 CCom también dispone que «el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes». Algo que, por lo demás, resulta una aplicación del principio de conservación de los contratos consagrado en el artículo 1066, donde se dispone que «Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato».

Los Fundamentos indican que la integración es facultativa, pero de la norma surge que se trata de algo que el tribunal tendrá que cumplir siempre que sea necesario y donde la «razonabilidad» deberá evaluarse en base a la buena fe. Si, aun así, la integración no es posible, estaremos ante un supuesto de «inseparabilidad» y, por lo tanto, de nulidad total. Así lo dispone el mismo 389 CCom cuando expresa que «La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total».

VI. EFECTOS DE LA NULIDAD

El Código Civil y Comercial argentino cuenta con varias normas regulando los efectos de la nulidad. La primera de ellas es el artículo 390 que prescribe que «La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del capítulo 3 del título II del libro cuarto».

Con su alusión a la «nulidad pronunciada por los jueces», el artículo 390 CC intenta poner fin a un debate doctrinario de décadas; estableciendo que la invalidez recién tendrá lugar mediante una sentencia, previa sustanciación de la misma y, siempre, con efectos retroactivos. Por lo demás, la vuelta de «las cosas al mismo estado en que se encontraban antes» será simple de lograr cuando el acto aun esté pendiente de ejecución; en cuyo caso, la declaración de nulidad se limitará a esclarecer la verdadera situación existente, determinando la imposibilidad jurídica de ejercer acciones para lograr el cumplimiento de lo prescrito en el negocio. Lo frecuente, sin embargo, será que nos encontremos ante prestaciones cumplidas o en curso de ejecución donde el dejar al acto sin valor retroactivamente puede resultar materialmente imposible o irrazonable; de allí, que el precepto también disponga que la nulidad también «obliga a las partes a resti-

tuirse mutuamente lo que han recibido» según las reglas en materia de posesión y tenencia de buena o mala fe (arts. 1932 CCCom a 1940 CCCom).

El inmediato artículo 391 prescribe que «Los actos jurídicos nulos, aunque no produzcan los efectos de los actos válidos, dan lugar en su caso a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan.»

Ya se ha señalado que la doctrina argentina suele definir a la nulidad como una sanción que priva al acto de sus efectos propios, dado que, más allá de la retroactividad absoluta que predica, hay veces donde la declaración de invalidez llevará a efectos alternativos. El 391 CCCom regula precisamente esta cuestión y parte de la idea de que, una vez dictada la sentencia respectiva, el acto anulado puede subsistir bajo otra forma jurídica; sin perjuicio además del régimen de restituciones regulado por el artículo 390 CCCom. Los Fundamentos explican la solución diciendo que el acto acaecido en la realidad, aunque imperfecto respecto del supuesto jurídico que regula el intento negocial, resulta quizás susceptible de ser subsumido en otro supuesto jurídico; pudiendo constituir un mero hecho jurídico, un simple acto lícito, un acto ilícito o, incluso, otro acto jurídico. Así, por ejemplo, el caso de la nulidad del matrimonio, que no invalida la emancipación del cónyuge de buena fe (27 CCCom).

Culminando la trilogía de preceptos destinados a regular los efectos de la nulidad, el 392 CCCom expresa que «Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso».

El precepto contempla aquellos casos donde la parte que adquirió un derecho real o personal relativo a bienes lo transmite a otro antes de declararse la invalidez. La regla es que las transmisiones, tanto la original en virtud del acto anulado como la posterior, quedan sin efecto. Esto, salvo que el subadquiriente del negocio posterior lo fuera a título oneroso y de buena fe; en cuyo caso, los efectos de la nulidad del acto original no le serán oponibles. Esta protección a terceros, sin embargo, no procede sin más y deben reunirse tres requisitos. Primero, que estemos frente a derechos relativos a bienes inmuebles o muebles registrables por considerarse que son los que tienen mayor relevancia económica. En segundo lugar, se requiere que el subadquiriente lo sea a título oneroso ya que se parte de la idea tradicional de que no es igual la situación de quien adquirió derechos sobre bienes de gran valor sin sacrificio económico del que lo hizo a raíz de una fluctuación relevante en su patrimonio. Por último, también será necesario que el subadquiriente demuestre su buena fe y aquí no basta el mero desconocimiento, sino que habrá que acreditar el haber realizado todas aquellas

gestiones necesarias para precaverse de la realidad existente; lo que típicamente implicará el solicitar un informe al registro de propiedad respectivo e incluso, y en razón de que inscripción registral no convalida el título nulo, ni subsana los defectos de que adoleciera, la realización de un estudio de títulos a fin de tener certeza respecto de los antecedentes del dominio y su legitimidad.

La mayor novedad del precepto está en su párrafo final, donde se dispone que «Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho». Se trata de una «excepción de la excepción»: la protección de los subadquirientes a título oneroso de buena fe cede en aquellos casos conocidos como transmisiones «a non domino»; es decir, donde en el acto original anulado ni siquiera había intervenido el verdadero titular de los derechos en cuestión o alguien legitimado para representarlo como ocurre, por ejemplo, cuando se falsifica su firma o comparece alguien que se hace pasar por él o que alega representarlo sobre la base de instrumentos adulterados²⁰. La situación no era contemplada en el viejo Código Civil de 1871 y llevó a que los tribunales acudieran a la «inexistencia de los actos jurídicos» como forma de crear pretorianamente una «supernulidad» encubierta que, sin someterla al régimen legal del Código afirmando que no era una invalidez, aplicaban como forma de «circunvalar» la solución legal²¹.

VII. LA «CONVERSIÓN» Y EL «ACTO JURÍDICO INDIRECTO» COMO EFECTOS ADICIONALES

Ya se ha visto que el artículo 391 CCCom prescribe como posible consecuencia de la nulidad que el acto inválido produzca efectos alternativos de otro hecho o acto jurídico en el que pueda subsumirse. Los artículos 384 y 385 CCCom desarrollan aún más esta idea.

El 384 dispone que «El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad». Como es sabido, la doctrina moderna suele poner especial énfasis en la importancia social de los negocios jurídicos y en las expectativas que estos crean no sólo entre las partes, sino frente a sujetos que, si bien no son partes formales del mismo, pueden llegar a proceder sobre la base del acto jurídico celebrado por otros. Desde esta perspectiva, es frecuente aludir a una «crisis de

²⁰ MALICKI (2014), p. 878.

²¹ PRIETO MOLINERO (2015), p. 426.

remedios ablativos» donde, en definitiva, la idea clásica de la invalidez como herramienta dirigida a descartar todo aquello que no se ajusta a las prescripciones legales es reemplazada por el principio de la conservación del negocio²².

El artículo 384 CCCom favorece entonces la llamada «conversión» del acto jurídico en lugar de su desaparición sin más. Al respecto, es frecuente aludir a la necesidad de un requisito objetivo y otro subjetivo. El primero estaría dado por el hecho de que el acto nulo contenga los requisitos sustanciales y formales de aquel en el cual irá a convertirse; mientras que el requisito subjetivo comprende la voluntad que las partes habrían tenido de haber conocido la nulidad. Este carácter subjetivo es cuando menos discutible y, no en vano, la propia doctrina alemana e italiana de donde se toma el precepto reconoce que se trata más bien de una voluntad hipotética ya que las partes suelen dar por sentado la aptitud del negocio para producir los efectos deseados. Se trata entonces de que el acto alternativo permita cumplir el efecto práctico que se aspiraba lograr con el inválido que es lo que, en realidad, les importaba a las partes más que lograr un tipo de negocio, que no deja de ser un medio para alcanzar la finalidad que procuraban.

Complementando al artículo 384 CCCom, el 385 agrega que «Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero». El precepto parte de aceptar el distingo entre los «actos jurídicos directos», cuya finalidad es la obtención inmediata del resultado típico de ese negocio, y los «actos jurídicos indirectos», donde, acudiéndose a un procedimiento oblicuo, se emplea la estructura de un negocio típico, o reglado específicamente por la ley, para obtener una finalidad distinta de aquella para la cual normalmente es utilizado ese tipo de negocio²³.

Por influencia francesa, el Código Civil y Comercial argentino es «causalista», en el sentido de exigir la presencia de una causa «apta» como requisito estructural para la validez de los actos jurídicos (281 CCCom). Precisamente, el «negocio jurídico indirecto» se inscribe tanto dentro de la teoría de la causa como de lo regulado por el artículo 282 CC; precepto que expresa que «El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera». De hecho, hasta cabe preguntarse si el artículo 385 CCCom resulta realmente necesario, puesto que no hace otra cosa más que decir que los actos con causa falsa serán válidos siempre que no importen una manera de eludir una prohibición legal (fraude a la ley) o perjudicar a otros (fraude a los acreedores, simulación ilícita, etc.). En definitiva, cuestiones que cuentan con solu-

²² TOBÍAS (2013), p. 3.

²³ NIETO BLANC (2005), p. 123.

ciones expresas y que no requieren acudir a preceptos de corte académico como parece ser el 385 CCCom.

VIII. NULIDAD E INEXISTENCIA

1. Las supuestas particularidades de la inexistencia

El Código Civil y Comercial no regula a la inexistencia como figura, pese a que una parte bastante importante de la doctrina argentina y su judicatura es partidaria de su aplicación.

La inexistencia adquiere fuerza en Francia durante el siglo XIX; en particular, a raíz artículo 146 del Código francés de 1804, que, sin mayor depuración técnica, expresaba que «no hay matrimonio cuando no hay consentimiento». Uno de los primeros comentaristas del *Code*, Zacharie, empezará a distinguir entre condiciones esenciales y de validez del matrimonio²⁴; todo lo cual, llevaría a considerarlo como «*non avenu*» si se celebraba en ausencia del jefe del Registro Civil, faltando el consentimiento de alguno de los contrayentes o en el caso en que estos fueran del mismo sexo²⁵.

Se aduce entonces que la diferencia esencial entre nulidad e inexistencia sería la siguiente: la nulidad neutraliza los efectos de un acto celebrado, pero que adolece de vicios en cualquiera de los presupuestos o condiciones esenciales; esto, en tanto la inexistencia directamente importa que el acto carezca directamente de cualquiera de esos presupuestos esenciales²⁶. De haber inexistencia, sus efectos serían siguientes²⁷:

1.º La inexistencia puede ser pedida por cualquier persona interesada, incluso por aquella que actuó de mala fe, y en cualquier estado del proceso; aunque, esto, en tanto aquella sea manifiesta o resulte de la prueba producida. Se sostiene, entonces, que constituiría una cuestión de hecho susceptible de ser acreditada en el período de prueba²⁸.

2.º Los jueces pueden verificarla y aplicarla de oficio.

²⁴ Cfr. BUTELER, pp. 886 y 887. GUARINONI (2004), p. 2.

²⁵ CIFUENTES (1988), p. 282. AGLIANO, p. 882. ZANNONI (2007), p. 20.

²⁶ ZANNONI (2007), p. 20.

²⁷ CIFUENTES (1988), p. 283. CIFUENTES (1986), p. 584. ZANNONI (2007), p. 143. LLAMBÍAS (2001), pp. 508, 509 y 510.

²⁸ LLAMBÍAS (2001), p. 508.

3.º No se aplican las regulaciones en materia de efectos de la nulidad y, en consecuencia, la inexistencia sería oponible incluso contra terceros subadquirientes de buena fe a título oneroso.

4.º La inexistencia es imprescriptible.

5.º No es posible su confirmación.

6.º No es posible la conversión del acto.

2. La confusión entre realidad material y jurídica

Llegados a este punto, cabe formular ciertas preguntas: ¿no es el propósito esencial de la nulidad el privar de efectos al acto que carece de los requisitos para jurídicamente ser tal? Y es más: ¿acaso el acto anulado no es un acto jurídico que ha dejado de existir como tal? A nuestro modo de ver, existe un error básico entre los defensores de la inexistencia que pasa por estar equiparando existencia e inexistencia real con existencia e inexistencia jurídica. O lo que es lo mismo: la nulidad, considerada en sí misma, no es más que una verdadera «inexistencia jurídica»²⁹.

Desarrollemos un poco más esta idea: los defensores de la inexistencia alegan que, por un lado, deben distinguirse los supuestos de hecho que determinan la existencia real del acto jurídico y, por el otro, las categorías jurídicas normativas que hacen a su validez. Todo acto jurídico tendría así dos existencias, una real y una jurídica; de manera que primero tendría que darse la existencia real y, sólo a partir de ese hecho de la realidad concreta, pasar a evaluar la vida jurídica del acto en cuestión³⁰.

Siempre según esta tesis, la existencia o inexistencia del acto se vincula con la realidad misma y la validez o nulidad con su vida jurídica. Pues bien, aquí ya nos encontramos con una contradicción básica y es que un acto jurídico no es un objeto de existencia material tangible, sino un supuesto teórico previsto por el ordenamiento para comparar hechos de la realidad que, cuando coincidan con el molde jurídico, la denominada *fattispecie* o *tatbestand*, dará lugar, además de sus efectos materiales, a los resultados jurídicos propuestos³¹. En definitiva, un acto jurídico es, tal como su nombre lo indica, algo «jurídico»; de forma tal, que su existencia o inexistencia deberá ser juzgada, valga la redundancia, «jurídicamente»³². De hecho, esto puede verse con uno de los casos

²⁹ PRIETO MOLINERO (2008), p. 4.

³⁰ NIETO BLANC (2005), pp. 145 y 146.

³¹ Vid. CUIÑAS RODRIGUEZ (1999), p. 4. BUTELER, p. 888.

³² PRIETO MOLINERO (2008), p. 4.

históricos que justificó la inexistencia: la de los contrayentes de igual sexo en el casamiento. En probidad, el casamiento civil es una cuestión jurídica. Prueba de esto es que el Código Civil y Comercial argentino ahora admite que los contrayentes de igual sexo pueden casarse; de manera que, aquello que era «inexistente» devino completamente legal. O lo que es lo mismo: lo que estuvo en juego siempre fue, más allá de lo que se diera en la realidad y de las creencias religiosas de las personas, si se cumplían o no los requisitos previstos por el ordenamiento al consagrar un determinado tipo y, en caso negativo, lo que habría es una «inexistencia jurídica» que no es otra más que la nulidad.

En resumen, el Derecho no es más que una realidad teórica del deber ser a partir de la cual se tratan de reglar los fenómenos materiales que ocurren en la realidad física³³. Desde esta perspectiva, la «inexistencia jurídica» no es otra que la nulidad, mientras que la idea de un acto inexistente habrá que pregonarla en el ámbito de la realidad física, pero no en la jurídica. Dicho de otro modo: el concepto de nulidad es en el plano normativo, es decir, en el del deber ser, lo que el concepto de inexistencia es el plano de la causalidad material, es decir, del ser³⁴.

En definitiva, si digo que un determinado acto es nulo, esto se debe a que lo estoy privando de las consecuencias que debía producir de acuerdo con su naturaleza legal; de manera que, jurídicamente hablando, lo estoy reduciendo a la nada³⁵. Como ya se ha visto más arriba, esta «vuelta atrás» terminante que predica la nulidad no siempre es posible, dado que en el transcurso de tiempo que va desde la celebración hasta la efectiva supresión de efectos pueden haber sucedido cosas que compliquen lo absoluto de esta primera idea básica. Es aquí donde aparece la afirmación, más acorde con lo que sucede en la práctica, de que el acto anulado queda privado de los efectos previstos por sus partes; sin embargo, esto no debe apartarnos de la esencia del instituto, es decir, del hecho de que lo que idealmente se persigue con la nulidad es que el acto jurídico se tenga como si no hubiera tenido lugar por haberse violado aquellos requisitos que la ley exige para que aquel sea tenido por tal. Y llegados a esta altura, bien podemos decir que se trata de prácticamente lo mismo que se pretende que ocurra con el acto inexistente.

Así, por ejemplo, jurídicamente no puede haber un contrato compraventa si no hay cosa vendida. Sin embargo, ¿qué ocurre si dos partes simularen celebrar una compraventa? Los defensores de la inexistencia dirán que el nego-

³³ PRIETO MOLINERO (2008), p. 4.

³⁴ ZANNONI (2007), p. 21.

³⁵ ZANNONI (2007), p. 21.

cio no existe; sin embargo, es un hecho concreto que ese negocio simulado existió materialmente hablando (algo hicieron las supuestas partes en el mundo real para tratar de procurar un efecto jurídico) y, en principio, existe jurídicamente hasta tanto no se haga algo para suprimir esa «vida legal» derivada de su apariencia. En efecto, desde el momento en que se hizo aparecer a ese falso negocio como verdadero, el mismo comenzó a «vivir» legalmente hablando; de allí, que no se lo pueda tener por inexistente sin más, sino como algo frente a lo cual habrá que recurrir a las formas previstas por el ordenamiento para despojarlo de virtualidad y declararlo ineficaz³⁶. La nulidad es, pues, el instituto por el cual se procura entonces que un acto jurídico «no sea» en su terreno, es decir, el de las imputaciones jurídicas³⁷.

3. La inexistencia y el Código Civil y Comercial argentino

El nacimiento de la inexistencia en Francia tiene su razón de ser en la regla *pas de nullité sans texte*. No había nulidad sin texto expreso y, sin embargo, aparecía el problema de aquellos casos donde la invalidez no aparecía en forma literal, pero, no obstante, resultaba absurdo sostener que el acto era válido. A diferencia de lo que ocurría, por ejemplo, en el ya citado artículo 18 del viejo código civil argentino donde todo acto contrario a lo prescripto por las normas era por lo menos nulo, consagrando las llamadas «nulidades implícitas», al no contar el *Code* con una norma general de cierre, aparecía la necesidad de ir disponiendo precepto por precepto cada vez que se quiera una nulidad. La inexistencia fue entonces el recurso al que acudió la doctrina francesa para justificar la aplicación de nulidades implícitas que, sin embargo, no estaban contenidas en su sistema.

En la Argentina, aun contando con un sistema de nulidades implícitas, la inexistencia fue el recurso *de facto* para básicamente solucionar dos cuestiones: el carácter prescriptible de la nulidad y el caso de las transmisiones *a non domino*³⁸. El viejo artículo 1051 CC protegía a los terceros adquirentes a título oneroso de buena fe sin más y sin distinguir supuestos; de allí, el agregado que hoy día contiene el último párrafo del artículo 392 disponiendo que «Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho». Pues bien, antes de

³⁶ Vid. NIETO BLANC (2005), pp. 153 y 154. ZANNONI (2007), p. 22.

³⁷ Vid. NIETO BLANC (2005), p. 152.

³⁸ BREBBIA (1995), p. 641.

que tuviera lugar la reforma legislativa, la manera de protegerlos fue crear una «nulidad ilegal» que, como no se podía reconocer como tal, era llamada «inexistencia».

Podemos decir, pues, que el Código Civil y Comercial argentino no contiene ninguna previsión al respecto porque, más allá de los errores teóricos de distinguir entre nulidad e inexistencia, ya no existe ninguna de las razones que dio origen a su aplicación en la Argentina. No en vano, las transmisiones «*a non domino*» no son oponibles al dueño real (392 CCCom) y la nulidad absoluta es ahora imprescriptible (386 CCCom). ¿Se trata entonces de una cuestión zanjada? No del todo. Una de las críticas más frecuentes al reciente cuerpo legal argentino es que, al haberse trabajado en numerosas subcomisiones más allá de la Comisión oficial de tres miembros, ha habido un deficiente trabajo de integración; lo que ha llevado a repetición de soluciones y a ciertas contradicciones. En el tema que nos ocupa, por ejemplo, el artículo 406 CCCom alude a los «Requisitos de existencia del matrimonio»; volviendo, pues, a los orígenes mismos de la cuestión. A todo esto se le agrega que no existe ningún equivalente al artículo 18 CC y, no en vano y a sólo tres años de dictado, el proyecto de reforma de 2018 proponía su reintroducción como parte del artículo 12 CCCom; lo que implica que por lo menos un sector de la doctrina ve el peligro de que vuelva la inexistencia como sistema de invalidez paralela al legal; con toda la inseguridad jurídica que ello provoca.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGLIANO, Humberto, «Clasificación de las nulidades», *LL*. 143-875.
- BELLUSCIO, Augusto (1982): «Declaración de oficio de la nulidad», en *El Derecho. Jurisprudencia general*. Buenos Aires, tomo XCV.
- BOFFI BOGGERO, Luís (1965): Voz «nulidad de los actos jurídicos» en *Enciclopedia jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial bibliográfica argentina, tomo 20.
- BORDA, Guillermo (1991): *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Perrot. 10.^a edición, tomo II.
- BREBBIA, Roberto (1995): *Hechos y actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, tomo II.
- BUTELER, José A., «Nulidad e inexistencia», *LL* 104.
- CARDINI, Eugenio O., «Noción y calificación de la nulidad en el derecho civil», *LL* 138.
- CIFUENTES, Santos (1988): *Elementos del Derecho civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- (1986): *Negocio Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- CUÍÑAS RODRIGUEZ, Manuel (1999): «De nulidad, inexistencia y prescripciones», en *JA*. 1999-I-901.
- GASTALDI, José (2007): «Capacidad y legitimación en los contratos», en *LL*. 2007-E-899.
- GUARINONI, Ricardo (2004)., «La inexistencia jurídica», en *LL*. 2004-A-1408.
- KRAUSE, Bernardo (1980): «Imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta. La inexistencia», en *LL*. 1980-A.
- LLAMBÍAS, Jorge (2001). *Tratado de Derecho civil. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 19.^a edición, tomo II.
- LLOVERAS DE RESK, María «La ineficacia de los actos jurídicos», *ED* 110.
- LÓPEZ OLACIREGUI, José (1960): «De la nulidad de los actos jurídicos. 1ra parte», en *Lecciones y Ensayos*, Nro. 17, pp. 7 a 33.
- MALICKI, Anahí (2014): «Comentarios capítulo 9 del título IV (Ineficacia de los actos jurídicos)» en Rivera, Julio y Medina, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley. Tomo 1. pp. 847 a 890.
- MIGUEL, Jorge, «Introducción a un estudio de los regímenes legales de invalidez», en *ED* 120, p. 872.
- MONTI, José (2018): «Vicisitudes del acto jurídico: ineficacia y nulidad. La cuestión en el Código Civil y Comercial», en *Revista Código Civil y Comercial*, 2018 (julio), p. 75.
- NEGRI, Héctor (1965): Voz «Nulidad del negocio jurídico (doctrina germano-italiana)» en *Enciclopedia jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial bibliográfica argentina, tomo 20.
- NIETO BLANC, Ernesto (2005): *Nulidad en los actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc. 2.^a edición.

- PRIETO MOLINERO, Ramiro (2015): «Comentarios al capítulo 9 (Ineficacia de los actos jurídicos) del título IV», en Garrido Cordobera, Lidia, Borda, Alejandro y Alferillo, Pascual (dirs.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Editorial Astrea, tomo 1, Astrea. pp. 414 a 430.
- (2014): «Comentarios al capítulo 1 del título IV (Disposiciones generales de hechos y actos jurídicos)», en RIVERA, Julio C.-Medina, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Editorial La Ley. Tomo 1, pp. 577 a 638.
- «Inexistencia de los Actos Jurídicos», *LL* 2008-B-1181.
- SAUX, Edgardo, «Digresiones elementales sobre la ineficacia de los actos jurídicos», *LL* 1985-A-862.
- TOBÍAS, José W., «La teoría de la invalidez en la hora actual y las soluciones del proyecto de código», *LL* 2013-E-1218.
- ZANNONI, Eduardo (2007): *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 4.^a reimpresión de la primera edición de 1986.

BRASIL

ADRIANO STANLEY ROCHA SOUZA^{*}
GASTÃO MARQUES FRANCO^{**}

SUMARIO: I. Introdução.–II. A importância do negócio jurídico no Brasil e seus requisitos. 1. As causas e efeitos da anulabilidade do negócio jurídico. 2. As causas e efeitos da nulidade do negócio jurídico.–III. Simulação. 1. Aspectos gerais. 2. O aproveitamento dos negócios jurídicos simulados e o conceito de «extra-versão».–IV. Conclusões.–Referências.

I. INTRODUÇÃO

A construção teórica e normativa sobre os negócios jurídicos na esfera cível é, indubitavelmente, um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro, por se tratar de uma área que lida, basicamente, com as relações cotidianas entre indivíduos.

Assim como os demais ramos do direito privado, os negócios jurídicos, na atualidade, não devem mais serem interpretados sob o prisma absolutista e individualista da autonomia da vontade, mas sim seguir o fenômeno da constitucionalização do direito civil e se inserir em uma nova sociedade que anseia por direitos fundamentais e sociais.

^{*} Mestre e Doutor em Direito Processual pela PUC MINAS. Professor de Direito Civil nesta mesma instituição. Mediador de conflitos.

^{**} Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidad Católica de Minas Gerais. Correo electrónico: adv@gastaofranco.com.br

Em um mundo cada vez mais digitalizado, no qual os negócios jurídicos são praticados pelas partes sem sequer constatar tal fato, é de suma importância que a pesquisa acadêmica não deixe de aprofundar e destacar princípios e teorias que servem como norte para toda a evolução desse ramo do direito.

No Brasil, os negócios jurídicos, uma espécie de ato jurídico lícito, exemplificados tradicionalmente na figura do contrato, são analisados sob três aspectos conhecidos pelos operadores do direito: existência, validade e eficácia¹.

Nos termos do artigo 104, do Código Civil brasileiro, um negócio jurídico será válido quando preenchidos os seguintes requisitos: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou que possa ser determinado; e forma prescrita ou não proibida por lei.

A pena para a invalidade de um negócio jurídico, no sistema brasileiro, poderá ser a anulabilidade ou a nulidade desse ato, sendo esta considerada mais gravosa que aquela, por não admitir convalidação com o tempo e poder ser declarada a qualquer momento, invalidando todos os efeitos obtidos com o negócio.

Este artigo irá analisar, especificamente, uma das causas de nulidade previstas pelo Código Civil, qual seja: a simulação.

O objetivo será demonstrar como que, no Brasil, um negócio jurídico considerado nulo em virtude da simulação, poderá ser aproveitado, caso sejam observados alguns requisitos previstos pela lei.

O método utilizado será o dialético, em conjunto com a vertente metodológica jurídico dogmática, utilizando autores clássicos, como Pontes De Miranda, para servir de referências ao tema analisado.

II. A IMPORTÂNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO NO BRASIL E SEUS REQUISITOS

Pode-se definir, seguindo a doutrina de Caio Mario da Silva Pereira, os negócios jurídicos como declarações de vontade que visam produzir efeitos lícitos e em consonância com o ordenamento jurídico, ou seja: «os negócios jurídicos são, portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente»².

Em uma sociedade capitalista, o negócio jurídico aparece como o instrumento básico de distribuição de riquezas, motivo pelo qual sempre foi tão

¹ AMARAL (2008).

² PEREIRA (2012).

resguardado pelas normas jurídicas, pois facilita justamente a criação de relações economicamente auferíveis entre diversos indivíduos com normas pactuadas livremente, observando alguns requisitos previstos em lei.

Justamente por essa importância prática, conforme leciona Denis Lerrer Rosenfield, por muitos anos a codificação privada cuidou de resguardar de maneira quase absoluta a propriedade e a obrigatoriedade de cumprimento dos contratos estipulados de maneira livre e sem intervenção estatal, por representarem pilares do modelo econômico capitalista, considerados, por doutrinadores liberais, como direitos que se interligavam com a própria liberdade individual³.

Entretanto, atualmente, o negócio jurídico, que outrora se relacionava exclusivamente com a autonomia da vontade, deve agora ser analisado sob o prisma da autonomia privada e da função social, conforme leciona Flávio Tartuce⁴:

«Este autor filia-se à parcela da doutrina que propõe a substituição do velho e superado princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada, o que leva ao caminho sem volta da adoção do princípio da função social dos contratos. (...)»

Não há dúvida de que a vontade perdeu a importância que exercia no passado para a formação dos contratos».

No mesmo sentido, Elpídio Donizetti e Felipe Quintella destacam que o Estado passa a intervir nas relações contratuais para caso necessário, garantir a promoção da função social, um fenômeno descrito como dirigismo contratual⁵:

«Adaptado à nova realidade jurídica, o vetusto princípio da autonomia da vontade se transmuta em princípio da autonomia privada, segundo o qual o Direito respeita a liberdade contratual e a liberdade de contratar das partes, mas se reserva um espaço de atuação com o intuito de intervir na relação contratual, sempre que necessário, para garantir a dignidade dos contratantes e, assim, promover a função social do contrato. Essa intervenção ficou conhecida como dirigismo contratual».

Percebe-se a tamanha importância desse instrumento no funcionamento da sociedade, que concilia o respeito à autonomia nas relações privadas com a restrição de se contribuir para o interesse social no momento de realização dos negócios, concretizados, de forma típica, por meio do contrato⁶.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto também destacam que, principalmente após a promulgação da Constituição da

³ ROSENFIELD (2008).

⁴ TARTUCE (2016).

⁵ DONIZETTI e QUINTELLA (2016).

⁶ PERLINGIERI (2007).

República de 1988, os negócios jurídicos obrigam os indivíduos na medida em que possuem uma função social inerente ao seu objeto ⁷:

«É preciso absorver a imensa mudança havida: a Constituição confere força obrigatória aos contratos não porque voluntariamente queridos –na medida do querer egoístico das partes–, e sim porque seus efeitos são socialmente adequados, proporcionais, razoáveis e equitativos (...).

Ele não perdeu, nem o poderia, o seu viés econômico. Esse viés, porém, já não é o único. Há, também, muito forte, a preocupação com as dimensões existenciais do ser humano e com a promoção da solidariedade social. (...)

A unidade valorativa do sistema civil-material não se encontra mais no Código Civil –ainda que seja a lei mais estável que temos–, encontra-se na Constituição e nos princípios explícitos e implícitos que ela traz (revelados, em boa medida, pela interpretação)».

No entanto, o objeto desse estudo diz respeito às denominadas causas de invalidade do negócio jurídico, mais especificamente à uma causa de invalidade que irá acarretar a nulidade desse ato: a simulação.

Para um negócio jurídico ser considerado válido, o Código Civil brasileiro estipula que ⁸:

«Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I. agente capaz;
- II. objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III. forma prescrita ou não defesa em lei».

Para melhor compreensão acerca dos requisitos de validade expostos acima, é imprescindível lembrar os ensinamentos de Pontes De Miranda sobre os planos do mundo jurídico.

Para o autor supramencionado, o mundo jurídico não seria unidimensional, mas teria vários planos nos quais os fatos jurídicos poderiam estar: existindo apenas, existindo de maneira validade, ou existindo de maneira válida e eficaz ⁹.

No plano da existência ingressam todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, bastando que a regra tenha incidido sobre o suporte fático suficiente do ato; já no plano da validade estariam apenas os atos humanos voluntários, ou seja, o ato jurídico estrito senso e o negócio jurídico; e no plano da eficácia é

⁷ FARIAS (2020).

⁸ BRASIL. Lei núm. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

⁹ PONTES DE MIRANDA (1974).

onde seriam produzidos os efeitos jurídicos, englobando os fatos jurídicos lícitos e ilícitos, ou seja, é nesse plano que estariam as relações jurídicas ¹⁰.

As causas de nulidade, como no caso da simulação, e de anulabilidade, conforme será demonstrado adiante, atingem o plano da validade, não se confundindo com o plano da eficácia, apesar de existir uma estreita relação entre ambos ¹¹:

«Quando se trata de saber quais são os negócios jurídicos, ou os atos jurídicos *stricto sensu*, válidos, o que importa é arrolarem-se os pressupostos de validade, que o mesmo é dizer-se de não-ocorrência de causas de nulidade ou de anulabilidade. A questão da eficácia e da ineficácia é estranha ao assunto, se bem que possa acontecer que a classes de invalidade corresponda o ter ou o não ter eficácia o ato jurídico que se inclui nelas. Por outro lado, se algum dos elementos do suporte fáctico é posterior à entrada dêle (*sic*) no mundo jurídico, e isso suscita questão do tempo em que se há de verificar se foi satisfeito o pressuposto de validade, veremos que isso de modo nenhum nos permite tratar em termos (*sic*) de pressupostos de eficácia os pressupostos de validade.

Tenhamos sempre presente que a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu*. Não há atos-fatos jurídicos válidos, ou não válidos. Nem atos ilícitos, ou fatos jurídicos *stricto sensu*. O pagamento, por exemplo, pode ser ineficaz: não, inválido».

Portanto, as invalidades podem se relacionar ao sujeito do ato jurídico, ao objeto e à forma do ato jurídico, «o que é essencial em ato, sem ser a forma em sentido estrito, forma externa (art. 145, III) e interna (art. 145, IV)» ¹².

Cabe registrar a crítica de autores como César Fiuza, que apesar de reconhecerem a extrema importância da teoria formulada por Pontes De Miranda, apontam para sua incongruência na atualidade, principalmente no condizente ao plano da validade, onde se encontram as causas de nulidades a anulabilidades ¹³:

«De início, deve-se ressaltar que as críticas à doutrina clássica dizem respeito aos atos nulos a anuláveis, visto que, em relação aos ineficazes e inexistentes, a doutrina foi, razoavelmente, bem construída, apesar de uma ou outra pequena falha. (...)

A verdade é que a teoria clássica se baseou na teoria das nulidades do Direito Romano e esta, por sua vez, foi engendrada a partir de falsos pressupostos, oriundos de má leitura dos textos e da própria sistemática romana.

¹⁰ FARIAS (2020).

¹¹ PONTES DE MIRANDA (1974).

¹² PONTES DE MIRANDA (1974).

¹³ FIUZA (2014).

Como bem enfatizam Aubry et Rau, tampouco no Direito Romano, pode-se dizer, havia atos nulos de pleno direito. Superada a fase da vingança privada; vindo o Estado a se assenhorar da jurisdição, mesmo que parcialmente, no início, já não mais é cabida a afirmação de que os atos gravemente viciados eram nulos *pleno iure*, dispensando anulação judicial».

Em síntese, o tema delimitado nesse estudo se restringe não somente ao âmbito da validade dos negócios jurídicos, mas especificamente à uma das causas de nulidade, tornando-se necessário, para melhor compreensão do leitor, expor brevemente sobre os conceitos de anulabilidade e nulidade, antes de aprofundar-se no objetivo principal.

1. As causas e efeitos da anulabilidade do negócio jurídico

Dentre as possíveis invalidades previstas no direito brasileiro, as que geram a anulabilidade podem ser consideradas menos gravosas, principalmente levando em consideração os efeitos gerados em comparação com a nulidade.

Além de casos expressamente previstos em lei, pode-se resumir da seguinte maneira as causas de anulabilidade do negócio jurídico ¹⁴:

«Anulabilidade é a invalidade menos gravosa dos atos jurídicos, acarretada pela incapacidade relativa de um dos sujeitos (art. 171, I) ou por algum dos defeitos do ato considerados leves (art. 171, II) – erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores».

Portanto, caso um negócio jurídico seja celebrado por parte relativamente incapaz, ou contenha algum dos denominados defeitos no negócio (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores), a parte prejudicada poderá pleitear, judicialmente, a anulação do ato celebrado.

Por não se tratar do escopo principal de análise desse estudo, não serão pormenorizados detalhes sobre cada causa de anulabilidade prevista em lei, sendo necessário, apenas, uma distinção sobre os efeitos desse tipo de invalidade.

A anulabilidade não pode ser declarada de ofício pelo magistrado, devendo ser arguida pela parte interessada em um prazo decadencial legalmente previsto pelo Código Civil brasileiro, por se tratar de direito potestativo, além de admitir convalidação pelo decurso do tempo.

¹⁴ DONIZETTI (2016).

Portanto, a título exemplificativo, a parte interessada terá quatro anos para pleitear a anulabilidade de um negócio jurídico praticado, nas causas previstas pelo artigo 178 do Código supramencionado ¹⁵:

«Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

- I. no caso de coação, do dia em que ela cessar;
- II. no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;
- III. no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade».

Ou seja, em virtude da inércia das partes, um ato anulável pode ser convalidado pelo tempo, além de poder ser confirmado pelas próprias partes, nos termos do artigo 172 do Código Civil brasileiro: «o negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro».

2. As causas e efeitos da nulidade do negócio jurídico

Diferentemente das causas ensejadoras de anulação, as nulidades são consideradas as mais graves invalidades de um negócio jurídico, fundamentando-se na própria segurança jurídica do ordenamento brasileiro.

A nulidade não convalida com o tempo, não pode ser confirmada pelas partes e pode ser decretada de ofício pelo magistrado, além de poder ser arguida por qualquer parte interessada e pelo Ministério Público, como resumido por Elpídio Donizetti e Felipe Quintella ¹⁶:

«Nulidade dos atos jurídicos é a invalidade mais gravosa e que, por essa razão, configurasse automaticamente, de direito (*ipso iure*), além de não admitir convalidação. Em sede de processo, deve ser conhecida de ofício pelo juiz ou alegada pela parte em qualquer tempo e grau de jurisdição. A sentença em que se reconhece a causa ensejadora da nulidade tem natureza declaratória, não havendo necessidade de desconstituição do ato, que se considera como se nunca constituído».

Nulidade, em termos gerais, é a qualidade de um ato ou contrato que não produz os efeitos jurídicos que normalmente lhe seriam atribuídos, ocorrendo quando o ato não atende aos requisitos legais ou princípios fundamen-

¹⁵ BRASIL. Lei núm. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

¹⁶ DONIZETTI (2016).

tais do ordenamento jurídico, tornando-o inválido desde o momento de sua realização.

A pronúncia judicial de nulidade tem eficácia *erga omnes*, e o ato não é suscetível de ratificação ou é passível de convalidamento pelo decurso do tempo (art. 169 do CC/02), motivo pelo qual a pretensão para propositura de demanda declaratória de nulidade é imprescritível.

Ou seja, enquanto a anulabilidade declara uma invalidade descoberta em momento posterior, que surtiu seus efeitos, a nulidade é declarada de ofício e desconstitui o negócio jurídico, possuindo a declaração efeitos retroativos.

Suas causas também estão previstas no Código Civil brasileiro, quais sejam:

«Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I. celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II. for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III. o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV. não revestir a forma prescrita em lei;
- V. for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI. tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII. a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção».

«Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma».

Em resumo, o sistema jurídico brasileiro lida com as nulidades para garantir que os atos e contratos estejam em conformidade com a lei e a justiça, podendo assumir diversas formas e espécies.

Surge a dúvida levantada nesse estudo: como poderia uma causa de nulidade, a simulação, ser convalidada posteriormente, tendo em vista toda a teoria das nulidades construída no sistema jurídico brasileiro?

III. SIMULAÇÃO

1. Aspectos gerais

A palavra simulação, no português, remete ao sentido de «disfarce», «imitação», ou seja, praticar algum ato, que não é verdadeiro, mas sim disfarçado, com o intuito de enganar um terceiro para obter ganhos com isso.

Simulação, no direito civil brasileiro, pode ser conceituada da seguinte forma¹⁷:

«A simulação configura-se quando um ato fictício é praticado para encobrir outro, de modo que o efeito realmente obtido seja diverso do que foi indicado. Em outras palavras, o ato simulado é aquele pelo qual se concedem ou transmitem direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se concedem ou transferem (art. 167, § 1o, I), ou o ato que contenha declaração, condição, confissão ou cláusula não verdadeira (art. 167, § 1o, II), ou ainda, o ato cujo instrumento tem data anterior ou posterior àquela em que se praticou (art.167, § 1o, III)».

Simulação é uma invalidade que vicia o negócio jurídico realizado e faz com que ele aparente ser o que, na verdade, não é, para obter ganhos, geralmente ilícitos, como economia no pagamento de impostos.

Um exemplo clássico é o caso em que as partes simulam uma compra e venda de imóvel por um valor inferior ao que seria realmente devido, quando, na verdade, estaria ocorrendo uma doação, para economizar no pagamento dos impostos relativos à transmissão de bens, como o Imposto Sobre Transmissão de Bens (ITBI) e o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD).

Pontes De Miranda, pioneiro da teoria clássica das nulidades, conceituou o negócio jurídico simulado como um ato em que as partes aparentam celebrar um contrato ou negócio, mas na realidade têm a intenção secreta de não produzir os efeitos jurídicos declarados no documento¹⁸.

Sílvio de Salvo Venosa esclarece¹⁹:

«A característica fundamental do negócio simulado é a divergência intencional entre a vontade e a declaração. Há, na verdade, oposição entre o pretendido e o declarado. As partes desejam mera aparência do negócio e criam ilusão de existência. Os contraentes pretendem criar aparência de um ato, para assim surgir aos olhos de terceiros».

Em outras palavras, é um ato no qual as partes fingem estar celebrando um negócio jurídico válido, mas, na verdade, não têm a intenção de se vincularem às obrigações ou consequências previstas nesse acordo.

¹⁷ DONIZETTI (2016).

¹⁸ PONTES DE MIRANDA (1974).

¹⁹ VENOSA (2018).

Para a configuração da simulação, podem-se elencar alguns requisitos, como ²⁰:

«a) a divergência intencional entre a vontade real e a exteriorizada; b) o acordo simulatório entre as partes; c) o objetivo de prejudicar terceiros. Se, digamos, simulo promessa de recompensa para doar, pratico ato simulado (determinado prefeito, por exemplo, adotando a categoria jurídica do direito civil, diz que entregará um carro para quem escrever um trabalho sobre o centenário do município, sendo o beneficiário previamente escolhido e o trabalho mero pretexto para a entrega)».

O instituto é dividido em duas categorias: a simulação absoluta e a simulação relativa, conforme resumido por Washington de Barros Monteiro ²¹:

«É absoluta a simulação, quando a declaração de vontade exprime aparentemente um negócio jurídico, não sendo intenção das partes efetuar[em] negócio algum (*colorem habens, substantiam vero nullam*). (...)

É relativa quando efetivamente há a intenção de realizar algum negócio jurídico, mas este: a) é de natureza diversa daquele que, de fato, se pretende ultimar (*colorem habens, substantiam vero alteram*) (...) b) não é efetuado entre as próprias partes, aparecendo então o testa de ferro, o presta nome, ou a figura de palha. Por exemplo, alguém, desejando vender bens a um dos descendentes e não podendo satisfazer a exigência do art. 496 do Código Civil, simula alienação a terceiro, para que este, em seguida ou mais tarde, sem outros embaraços, concretize o negócio jurídico que o primeiro tinha originariamente em mira; c) não contém elementos verdadeiros, ou melhor, seus dados são inexatos».

Portanto, existem duas formas de simulação no direito brasileiro: a simulação absoluta, na qual as partes não têm a intenção de criar efeitos jurídicos, e a simulação relativa, na qual as partes têm uma intenção diferente daquela declarada no negócio, mas pretendem produzir outros efeitos jurídicos.

A simulação relativa pode, em casos excepcionais, ser aproveitada ou convalidada, o que é o objeto principal dessa análise, conforme será pormenorizado adiante.

2. O aproveitamento dos negócios jurídicos simulados e o conceito de «extraversão»

Na vigência do Código Civil de 1916, a simulação era considerada uma causa de anulabilidade do negócio jurídico, ou seja, poderia ser conva-

²⁰ FARIAS *et al.* (2020).

²¹ MONTEIRO (2016).

lidade pelas partes ou pelo decurso do tempo, para que se aproveitasse o ato praticado.

Pontes De Miranda, na vigência do código antigo, ao propagar a teoria clássica das nulidades, exposta anteriormente, também desenvolveu importantes conceitos sobre a simulação, como, por exemplo, a possibilidade de aproveitamento dos atos simulados considerados relativos e inocentes²²:

«1. Simulação relativa e inocência. Na simulação relativa inocente, não se quis, realmente, o ato simulado, mas quis-se, sem ofensa, o ato dissimulado. O ato simulado não entra no mundo jurídico; pode ter entrado o ato dissimulado. Se a simulação decretação da anulação. Se não no é, não entra: a ação é a declarativa negativa. Têm-na, em virtude do art. 103, os figurantes e os mais interessados na declaração. Mas, se o ato dissimulado satisfaz os requisitos de existência e validade, pode extraverter-se. Assim, ou os figurantes tratam o ato dissimulado como eficaz, ou um, dois ou mais dos figurantes lhe negam a existência, que, aí, é ligada à sua validade: se vale, existe; se não vale, não existe. A ação é declarativa, negativa, quanto ao ato jurídico simulado, e positiva, quanto ao ato jurídico dissimulado. Esse ponto é digno de toda a atenção. São exemplos de simulação relativa inocente: se pessoa solteira, ou desquitada, ou viúva, sem infração do art. 1.175 ou do art. 1.176 (se houvesse, haveria fraude à lei), simula vender a alguém, quando em verdade doa (1.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22 de janeiro de 1945, R. dos T., 155, 181; 5.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de fevereiro de 1950, 185, 295); a dissimulação da prestação de capital por meio de venda do bem à sociedade, sem prejuízo a alguém ou violação de lei (1.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de julho de 1944, 152, 516)».

O renomado jurista também criou, na mesma oportunidade, o conceito de «extraversão», que buscava equilibrar a proteção da segurança jurídica com a necessidade de se atender à verdadeira intenção das partes, desde que essa intenção não prejudicasse interesses legítimos de terceiros ou a ordem pública.

Em outras palavras, Pontes De Miranda argumenta que, se a simulação não causa danos a terceiros ou não viola disposições legais, é possível considerar o negócio simulado como válido e eficaz, de acordo com a verdadeira vontade das partes, o que seria denominado «extraversão».

Um exemplo clássico seria o caso em que as partes simulam uma compra e venda, negócio jurídico nulo, para disfarçar uma doação, o negócio dissimulado, que poderá ser válido e eficaz caso atende aos requisitos de substância e forma, além de não prejudicar terceiros.

²² PONTES DE MIRANDA (1974).

O Código Civil brasileiro de 2002, que revogou o diploma processual antigo, passou a taxar a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico, invalidade que, geralmente, não admite esse tipo de aproveitamento.

No entanto, especificamente para os casos de simulação, foi aberta a possibilidade de uma exceção à regra geral, ou seja, a convalidação de um ato considerado pela lei como nulo, conforme se extrai dos textos legais²³:

«Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1 o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- I. aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
- II. contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III. os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2 o Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado».

Poderia, em um primeiro momento, ser considerada uma contradição expressa da lei, já que o artigo 169 do Código Civil também dispõe que o «negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo»²⁴.

No entanto, percebe-se que o novo código manteve o conceito de «extraversão» criado por Pontes De Miranda, como uma exceção à regra geral, possibilitando que um negócio jurídico nulo gere, por meio do negócio dissimulado, um instrumento válido e eficaz, ou seja²⁵:

«A *extraversão* é a vinda à tona do ato dissimulado. É o surgimento do negócio dissimulado, como negócio jurídico válido, no lugar do negócio simulado (é o instituto da conversão dos negócios jurídicos nulos, só que aplicável aos negócios simulados). O ato dissimulado emerge, digamos, da escuridão disfarçada em que foi colocado se puder se apresentar como negócio jurídico existente e válido. Não se pode pensar em *extraversão* se o negócio jurídico simulado foi por instrumento particular e o negócio jurídico dissimulado exigiria escritura pública, por exemplo».

Deve ser ressaltado que o negócio jurídico simulado será nulo, uma vez que eivado de uma causa de invalidade, mas negócio dissimulado poderá pre-

²³ BRASIL. Lei núm. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

²⁴ BRASIL. Lei núm. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

²⁵ FARIAS *et al.* (2020).

valecer, na hipótese de que tenha sido pretendido pelas partes e que não contrarie a substância e a forma exigidas em lei.

Em resumo, no direito brasileiro, apesar de toda a sistemática da teoria das nulidades, o aproveitamento dos negócios jurídicos simulados é possível desde que a simulação seja relativa e não prejudique terceiros ou infrinja a lei, podendo, nesses casos excepcionais, o ato ser considerado válido, levando em consideração a verdadeira vontade das partes envolvidas.

IV. CONCLUSÕES

Buscou-se demonstrar, inicialmente, a construção e a importância da teoria das nulidades do direito brasileiro, utilizando de seu marco referencial em Pontes De Miranda, dividindo o mundo jurídico nos planos de existência, validade e eficácia.

Também foram pormenorizadas as principais diferenças práticas entre as causas de anulabilidade e nulidade de um negócio jurídico, já que os efeitos para as partes envolvidas serão completamente diversos.

A teoria das nulidades no Brasil carece de aperfeiçoamentos e atualizações, sem sombra de dúvidas, mas é um importante ponto de partida para toda a pessoa interessada em melhor compreender o sistema brasileiro.

Concluiu-se que, no caso da simulação, o conceito de «extraversão», que permite o aproveitamento de um negócio jurídico nulo, é uma exceção à regra geral do ordenamento jurídico, visando equilibrar a proteção da segurança jurídica com a necessidade de se atender à verdadeira intenção das partes.

A importante teoria desenvolvida por Pontes De Miranda, ainda na vigência do Código Civil de 1916, ainda persiste na prática, devendo ser compreendida e analisada por todos os interessados no estudo do sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco (2008): *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar.
- BRASIL. Constituição (1988): Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- Lei núm. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916.
- Lei núm. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- DONIZETTI, Elpídio e QUINTELLA, Felipe (2016): *Curso Didático de Direito Civil*. São Paulo: Atlas.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; Rosendal, Nelson (2020): *Manual de Direito Civil – Volume Único*. Salvador: Editora JusPodivm.
- FIUZA, César (2014): *Direito civil: curso completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Belo Horizonte, Del Rey Editora.
- MONTEIRO, Washington de Barros (2016): *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva (2012): *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- PERLINGIERI, Pietro (2007): *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1974): *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: RT.
- ROSENFELD, Denis Lerrer (2008): *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- TARTUCE, Flávio (2016): *Manual de Direito Civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.
- VENOSA, Sílvio de Salvo (2018): *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Atlas.

CHILE

GONZALO SEVERIN FUSTER*

SUMARIO: I. Preámbulo: la nulidad como una especie de ineficacia y su relación con la denominada «inexistencia».—II. La regulación de la nulidad en el Código civil chileno.—III. Concepto y características.—IV. Las clases de nulidad. 1. La nulidad absoluta. 2. La nulidad relativa.—V. Los efectos de la nulidad. 1. Efectos de la declaración de nulidad entre las partes. 2. Efectos de la nulidad respecto de terceros.—Bibliografía citada.—Jurisprudencia citada.

I. PREÁMBULO: LA NULIDAD COMO UNA ESPECIE DE INEFICACIA Y SU RELACIÓN CON LA DENOMINADA «INEXISTENCIA»

Para la doctrina chilena, la nulidad es una especie de ineficacia de los actos jurídicos. Se entiende que un acto es ineficaz, en un sentido amplio, si no genera todos sus efectos, por cualquier causa, ya sea intrínseca o extrínseca. La llamada ineficacia por causas intrínsecas supone la falta de concurrencia, al momento de la celebración del acto, de los requisitos para que ese acto pueda producir efectos. Desde un punto de vista lógico, es posible calificar esos requisitos en dos categorías: requisitos de existencia y requisitos de validez¹.

* Profesor de Derecho civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Este trabajo se realiza en el marco de ejecución del proyecto Fondecyt núm. 1210234, del que el autor es investigador principal.

¹ Es común, en los manuales y textos generales sobre el acto jurídico, distinguir entre requisitos de «existencia» y de «validez», y en consecuencia, tratar –y contrastar– en cuanto causales de ineficacia, la «inexistencia» y «la nulidad» [véase, por ejemplo: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA y VODANOVIC HAKLIKA (2015), pp. 320 ss.; BARCIA LEHMANN (2010), pp. 121 ss.; CORRAL TALCIANI

Los denominados requisitos *de existencia* son aquellos sin los cuales el acto jurídico no alcanza a nacer, no se perfecciona. En estos casos, sólo cabe constatar una mera tentativa de celebrar un acto que, a lo sumo, puede ofrecer la apariencia de haberse llegado a celebrar. Estos requisitos de existencia son la voluntad, el objeto, la causa y la solemnidad (si, para ese acto, la ley exige una cierta formalidad para su perfeccionamiento, puesto que, en tal caso, el cumplimiento de esa forma es la única vía por la que se tiene por manifestada la voluntad). Así, por ejemplo, la falta de objeto en una compraventa (la identificación del bien que se vende) impide entender que se ha celebrado un contrato de compraventa; a lo más existirá una apariencia de haberse celebrado ese contrato². La inexistencia es una categoría lógica que se opone a la existencia, y la existencia es el presupuesto mínimo para que un acto o contrato pueda llegar a producir algún efecto jurídico.

Los requisitos *de validez*, por otra parte, son aquellos sin los cuales el acto no puede considerarse como válido, porque existe un defecto o vicio estructural. El análisis sobre la concurrencia de los requisitos de validez supone que el acto existe. Así, puede que las partes del contrato de compraventa hayan acordado un objeto, pero que, pese a ser un objeto existente, éste no puede ser vendido por disponerlo así la propia ley. En tal caso hay un objeto, pero se trata de un objeto ilícito. Si el contrato cumple con los requisitos mínimos que le permiten existir jurídicamente, es posible, desde un punto de vista lógico, tenerse por presuntamente válido, y puede generar efectos. Sin embargo, es posible demostrar, posteriormente, que existe ese vicio o defecto estructural, una causal de invalidez. Si el acto es inválido puede, en consecuencia, declararse su nulidad.

En la doctrina nacional se observa un amplio consenso sobre el hecho de que, desde un punto de vista lógico y didáctico, es admisible diferenciar entre los llamados «requisitos de existencia» y los «requisitos de validez». Sin embargo, ha existido en Chile un largo e intenso debate en relación con las consecuencias jurídicas que acarrea la omisión de los denominados requisitos de existencia³. El punto de partida de esta discusión es el hecho de que el Código civil sólo regula la nulidad, no la «inexistencia». Las posiciones doctrinales, en relación con este punto, pueden reconducirse a dos. Para un sector de la doctrina, la omisión de los

(2018), pp. 661 ss.; DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2020), pp. 303 ss.; DUCCI CLARO (2007), pp. 329 ss.; FIGUEROA YÁÑEZ (2011), pp. 203 ss.; WALKER SILVA (2020), pp. 181 ss.

² Sobre la relevancia de distinguir los casos en que ha existido apariencia de haberse celebrado el acto, de aquellos en que no la hay, véase, especialmente, el trabajo de RODRÍGUEZ GREZ (2004).

³ Los textos generales sobre derecho civil o, particulares, referidos al acto jurídico, suelen abordar la cuestión de la inexistencia en forma previa a la nulidad: v. gr: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA y VODANOVIC HAKLIKA (2015), pp. 322 ss., t. I; CORRAL TALCIANI (2018), pp. 667 ss.; DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2020), pp. 308 ss.

llamados requisitos de existencia se sanciona con nulidad absoluta, pues esta es la sanción de ineficacia más grave que reconoce y regula el Código civil. Para otro sector de la doctrina, la nulidad no cubre la omisión de los requisitos de existencia, pues no cabe declarar la nulidad de algo que no existe. En este sentido, se señala, la inexistencia no se concibe como una sanción a un acto, sino que es una mera consecuencia lógica de no haber concurrido esas exigencias mínimas para que el acto nazca: se trata de una situación de hecho, que, por lo mismo, no requiere ser declarada previamente para hacerse valer. En apoyo de una y otra posición, se ofrecen numerosos argumentos de texto, lógicos, sistemáticos e históricos, sobre los que no es posible profundizar en este lugar⁴. Esta discusión doctrinal se refleja también en nuestros tribunales, aunque cabe tener presente que la Corte Suprema de Chile, en sentencias recientes, ha reconocido la posibilidad de constatar o declarar la inexistencia de un acto o contrato⁵.

II. LA REGULACIÓN DE LA NULIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

El Código Civil chileno regula la nulidad de los actos y contratos al interior del libro IV (*De las obligaciones en general y de los contratos*), en su título XX (*De la nulidad y la rescisión*), artículos 1681 ss. Con todo, conviene tener presente que esta regulación sólo se refiere a actos y contratos de naturaleza patrimonial, respecto de los cuales es, además, el estatuto general⁶.

⁴ Una revisión de estos argumentos, a favor y en contra, pueden hallarse en los textos generales [por ejemplo, CORRAL TALCIANI (2018), pp. 668 ss.; DOMÍNGUEZ AGUILA (2020), pp. 308 ss.]; y en las monografías y trabajos específicos sobre nulidad e inexistencia [v. gr: RODRÍGUEZ GREZ (2004); ALESSANDRI BESSA (2010) o SAN MARTÍN NEIRA (2015)].

⁵ Por ejemplo, en la SCS de 14 de diciembre de 2021, «*Ayelef con Mellado*», rol núm. 94.239-2020, se expresa: «Que, en las condiciones anotadas no cabe sino acoger la pretensión principal de la demanda y declarar la inexistencia del acto efectuado ante el Notario Tampe de Villarrica en 1983 por el demandado Abelardo Mellado Muñoz y doña Francisca Lincoqueo Ñancucheo, omitiendo, consiguientemente, las consideraciones respecto de las demás pretensiones de los actores (cdo. 10.º) [...] Que, ya se ha razonado que la inexistencia de determinados actos como el descrito latamente no es posible sanearlo por el transcurso del tiempo pues no es posible sanear la “nada”. Corolario, no es dable acoger la tesis de la defensa de haber adquirido el demandado Mellado Muñoz la calidad de heredero putativo, pues las actuaciones, gestiones judiciales y conservatorias por él realizadas nunca pudieron surtir efecto, desde que el acto originario, ya tantas veces aludido, es inexistente y por lo mismo careció y carece de total eficacia para convalidar alguna posesión sobre terrenos agrícolas sin tener la condición de tal» (cdo 11.º).

⁶ En el propio Código civil hay reglas especiales de nulidad respecto de ciertos actos jurídicos, que en tal calidad se estiman preferentes a las generales contenidas en el artículo 1681 ss. CCCh, como ocurre, por ejemplo, en relación con la nulidad del testamento, regulada en el artículo 1026 ss. CCCh. Por otro lado, la nulidad del contrato de matrimonio (acto de familia) tiene un estatuto propio y diferenciado, que está contenido en la Ley de Matrimonio Civil; sin que las reglas del Código civil le sean aplicables, ni siquiera en forma supletoria.

Para el Código Civil, la nulidad es *un modo de extinguir las obligaciones*⁷. Esta aproximación parece, sin embargo, técnicamente incorrecta. La nulidad del contrato es una declaración realizada por el juez sobre la base de la invalidez de ese contrato⁸. La declaración de nulidad busca eliminar (depurar) ese acto jurídico, que está inicial y estructuralmente viciado. La eliminación de los efectos de ese acto (los derechos y las obligaciones) es *una simple consecuencia* de la declaración de nulidad (sustentada en la invalidez del acto): si el acto no puede tenerse como válido, no puede haber creado válidamente derechos y obligaciones. Precisamente ello es lo que explica el denominado «efecto retroactivo» de la nulidad, un efecto que alcanza incluso a terceros de buena fe. Se trata, en síntesis, de volver a la situación anterior a la de la celebración del acto. Por estas mismas consideraciones tampoco parece adecuado sostener que la nulidad sea una causa de «extinción» o «terminación» del contrato. La nulidad importa una declaración judicial de que ese contrato no se perfeccionó válidamente.

III. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

En el Código Civil chileno no existe propiamente una definición legal de nulidad. La doctrina suele definir la nulidad tomando como base el tenor del artículo 1681 CCCh: «Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes». Sobre su naturaleza, inicialmente se sostuvo que se trata de un *estado* en que se encuentra el acto; hoy mayoritariamente se entiende que la nulidad es una *sanción jurídica*⁹. Así, es usual definir la nulidad como la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos que la propia ley prescribe para el valor de un acto jurídico, ya sea en consideración de su naturaleza, ya sea en consideración de la calidad o estado de las partes que intervienen, sanción que consiste en *desconocer* los efectos del acto, como si éste nunca se hubiese celebrado o ejecutado¹⁰.

En la comprensión generalizada, la nulidad tiene ciertas características que vale la pena enunciar. En primer lugar, suele entenderse que la nulidad es *una sanción de derecho estricto*. Esto quiere decir que sólo hay nulidad en los

⁷ Artículo 1567 inc. 2 CCCh: «Las obligaciones se extinguen además en todo o parte: / 8o. Por la declaración de nulidad o por la rescisión».

⁸ Sobre la relación entre invalidez y nulidad, véase CONCHA MACHUCA (2015).

⁹ Sobre el punto, véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2020), pp. 318-320. Recientemente se ha propuesto considerar la nulidad –al menos la relativa– más bien como un medio de tutela [en este sentido, por ejemplo, LÓPEZ DÍAZ (2019)].

¹⁰ En este sentido, ALESSANDRI BESSA (2010) p. 19; DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2020), p. 320.

casos expresamente establecidos por el legislador. Por esta razón, tales casos deben interpretarse restrictivamente, y no cabe la aplicación a otros casos por analogía. Que sea una sanción de derecho estricto implica, además, que los particulares no pueden crear causales de nulidad.

Vinculado con el punto anterior, se entiende que las reglas sobre la nulidad son reglas de *orden público*, de modo que los particulares no pueden modificar el régimen legal de la nulidad (sus causales, la legitimación para demandar, los plazos en que puede pedirse, la posibilidad de sanearse por ratificación, etc.). Esta misma característica determina que la acción para pedir la nulidad se considere una acción irrenunciable.

La nulidad, además, y según ya se ha dicho, debe ser declarada por una *sentencia judicial*¹¹. Se puede hacer valer en juicio como *acción* y como *excepción*; sin perjuicio de los casos en los que puede ser declarada de oficio¹². Los efectos de la nulidad se producen una vez que dicha sentencia esté firme o ejecutoriada. Por tanto, mientras no se declare judicialmente la nulidad, el contrato se considera válido, puede producir efectos y ejecutarse. Existe –se sostiene– una suerte de *presunción de validez de los actos jurídicos*. Es por esta razón que la doctrina chilena entiende, en general, que un contrato que adolece de un vicio de nulidad, por grave que éste sea, es siempre un acto «anulable», ya que sólo una vez que se declare judicialmente la nulidad, ese acto será «nulo» (en el sentido de que ha sido anulado). En el Derecho chileno, la dicotomía «anulabilidad/nulo» no tiene que ver con la gravedad del vicio que afecta al contrato, sino que tiene que ver con el *estado en el que ese acto viciado se encuentra*, esto es, si ha existido, o no, una declaración judicial de nulidad.

IV. LAS CLASES DE NULIDAD

El artículo 1681 inc. 2 CCCh señala que «La nulidad puede ser absoluta o relativa». A continuación, el artículo 1682 desarrolla esta distinción: «La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la

¹¹ Una posición, que puede estimarse minoritaria, ha sostenido que la nulidad absoluta opera de pleno derecho [en este sentido, muy tempranamente, FABRES (1889) y, más recientemente BARAONA GONZÁLEZ (2005a) y (2005b)].

¹² En efecto, la nulidad absoluta puede, y debe ser declarada por el juez, si el vicio aparece de manifiesto en el acto; artículo 1682 CC; sobre ello se vuelve más adelante.

Por otro lado, conviene señalar que el Código civil chileno no reconoce ni regula una «nulidad de pleno derecho»; un sector de la doctrina a veces utiliza esta expresión para referirse a la inexistencia [cfr. CORRAL TALCIANI (2018), pp. 667 ss.], aunque otros autores distinguen «inexistencia» de «nulidad de pleno derecho» [UGARTE GODOY (2022), pp. 138 ss.].

omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato».

Como se observa, en el Código civil chileno la distinción entre ambas clases de nulidad se construye a partir de la diferente naturaleza de las causales de invalidez que permiten la declaración de nulidad en uno y otro caso. De ello, se sigue una serie de consecuencias vinculadas precisamente con la forma en que puede obtenerse esa declaración (quiénes están legitimados para pedirla, cuáles son las facultades que tiene el juez; los plazos para demandar, la posibilidad de ratificación del acto). El criterio de distinción entre la nulidad absoluta y la relativa parece ser el de qué, o a quién, se busca «proteger» con la nulidad del contrato: mientras que la nulidad absoluta busca proteger a la ley, el orden público y las buenas costumbres, la nulidad relativa buscaría solo proteger a ciertas personas¹³.

La regulación de la nulidad se refiere a la nulidad del acto o contrato en su totalidad. No se regula ni reconoce una nulidad «parcial», si bien el propio Código Civil la admite en algunos casos¹⁴. En doctrina se ha planteado que, pese a ese silencio, cabe aplicar la nulidad parcial en todos aquellos casos en los que el vicio afecta a alguna parte o cláusula del acto jurídico *que tenga cierta independencia dentro del mismo*, de modo que las restantes partes del acto puedan subsistir sin la cláusula nula¹⁵. Este principio ha sido recogido expresamente en la Ley 19.496, *sobre protección de los derechos de los consumidores*, con ocasión de la regulación de las cláusulas abusivas¹⁶.

¹³ En el Derecho chileno, por todos, ALESSANDRI BESSA (2010): «Conviene desde luego precisar el fundamento en que descansa la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa o rescisión, que no es otra que la gravedad de la infracción cometida en la ejecución o celebración del acto o contrato, gravedad que, a su vez, depende del requisito que se ha omitido, o, en términos más generales, de la infracción cometida./ Así tenemos que hay requisitos que miran al orden público, es decir, a los cuales la ley le atribuye tanta importancia que su omisión produce la nulidad absoluta [...] por eso se dice que se trata de una nulidad que asegura la protección de intereses superiores a los intereses privados [...]./ Frente a la absoluta está la nulidad relativa o rescisión, que, como su nombre lo indica, afecta sólo a algunas personas, habiendo sido establecida en su favor como una protección legal [...] las causas que producen la nulidad relativa son omisiones de requisitos de menor importancia» (pp. 100-101).

¹⁴ Así, por ejemplo, en materia de testamento, hay casos en los que se señala que sólo algunas disposiciones quedan sin efecto (ver arts. 1059, 1060, 1061, 1093 inc. 1.º, 1107, 1112, 1132 CC).

¹⁵ Sobre la nulidad parcial, véase, por ejemplo, ALESSANDRI BESSA (2010), pp. 103 ss. y ELORRIAGA DE BONIS (2010).

¹⁶ Artículo 16 A de la Ley 19.496: «declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de

A continuación, se describe, muy brevemente, el régimen y características de la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

1. La nulidad absoluta

La nulidad absoluta es aquella que puede declararse en los casos en que existe un objeto o una causa ilícitos, en los que se omiten los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración de la naturaleza de estos, y en los que el acto haya sido celebrado por un absolutamente incapaz (art. 1681 CCCh). Según lo explicado anteriormente, se pueden agregar a este listado las causales que, doctrinariamente, llevarían a calificar al acto de inexistente (la falta de voluntad, la falta de solemnidad exigida para el perfeccionamiento del acto; la presencia de error esencial; la omisión de causa, la omisión de objeto).

El artículo 1683 CCCh señala que la nulidad absoluta puede, y debe, ser declarada por el juez, cuando el vicio de nulidad aparezca de manifiesto en el acto, aun sin petición de parte¹⁷. Además, puede alegarse «por todo el que tenga interés en ello». En doctrina se ha discutido la naturaleza de este interés, aunque mayoritariamente se entiende que se trata de un interés pecuniario¹⁸; así también lo ha entendido la jurisprudencia¹⁹. También se ha planteado la cuestión acerca

los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración». Antes de que se introdujera este artículo 16 A, en doctrina se discutía sobre la naturaleza y alcance de la ineficacia de las cláusulas abusivas [sobre el punto puede verse WAHL SILVA (2014), p. 307 y también MORALES ORTÍZ y VELOSO CASTILLO (2019)].

¹⁷ Su justificación, entiende la doctrina, se encuentra en el orden público. En este sentido, se ha afirmado que «[s]i como se ha dicho, es la ley la que ordena al juez declarar la nulidad absoluta de un contrato, incluso pasando por sobre lo que el actor ha demandado, es porque se entiende que las reglas de nulidad absoluta son de orden público. El juez tiene el deber de hacer respetar tales normas, aunque el propio demandante no lo reclame, sea porque no le interese hacerlo o porque no lo haya advertido. A procesalistas con celo por el debido proceso puede parecerles un exceso que un juez pueda actuar en estos casos al margen del petitum de cada parte» [BARAONA GONZÁLEZ (2012), p. 527].

¹⁸ Sobre este punto, véanse los trabajos de VARAS BRAUN (2004) y de CORRAL TALCIANI (2008). La conclusión de que sólo debe considerarse el interés patrimonial ha sido criticada por algunos autores, sobre la base de, al menos, tres argumentos. El primero es que, defender la idea de que el interés debe ser patrimonial resulta contradictorio con la afirmación, que hace toda la doctrina, de que el fundamento de la nulidad absoluta es la protección de la ley, la moral y las buenas costumbres. El segundo argumento es que el Derecho privado, y particularmente, el contractual, reconoce y protege intereses no patrimoniales; por tanto, no se observa porque habría de estar limitado ese interés. El último argumento es de orden histórico: en síntesis, en todos los proyectos de código civil se requería expresamente que el interés del tercero fuera patrimonial; el cambio puede ser interpretado en el sentido de no se quiso limitar el interés al patrimonial [DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2002), pp. 269-273 y (2020), pp. 338 ss.].

¹⁹ En este sentido, la Corte Suprema ha señalado «el «interés» a que se refiere el artículo 1683 de código sustantivo para alegar la nulidad, además de ser de carácter patrimonial, de residir precisamente en la obtención de la nulidad absoluta del acto o contrato, de ser real y no meramente hipotético y tener su

del momento en que debe existir ese interés, si sólo al momento de demandar o si también al momento de la celebración del acto²⁰. Es importante tener presente que, en todo caso, la nulidad absoluta no puede alegarse por la parte conocía o debía conocer el vicio que invalidaba el contrato²¹. La nulidad absoluta puede pedirla también el Ministerio Público, en el sólo interés de la Ley²².

El Código civil señala que nulidad absoluta *no* puede sanearse por ratificación de las partes, lo cual parece justificado atendido el especial interés público que hay detrás de las causales de nulidad absoluta. Con todo, el Código civil señala que esta nulidad «no puede sanearse [...] por un lapso de tiempo que no pase de diez años». El hecho de que el acto viciado de nulidad absoluta pueda «sanearse» por el transcurso del tiempo es un elemento particular del Código de Bello, y es contraintuitivo. ¿Cómo podría convalidarse un acto que tiene un vicio de nulidad absoluta por el mero transcurso del tiempo? De ahí que, para un sector de la doctrina, no es que el acto sea saneado o se convalide, sino que la acción para demandar la nulidad prescribe en diez años; o bien que lo que ocurre es que después de diez años se consolidan los efectos patrimoniales del acto. Se ha sostenido, en esta misma línea, que el juez podría declarar la nulidad absoluta de oficio, aun cuando hayan transcurrido diez años desde la celebración del acto²³.

origen en la lesión patrimonial que sufre el interesado por la ejecución del acto o la celebración del contrato, debe ser «legítimo», lo que supone fundarse en un derecho actual, coetáneo y no sobreviniente a la celebración del acto que se pretende anular y mantener actualidad a la fecha en que se pide la declaración de nulidad. SCS de 03/07/2020 «*Zanabria con Club Hípico de Antofagasta S.A.*», rol 16834-2018 (cdo. 13.º).

²⁰ En la jurisprudencia chilena el punto ha sido objeto de discusión, existiendo pronunciamientos de la Corte Suprema en uno y otro sentido [cfr. CORRAL TALCIANI (2018) p. 674].

²¹ Se ha entendido que la exigencia de «conocer» el vicio, supone un conocimiento efectivo del vicio; no es suficiente el «conocimiento presunto» de la Ley (arts. 7 y 8 CC) [sobre el punto, véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2020), pp. 357-361]. En este sentido, por ejemplo, se ha resuelto que «en cuanto a la defensa opuesta por la parte demandada en su escrito de contestación de fojas 23, reiterada en su apelación de fojas 195, en orden a que la actora no ha podido impetrar la declaración de nulidad absoluta del referido contrato de compraventa por falta de legitimación activa en virtud de lo dispuesto en el artículo 1683 del Código Civil, ya que lo habría celebrado sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, tal alegación ha de ser desestimada porque dicho precepto se refiere al conocimiento real y efectivo del vicio causante de la nulidad o bien a su ignorancia producto de una conducta clara y gravemente negligente, mas no al simple desconocimiento fáctico de los requisitos de validez de los actos jurídicos; no siendo aplicable al caso, el conocimiento presunto de la ley» [SCA de Santiago, de 14/07/2000, «*Gloria Valdés González; con Sociedad Víctor Paredes e Hijos Limitada*», rol 7226-1996 (cdo. 6.º)].

²² Hoy, la denominación «Ministerio Público» corresponde a la Fiscalía de Chile, órgano encargado de la investigación de delitos, creado a fines de la década de los noventa del siglo pasado; por esta razón el Código civil no puede referirse a esa institución. Para Nathalie Walker, «El artículo 1684 se refiere a los desaparecidos “promotores fiscales”, funcionarios que ejercían sus funciones en primera instancia y cuya supresión (en el año 1927) impide que hoy pueda operar la situación prevista en la norma» [WALKER SILVA (2020) p. 188]. Sin embargo, la mayoría de la doctrina entiende que la referencia al ministerio público lo es los «fiscales judiciales», que son auxiliares de la administración de justicia, regulados en el artículo 350 ss. del Código Orgánico de Tribunales.

²³ Sobre el punto, véase CONCHA MACHUCA (2016).

2. La nulidad relativa

La nulidad relativa se denomina también «rescisión». Con todo, debe tenerse presente que el término «rescisión» no es unívoco, y se utiliza también por el propio legislador para referir ciertas ineficacias que no son formas de nulidad, como ocurre en el caso de la rescisión por lesión enorme en la compraventa de bienes inmuebles (art. 1888 ss.) o de la rescisión por fraude de acreedores (la llamada «acción pauliana», art. 2468 CCCh.)²⁴.

Como se ha indicado, el Código civil no enuncia causales de nulidad relativa, sino que expresa una regla, en virtud de la cual todas aquellas causales de invalidez del acto que no sean de nulidad absoluta [*«Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato»*]. Son causales de la nulidad relativa, por ejemplo, los vicios del consentimiento (el error, fuerza, y dolo)²⁵; el hecho de haberse celebrado el acto por un relativamente incapaz, y la falta de cumplimiento de alguna formalidad habilitante.

A diferencia de lo que ocurre con la nulidad absoluta, la nulidad relativa no puede declararse de oficio por el juez, ni puede pedirla el ministerio público en el solo interés de la Ley. Sólo puede alegarse por quienes en su favor lo han establecido las leyes, incluyendo a sus herederos y cesionarios. Así, por ejemplo, sólo puede pedir nulidad relativa por el vicio fuerza quien la ha sufrido; o por el vicio dolo, quien ha sido engañado.

La nulidad relativa, a diferencia de la absoluta, sí puede sanearse por la *ratificación de las partes*. La ratificación es la confirmación del acto anulable, y por lo mismo, sólo es posible *antes* de la declaración de nulidad, y debe emanar de la o las partes que pueden pedirla. Suele entenderse que la ratificación o confirmación del acto importa la renuncia a pedir la nulidad, por parte de aquel que tenía derecho a ello (art. 12 CCCh)²⁶. Esta ratificación puede ser expresa o tácita; esta última consiste en la ejecución voluntaria de la obligación contraída. El Código Civil regula la ratificación en los artículos 1693 a 1697. Finalmente, cabe apuntar que la nulidad relativa puede sanearse por el transcurso del tiempo, que es de cuatro años. Este plazo se cuenta desde la celebración de acto, en los casos de error y dolo; y en los casos de fuerza y de incapacidad, desde que ha cesado esa circunstancia (arts. 1691 y 1692).

²⁴ Cfr. CORRAL TALCIANI (2018), p. 662.

²⁵ Para una presentación general de los vicios del consentimiento, además de las obras generales sobre acto jurídico y nulidad ya referidas en este trabajo, véase GONZÁLEZ CASTILLO (2019).

²⁶ Artículo 12 CCCh: *«podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia»*. Para CORRAL TALCIANI (2018), *«[a] nuestro juicio, el acto de confirmación es más que una mera renuncia, es la manifestación de voluntad encaminada a restaurar la validez y eficacia del acto jurídico en principio nulo relativamente»*, p. 668].

V. LOS EFECTOS DE LA NULIDAD

Como se ha indicado, la nulidad produce sus efectos *desde que ha sido declarada por sentencia judicial*²⁷. No hay diferencia entre la nulidad absoluta y la relativa: los efectos de la nulidad declarada *son los mismos*. La doctrina suele distinguir, en este punto, entre los efectos que se producen *entre las partes* y los que se producen *respecto de terceros*.

1. Efectos de la declaración de nulidad entre las partes

Según el artículo 1687 CC, «La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita». Por ello suele afirmarse que la nulidad declarada *opera retroactivamente*, en el sentido de que se busca volver al estado anterior al de la celebración del contrato nulo.

Este «efecto retroactivo» tiene, sin embargo, algunas limitaciones. Por un lado, como el propio artículo 1687 CCCh señala, el derecho de las partes a ser restituidas es «sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita», que debe entenderse como una referencia a la regla del artículo 1468 del Código Civil, según el cual «No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas». Por otro lado, este efecto retroactivo naturalmente no se produce (por ser innecesario) si el contrato no ha sido ejecutado. Los efectos retroactivos de la nulidad podrían quedar limitados, además, en el caso de contratos con prestaciones continuas o periódicas por las que se paga fraccionadamente, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento de cosas o un contrato de prestación de servicios, pues lo pagado se compensa con el goce del bien o servicio durante ese tiempo²⁸. Otra limitación se presenta en el caso de la

²⁷ No se consideran en este apartado los efectos de la denominada «nulidad de pleno derecho» (o «inexistencia»); sobre ellos, véase, por ejemplo, CORRAL TALCIANI (2018), pp. 707-710.

²⁸ En este sentido, CORRAL TALCIANI (2018), «Otro caso en que la nulidad no opera con efecto retroactivo es el de los contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento. No es que no pueda “restituirse” el valor de la cosa arrendada, sino que es innecesario hacerlo, porque ese valor se compensa con las rentas ya pagadas» (p. 711). Esta afirmación requería, sin embargo, matizarse, pues bien podría pasar que, por ejemplo, se hubiera pagado anticipadamente el precio del contrato de arrendamiento, y la nulidad se declarase antes del cumplimiento del plazo de duración; o bien que, precisamente por adolecer de un objeto ilícito o por otra causa, no se hubiera podido hacer uso del inmueble; en tales casos, no se ve razón para negar el efecto restitutorio de la nulidad a la parte que ha pagado.

contratación con un incapaz, pues solo puede pedirse la restitución o el reembolso en la medida que el incapaz se haya hecho más rico (art. 1688 CCCh.)²⁹.

El Código establece algunas reglas sobre estas restituciones. Sobre este punto, el mismo artículo «En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo».

2. Efectos de la nulidad respecto de terceros

El artículo 1689 del Código Civil establece que «la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales». La nulidad declarada da acción contra terceros poseedores, que, se entiende, son aquellos que tienen la cosa en su poder o han constituido derecho sobre ella³⁰; en otros términos, los terceros son las personas a quienes se ha enajenado (en un sentido amplio) el bien objeto del contrato. Es indiferente si los terceros están de buena o mala fe. En cuanto a las «*excepciones*», la doctrina suele referir varios supuestos en los que, pese a haberse declarado la nulidad, el dueño no poseedor no tiene acción reivindicatoria en contra del tercero poseedor; no obstante, un análisis detenido de esos casos demuestra que se trata de excepciones aparentes o relacionados con la nulidad de los contratos³¹.

²⁹ Artículo 1688 CCCh: «*Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz./ Se entenderá haberse hecho ésta más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas*».

³⁰ DUCCI CLARO (2007), p. 347

³¹ Entre otros casos, en los textos generales suelen citarse los tres siguientes. *Primero*, si hubiera operado la prescripción adquisitiva del derecho en favor del tercero. Se trata, evidentemente, de una excepción aparente, pues si el tercero se ha hecho dueño de la cosa, entonces quien la reclama (la parte beneficiada por la nulidad) ha dejado de serlo (por tanto, el demandante no cumple con un presupuesto de la acción reivindicatoria que es ser dueño). *Segundo*, si se rescinde la compraventa debido a la manifiesta desproporción de las prestaciones (lesión enorme), pues en tal caso, la restitución a la que están obligadas las partes exige que, previamente, se sanee la propiedad de gravámenes que se hubieran constituido (art. 1895 CCCh), y por ello se entiende que no existe derecho de dirigirse contra los terceros (aquellos en cuyo beneficio están constituidos esos gravámenes). Este caso no obedece a un caso de nulidad del acto por validez, sino de rescisión por lesión enorme, que es una forma de ineficacia distinta. *Tercero*, suele citarse el caso de la declaración de nulidad del decreto que declara la muerte presunta, en cuanto, si bien esa declaración permite al muerto presunto recuperar sus bienes, sólo puede recuperar los bienes que existen y en el estado en que estén (art. 94 CC); situación que, evidentemente, no se refiere a la nulidad de un acto jurídico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (2015): *Tratado de derecho civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Santiago.
- ALESSANDRI BESSA, Arturo (2010): *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. (2012): «La doctrina de la causa y su eficacia práctica», en *Revista chilena de derecho*, volumen 39, núm. 2.
- (2005a): «La inexistencia de los actos jurídicos: algunas consideraciones dogmáticas», en Juan Varas Braun y Susan Turner Saelzer (coords.), *Estudios de Derecho Civil*, Santiago: LegalPublishing.
- (2005b): «La nulidad absoluta: ¿opera de pleno derecho?» en María Dora Martinić y Mauricio Tapia (coords.), *Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello. Presente pasado y futuro de la codificación*. Santiago: LexisNexis, tomo I.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2010): *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, tomo I. Del Acto Jurídico. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2015): «Nulidad e invalidez en el Código Civil de Bello, en especial en cuanto a su forma de operar», en *Revista de derecho, Universidad del Norte* (Colombia), núm. 44.
- (2016): «El juez puede declarar de oficio la nulidad absoluta aun transcurridos diez años desde la celebración del contrato», en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (edit.) *Estudios de Derecho Civil XI*. Santiago: Thomson Reuters.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2008): «El ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante», en Alejandro Guzmán Brito (edit.), *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: LegalPublishing.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018): *Curso de derecho civil. Parte General*. Santiago: Thomson Reuters, 1.ª edición.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: (2002): «Nulidad absoluta. Necesidad de acreditar el interés patrimonial y actual en su declaración. Momento en que ha de existir el interés», en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 211.
- (2020): *Teoría general del negocio jurídico*. Prolibros, 3.ª edición.
- DUCCI CLARO, Carlos (2007): *Derecho Civil. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 4.ª edición.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2010): «La nulidad parcial» en Raúl Tavolari Oliveros (edit.), *Doctrinas Esenciales. Edición Bicentenario. Derecho civil*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FABRES, José Clemente (1889): «Examen crítico jurídico de la nulidad y la rescisión. Discurso pronunciado en la Universidad de Chile el año 1867», en Enrique Latorre (edit.), *Memorias y discursos universitarios sobre el Código civil chileno*. Libro IV del Código. Imprenta de los Debates.

- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2011): *Curso de Derecho civil. Tomo II. Teoría de los actos jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 5.ª edición.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2019): *Los vicios del consentimiento. Error, fuerza y dolo*. Santiago: Thomson Reuters.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2019): «La nulidad como un medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno: configuración, modalidad de ejercicio y eventual concurrencia con la resolución por incumplimiento», en *Revista de derecho (Coquimbo)*, volumen 26, núm. 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004): *Inexistencia y nulidad en el Código civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2015): «La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código civil chileno», en *Revista chilena de derecho*, volumen 42 núm. 3.
- UGARTE GODOY, José Joaquín (2022): «La inexistencia jurídica», en Jaime Alcalde Silva, Hernán Corral Talciani, Raúl Madrid Ramírez (eds.), *Escritos reunidos. Homenaje a una trayectoria académica 1970-2020*. Santiago: Thomson Reuters.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés (2004): «El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código civil», en *Revista Actualidad Jurídica*, volumen 9.
- WAHL SILVA, Jorge (2014) «Los contratos de adhesión: normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento», en *Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes*, Volumen II, Derecho de consumo. Santiago: Thomson Reuters.
- MORALES ORTÍZ, María Elisa; VELOSO CASTILLO, Franco (2019): «Cláusulas abusivas en la Ley 19.946. Ley, doctrina y jurisprudencia», en María Elisa Morales Ortiz (dir.) Pamela Mendoza Alonzo (coord.), *Derecho del consumo: ley, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: DER ediciones.
- WALKER SILVA, Nathalie (dir.) (2020): *Esquemas de derecho civil de Chile I: teoría general del negocio jurídico*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de julio del 2000, rol núm. 7226-1996: *Gloria Valdés Gonzáles con Sociedad Víctor Paredes e Hijos Limitada*.
- Corte Suprema, 3 de julio de 2020, rol núm. 16.834-2018: *Zanabria con Club Hípico de Antofagasta S. A.*
- Corte Suprema, 14 de diciembre de 2021, rol núm. 94.239-2020: *Avelef con Mellado*.

COLOMBIA

ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO*

SUMARIO: I. Ideas previas.–II. La inexistencia.–III. La nulidad o invalidez.–IV. Consideraciones finales.–Bibliografía citada.–Jurisprudencia citada.

I. IDEAS PREVIAS

Al igual que sucede con la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, el derecho privado colombiano ha trasplantado el régimen legal de tendencia francesa, que distingue el derecho civil y el comercial en sendos códigos que han regido al país, el primero por más de un siglo y el segundo por más de cinco décadas. Mientras aquél sigue en materia de derecho patrimonial principalmente los postulados del derecho francés, el mercantil agrega a este último la teoría del acto y negocio jurídico del derecho prusiano e incorpora el concepto de empresa, propia del derecho italiano, en atención al *Codice Civile* de 1942.

Si bien esta amalgama legal armoniza el derecho de obligaciones y contratos colombiano en un contexto similar al de muchos de los países latinoamericanos y algunos europeos, el contexto legal contemporáneo exige una revisión adecuada que les garantice tanto a los particulares como al Estado un conjunto de reglas y normas actualizado, que evite antinomias y contradiccio-

* Doctor en Derecho, Universidad Alfonso X El Sabio, España. Profesor de Derecho Privado, Universidad Sergio Arboleda, Colombia. Correo electrónico: edgar.leonr@usa.edu.co. Este trabajo es producto del proyecto de investigación: API «Crisis de la justicia», clúster: Constitución, modernización e innovación del Derecho Privado, Universidad Sergio Arboleda.

nes, especialmente en materia de obligaciones y contratos. Este análisis debe traer consigo la puesta en vigor de disposiciones pertinentes que faciliten, entre otros aspectos, la negociación y contratación, decisiones rápidas y justas por parte de jueces y árbitros, el ejercicio efectivo de derechos reales y de posesión y el tráfico de mercancías en el comercio internacional, mediante disposiciones armonizadas y uniformes.

Dentro de las múltiples figuras que se pueden considerar en esta evaluación, se encuentran precisamente las anomalías y vicisitudes que afectan las obligaciones y los contratos, denominados por parte de la doctrina colombiana como «teoría de la ineficacia de los negocios jurídicos»¹. Esta contiene, dentro de diversos institutos, a la inexistencia y la nulidad, como las más relevantes, las cuales serán objeto de estudio a continuación.

Al respecto, cabe precisar que el principio rector del derecho privado en Colombia es la autonomía privada. De tal manera, cualquier norma que establezca restricciones a la libertad contractual de las partes o que limite la eficacia de sus acuerdos en cualquier grado, deberá ser interpretada de manera restringida y aplicarse exclusivamente al caso específico para el que fue diseñada de forma exclusiva por el legislador, lo cual hace que en ningún momento pueda ser creada por autoridades públicas diferentes, jueces, árbitros o por los contratantes.

II. LA INEXISTENCIA

Esta figura resulta paradójica en cuanto a su configuración en el derecho colombiano, pues el Código Civil no contiene normas que la regulen. Lo anterior, por cuanto su configuración histórica no obedece a la teoría contractualista francesa, que se refiere a los requisitos de validez que analizaremos con posterioridad, y deja de lado los de existencia, que con posterioridad fueron traídos al sistema por el derecho comercial.

¹ La utilización de esta expresión puede causar confusión, por cuanto la ineficacia de pleno derecho se encuentra regulada en el Código de Comercio, como se verá más adelante, lo cual trae consigo una redundancia innecesaria en la terminología contractual y del derecho de las obligaciones, según autores como CEDIEL ÁNGEL (2018), HINESTROSA (2015) y RAMÍREZ BAQUERO (2008). Igualmente, la jurisprudencia en ocasiones utiliza esta expresión, de manera confusa y equívoca: «A pesar de que la nulidad absoluta y la ineficacia son fenómenos jurídicos diferentes, en tanto que la primera se refiere a una calificación de irregularidad del contrato, mientras que la segunda atañe a la producción de sus efectos, la ineficacia es una consecuencia de la nulidad absoluta, aunque no exclusiva de ella» [Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 31 de mayo de 2016, Expediente: 470012331000 199901107 01 (29209), Comercializadora de Licores del Magdalena S. A. Demandada: Departamento del Magdalena e Industria Licorera del Magdalena].

Sin embargo, la doctrina se ha referido a la inexistencia en materia civil, manifestando que ésta procede en ciertos actos, cuando lo realizado es fruto de un absurdo lógico que hace que la situación no produzca efectos² o, incluso, que sea irrisoria³. Por otra parte, es evidente que la falta de los elementos esenciales de todo acto o contrato trae consigo esta consecuencia, más no sanción, pues lo cierto es que ante la mencionada ausencia es factible afirmar que nada se ha hecho, que ninguna obligación se debe prestar o que ningún acto o contrato se debe cumplir⁴. Es así como se puede concluir que tales requisitos esenciales se desprenden de lo dispuesto por el artículo 1504 del Código Civil: (i) la expresión del consentimiento, (ii) la existencia de un objeto posible y determinado y (iii) la realización de las formalidades establecidas por la ley⁵.

El primero de ellos consiste en la manifestación de la voluntad por el contratante, sin entrar a calificar si ésta fue pura y libre, pues tales consideraciones se darán frente a la validez, según se analizará más adelante. El objeto, por su parte, consiste en la actividad económica y jurídica que se va a realizar con el negocio. Por regla general, éste no puede ser confundido con la cosa o bien sobre la cual recae el acto, pero lo cierto es que su ausencia o extinción, trae consigo la consecuencia correspondiente de inexistencia. Finalmente, la falta de perfeccionamiento de las solemnidades exigidas frente a ciertas manifestaciones de voluntad hace que tales actos no produzcan ningún efecto civil, al no haber alcanzado su ser jurídico. Si esto no ocurre, por supuesto, no se pueden ratificar ni convalidar por prescripción, lo que sí sucede con los actos nulos⁶.

² Es el caso del artículo 136 del Código Civil, que se refiere al matrimonio *in extremis*. Según esta disposición, cuando alguno de los contrayentes o ambos estuvieren en inminente peligro de muerte, y no hubiere por esto tiempo de practicar las formalidades previstas para su perfeccionamiento se podrá proceder a la celebración del matrimonio sin ellas, siempre que los contrayentes justifiquen que no se hallan en ninguna causal de nulidad. Pero si pasados 40 días no hubiere acontecido la muerte que se temía, el matrimonio no surtirá efectos, si no se revalida observándose las formalidades legales.

³ TAMAYO LOMBANA (1997), pp. 229-230.

⁴ Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, un contrato es inexistente si carece del mínimo esencial que permite hablar de contrato o de acto unilateral y que no alcanza a nacer a la vida jurídica por faltarle una condición esencial. Por tal motivo, no puede producir efecto alguno. Esta falta de requisitos esenciales previstos para todos los contratos produce, inexorablemente, su inexistencia, al paso que la ausencia de los también esenciales pero referidos de modo específico a cada acto en particular, si bien impide la existencia de este, puede en últimas no aniquilar totalmente su eficacia, si desde una perspectiva jurídica distinta es viable su conversión en otro diferente. Véase: Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 6 de agosto de 2010, Ref. 05001-3103-017-2002-00189-01.

⁵ Aunque en este listado se considera incluida la causa, entendida como el motivo que induce a celebrar un acto o contrato, ha quedado suficientemente documentado que este elemento realmente resulta irrelevante, pues al bastar simplemente la pura liberalidad o beneficencia, este elemento subjetivo pierde toda importancia. Así, se deberá seguir lo indicado en la reforma al derecho de obligaciones francés, que sigue la misma línea. HERRERA MORENO (2020), pp. 137-197.

⁶ *Ibidem*, p. 231.

Un aspecto que resulta importante aclarar en este punto tiene que ver con las formalidades convencionales, creadas por las partes para efectos de la celebración de los actos o contratos. En estos casos, ha dicho la jurisprudencia que este tipo de estipulaciones tiene fines exclusivamente probatorios perfeccionando el convenio desde su realización y generando a cargo de las partes obligaciones de hacer. Es decir, estas solemnidades nada tienen que ver con el perfeccionamiento del negocio, a lo cual agrega la Corte Suprema que «en la duda para calificar un contrato consensual transformado en solemne por las partes, el juez debe inclinarse por la naturaleza consensual»⁷.

Es importante, además, precisar que la ineficacia del acto inexistente opera de pleno derecho, pues ante la presencia de cualquiera de los motivos a través de los cuales fue concebido, tal consecuencia se produce ipso iure, sin necesidad de un fallo judicial que la declare. Es decir, no es posible demandar un negocio que no existe. Así, una vez comprobada por el juez, esto impide el otorgamiento de una pretensión fundada en una anomalía como esta, pues no se requiere un pronunciamiento que así lo reconozca. Sin embargo, en los eventos en los que la anomalía no se evidencie en forma manifiesta, sino que exija la decisión respectiva de la jurisdicción, como sucede si el acto existe de manera aparente, el interesado tendrá que destruir, bien sea a través de una acción o excepción tal apariencia, lo cual ha sido denominado por la jurisprudencia como «acto putativo»⁸.

También se ha precisado que respecto de las situaciones en las que los contratantes hayan desarrollado actuaciones con el ánimo de que se cumplan las prestaciones de las obligaciones de un acto o convenio inexistente, las partes podrán ejercer las acciones judiciales encaminadas a deshacer las situaciones así generadas, sin necesidad de subordinarlas a la declaración de inexistencia del acuerdo. Pero también resulta superfluo pedirle al juez una declaración que la ley, por su propio ministerio, ya tiene reconocida. Es decir, para la Corte Suprema de Justicia, basta que el interesado promueva la reclamación tendiente a obtener la devolución de lo entregado. Por todas estas razones, no puede hablarse entonces de un negocio y éste no puede producir consecuencias, dado que la autonomía privada resulta, en estos casos, intrascendente. En tal medida, la decisión del funcionario judicial o arbitral no es declarativa ni constitutiva, sino que solamente sirve para constatar los hechos que dieron lugar al fenómeno⁹.

Al ser la inexistencia desconocida al interior del Código Civil, la jurisprudencia ha establecido que las situaciones que dan lugar a ella deben ser

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 16 de octubre de 1980.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 6 de agosto de 2010, Ref. 05001-3103-017-2002-00189-01.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 6 de agosto de 2010, Ref. 05001-3103-017-2002-00189-01

analizados a partir de la anulación¹⁰, como puede verse en la evolución de fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia de 15 de marzo de 1941¹¹, 15 de septiembre de 1943¹² y 21 de mayo de 1968¹³, los cuales han tenido desde entonces una misma connotación en la resolución de los casos conocidos por el alto tribunal durante cerca de 60 años.

Como se ha indicado con anterioridad, al contrario de lo que sucede con el ordenamiento civil, la codificación comercial colombiana contiene expresamente la regulación de la inexistencia, aplicable por el principio de especialidad de la ley mercantil, exclusivamente a los actos y contratos regidos por esta normativa. En efecto, dispone el segundo inciso del artículo 898: «(...) Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales».

Curiosamente, esta disposición precisa que la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las formalidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente a partir de esa fecha, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa. No obstante, desde el derecho administrativo, la Superintendencia de Sociedades de Colombia ha indicado que no se trata de una ratificación, sino de una nueva celebración del acto «... porque cuando se llevan a cabo las solemnidades surge un acto nuevo. Si fuera ratificación, el acto generaría sus efectos desde el instante de su celebración retroactivamente, lo cual no ocurre así»¹⁴. Esto mismo, ha sido ratificado por el Consejo de Estado, al afirmar: «... la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del contrato y su posterior perfeccionamiento permite concluir que el negocio jurídico es inexistente»¹⁵.

Por otra parte, el estatuto mercantil colombiano no establece cuáles son los requisitos esenciales del acto o contrato, por lo tanto, en virtud del artículo 822, debe aplicarse lo ya mencionado en para el artículo 1507 del Código Civil. Así mismo, cabe precisar que el efecto indicado en materia mercantil respecto de la ausencia de alguno de tales requisitos produce la mencionada inexistencia del negocio, la cual no requiere declaración judicial e implica que el acto no produce ningún efecto.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 16 de diciembre de 2010, Ref. C-050013030072003-00502-01.

¹¹ Gaceta Judicial, t. L, pp. 802-804.

¹² Gaceta Judicial, t. LVI, p. 123.

¹³ Gaceta Judicial, t. CXXIV, p. 168.

¹⁴ Supersociedades, 11 de julio de 1973, Resolución 3193.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de enero de 2013, Radicación 21130. Véase, además: Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de noviembre de 2016, Radicación 15001-23-31-000-2001-01101-02(38310).

III. LA NULIDAD O INVALIDEZ

Al igual que sucede con la mayor parte de los ordenamientos jurídicos civiles de corte francés, una vez cumplidos los requisitos legales para que existan los actos jurídicos, se hace preciso cumplir con las condiciones exigidas por la ley colombiana para determinar si el contrato es válido. Sin embargo, es preciso recordar que el fenómeno contractual privado en Colombia requiere tener en cuenta la distinción entre el derecho de obligaciones civil y el que se encuentra contenido en el régimen comercial.

El artículo 1502 del Código Civil indica que los requisitos de validez de los actos o declaraciones de voluntad de una persona son: (i) capacidad legal; (ii) expresión del consentimiento y que éste se encuentre exento de vicios; (iii) objeto lícito y (iv) causa lícita.

En cuanto a la capacidad legal, en la actualidad existe una presunción conforme a la cual es preciso tener en cuenta lo dispuesto por la Ley 1996 de 2019 *«Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad»*. En tal sentido, el artículo 57 de la mencionada normativa precisa que en materia patrimonial los impúberes, esto es, los menores de 12 años, son absolutamente incapaces y por ello sus actos no producen ni siquiera obligaciones naturales y no admiten caución. Por su parte, los adolescentes, esto es, los menores de 12 a 18 años, son considerados incapaces relativos y, por ello, sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias¹⁶. No obstante, en todo caso se requerirá convalidación expresa o tácita por parte de sus representantes legales.

Por su parte, el consentimiento implica una manifestación de la voluntad libre y espontánea, la cual se toma en condiciones de igualdad objetiva y no formal. Es decir, identidad entre los iguales y diferencia entre los desiguales¹⁷. Para tal efecto, se establece que tal declaración debe estar exenta de los siguientes vicios:

- 1.º Error: discordancia entre lo que se piensa y la realidad.
- 2.º Fuerza: coacción física o psicológica que trae consigo la declaración de la voluntad.
- 3.º Dolo: maquinaciones artificiosas o engañosas tendientes a inducir al otro contratante en error.

¹⁶ Es el caso de los bienes muebles, respecto de los cuales el menor tiene disposición. Sin embargo, frente a inmuebles deben ser considerados incapaces absolutos, pues cualquier acto patrimonial realizado sobre ellos se encuentra viciado.

¹⁷ Corte Constitucional, 25 de junio de 1992, Sentencia T-432.

Cabe precisar que estos defectos solamente vician el consentimiento si son inexcusables, como ocurre por ejemplo con el error de derecho, o si la declaración de voluntad fue tomada exclusivamente con base en las circunstancias que originaron tal manifestación tornándola imperfecta, al tratarse de situaciones subjetivas que van en contravía de la toma de una decisión verdaderamente libre por parte del contratante¹⁸. De ahí que a éste se le exija una debida diligencia que le garantice una decisión acorde con su realidad contractual¹⁹.

Por su parte, la expresión objeto debe analizarse desde dos puntos de vista: el de la obligación²⁰ y el del contrato. En relación con el primero, se trata de la prestación, es decir, el hecho positivo o negativo que debe realizar el deudor a favor del acreedor, consistente en una prestación de dar²¹, hacer²² o no hacer²³. Frente al segundo, puede decirse que se trata de la operación jurídica mirada en su conjunto, es decir, la actividad jurídico-negocial que realizan las partes en desarrollo de su convención²⁴.

Por último, la causa es elemento fundamental de las obligaciones, entendida como el motivo que induce al acto o contrato, y esta debe ser real y lícita. La ley civil indica que no es necesario expresarla y que basta con que el acto sea consentido de forma libre o por razón de beneficencia para ser considerada como motivo suficiente²⁵.

Cabe precisar entonces, que frente al objeto y a la causa, el Código Civil establece que éstos deben ser lícitos. Esto es, no pueden ser contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres²⁶.

De acuerdo con estos requisitos, procede entonces verificar en este punto cuál es la sanción que impone la ley cuando éstos son vulnerados. Debido a la gran importancia que reviste una situación como la planteada, y dado que lo que está en tela de juicio es la autonomía de la voluntad de las partes, sus causales no pueden ser creadas por ellas, los jueces, los árbitros o incluso por en-

¹⁸ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA (2000), p. 202.

¹⁹ LEÓN ROBAYO y DELGADO VIRVIESCAS (2016), pp. 159-197.

²⁰ BARRERA TAPIAS (2012), p. 40.

²¹ Transferir, acto entre vivos, o transmitir, por causa de muerte, un derecho real o una posesión.

²² Conducta positiva que trae una consecuencia de carácter patrimonial, como sucede con la actividad personal en un contrato de prestación de servicios o laboral.

²³ Abstención de comportamiento, adquirida como compromiso obligacional, que puede tener su origen en la ley (evitar la realización de actos de competencia desleal, abusar del derecho o enriquecerse sin causa) o en virtud de la convención (confidencialidad o exclusividad).

²⁴ Sin embargo, parte de la doctrina considera que el Código Civil no es claro al regular qué se entiende por el objeto del contrato (CÁRDENAS MEJÍA (1997), p. 152).

²⁵ TAPIAS ROCHA y MARTÍNEZ CÁRDENAS (2020), pp. 115-127.

²⁶ Lo cual dependerá de la idiosincrasia de una Nación, bajo circunstancias históricas, sociales, económicas y políticas en un momento específico.

tidades administrativas. Es decir, en concordancia con el principio democrático el único que las puede establecer es el legislador.

En desarrollo de lo anterior, al presentarse las causales legales se desencadena la necesidad de una declaración judicial o arbitral denominada nulidad, la cual tiene como propósito dejar sin efecto el acto o contrato, como si éste nunca hubiera existido, y generando efectos retroactivos, incluso respecto de terceros subadquirentes, como lo indica el artículo 1748 del Código Civil. Hasta que tal declaratoria no sea dictada por el juez o árbitro, el acto o contrato seguirá produciendo los efectos previstos por las partes. De ahí que la ley permita que la nulidad se pueda ratificar por las partes, como se verá más adelante.

Los requisitos de las declaraciones de voluntad y los actos se clasifican según la importancia del derecho vulnerado. Si lo que está en juego es el interés general, la nulidad será absoluta, razón por la cual puede ser pedida por cualquier persona interesada del acto o contrato, el Ministerio Público o incluso de oficio por el juez o árbitro. Pero, si lo que se busca proteger es un interés particular, ésta será relativa y su declaratoria solamente podrá ser pedida por la parte interesada²⁷.

El artículo 1741 del Código Civil establece los presupuestos que dan lugar a la nulidad absoluta, respecto de un acto o contrato: (i) cuando fue celebrado con objeto y causa ilícitos, (ii) si una o varias partes eran incapaces absolutos y (iii) por la omisión de algún requisito o formalidad establecido por la ley para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan²⁸.

Cabe precisar, por su parte, que el acto o contrato viciado de nulidad absoluta puede ser ratificado, de forma expresa o tácita, salvo que este contenga objeto o causa ilícitos. Pero, en todos los casos, incluso tratándose de estos últimos dos vicios la nulidad se puede sanear por prescripción extintiva extraordinaria, como lo ha advertido la Corte Constitucional²⁹.

Según se advirtió con anterioridad, el sistema de derecho privado colombiano encuentra en la legislación una duplicidad que plantea discordancias y antinomias en materia de obligaciones y contratos, a pesar de que los fenóme-

²⁷ TAMAYO LOMBANA (1997), p. 227.

²⁸ En sentido estricto, la omisión de las formalidades legales en la doctrina jurídica universal da lugar a inexistencia del acto o contrato, propia de la teoría del acto jurídico. Sin embargo, Andrés Bello no conoció esta teoría, basando su construcción legal en la teoría contractualista donde se hace referencia exclusiva a la invalidez del contrato, con la correspondiente consecuencia de la nulidad.

²⁹ Corte Constitucional, 21 de octubre de 1998, Sentencia C-597. Su decisión fue tomada al analizar el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1936, conforme al cual «Cuando (la nulidad) no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria» (subrayado fuera de texto).

nos regulados en ocasiones son similares³⁰. Sin embargo, encontramos diferencias en la regulación, pues si bien existen coincidencias, el Código de Comercio consagra algunas disparidades que traen consigo divergencia.

En efecto, en el artículo 899 se precisa que será nulo absoluto el negocio jurídico que: (i) contrarie una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; (ii) tiene causa u objeto ilícitos y (iii) es celebrado por una persona incapaz absoluta. Como se aprecia, en términos generales los presupuestos son casi los mismos. Sin embargo, causa curiosidad el primero de los requisitos, pues puede resultar redundante con el segundo de ellos, dado que en términos generales un acto o negocio que desafíe una disposición de orden público adolece de objeto ilícito.

La regulación de la nulidad relativa en los dos códigos, en cambio, encuentra coincidencia. Sin embargo, la regulación civil no es directa y por ello se hace preciso realizar una labor de interpretación para precisar cuáles son los presupuestos que dan origen a su sanción. En efecto, después de establecer cuáles son las condiciones que conllevan nulidad absoluta, el artículo 1741 indica: «Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa...».

Por esta razón, la doctrina coincide en que son dos los eventos: los vicios del consentimiento que afectan el acto, pues no todo defecto rompe la voluntad, según quedó dicho, y la incapacidad relativa³¹. Estos mismos presupuestos son repetidos con otra redacción en el artículo 900 del Código de Comercio.

Por otra parte, la legislación mercantil permite declarar la nulidad parcial de alguna o algunas de las cláusulas del acto o contrato, por los mismos vicios (art. 902). En tal sentido, la sanción podrá ser, entonces, absoluta o relativa. Es así como el fallador eliminará del texto la parte ilegal y el resto de las disposiciones seguirán vigentes, a menos que del negocio se desprenda que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada, con lo cual se respeta el principio de conservación de los actos jurídicos³².

De la misma manera, es preciso indicar que, si la nulidad se plantea respecto de la posición jurídica de uno de los contratantes, el juez o el árbitro puede excluir al sujeto desvinculándolo del negocio, a menos que su participación resulte esencial para la consecución del fin previsto. Esta figura se denomina: «nulidad en negocios plurilaterales» y se encuentra contenida en el artículo 903 del Código de Comercio.

³⁰ Desde un punto terminológico, es posible afirmar que la expresión «nulidad absoluta» en la legislación mercantil puede encontrarse enunciada simplemente con el término «nulidad». Por su parte, la nulidad relativa puede ser reducida al vocablo «anulabilidad», como se precisará más adelante.

³¹ DÍAZ RAMÍREZ (2007), p. 31.

³² OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA (2000), p. 488. Principio conforme al cual se prefiere un tratamiento para los actos que conduzca a que éstos produzcan el máximo de sus efectos, en vez de otro que los reduzca a ineficacia. Este postulado encuentra su lugar en el ordenamiento, en el artículo 1620 del Código Civil.

Es el caso, por ejemplo, de una persona jurídica que es socia gestora, que adolece de objeto ilícito, en una sociedad en comandita. Es evidente que su situación afecta de plano el funcionamiento de la persona jurídica que representa y, por ende, debe prescindirse de su participación. En caso de que existan otros socios gestores se continuará con los restantes, pero si es único, se retrotraerá el negocio hasta el momento de su constitución entendiendo que la personalidad jurídica nunca surgió y dando lugar a la liquidación del patrimonio social, reembolsando o restituyendo los correspondientes aportes.

Para finalizar este apartado, es preciso indicar tres aspectos importantes en materia de nulidad en el derecho colombiano:

1.º En los contratos de tracto sucesivo, al no poderse devolver las prestaciones a su estado original, lo que procede es una compensación.

2.º La acción por la cual se le pide al juez o árbitro la nulidad de un acto o contrato es declarativa y lo que se pretende es su rescisión. Sin embargo, existe confusión en esta materia, originada por lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 1741 del Código Civil al indicar: «Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato». Sin embargo, esta expresión también le es aplicable a la petición de nulidad absoluta, pues el ordenamiento jurídico no contiene otro término para referirse a ella. Su diferencia será el tiempo, pues la rescisión por nulidad relativa será de cuatro años en los términos del artículo 1750 del Código Civil. En materia de anulabilidad mercantil, el artículo 900 del Código de Comercio plantea un término de prescripción de dos años contados a partir de la fecha de la celebración del negocio y dado que se trata de la protección de un interés jurídico privado la ley indica que esta sólo puede ser ejercitada por la persona en cuyo favor se estableció la causal o por sus herederos. Si la nulidad proviene de incapacidad legal el término se contará desde el día en que cesó la condición.

3.º La decisión más importante tomada hasta el momento en Colombia relacionada con nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos en un contrato fue decidida por un tribunal arbitral que conoció las pretensiones de la Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura. En esta decisión, más conocida como «Laudo Odebrecht», el panel declaró nulos dos contratos entre las partes involucradas en virtud de actuaciones contrarias a la ley. Si bien el Estado fue condenado a pagar más de 24 mil millones de pesos, las pretensiones de la demandante fueron desestimadas, las cuales ascendían a más de 2.7 billones de pesos³³.

³³ Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. v. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (Trámites 4190 y 4209 Acumulados), 6 de agosto de 2019.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En el derecho colombiano la inexistencia y la nulidad son figuras que comparten ciertos elementos, lo cual trae consigo una aparente dificultad para entender el verdadero alcance que pueden traer en el desarrollo de los actos y negocios jurídicos. La existencia de legislaciones distintas que regulan el fenómeno privado, es decir la civil y la comercial, lo cual además trasciende a la órbita de lo público en virtud de lo dispuesto por el Estatuto de Contratación Privada (Ley 80 de 1993), fundamentadas en desarrollos jurídicos distintos, da lugar a interpretaciones y decisiones diversas, de conformidad con aspectos que tendrían que ser resueltos con base en los mismos postulados.

El futuro exige entonces una modificación de estos fenómenos que unifique las condiciones y requisitos para determinar cuándo un acto o contrato es inexistente o nulo, de manera que los jueces, árbitros y los contratantes, tengan reglas de juego claras y precisas en esta materia, de manera que se garantice el principio de la seguridad jurídica. Estas, además, deben ser concordantes con las disposiciones universales, uniformes y armonizadas, propias del derecho del comercio internacional o nueva Lex Mercatoria³⁴.

Adicionalmente, desde una perspectiva netamente procesal, el hecho de que el sistema procesal colombiano no contenga disposiciones que permitan declarar judicialmente la inexistencia, sino que para su reconocimiento sea preciso agotar la nulidad hace que estas dos figuras terminen teniendo vasos comunicantes que impiden, desde el punto de vista puramente práctico, entender que tales fenómenos son disímiles. De ahí que la jurisprudencia afirme que se trata de una situación inoficiosa al indicar: «Por lo consiguiente, cuando atemperando su conducta a los principios de la lógica y de la ley el juzgador de instancia omite declarar la demandada inexistencia dé un contrato, por no considerarla como figura jurídica de atributos propios, pero en cambio declara la nulidad de ese contrato, pues encuentra que su formación fue viciosa por falta de alguno, de sus elementos esenciales, su apreciación dista y en mucho de ser manifiesta u ostensiblemente equivocada»³⁵.

³⁴ LEÓN ROBAYO, (2018), pp. 89-149.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 3 de mayo de 1984.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARRERA TAPIAS, Carlos Darío (2012): *El Derecho de las Obligaciones. Concepto, Clasificación, Transmisión y Extinción*. Bogotá: Universidad Javeriana - Ibáñez.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo (2021): *Contratos. Notas de clase*. Bogotá: Legis.
- CEDIEL ÁNGEL, Ernesto (2018): *Ineficacia de los Actos Jurídicos*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de jurisprudencia.
- DÍAZ RAMÍREZ, Enrique (2007): «Las nulidades», en Alberto Gaitán y Fabricio Mantilla (coords.), *La Terminación del Contrato*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique (2013): *Selección de Estudios de Derecho Comercial: Dr. Enrique Gaviria Gutiérrez (1938-2004)*. Medellín: Diké.
- HERRERA MORENO, Jorge (2020): «La supresión de la causa en el derecho francés, ¿un modelo para una futura reforma del derecho colombiano?», en Anabel Riaño Saad y Silvana Fortich (coords.), *La reforma francesa del Derecho de los Contratos y de las Obligaciones: ¿Fuente de Inspiración para una Futura Reforma en Derecho Colombiano?* Bogotá: Universidad Externado.
- HINESTROSA, Fernando (2015): *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado, tomo II, volumen II.
- LEÓN ROBAYO, Édgar Iván (2018): *La nueva Lex Mercatoria en el Derecho Latinoamericano de Contratos*. Bogotá: Tirant Lo Blanch.
- LEÓN ROBAYO, Édgar Iván y DELGADO VIRVIESCAS, Natalia (2016): «Instrumentos jurídicos de negociación corporativa», en Adriana Zapata (coord.), *Aspectos Contemporáneos de la Negociación Nacional e Internacional*. Bogotá: Universidad Externado.
- NAMÉN VARGAS, William (2009): «La ineficacia del negocio jurídico», en Alejandro Venegas, Juan Pablo Cárdenas y Fabricio Mantilla (coords.), *Estudios de Derecho Privado. Liber Amicorum en homenaje a César Gómez Estrada*. Bogotá: Universidad del Rosario, tomo II.
- MENDOZA RAMÍREZ, Álvaro (2020): *Obligaciones*. Bogotá: Temis.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo (2000): *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis, 6.^a ed.
- RAMÍREZ BAQUERO, Édgar (2008): *La Ineficacia en el Negocio Jurídico*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- TAMAYO LOMBANA, Alberto (1997): *Manual de Obligaciones. Teoría del Acto Jurídico y Otras Fuentes*. Bogotá: Temis, 5.^a ed.
- TAPIAS ROCHA, Hernando y MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty (2020): *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. Bogotá: Temis.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral *Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. v. Agencia Nacional de Infraestructura* – ANI (Trámites 4190 y 4209 Acumulados), 6 de agosto de 2019.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de enero de 2013, Radicación 21130: *L. M. P. B con Departamento de Casanare*.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de noviembre de 2016, Radicación 15001-23-31-000-2001-01101-02(38310): *Empresa Asociativa de Trabajo Los Líderes con Departamento de Boyacá y Promotora de Microempresas de Boyacá «Productividad»*.
- Corte Constitucional, 25 de junio de 1992, Sentencia T-432.
- Corte Constitucional, 21 de octubre de 1998, Sentencia C-597.
- Corte Constitucional, 29 de noviembre de 2000, Sentencia C-1641.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 16 de octubre de 1980, *Centro Coltejer S. A. con Otis Elevator Company*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 3 de mayo de 1984, *María Antonia Cote vda. de Rincón con José Daniel Guevara Cote*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 6 de agosto de 2010, Ref. 05001-3103-017-2002-00189-01: *Wladislao Emilio Hajduk Kuron con Unión de Bananeros de Urabá S. A. Uniban S. A.*
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 16 de diciembre de 2010, Ref. C-050013030072003-00502-01: *Michelle Ángel Carmona contra los herederos indeterminados de Eusebio Ángel Arbeláez*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 8 de septiembre de 2011, Ref. 11001-3103-026-2000-04366-01: *Compañía Suramericana de Seguros S. A. con Compañía Transportadora S. A.*

ECUADOR

MARÍA GRACIA NARANJO PONCE*

SUMARIO: I. Aspectos generales.–II. Causales de la nulidad.–III. Nulidad absoluta y nulidad relativa. 1. Personas legitimadas para alegarlas. 2. Posibilidad de ratificación o saneamiento por el transcurso del tiempo.–IV. Plazo de prescripción.–V. Efectos de la nulidad. 1. Efectos entre las partes. 2. Efectos frente a terceros.–Bibliografía citada.

I. ASPECTOS GENERALES

En el Código Civil ecuatoriano, el régimen de la nulidad se encuentra consagrado en el título XX (De la nulidad y la rescisión) del libro IV (De las obligaciones en general y de los contratos), a continuación del título acerca de los modos de extinguirse las obligaciones (título XIV).

El artículo 1697 –el primero del título XX– prevé que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su especie y la calidad o estado de las partes. Especifica que la nulidad puede ser absoluta o relativa. Es así que el Código no define expresamente a la nulidad. Únicamente se refiere a la nulidad como aquella consecuencia de que a un acto o contrato le falte un requisito indispensable para su validez. Sin embargo, de aquello se desprende que la nulidad es una forma de ineficacia de los actos y contratos que resulta de un vicio en su origen.

* Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico mnaranjo@usfq.edu.ec.

A continuación, el artículo 1698 detalla cuáles son causales de nulidad absoluta y relativa. El Código distingue expresamente a estas dos formas de nulidad. A pesar de no definirlas, prevé regímenes diferenciados para cada una de ellas, con respecto a i) sus causales, ii) las personas legitimadas para alegarlas, iii) la posibilidad de ratificación y saneamiento, y iv) el plazo de prescripción de la acción para alegarlas.

En el Ecuador, el régimen de nulidad se sustenta en un sistema de anulabilidad. Los artículos 1699 y 1670 son categóricos al señalar que toda nulidad tiene que ser declarada judicialmente. Mientras tal nulidad no sea declarada, el negocio jurídico se presume válido y despliega todos sus efectos propios.

II. CAUSALES DE LA NULIDAD

Como mencionamos anteriormente, el Código Civil ecuatoriano sí consagra una teoría binómica de la nulidad, en la que se distinguen dos regímenes distintos de nulidad: el de la nulidad absoluta y el de la nulidad relativa. Uno de los elementos diferenciadores entre estos dos tipos de nulidad tiene que ver con sus causales.

Las causales previstas para la nulidad absoluta y relativa difieren sustancialmente entre sí y permiten identificar que la nulidad absoluta es el resultado de hipótesis más graves de infracción a los requisitos de validez del negocio jurídico, que comprometen el interés general¹. Por su parte, la nulidad relativa es la consecuencia de infracciones de menor gravedad que parecen comprometer solamente intereses particulares.

Las causales de nulidad absoluta están previstas en el artículo 1698. Según el artículo, son nulidades absolutas aquellas producidas por un objeto o causa ilícita, o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos (en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes). Hay también nulidad absoluta en los actos o contratos de personas absolutamente incapaces.

Se identifican en este artículo cinco causales de nulidad absoluta. La primera es la incapacidad absoluta de alguna de las partes. Los supuestos de incapacidad absoluta están señalados en el inciso primero del artículo 1463 del Código Civil. De acuerdo a este artículo, son absolutamente incapaces los de-

¹ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 603.

mentes, los impúberes y las personas sordas que no pueden darse a entender (de manera verbal, por escrito o por lengua de señas)².

La segunda es la ilicitud del objeto del contrato. Los supuestos de objeto ilícito están indicados en los artículos 1478 y 1482. En lo principal, hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público ecuatoriano³, en la enajenación de cosas que no están en el comercio, de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona y de las cosas embargadas por decreto judicial (a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello)⁴; y, generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes⁵. Además, no podrá ser objeto de un contrato el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva⁶, y no vale la condonación del dolo futuro⁷.

La tercera es la ilicitud de la causa del contrato. El artículo 1483 define a la causa ilícita como la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Añade que la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita⁸.

La cuarta es la omisión de las solemnidades esenciales para la validez del contrato –como la escrituración en el contrato de promesa⁹ y la escritura pública en el de compraventa de bienes inmuebles¹⁰.

Como mencionamos anteriormente, el artículo 1697 prescribe que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, según su especie y la calidad o estado de las partes. El artículo 1698, por su parte, aclara que la omisión de tales requisitos o formalidades es causal de nulidad absoluta, específicamente. No obstante, un sector de la doctrina ha considerado que la ausencia de tales requisitos o formalidades en realidad deriva en la inexistencia del acto o contrato, más no en su nulidad absoluta.

Un argumento para defender tal postura, con respecto a los contratos solemnes, se fundamenta en lo prescrito por el artículo 1459. Tal artículo establece que el contrato es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas

² El artículo añade que sus actos no surten ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

³ Código Civil del Ecuador. Artículo 1478.

⁴ Código Civil del Ecuador. Artículo 1480.

⁵ Código Civil del Ecuador. Artículo 1482. El artículo 1482 se refiere, específicamente, al objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes.

⁶ Código Civil del Ecuador. Artículo 1479.

⁷ Código Civil del Ecuador. Artículo 1481.

⁸ Código Civil del Ecuador. Artículo 1483.

⁹ Código Civil del Ecuador. Artículo 1570.

¹⁰ Código Civil del Ecuador. Artículo 1740.

formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte efecto civil alguno. De la lectura de este artículo se podría interpretar que la ausencia de tales solemnidades deriva en la inexistencia del acto, pues solo su inexistencia podría implicar que el acto no produzca efecto civil alguno¹¹. Esta lectura es apoyada también por el artículo 1718 del Código Civil, que prescribe que la falta de instrumento público, en los actos y contratos en que la ley requiera esa solemnidad, deriva en que este se mire como no ejecutado o celebrado.

Al margen de la discusión descrita, existe norma expresa en el Código Civil ecuatoriano –los artículos 1697 y 1698– que consagra a la ausencia de las formalidades o requisitos que la ley exige para el valor de los actos o contratos como una causal de nulidad absoluta.

Finalmente, es causa de nulidad absoluta, la omisión de un requisito de validez exigido por la ley en consideración a la naturaleza del negocio, mas no a la calidad de las partes que lo celebran.

Por su parte, son hipótesis de nulidad relativa aquellas causadas por cualquier otra especie de vicio. Parece ser, por tanto, que esta categoría de nulidad es residual¹². A criterio de Luis Parraguez, «...de allí resulta que la nulidad relativa constituye la regla general en esta materia, aplicable en todos los casos en los que la ley no sancione expresamente un contrato con la nulidad absoluta»¹³. Las causales de nulidad relativa que se identifican en el Código son, esencialmente, tres.

La primera causal es la incapacidad relativa de alguna de las partes. En el Código Civil ecuatoriano, los supuestos de incapacidad relativa están previstos en el inciso tercero del artículo 1463. Son incapaces relativos los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. El artículo añade que la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes –a diferencia de los actos de los absolutamente incapaces, que no surten ni aún obligaciones naturales¹⁴.

La segunda causal consiste en la presencia de un vicio del consentimiento. Nos hemos referido a los vicios del consentimiento y sus distintos efectos en la sección 2 de este trabajo. De aquello se desprende que los vicios del consentimiento previstos en el Código Civil ecuatoriano son el error de hecho sobre la identidad, la sustancia o la calidad determinante de la cosa, el error de

¹¹ El artículo 1570 se refiere la misma consecuencia de la falta de solemnidades –la imposibilidad de que produzca efectos– con respecto al contrato de promesa, específicamente.

¹² PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 604.

¹³ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 605.

¹⁴ Código Civil del Ecuador. Artículo 1463.

hecho sobre la identidad de la persona del otro contratante cuando ella es asimismo determinante para el negocio¹⁵; la fuerza grave e ilegítima¹⁶ y el dolo dirimente¹⁷. Solamente estos supuestos de error, fuerza y dolo constituyen hipótesis de nulidad relativa.

Finalmente, estamos ante una causal de nulidad relativa frente a la omisión de un requisito de validez prescrito por la ley en consideración al estado y calidad de las partes¹⁸. Una hipótesis de esta naturaleza es el consentimiento que debe dar el cónyuge en el régimen de sociedad conyugal para la disposición, limitación y gravamen de ciertos bienes (bienes raíces, vehículos a motor y acciones y participaciones mercantiles) pertenecientes a la sociedad conyugal¹⁹.

Luis Parraguez explica que la calificación de la nulidad es una operación de derecho que le corresponde al juez, una vez probados en el proceso los hechos que configuran las causas legales. El autor explica lo siguiente:

«El juzgador no está obligado [...] a someterse a la calificación hecha por el demandante y así lo resolvió la sentencia de 21 de septiembre de 2004 de la Corte Suprema en un caso en el que habiéndose demandado la nulidad absoluta el juez de instancia declaró la nulidad relativa porque los hechos expuestos por el actor eran causal de esta última. El caso es que el juez no prescindió de la causal invocada, ni de los hechos probados que la justificaban, solamente los encasilló en la descripción legal correspondiente, de modo que actuó conforme a derecho; y por ello dijo la Corte que ‘los hechos, aunque se quiera calificarlos como motivo de una declaratoria de nulidad absoluta del contrato al que se refieren, se subsumen dentro de la causa de rescisión prevista en el inciso segundo del artículo 1727 del Código Civil, ya que se alega que en la celebración del contrato de donación entre quien dice es su esposo y los demás demandados, no se contó con su consentimiento [...] El Tribunal de última instancia no deja de aplicar, por lo tanto, los artículos 1725 y 1726 del Código Civil –que se refieren a la nulidad absoluta de los negocios jurídicos–, porque al realizar la subsunción de los hechos relatados por la misma parte actora, los ha encasillado correctamente dentro de la causal de nulidad relativa prevista en el inciso segundo del artículo 1727 del mismo cuerpo legal’»²⁰.

¹⁵ Código Civil del Ecuador. Artículo 1470 y 1471.

¹⁶ Código Civil del Ecuador. Artículo 1472.

¹⁷ Código Civil del Ecuador. Artículo 1474.

¹⁸ Código Civil del Ecuador. Artículos 1697 y 1698.

¹⁹ Código Civil del Ecuador. Artículos 181 y 1700. Si uno de los cónyuges realiza actos o contratos relativos a los bienes del otro, sin tener su representación o autorización, se produce igualmente nulidad relativa, que puede alegar el cónyuge al que pertenecen los bienes objeto del acto o contrato.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Registro Oficial 537 de 4 de marzo del 2005.

III. NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

1. Personas legitimadas para alegarlas

Como mencionamos anteriormente, la nulidad absoluta es la consecuencia de hipótesis de infracción a los requisitos de validez de los negocios jurídicos que pueden comprometer el interés general. Es por esta razón que la legitimación activa para alegar la nulidad absoluta es más amplia que aquella para alegar la nulidad relativa.

La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba²¹. Además, el artículo 1699 especifica que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

En cambio, la nulidad relativa será declarada por el juez únicamente a petición de parte. Deberá ser alegada por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, por sus herederos o cesionarios²².

A continuación, los artículos 1701 y siguientes contemplan algunas normas específicas respecto a la legitimación activa de algunas partes para solicitar la declaratoria de nulidad relativa; así como reglas específicas acerca de la ratificación necesaria para sanear la nulidad relativa. Específicamente, el artículo 1701 prescribe que, si un incapaz ha actuado con dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad²³.

El artículo 1702 dispone que «...los actos y contratos de los incapaces en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios, no podrán declararse nulos ni rescindirse sino por las causas en que gozarían de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes». Luis Parraguez analiza el escenario al que se refiere este artículo y comenta que su redacción poco afortunada «da a entender que su presupuesto es que se han cumplido todos los requisitos tanto *formales* como *materiales*, incluso aquellos previstos por la ley para la actuación de los incapaces»²⁴. Concluye, por tanto, que la norma debe tener un sentido diferente:

²¹ Código Civil del Ecuador. Artículo 1699.

²² Código Civil del Ecuador. Artículo 1700.

²³ El artículo aclara que la aserción de mayor edad, o de no existir la interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener la declaración de nulidad. A criterio de Luis Parraguez, «...para que tenga lugar la deslegitimación activa del artículo 1701 se requiere que el incapaz haga uso de otros recursos, artificios o maniobras para ocultar su condición, como el uso de un documento falso, por ejemplo». PARRAGUEZ RUIZ. (2021), p. 512.

²⁴ PARRAGUEZ RUIZ. (2021), p. 622.

«... este no puede ser otro que el contrato ha observado, además de las solemnidades legales que correspondan, los ‘requisitos necesarios’ *para subsanar la incapacidad*, de manera que la nulidad podría demandarse por otro vicio o defecto del contrato, como la ilicitud del objeto, un vicio del consentimiento u otra causa que justifique la nulidad de los contratos celebrados por personas capaces (‘que administran libremente sus bienes’).».

Finalmente, el artículo 1703 prescribe que el Estado, los consejos provinciales, las municipalidades, y los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales se asimilan, en cuanto a la nulidad de sus actos o contratos, a las personas que están bajo tutela o curaduría.

2. Posibilidad de ratificación o saneamiento por el transcurso del tiempo

Según el artículo 1699 del Código Civil, la nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años²⁵.

La imposibilidad de ratificar un acto viciado por una causal de nulidad absoluta se debe a la antes referida trascendencia de las hipótesis o causales de nulidad absoluta, que no interesan solamente a los contratantes sino que comprometen al interés general²⁶. En concordancia, el artículo 1485 consagra la irrenunciabilidad de la acción de nulidad. Expresamente prevé que «...los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad». Dado que las causales de nulidad absoluta conciernen al interés general, las partes no pueden «disponer» de la nulidad del contrato.

Por su parte, según el artículo 1700, la nulidad relativa podrá sanearse por la ratificación de las partes o por transcurso del tiempo²⁷.

Los artículos 1710 a 1714 contienen las normas aplicables a la ratificación necesaria para sanear la nulidad relativa. El artículo 1710 se refiere a que esta ratificación puede ser expresa o tácita. «Es expresa cuando se la formula en términos explícitos, verbalmente o por escrito, e incluso, si la naturaleza del acto lo permite, mediante actos concluyentes que indican inequívocamente el propósito de sanear el negocio, como se vio al tratarse sobre la manifestación de la voluntad»²⁸. Según el artículo 1711, para que la ratificación expresa sea válida, deberá hacerse con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contra-

²⁵ Código Civil del Ecuador. Artículo 1699.

²⁶ PARRAGUEZ RUIZ. (2021), p. 623.

²⁷ Código Civil del Ecuador. Artículo 1700.

²⁸ PARRAGUEZ RUIZ. (2021), p. 624.

to que se ratifica²⁹. La ratificación tácita, en cambio, según lo prescrito por el artículo 1712, consiste en la ejecución voluntaria de la obligación contratada.

El artículo 1713 aclara que ninguna de estas formas de ratificación será válida si no emana de la parte o las partes que tienen derecho de alegar la nulidad. Es decir, solamente aquella parte que se encuentra legitimada para alegar la nulidad puede ratificar un acto o contrato viciado con una causal de nulidad relativa. El artículo 1714 añade que no vale la ratificación del que no es capaz de contratar. En otras palabras, quien ratifica debe ser legalmente capaz.

Aunque no se encuentra expresamente previsto en el Código, la jurisprudencia ha señalado que «...la ratificación opera con efecto retroactivo de suerte que el negocio saneado por esta vía se reputa válido desde su celebración»³⁰.

Tampoco existe norma expresa en el Código Civil ecuatoriano acerca de la oportunidad para ratificar un acto o contrato viciado de nulidad relativa. A criterio de Luis Parraguez:

«parece evidente que tiene que hacerse antes de la declaratoria de nulidad del contrato; y no tendría mucho sentido, por otra parte, que se lo haga una vez transcurrido el plazo de cuatro años necesarios para la prescripción de la acción, pues entonces el contrato viciado queda saneado por el transcurso del tiempo; a menos que con esa tardía ratificación se quiera agregar certeza al saneamiento cerrando el paso a un eventual litigio futuro sobre la prescripción»³¹.

IV. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Como mencionamos anteriormente, según el artículo 1699 la nulidad absoluta podrá sanearse por el transcurso de un tiempo superior a quince años³². Similarmente, según el artículo 1700 la nulidad relativa podrá sanearse por el transcurso del tiempo. El artículo 1708 aclara que el plazo para pedir la *rescisión* —el efecto de la nulidad relativa según el artículo 1698— es de cuatro años. De esta manera, la última diferencia entre la nulidad absoluta y relativa recae en los plazos de prescripción de sus respectivas acciones, que deriva en el saneamiento del vicio de nulidad.

²⁹ Por ejemplo, si se pretende ratificar el contrato de compraventa de un inmueble que celebró un menor adulto, la ratificación deberá hacerse igualmente por escritura pública.

³⁰ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 625. «Así lo ha recordado la Corte Suprema en el fallo de 21 de septiembre de 2004 que validó la tradición de un inmueble hecha antes de la ratificación». CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Registro Oficial 537 de 4 de marzo del 2005.

³¹ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 626.

³² Cabe aclarar que, al tratarse de un plazo de prescripción, este afecta exclusivamente a quienes tienen legitimación para alegar la nulidad, pero no alanza a la posibilidad de que un juez declare la nulidad absoluta de oficio.

El artículo 1708 contiene reglas aplicables cómputo de los cuatro años para la prescripción de la acción de nulidad relativa, función de la causal que justifica el ejercicio de la acción. En el caso de fuerza –como vicio del consentimiento–, el plazo contará desde el día en que ésta hubiere cesado. En los casos de error o de dolo, contará desde el día de la celebración del acto o contrato. Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará desde el día en que haya cesado esta incapacidad; salvo que se trate de las personas jurídicas, en cuyo caso el plazo contará desde la fecha del contrato.

Además, según el artículo 1709, en el evento de fallecimiento de la persona legitimada activamente, sus herederos gozan del plazo de prescripción completo, si no había comenzado a correr a la fecha de la muerte del titular, o del residuo en caso contrario. Si el heredero es menor de edad, dicho plazo, o lo que quede de él, corre desde que alcance la mayoría de edad, pero en ningún caso se extenderá más allá de los quince años desde la celebración del negocio.

El cuadro³³ que consta a continuación resume las diferencias principales entre el régimen de nulidad absoluta y relativa.

	Nulidad absoluta	Nulidad relativa
	Los intereses de las partes o de ciertas personas en particular.	Intereses más generales y relacionados con el orden público.
Causales	• Objeto ilícito; • Causa ilícita; • Incapacidad absoluta; • Ausencia de solemnidades sustanciales; y, • Cualquier otro requisito de validez que la ley prescriba para el acto o contrato, según su naturaleza.	Cualquier otra causal. En esencia: • Incapacidad relativa; • Vicios del consentimiento, específicamente: • Error en la identidad de la cosa; • Error en la sustancia o calidad determinante de la cosa; • Error en la persona (cuando es determinante); • Fuerza grave e ilegítima; y, • Dolo dirimente.
Legitimación	Legitimación activa amplia: • La parte a favor de quien se contempla la causal de nulidad. Sin embargo, si sabía o debía saber de la causal, se ve imposibilitada. • Todo aquel que tenga interés en ello. Sin embargo, si sabía o debía saber de la causal, se ve imposibilitada. • Además, el juez podría hacerlo de oficio si la causal es manifiesta.	Legitimación activa restringida: • Solamente la parte a favor de quien se contempla la causal de nulidad (o sus herederos o cesionarios).

³³ Cuadro elaborado por los autores.

	Nulidad absoluta	Nulidad relativa
	Los intereses de las partes o de ciertas personas en particular.	Intereses más generales y relacionados con el orden público.
Ratificación y saneamiento	La nulidad absoluta no puede ser ratificada ni de manera expresa ni de manera tácita. El vicio puede sanearse si la acción para demandar la nulidad absoluta prescribe.	Puede ratificarse de forma expresa o tácita por las partes. El vicio puede sanearse si la acción para demandar la nulidad relativa prescribe.
Prescripción	La acción de nulidad absoluta prescribe en quince años.	La acción de nulidad relativa prescribe en cuatro años.

V. EFECTOS DE LA NULIDAD

Como mencionamos previamente, el sistema de nulidad previsto en el Código Civil ecuatoriano se basa en la anulabilidad. Tanto la nulidad relativa como la absoluta deben ser declaradas judicialmente. Es así que los vicios que dan lugar a la nulidad, en realidad, no producen efecto alguno sobre el acto o contrato. Por el contrario, dan lugar a la posibilidad de que la parte legitimada solicite a la autoridad judicial que el acto sea declarado nulo. Hasta entonces, el acto se presume válido y despliega todos sus efectos jurídicos.

Cabe acotar que según el artículo 1698, la nulidad relativa da derecho a la «rescisión del acto o contrato». Esta es una imprecisión. La rescisión, al igual que la nulidad, es una hipótesis de ineficacia del acto o contrato. No obstante, a diferencia de la nulidad, es una hipótesis de ineficacia que se presenta en actos y contratos válidamente celebrados, pero que han incurrido en una hipótesis a la cual el Código expresamente le asigna tal efecto³⁴. Las causales de nulidad, en cambio, están presentes al momento de la celebración del acto o contrato y afectan su validez de origen —a pesar de que deba ser declarada.

En el Código Civil ecuatoriano, la declaratoria de nulidad está prevista como uno de los 11 modos de extinguir las obligaciones³⁵.

³⁴ En el Código Civil ecuatoriano, los supuestos que dan lugar a la rescisión del contrato son: 1) la lesión enorme (art. 1828); 2) la acción pauliana (art. 2370); 3) los vicios ocultos en la cosa vendida (arts. 1797 y 1800); y, 4) la inoficiosa donación (art. 1210).

³⁵ Código Civil del Ecuador. Artículo 1583 número 9.

Además, la declaratoria de nulidad –tanto absoluta como relativa– despliega dos categorías de efectos: (1) aquellos que se producen entre las partes; y, (2) aquellos que alcanzan a terceros.

1. Efectos entre las partes

El artículo 1704 prescribe que la declaratoria de nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo³⁶. El efecto retroactivo de la nulidad, sin embargo, tiene algunas particularidades.

En primer lugar, según el artículo 1704, en las restituciones mutuas, cada contratante será responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo según las reglas generales.

La remisión a las reglas generales deriva en que en caso de pérdida o deterioro de la cosa que debe restituirse resulten aplicables las normas generales sobre la pérdida de la especie o cuerpo cierto que se debe. Dichas normas constan en los artículos 1686 y siguientes del Código Civil, que consagran la doctrina de la *teoría del riesgo*. De acuerdo con estas normas:

«1.º El contratante obligado a la entrega no responde por la pérdida fortuita de la cosa, pues en tal caso se extingue la obligación de restituir, a menos que se encuentre en mora en cuyo caso deberá pagar el precio de la cosa más la indemnización de los perjuicios ocasionados por la mora, salvo que pruebe que el caso fortuito habría sobrevenido igualmente a la cosa en poder del acreedor, pues entonces solamente deberá la indemnización por la mora (art. 1688).

2.º El contratante obligado a la entrega sí responde por la pérdida o destrucción culpable de la cosa, en cuyo caso debe el precio de la cosa y la indemnización de perjuicios (art. 1688)».

Dicha remisión, junto a la referencia a la buena o mala fe de las partes para definir la responsabilidad de cada una por los frutos, mejoras y deterioros de las cosas que deben restituirse, deriva en que resulten aplicables las normas generales sobre prestaciones mutuas contenidas en el título de la acción reivin-

³⁶ El artículo expresamente excluye los casos de objeto o causa ilícita, en concordancia con lo previsto por el artículo 1484: «No podrá repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas».

dicatoria (arts. 948 y siguientes del Código Civil)³⁷. De acuerdo con estas normas, el contratante de buena fe:

- «1.º No está obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la demanda (art. 951);
- 2.º Tiene derecho al reembolso de las mejoras útiles (art. 953) y a retirar los materiales de las mejoras voluptuarias (art. 955); y,
- 3.º Solo responde de los deterioros de la cosa ocasionados por un hecho suyo (art. 950)».

Por otro lado, según el artículo 1705, si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz, sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica³⁸ con ello la persona incapaz.

De acuerdo a este artículo, si la causal de nulidad corresponde a la omisión de los requisitos habilitantes para la contratación de un incapaz, la contraparte deberá restituir lo recibido pero no puede solicitar el reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, a menos que pruebe que el incapaz se enriqueció con la celebración del contrato. A criterio de Luis Parraguez, esta es una norma prevista a favor del incapaz, que sanciona civilmente a su contraparte por no haber empleado la diligencia necesaria para conocer la condición del incapaz. Sin embargo, la norma expresamente excluye al escenario en el que el incapaz se enriqueció con el negocio jurídico, en cuyo caso opera el efecto resolutorio normal de la nulidad y la contraparte está habilitada para solicitar el reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato.

Finalmente, según el artículo 1707, la declaratoria de nulidad solamente aprovecha a la persona que la alega. Esto quiere decir que la sentencia que declara de nulidad produce efectos solo frente a quienes han intervenido como parte en el juicio en el que se alegó tal nulidad. Si dos o más personas han contratado con una persona, pero solo una de ellas demanda la nulidad, «la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras»³⁹.

Cabe acotar que no existe en el Código Civil ecuatoriano norma alguna que se refiera a la nulidad y a la indemnización de perjuicios. En otras palabras, no se encuentra expresamente regulado el supuesto de que el vicio que da lugar a la nulidad haya sido causado por una de las partes del contrato (como es el caso de los vicios del consentimiento, por ejemplo). Sin embargo, a cri-

³⁷ Ver PARRAGUEZ RUIZ (2017).

³⁸ Según el mismo artículo, se entenderá haberse hecho más rica, en cuanto las cosas pagadas, o las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas, o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas.

³⁹ Código Civil del Ecuador. Artículo 1707.

terio de Luis Parraguez, no es necesario que exista una norma expresa que se refiera a este supuesto «porque esta responsabilidad, que puede ser *in contrahendo* o extracontractual, según el momento del *iter* contractual en que se produjo el hecho dañoso, finalmente se gobernará, en lo tocante a la indemnización, por las normas de la responsabilidad extracontractual».

2. Efectos frente a terceros

El artículo 1706 prevé que la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores. Es así que la declaratoria de nulidad alcanza a terceros, sin que el Código distinga entre terceros de buena o mala fe⁴⁰.

El artículo añade, sin embargo, que existen excepciones legales a la posibilidad de reivindicar un bien que se encuentre en posesión de un tercero. Según Luis Parraguez, la única excepción de fondo que podría enervar la posibilidad de la acción reivindicatoria es la prescripción adquisitiva de dominio de la cosa que se pretende reivindicar⁴¹. Es decir si el tercero poseedor propuso la prescripción adquisitiva de dominio con respecto al bien en cuestión y obtuvo sentencia favorable, ya no será procedente la reivindicación a la que se refiere el artículo 1706.

El cuadro⁴² que consta a continuación resume los principales efectos de la declaratoria de nulidad:

Si:	Entonces:
La cosa que debe restituirse se encuentra en poder de un tercero.	El contratante con derecho a reclamarla dispone de la acción reivindicatoria contra ese tercero, sin perjuicio de las excepciones legales procedentes (la prescripción adquisitiva de dominio).
La cosa se perdió o destruyó.	El contratante obligado a su entrega responde por la pérdida o deterioro conforme las reglas sobre la pérdida de la especie que se debe
La nulidad se declaró por ilicitud del objeto o de la causa.	Solo habrá lugar a la restitución en favor de la parte que no conocía ni debía conocer el vicio. Solo si ambas desconocían, la restitución será mutua.
El contrato anulado fue celebrado por un incapaz, sin los requisitos que la ley exige.	La otra parte deberá restituir lo recibido, pero no puede pedir el reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, a menos que pruebe que con el negocio el incapaz se hizo más rico.

⁴⁰ Distinto es el caso de la sentencia ejecutoriada que declara la resolución del contrato. Según los artículos 1506 y 1507, esta solamente da acción reivindicatoria contra los terceros poseedores de mala fe, es decir, los que conocían o debían conocer la existencia de la condición resolutoria.

⁴¹ PARRAGUEZ RUIZ (2021), p. 641. Con arreglo a las normas del título XL del libro IV.

⁴² Cuadro elaborado por María Bernarda Carpio Frixione.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Registro Oficial 537 de 4 de marzo del 2005.

PARRAGUEZ RUIZ, Luis (2017): *Régimen Jurídico de los Bienes*. Quito: Editorial Cevallos.

— (2021): *Régimen Jurídico del Contrato*. Quito: Editorial Cevallos. p. 376.

MÉXICO

JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ *

SUMARIO: I. Aspectos generales.—II. Causales de la nulidad.—III. Nulidad absoluta y nulidad reactiva.—IV. Efectos de la nulidad.—Bibliografía citada.—Jurisprudencia citada

I. ASPECTOS GENERALES

La legislación mexicana no contiene una definición de nulidad, ni tampoco define lo que debemos entender por inexistencia. Ambos conceptos han sido elaborados por la doctrina. Respecto del último se ha indicado que es la «sanción que la ley impone a una apariencia de acto jurídico que carece de un elemento esencial para ser tal ¹». Pareciera mejor, en todo caso, definirla como aquella sanción que la ley impone por la falta de un requisito de existencia (más que esencial), requisitos que en el derecho civil mexicano, como hemos visto, son dos: el consentimiento y el objeto (art. 1794).

Respecto de la nulidad se ha dicho que ella «hace referencia a la ausencia o a la formación defectuosa de alguno de los elementos o requisitos señalados por la ley para la validez de un acto jurídico» ². Los requisitos de validez del contrato son cuatro: capacidad de las partes; consentimiento exento de vicios; objeto y fin o motivo del contrato lícitos y cumplir con las formalidades legales (art. 1795).

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Correo electrónico: jcmaring@itesm.mx.

¹ RICO (2015), p. 1299.

² ROBLES FARÍAS (2022), p. 451.

El sistema que construyó la legislación civil mexicana reposa en la triple distinción entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa. El artículo 2224 es el que alude a la primera de las instituciones nombradas³. Los artículos 2225 y 2226 se refieren a la nulidad absoluta⁴. Y el artículo 2227 alude a la nulidad relativa.⁵ La doctrina señala que el «Código Civil Federal recoge la teoría tripartita de las nulidades, a los que se referían los doctrinarios clásicos franceses [...]»⁶.

Como es bien conocido, la teoría de la inexistencia no tuvo un reconocimiento positivo en el Código Civil francés, sino que fue una creación de la doctrina de aquel país de fines del siglo XIX. En México, en cambio, la referida teoría tuvo un expreso reconocimiento en el Código Civil de 1928 lo que no ha evitado que a su respecto se produzcan serias disputas doctrinales y jurisprudenciales. Tanto la inexistencia como la nulidad deben, en todo caso, ser declaradas judicialmente⁷.

En general, como avancé, la doctrina ha sido reacia a su aceptación y los tribunales tienden a aplicar en su lugar la nulidad absoluta e, incluso, en ocasiones la nulidad relativa⁸. Lo anterior, en parte, encuentra su justificación en

³ Artículo 2224: «El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado».

⁴ Artículo 2225: «La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley». Artículo 2226: «La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción».

⁵ Artículo 2227: «La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos».

⁶ ROBLES FARÍAS (2022), p. 451.

⁷ La Suprema Corte ha dicho al respecto: «Si bien es cierto que tanto el Código Civil Federal como la doctrina establecen diferencias entre inexistencia y nulidad (absoluta y relativa), también lo es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado, en algunos precedentes, que esas diferencias son meramente teóricas y, en otros, que sí existen, lo que denota que las distintas integraciones del Máximo Tribunal de la República no han escapado al debate doctrinal suscitado al respecto. No obstante, la doctrina, la ley y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, en sus distintas épocas, convergen en que es necesaria la intervención jurisdiccional para comprobar la inexistencia del acto, o bien, para declarar su nulidad, de donde deriva que tanto la inexistencia como la nulidad de los actos jurídicos deben determinarse jurisdiccionalmente». Contradicción de tesis 146/2008. 26 de noviembre de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Francisco García Sandoval. Época: Novena Época. Registro Digital: 168113. Instancia: Segunda Sala. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: 2a. CLXIII/2008. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIX, enero de 2009. Materia(s): Civil, p. 785.

⁸ Se ha resuelto por los tribunales federales: «La interpretación del artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal lleva a sostener que el acto jurídico requiere, para su existencia, de dos elementos fundamentales: el primero es el consentimiento, y el segundo, el objeto. En ese contexto, se establece como regla que el acto jurídico inexistente, por falta de alguno de los apuntados elementos, no produce efecto legal alguno, sin embargo, esa regla no es absoluta, puesto que para su aplicación es necesario atender a los efectos reales que produce la celebración del acto jurídico carente de alguno de los elementos fundamentales y así determinar si esas con-

la contradicción que existe en el propio texto del CCF a propósito de la reglamentación de algunos contratos⁹ y en lo radical de sus efectos: no puede confirmarse, no prescribe y hay una amplia legitimación para solicitarla según lo dispone el artículo 2224. Lo anterior afecta la seguridad jurídica.

Tratándose de la nulidad de un contrato el legislador mexicano distingue, como avancé, entre la nulidad absoluta, por un lado, y la nulidad relativa, por la otra. También distingue entre la nulidad parcial y la nulidad total del contrato. Esta última situación depende si las cláusulas del convenio pueden subsistir de manera separada o no (art. 2238)¹⁰.

II. CAUSALES DE NULIDAD

Las causales que origina la nulidad absoluta no fueron determinados de una manera precisa por el legislador, sino que éste utilizó una fórmula que ha generado problemas de interpretación. El artículo 2225 señala: «La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley». Es una redacción lamentable: la ley dejó a la propia ley determinar los casos en que la ilicitud en el objeto, en el fin o

secuencias, ineludiblemente deben ser desconocidas por el derecho. En efecto, no pueden soslayarse las consecuencias que en el mundo fáctico acarrea la celebración de un contrato de arrendamiento en el que un tercero se hizo pasar como arrendador, siendo que éste ya había fallecido, y en el que la arrendataria no exigió que quien lo suscribió acreditara que efectivamente tenía ese carácter, pues ante esa omisión se entiende que la arrendataria dio por demostrado el carácter con el que se ostentó dicha persona, con la finalidad de alcanzar los beneficios derivados del acto celebrado, como son la posesión y disfrute del bien arrendado. Por los razonamientos expuestos, no necesariamente es dable calificar a ese acto jurídico como inexistente, sino como afectado de nulidad relativa, esto es, susceptible de ser confirmado o convalidado por el titular del derecho, toda vez que considerar lo contrario sería como desconocer los efectos que produjo en la vida real que son la posesión y disfrute del inmueble motivo del contrato por parte de la arrendataria, ignorando que ésta se colocó en esa situación por su propia voluntad y riesgo. En conclusión, acorde con lo previsto por el artículo 1802 del código sustantivo invocado, en el que la intención del legislador, sin lugar a duda va encaminada a que un acto jurídico que conforme a la regla contenida en el referido numeral 2224 sería inexistente, permite que pueda ser convalidado o ratificado, clasificándose, por tanto, como un acto que sólo está afectado de nulidad relativa, pero no de inexistente». Sexto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo directo 3596/2003. Ricardo Martínez Salazar, su sucesión. 3 de julio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Jorge Santiago Chong Gutiérrez. Época: Novena Época. Registro Digital: 182902. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: I.6o. C.287 C. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVIII, noviembre de 2003. Materia(s): Civil, p. 925.

⁹ Adicionalmente la doctrina ha explicado que la inexistencia «fue agregada de último minuto en nuestro Código Civil. Su inclusión no fue producto de largas y profundas disquisiciones, lo que se ve reflejado en la precariedad de su regulación: sólo el artículo 2224 se refiere a ella. La introducción de la inexistencia dio lugar a incongruencias sistemáticas en nuestro ordenamiento». Rico (2013), p. 1316.

¹⁰ Artículo 2238: «El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera».

motivo del contrato (¿la causa?) o en la condición producen nulidad absoluta o relativa. Por lo tanto, tratándose de las tres situaciones aludidas para saber cuándo estamos frente a una u otra figura debemos analizar cada caso en concreto según la respectiva regulación legal.

La doctrina ha señalado sobre este punto que «el aludido artículo 2225 deja al propio legislador la potestad de determinar al momento mismo de legislar, los supuestos de ilicitud del objeto, fin o condición que producirán nulidad absoluta y los que producirán la nulidad relativa. El problema con el que nos enfrentamos hoy en día es que nuestro legislador civil en ningún momento establece cuándo se produce una u otra nulidad, limitándose a establecer en cada supuesto normativo solo la “nulidad”, impidiendo que puedan inferirse indudablemente los supuestos generadores de una nulidad absoluta. Por lo anterior, el supuesto generador de la nulidad absoluta podrá más no necesariamente deberá ser, la ilicitud en el objeto, fin o condición del acto»¹¹.

Por el contrario, las causales de nulidad relativa sí se encuentran determinadas por el legislador: la falta de forma requerida por el legislador; los vicios del consentimiento (error, violencia y dolo), la lesión y la incapacidad de cualquiera de las partes del contrato autores producen su nulidad relativa (art. 2228).

En relación con la nulidad por la falta de capacidad de una o ambas partes, el legislador ha previsto dos tipos de restricciones a la plena capacidad de las personas físicas: la minoría de edad y el estado de interdicción del mayor adulto (arts. 23 y 450 I y II). Estas personas carecen de capacidad de ejercicio.

El artículo 635 dispone que son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapaces si no cuentan con la autorización de su representante legal. En el caso de los menores de edad el representante legal es la persona que ejerce la patria potestad, de ordinario ambos padres (art. 414). La patria potestas se ejerce sobre los bienes y la persona de los hijos con las restricciones que el propio legislador ha establecido (arts. 413, 425, 436 y 437). En el caso de los mayores adultos sujetos a interdicción el representante legal es el tutor (art. 449).

De conformidad con la legislación civil mexicana la mayoría de edad comienza a los dieciocho años (art. 646). De acuerdo con el artículo 647 el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Como avancé, la legitimación para demandar la nulidad relativa de un contrato que ha sido celebrado por un incapaz se encuentra acotada a la persona del incapaz por medio de su representante legal (art. 637). No pueden valer-

¹¹ PONCE DE LEÓN (2012), p. 706.

se de esta nulidad ni la contraparte (se entiende que es capaz), ni los fiadores, ni otros deudores mancomunados (art. 637).

Existe sí una restricción en que el legislador no permite que el menor pueda alegar la nulidad del contrato que celebró: cuando presenta certificados falsos del Registro Civil y se hace pasar por un mayor de edad; o cuando dolosamente afirma que era mayor de edad (art. 640). La norma se apoya en el viejo axioma de que el dolo todo lo vicia. En todo caso, habría que ver qué sucede si la norma fuere impugnada de inconstitucionalidad por afectar el principio de interés superior del menor. En los últimos años las normas sobre los incapaces han sido objeto de un serio cuestionamiento por parte de los jueces ¹².

III. NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

Las diferencias entre una y otra nulidad se producen en varios aspectos:

1.º En relación con las causales que producen una y otra según ya lo hemos referido (arts. 2225 y 2228).

2.º En lo que podríamos denominar aspectos procesales de la nulidad referida a la persona que se encuentra legitimada para demandarla judicialmente. En general existe una amplia legitimación respecto de quién puede hacer valer el vicio de nulidad absoluta (art. 2226) ¹³; lo que, por regla general, no ocurre en el caso de la nulidad relativa que lo acota al que ha sufrido el vicio

¹² Véase al respecto Cuarto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 266/2009. José Abraham Ramos Goyos. 30 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado. Amparo en revisión 267/2009. Abraham Ramos Puerto. 30 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado. Novena Época. Registro: 165233. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXXI, febrero de 2010. Materia(s): Civil. Tesis: I.4o. C.228 C, p. 2866.

¹³ De este modo se ha resuelto que: «Si bien el citado precepto establece que todo interesado se puede prevaler de la nulidad absoluta y que ésta se actualiza como la sanción máxima que el legislador impone a los actos jurídicos imperfectos, debe interpretarse que dicha facultad le corresponde a aquel que tenga interés jurídico para demandar la nulidad absoluta de un acto y no sólo por las partes intervinientes en él. Ello en atención a que la nulidad absoluta se actualiza cuando la trascendencia del vicio que la provoca es de tal entidad que afecta el interés general, por ser contrario a una ley prohibitiva o de orden público. En consecuencia, si la nulidad absoluta puede ser solicitada ante autoridad judicial únicamente por persona que cuente con interés jurídico, luego entonces, cualquier interesado se puede prevaler de ella hasta la declaratoria judicial en términos del artículo en comento, pues prevaler significa “valerse o servirse de una cosa”. Así, al sustituir el vocablo de referencia por su significado, debe entenderse que el precepto legal en cita dispone que de los efectos de la nulidad absoluta puede valerse o servirse todo interesado, una vez decretada por autoridad judicial». Contradicción de tesis 379/2010. Entre las sustentadas por el Noveno Tribunal Colegiado y el Séptimo Tribunal Colegiado, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 16 de marzo de 2011. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rocío Balderas Fernández. Tesis de jurisprudencia 57/2011. Época: Novena Época. Registro Digital: 161036. Instancia: Pri-

en el caso del error, el dolo o la violencia; al que se ha visto afectado por la lesión; y al incapaz por medio de su representante legal según lo hemos referido (art. 2230)¹⁴. Existe una excepción en el caso de la nulidad por ausencia de forma en la que el legislador ha establecido una amplia legitimación similar a la de la nulidad absoluta (art. 2229).

3.º Existe una diferencia sutil en relación con los efectos provisionales que el contrato afecto a un vicio de nulidad produce. Tratándose de la nulidad absoluta el legislador ha señalado que, por regla general, ella «no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos» (art. 2226). En cambio, en el caso de la nulidad relativa el legislador es tajante: «Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos» (art. 2227). Como aprecia, en el caso de la nulidad absoluta el legislador ha establecido una regla que puede admitir alguna excepción; en cambio, tratándose de la nulidad relativa la regla no admite distinción alguna. No es claro, en todo caso, que exista algún caso en el que el contrato afecto a un vicio de nulidad absoluta no produzca provisionalmente sus efectos¹⁵.

mera Sala. Tipo: Tesis de Jurisprudencia. Tesis: 1a./J. 57/2011. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXIV, septiembre de 2011. Materia(s): Civil, p. 828. (Énfasis añadido).

¹⁴ De este modo se ha fallado que la persona que contrató con el incapaz no se encuentra legitimado para demandar la nulidad del contrato. Atenta contra el principio de buena fe que inspira a la materia contractual: «Doctrinalmente, diversos autores han defendido el aludido principio, el cual fue retomado por el legislador en los artículos 1796 y 1797 del Código Civil Federal, al establecer que desde que los contratos se perfeccionan, éstos obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley y, su validez y observancia no pueden dejarse al arbitrio de alguno de ellos, incluso, así se infiere del contenido de los diversos numerales 2140 y 2143 de dicho ordenamiento, que exoneran al enajenante de responder por evicción –entre otros– cuando el adquirente conocía de los vicios del bien. Así, conforme a dicho postulado, una persona no puede alegar la nulidad relativa de un contrato que celebró y aceptó en su momento, considerándolo válido y del que se benefició por años, aduciendo que el sujeto con el que pactó no contaba con capacidad legal para hacerlo, como se advierte del precepto 1799 de la legislación sustantiva civil en cita, en el que se señala que la incapacidad de una de las partes contratantes no puede ser invocada por la otra en provecho propio. En esa medida, carece de acción el actor que pretende alegar esos vicios como fundamento de la nulidad de un contrato con el que se vio beneficiado en su momento, en acatamiento al invocado principio de buena fe que debe imperar respecto de sus propios actos, habida cuenta que fue él quien otorgó su consentimiento para su celebración en esas condiciones». Segundo Tribunal Colegiado del centro auxiliar de la Quinta Región. Amparo directo 289/2014. (cuaderno auxiliar 629/2014) del índice del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, con apoyo del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en Culiacán, Sinaloa. Margarito Dzib Chi. 2 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Uriel Torres Hernández. Secretario: Amaury Cárdenas Espinoza. Décima Época. Registro Digital: 2008396. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: (V Región) 20.7 C (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 15, febrero de 2015, Tomo III. Materia(s): Civil, p. 2809. (Énfasis añadido).

¹⁵ La doctrina ha señalado que la expresión *por regla general* «nos dirige invariablemente a cuestionar si habrá casos en que por excepción no se produzcan en forma alguna los efectos del acto nulo absoluto. Pensamos que la *ratio legis* de tal expresión fue tal vez dejar a salvo aquellos casos en que pueda llegarse a determinar por el mismo legislador una nulidad absoluta de pleno derecho, lo cual en la práctica no es posible en el actual sistema legal, haciendo poco afortunada y hasta nugatoria la expresión de mérito». PONCE DE LEÓN (2012), p. 707.

4.º El contrato afecto a nulidad absoluta no se puede confirmar por las partes (art. 2226). Expresa la doctrina mexicana que en «razón de la ilicitud del acto la nulidad no puede desaparecer por la confirmación que del mismo otorguen las partes [...]. De acuerdo con este razonamiento, concluimos que el sentido de la ley es que ningún acto viciado de nulidad absoluta podrá convalidarse, ni por confirmación, ni por ratificación¹⁶». Como se aprecia la nulidad absoluta protege el orden público y por ello el vicio no puede ser convalidado por las partes. En cambio, el contrato que adolece de nulidad relativa se puede confirmar por los contratantes (art. 2227, con una redacción muy lamentable). De este modo, por ejemplo, el artículo 2231 señala: «La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida». No es más que aplicación de la acción proforma a la que ya hemos aludido (art. 2232). Por su parte, el artículo 2233 señala: «Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación». Son ejemplos de confirmación del contrato viciado de nulidad relativa el cumplimiento voluntario por medio del pago, novación, o por cualquier otro modo de extinguir las obligaciones (art. 2234). De acuerdo con el artículo 2235 la confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, aun cuando el legislador ha protegido los derechos de terceros pues agrega que este efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de estos que se hubieren constituido en el intertanto¹⁷.

5.º El contrato afecto a nulidad absoluta no se puede sanear por la prescripción (art. 2226). Señala la doctrina al respecto: «Al igual que lo dicho a

¹⁶ *Ídem*, p. 707.

¹⁷ En términos generales se ha dicho por los tribunales federales respecto de la nulidad relativa lo siguiente: «Las notas distintivas de la nulidad relativa son las inherentes a que siempre permite que el acto produzca sus efectos provisionalmente; no destruye retroactivamente los efectos del acto anulado; no todo interesado puede invocarla ya que en el caso de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad de alguno de los contratantes, sólo puede ser invocada por quien sufre los vicios del consentimiento, el perjudicado por la lesión o el incapaz; puede desaparecer por prescripción o confirmación expresa o tácita y tiene lugar cuando existe falta de alguna formalidad establecida por la ley (salvo el caso de actos solemnes), error, dolo, violencia, lesión o incapacidad de los contratantes. Así las cosas, una de sus características más importantes es que la irregularidad que la conformó pueda ser purgada y, por tanto, que el acto respectivo pueda ser convalidado para surtir plenos efectos. En consecuencia, tratándose de un procedimiento judicial en el que se invoca la nulidad de un acto, si la defensa radica en que la nulidad de que se trata fue relativa y no absoluta, con lo que se busca atemperar la consecuencia de la nulidad respectiva, esta materia debe ser deducida precisamente en el juicio, lo cual implica que se demuestre ante el Juez que la convalidación ocurrió; en tal virtud, el máximo beneficio que puede aportar a quien la invoca sería la posibilidad de acreditar durante el procedimiento que el vicio de nulidad quedó purgado y, por tanto, que se actualizó la convalidación del acto impugnado, toda vez que, de no ser así, el acto en comento indefectiblemente debe ser declarado nulo». Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo directo 187/2009. Víctor Cohen Charaff. 28 de mayo de 2009. Mayoría de votos. Disidente: Neófito López Ramos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Salvador Andrés González Bárcena. Época: Novena Época. Registro Digital: 166350.

propósito de la inexistencia, lo imprescriptible es la acción de nulidad absoluta, y al no prescribir ésta el acto seguirá viciado de esa ineficacia de manera permanente»¹⁸. Ahora bien, esta situación ha generado planteamientos de constitucionalidad que hasta ahora han sido rechazados por los tribunales en el país¹⁹. El contrato que adolece de nulidad relativa, en cambio, se puede sanear por el transcurso del tiempo (art. 2227). Los plazos de prescripción en la legislación civil mexicana son, en general, breves. De este modo, la acción de nulidad fundada en incapacidad o en error prescribe en el plazo en el que prescriben las acciones personales o reales (art. 2236 en relación con el artículo 638, con una pésima técnica legislativa de remisión). El aludido plazo es variable. Así la acción para pedir la nulidad relativa prescribe en dos años en los casos previstos en el artículo 1161²⁰; en cinco en los regulados en los artículos 1162 y 1164;²¹

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: I.3o. C.745 C. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, septiembre de 2009. Materia(s): Civil, página: 3156. (Énfasis añadido).

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ «El precepto citado al establecer, que la nulidad absoluta no desaparece por la prescripción, no afecta el principio de seguridad jurídica, entre cuyas manifestaciones se encuentra el derecho a ampararse en los plazos de prescripción por la necesidad de que las relaciones patrimoniales entre las personas no permanezcan inciertas indefinidamente. Lo anterior es así, en virtud de que la nulidad absoluta, a diferencia de la relativa, recae en los elementos esenciales o de existencia de los actos jurídicos, por lo que el transcurso del tiempo no puede servir para subsanar la falta de alguno de esos elementos, independientemente de cuánto sea; es decir, el tiempo no puede convertir en acto jurídico lo que no tiene ese carácter; de ahí que esa nulidad es perpetua y puede invocarse por cualquier interesado en todo tiempo, lo que justifica que el artículo 2226 del Código Civil Federal impida que la nulidad absoluta desaparezca por la prescripción, pues del acto afectado con dicha nulidad no pueden derivarse derechos u obligaciones cuya certeza deba protegerse, tan es así que la ley establece la destrucción retroactiva de los efectos que provisionalmente hubieren tenido lugar». Amparo directo en revisión 5703/2015. Gabriel Antonio Encalada Reguartículo 1 de junio de 2016. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado. Época: Décima Época. Registro Digital: 2015740. Instancia: Primera Sala. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: 1a. CCXXXV/2017 (10a.). Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Libro 49, diciembre de 2017, Tomo I. Materia(s): Constitucional, p. 430.

²⁰ Artículo 1161: «Prescriben en dos años: I. Los honorarios, sueldos, salarios, jornales u otras retribuciones por la prestación de cualquier servicio. La prescripción comienza a correr desde la fecha en que dejaron de prestarse los servicios; II. La acción de cualquier comerciante para cobrar el precio de objetos vendidos a personas que no fueren revendedoras. La prescripción corre desde el día en que fueron entregados los objetos, si la venta no se hizo a plazo; III. La acción de los dueños de hoteles y casas de huéspedes para cobrar el importe del hospedaje; y la de éstos y la de los fondistas para cobrar el precio de los alimentos que ministran. La prescripción corre desde el día en que debió ser pagado el hospedaje, o desde aquel en que se ministraron los alimentos; IV. La responsabilidad civil por injurias ya sean hechas de palabra o por escrito, y la que nace del daño causado por personas o animales, y que la ley impone al representante de aquéllas o al dueño de éstos. La prescripción comienza a correr desde el día en que se recibió o fue conocida la injuria o desde aquel en que se causó el daño; V. La responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos que no constituyan delitos. La prescripción corre desde el día en que se verificaron los actos».

²¹ Artículo 1162. «Las pensiones, las rentas, los alquileres y cualesquiera otras prestaciones periódicas no cobradas a su vencimiento quedarán prescritas en cinco años, contados desde el vencimiento de cada una de ellas, ya se haga el cobro en virtud de acción real o de acción personal». Artículo 1164: «Prescribe en cinco años la obligación de dar cuentas. En igual término se prescriben las obligaciones líquidas

y en diez, máximo plazo de prescripción en la legislación civil mexicana, según lo señala el artículo 1159²². El artículo 2236 termina con una oración que genera dudas al establecer un plazo residual extremadamente breve: «[...] Si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido». La literalidad de la norma da a entender que si el error se conoce antes de que transcurran los dos, cinco o diez años de plazo que acabamos de mencionar, la acción de nulidad prescribirá a los sesenta días, lo cual es un claro absurdo.

IV. EFECTOS DE LA NULIDAD

Como avanzamos para que la nulidad, sea absoluta o sea relativa, produzca sus efectos es necesario que ella sea declarada por sentencia judicial firme. Ahora bien, los efectos de esta nulidad una vez declarados son los mismos para la nulidad absoluta y para la nulidad relativa. Ellos consisten en la invalidación del acto el cual queda privado de sus efectos jurídicos y en retrotraer a las partes al estado que tenían antes de la celebración del contrato que ha sido declarado nulo (art. 2239 y 2242)²³.

La doctrina mexicana ha destacado que en los casos en que la nulidad es declarada se produce una especie de reacción en cadena: «Cuando un acto jurídico se declara nulo, lo serán también todos los derechos, las obligaciones y situaciones jurídicas creadas como efectos del mismo, al igual que los derechos subsecuentes que tengan su fundamento en el acto declarado nulo (art. 2242). El principio anterior tiene como excepción los derechos del denominado *adquirente de buena fe*, es decir, aquel que adquirió a título onerosos sin conocer los vicios que tenía el título de su causante. La ley otorga protección a este tipo de adquirentes, quienes no podrán resultar afectados por la declaratoria de nulidad del título que sirvió de fundamento a su adquisición»²⁴.

que resulten de la rendición de cuentas. En el primer caso la prescripción comienza a correr desde el día en que el obligado termina su administración; en el segundo caso, desde el día en que la liquidación es aprobada por los interesados o por sentencia que cause ejecutoria».

²² Artículo 1159: «Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento».

²³ Artículo 2239: «La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado». Artículo 2242: «Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble, por una persona que ha llegado a ser propietario de él en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual mientras que no se cumpla la prescripción, observándose lo dispuesto para los terceros adquirentes de buena fe».

²⁴ ROBLES FARIAS (2022), pp. 454-455.

Por ello la declaración de nulidad da origen a que por regla general las partes deban hacerse restituciones mutuas, con una norma lógica de compensación de frutos (art. 2240)²⁵. «La privación de efectos del acto jurídico produce, como se dijo, que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con anterioridad a la celebración del contrato. Ello implica que las partes se restituyan lo que hubieran recibido como efecto del contrato. Esto solo procede cuando la restitución es posible, ya que a veces, por tratarse de objetos consumibles o de servicios que no es posible devolver, se torna imposible el cumplimiento de este efecto secundario de la nulidad»²⁶.

Opera también en este ámbito una regla similar al principio de la mora purga la mora (art. 2241)²⁷.

Los tribunales han señalado que «Para establecer si la nulidad es de carácter absoluto o relativo, carece de relevancia que produzca la destrucción total o parcial del acto jurídico correspondiente. En general, la nulidad es absoluta o relativa según las causas que la motiven, pudiendo también distinguirse una de otra en atención a las características o atributos fijados por el legislador para el caso de que se trate (por ejemplo, si el acto es confirmable o prescriptible, o si la acción compete a todo interesado o solamente al contratante). Ahora bien, el efecto de la nulidad es que el acto quede insubsistente, obligando a las partes a restituirse mutuamente lo que hubiesen recibido, y si bien puede ser total o parcial, dependiendo de si las partes que forman el acto jurídico pueden o no legalmente subsistir separadas, o de la intención de los contratantes al celebrar el acto, de esa circunstancia no cabe desprender el

²⁵ Artículo 2240: «Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consisten ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no se hará la restitución respectiva de intereses o de frutos sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí». Sobre este aspecto se ha resuelto: «La nulidad relativa de los actos jurídicos se encuentra regulada en los artículos 1924 a 1929, 1932 y 1933 del Código Civil para el Estado de Puebla, y consiste en que cuando menos uno de los elementos de validez del acto jurídico se realizó imperfectamente. La nulidad relativa puede surtir efectos provisionales, los cuales serán destruidos retroactivamente al dictarse la sentencia de nulidad, lo que necesariamente supone que se haya ejercido la acción respectiva. De manera que las causas de nulidad relativa son distintas a los efectos que genera la declaración judicial de nulidad, por lo que no deben confundirse. Por tanto, la destrucción retroactiva del acto nulo no es, lógica y jurídicamente, una de sus causas, sino un efecto del reconocimiento de la causa de nulidad y, por consiguiente, la entrega o restitución de la prestación recibida por el actor no es un presupuesto de procedencia de la acción de nulidad, sino en todo caso será efecto de la sentencia que la declare». Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Sexto Circuito. Amparo directo 402/2008. José Marcos Sergio Chazarí Cruz. 24 de noviembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Armando Pallares Valdez. Secretario: Raúl Ángel Núñez Solorio. Época: Novena Época. Registro Digital: 167992. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: VI.2o. C.651 C. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIX, febrero de 2009. Materia(s): Civil, p. 1815. (Énfasis añadido).

²⁶ ROBLES FARÍAS (2022), p. 455.

²⁷ Artículo 2241: «Mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte».

grado absoluto o relativo de la nulidad, porque ello equivale a confundir el efecto con la causa»²⁸.

En resumen, el principal efecto de la nulidad es la invalidación del contrato afecto a este vicio, sin importar si ella es absoluta, sea relativa. Lo anterior, por regla general, opera de manera retroactiva, generándose una especie de efecto en cadena que afecta a todo el resto de los actos jurídicos que dependían de la validez del que fue declarado nulo. Esta regla sufre una importante excepción en el caso de los terceros adquirentes de buena fe que quedan resguardados por el sistema civil mexicano de este efecto en cascada.

²⁸ Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. Amparo directo 94/94. Fiacro Flores Cortés. 6 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretario: José Humberto Robles Erenas. Época: Novena Época. Registro Digital: 204569. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: XII.2o.4 K. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo II, agosto de 1995. Materia(s): Común, p. 567. (Énfasis añadido).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- SÁNCHEZ BEJARANO, Manuel (2010): *Obligaciones civiles*. Ciudad de México: Oxford. 6.^a ed. Oxford.
- PONCE DE LEÓN, Javier (2012). «Glosa a las ineficacias de los actos jurídicos civiles», en Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive P. Porrúa (coords.), *Derecho de obligaciones*. Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario. México.
- RICO, Fausto; GARZA, Patricio y COHEN, Mischel (2015): *Tratado teórico práctico de derecho de obligaciones*. Ciudad de México: Porrúa. 2.^a ed.
- ROBLES FARÍAS, Diego (2022): *Teoría general de las obligaciones*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Cuarto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 266/2009. José Abraham Ramos Goyos. 30 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado. Amparo en revisión 267/2009. Abraham Ramos Puerto. 30 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado. Novena Época. Registro: 165233. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXXI, febrero de 2010. Materia(s): Civil. Tesis: I.4o. C.228 C, página 2866.
- Contradicción de tesis 146/2008. 26 de noviembre de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Francisco García Sandoval. Época: Novena Época. Registro Digital: 168113. Instancia: Segunda Sala. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: 2a. CLXIII/2008. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIX, enero de 2009. Materia(s): Civil, p. 785.
- Contradicción de tesis 379/2010. Entre las sustentadas por el Noveno Tribunal Colegiado y el Séptimo Tribunal Colegiado, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 16 de marzo de 2011. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rocío Balderas Fernández. Tesis de jurisprudencia 57/2011. Época: Novena Época. Registro Digital: 161036. Instancia: Primera Sala. Tipo: Tesis de Jurisprudencia. Tesis: 1a./J. 57/2011. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIV, septiembre de 2011. Materia(s): Civil, página 828.
- Segundo Tribunal Colegiado del centro auxiliar de la Quinta Región. Amparo directo 289/2014. (cuaderno auxiliar 629/2014) del índice del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, con apoyo del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en Culiacán, Sina-

loa. Margarito Dzib Chi. 2 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Uriel Torres Hernández. Secretario: Amaury Cárdenas Espinoza. Décima Época. Registro Digital: 2008396. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: (V Región) 2o.7 C (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 15, febrero de 2015, tomo III. Materia(s): Civil, página 2809.

Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo directo 187/2009. Víctor Cohen Charaff. 28 de mayo de 2009. Mayoría de votos. Disidente: Neófito López Ramos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Salvador Andrés González Bárcena. Época: Novena Época. Registro Digital: 166350. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: I.3o. C.745 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXX, septiembre de 2009. Materia(s): Civil, página: 3156.

Amparo directo en revisión 5703/2015. Gabriel Antonio Encalada Reguartículo 1 de junio de 2016. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado. Época: Décima Época. Registro Digital: 2015740. Instancia: Primera Sala. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: 1a. CCXXXV/2017 (10a.). Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Libro 49, diciembre de 2017, tomo I. Materia(s): Constitucional, página: 430.

Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Sexto Circuito. Amparo directo 402/2008. José Marcos Sergio Chazari Cruz. 24 de noviembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Armando Pallares Valdez. Secretario: Raúl Ángel Núñez Solorio. Época: Novena Época. Registro Digital: 167992. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: VI.2o. C.651 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIX, febrero de 2009. Materia(s): Civil, página: 1815.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. Amparo directo 94/94. Fiacro Flores Cortés. 6 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretario: José Humberto Robles Erenas. Época: Novena Época. Registro Digital: 204569. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo: Tesis Aislada. Tesis: XII.2o.4 K. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, agosto de 1995. Materia(s): Común, página 567.

PERÚ

REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR*

SUMARIO: I. Definición y principios de la nulidad contractual. 1. Definición. 2. Principios. a) Principio de consensualidad. b) Principio de libertad de contratación. c) Principio de buena fe. d) *Pacta sunt servanda*. e) Principio de conservación del contrato y *favor negotii*.—II. Los tipos de nulidad. 1. La nulidad parcial y la nulidad total. 2. La nulidad y la anulabilidad. 3. Diferencias entre la nulidad y la anulabilidad. a) Por la naturaleza de la institución. b) Por las causales. c) Por la titularidad de la acción. d) Por los efectos. e) Por su posibilidad de validación. f) Por la prescripción de la pretensión. g) Por la naturaleza de la sentencia. h) Por su origen.—III. Causales de nulidad y anulabilidad. 1. Causales de nulidad. a) Falta de voluntad o consentimiento. b) Objeto imposible, indeterminado o ilícito. c) Fin ilícito. d) Simulación negocial. e) Inobservancia de la forma solemne. f) Mandato legal. g) Contravención de normas jurídicas imperativas, orden público y buenas costumbres. h) Los supuestos no contemplados. 2. Causales de anulabilidad. a) Capacidad de ejercicio restringida. b) Vicios de la voluntad. c) Disimulación negocial. d) Mandato legal.—IV. Efectos de la nulidad. 1. Efectos y temporalidad de la nulidad.—Bibliografía citada.

I. DEFINICIÓN Y PRINCIPIOS DE LA NULIDAD CONTRACTUAL

1. Definición

El Código Civil peruano no proporciona una definición legal de la nulidad de un contrato, limitándose a regularla en el Libro II del Acto Jurídico, aplicándose tal régimen a todos los actos jurídicos, incluidos los contratos.

* Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú. rmtantalean@ucsp.edu.pe.

Y de la regulación plasmada es posible inferir algunas naturalezas discutibles entre ellas mismas.

Así, la primera concepción es la que entiende a la nulidad como una *sanción* de ineficacia por un defecto en la estructura del negocio¹, la cual fluye de diversos artículos del código civil, básicamente los referidos a las formalidades².

1.º Nuestro código civil al consagrar los requisitos del acto jurídico, exige la observancia de la forma prescrita, conforme al artículo 140.º del citado código, bajo sanción de nulidad.

2.º Algo similar acontece con el artículo 144.º donde se estipula que cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solamente un medio de prueba de la existencia del acto.

3.º Igualmente, en el libro de contratos en el 1352.º se determina que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto cuando, además, se deba observar la forma señalada bajo sanción de nulidad.

Y conectado a esta óptica, a la nulidad también se la concibe como *resultado de un proceso judicial*³.

De otro lado, se puede concebir a la nulidad como un *estado situacional del contrato* producto de una incorrecta estructuración⁴. El código asume, mayormente, esta posición⁵.

1.º Tenemos al artículo 172.º que dispone que es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa exclusivamente del deudor. Aquí se reputa al contrato como nulo, es decir, referido a la situación del acto mal celebrado.

2.º Similar es la situación del encabezado del artículo 219.º donde se consagra que el acto jurídico es nulo bajo tales circunstancias. Allí, de inicio

¹ TORRES VÁSQUEZ (2015), p. 963. TABOADA CÓRDOVA (2002), p. 89. VIDAL RAMÍREZ (2013), p. 528. NINAMANCCO CÓRDOVA (2014), p. 100. LOHMANN LUCA DE TENA (1994), p. 590. RIVERA ORÉ y BAUTISTA TOMÁ (2005), p. 223. NÚÑEZ MOLINA (2003), p. 96.

² Así, por ejemplo, tenemos los artículos 156.º, 264.º, 280.º, 295.º, 675.º, 1092.º, 1304.º, 1411.º, 1412.º, 1425.º, 1605.º, 1624.º, 1625.º, 1650.º, 1858.º, 1871.º y 1925.º del código civil. En todos estos casos señalados se trata de sancionar con nulidad la inobservancia de la forma prescrita. Esto se debería a que cuando la norma no sanciona con nulidad la inobservancia de la forma prescrita, dicha formalidad no será elemento del acto jurídico.

³ En el artículo 193.º se faculta accionar la nulidad del acto simulado. En el artículo 220.º se dice que la nulidad puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público e, incluso, puede ser declarada por el juzgador cuando sea manifiesta. Y en virtud del artículo 225.º puede subsistir el negocio jurídico, aunque el documento que lo contiene o lo prueba sea declarado nulo.

⁴ ESPINOZA ESPINOZA (2010), p. 497. LEÓN HILARIO (2019), p. 85. RUBIO CORREA (2001), p. 20.

⁵ Por ejemplo, respecto de la nulidad están los artículos V, 27.º, 172.º, 222.º, 264.º, 274.º, 629.º, 688.º, 808.º, 811.º, 813.º, 814.º, 865.º, 1425.º, 1111.º, 1444.º, 1453.º, 1543.º, 1582.º, 1631.º y 1927.º, entre otros.

se reputa al negocio como nulo, por lo que se alude a un mandato legal que opera calificando a la situación del contrato.

3.º Tenemos también al artículo 1405.º que manda que es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora.

4.º Y en el artículo 1406.º se dispone que es nulo el contrato sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro.

Conforme a lo mostrado, la nulidad goza de una naturaleza dual o bifronte en nuestro sistema jurídico legal: por un lado, describe el estado situacional del acto jurídico mal conformado y, por el otro, sugiere la sanción que le corresponde por tal estado.

Esta visión se adscribe a la teoría clásica de la nulidad en virtud de la cual se constituye una manera de ser patológica del acto y, a su vez, el régimen aplicable a ese acto. Y como este estado existe desde la celebración del contrato, el papel del juez se limitará a constatar la nulidad preexistente.

Para terminar, si la nulidad cuenta con una naturaleza dual (estado y sanción), el asunto se dificulta cuando es equiparada con la invalidez; pues entre la mayoría de nuestros estudiosos, invalidez y nulidad son lo mismo, o cuando menos aquella subsume a esta ⁶, y ambas refieren tanto el estado del acto mal conformado como la sanción que les corresponde; aunque en nuestra codificación existen artículos que refieren el tema de la invalidez sin aludir a la nulidad ⁷, lo cual importa por cuanto la invalidez no es sino la cara opuesta de la validez.

⁶ TORRES VÁSQUEZ (2015), p. 962. MOREYRA GARCÍA SAYÁN (2005), p. 325. ROMERO MONTES (2003), p. 299. MORALES HERVIAS (2019), p. 188. CASTILLO FREYRE y MOLINA AGUI (2021), p. 301.

⁷ Por ejemplo, el artículo 1398.º refiere que las estipulaciones que exoneran o limitan la responsabilidad en contratos por adhesión o con cláusulas generales de contratación no son válidas. El artículo 1438.º menciona la invalidez de un contrato por hecho propio del cedente, como supuesto de ineficacia del pacto por el cual el propio cedente se exonera de garantizar al cesionario la existencia y validez del contrato en cuestión. Por el artículo 1629.º la donación no puede exceder de lo que se puede otorgar por testamento, en caso contrario tal donación es inválida. El artículo 1634.º invalida la donación hecha por persona que no tenía hijos, si resulta vivo el hijo del donante que este reputaba muerto. Lo mismo acontece en los subsiguientes artículos 1635.º y 1636.º con los que guarda estrecha vinculación. El artículo 1642.º nos refiere el caso de invalidación de una donación sujeta a remuneración o a cargo, exigiendo al donante abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho. En el artículo 1964.º se nos refiere dos supuestos de carencia de validez de la revocación de una promesa unilateral. Y el artículo 171.º invalida el contrato cuando la condición suspensiva es ilícita o física o jurídicamente imposible. Y solamente para complementar, existen algunos artículos que utilizan el vocablo validez de modo expreso como son: 140.º, 274.º inciso 3, 798.º y 1544.º

2. Principios

En nuestra codificación civil no es posible encontrar la regulación de los principios que rigen la nulidad contractual. Sin embargo, existen algunos principios que están previstos para los contratos en general y que, indirectamente, implican a la nulidad, los que se pueden inferir de algunas normas prescritas legalmente.

a) PRINCIPIO DE CONSENSUALIDAD

Este principio se puede derivar del artículo 1352.º del código civil que reza:

«Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad».

Como bien se conoce, este principio manda la informalidad de los contratos de modo general, es decir, que los contratos no requieren de formalidad alguna, bastando el acuerdo de voluntades entre los otorgantes, reservándose la forma solemne o probatoria únicamente para muy pocos contratos. Se conecta con la nulidad desde que, en caso de enfrentarnos a una forma solemne esta se constituye en un elemento ineludible del contrato.

b) PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

La autonomía privada implica el principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas de los particulares conforme a su voluntad. Tal autonomía forma parte del principio de autodeterminación de las personas cuyo sustento se basa en el principio de legalidad genérico consagrado en nuestra Constitución Política en su artículo 2.º inciso 24, literal a, donde se decreta que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe⁸.

En materia contractual la autonomía privada se expresa en la libertad de contratación. Esta libertad, según nuestra Corte Suprema, forma parte de la autonomía privada, la que se entiende como el poder de los particulares para darse por sí reglas en el campo de las relaciones económico-sociales⁹. Igualmente, se cuenta con el artículo 62.º de la Constitución Política que dispone:

«La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales

⁸ GUTIÉRREZ CAMACHO (2021), p. 34.

⁹ Casación 2393-2000-Jaén.

no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».

Y en el mismo derrotero se tiene al artículo 1354.º del Código Civil:

«Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

Por ello el artículo 1356.º del código material coloca a las disposiciones legales de manera supletoria frente a la voluntad de las partes, a menos que sean imperativas.

Esta libertad de contratación está compuesta por dos libertades: la de contratar y la contractual. La *libertad de contratar* o libertad de conclusión consiste en la facultad de un particular para celebrar o no un contrato, y si finalmente decide contratar, determinar con quién contrata. La *libertad contractual* o de configuración, en cambio, alude a la libertad de determinar el contenido del contrato, y comprende, a su vez, a la libertad para decidir el tipo y la forma de contrato, la libertad para decidir la jurisdicción ante los ulteriores conflictos que se generen, y la libertad para determinar el objeto del contrato o conjunto de obligaciones que se asumirán¹⁰. Nuestra Corte Suprema ha ratificado lo dicho,¹¹ al igual que nuestro Tribunal Constitucional¹², para quien el derecho a la libre contratación garantiza, *prima facie*, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante; y, además, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual¹³.

Esta libertad de contratación se conecta con el tema de la nulidad porque cuenta con límites. Así, desde la postura de nuestro Tribunal Constitucional los límites a la libertad contractual pueden ser de dos tipos: explícitos o implícitos¹⁴. Los límites explícitos son las normas legales de carácter imperativo, el orden público y las buenas costumbres –o si se prefiere, la ley, la moral y el orden público–¹⁵. Estas tres aristas son las que conforman lo que propiamente

¹⁰ GUTIÉRREZ CAMACHO (2021), pp. 36-37.

¹¹ Casaciones 280-2000-Ucayali y 3700-2000-Callao.

¹² Sentencia recaída en el Expediente 0504-2000-AA/TC.

¹³ Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI.

¹⁴ Sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA-TC.

¹⁵ KRESALJA y OCHOA (2009), p. 284.

se llama lícitud; ergo, un contrato será lícito si está acorde a dichas limitantes ¹⁶. Por eso se sanciona con nulidad el acto jurídico celebrado en contravención a las normas jurídicas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, tal y como se desprende de los artículos V y 219.º inciso 8 del código civil.

Y, conforme a nuestro Tribunal Constitucional, entre los límites implícitos tenemos a las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos ¹⁷, y ello es porque ni siquiera la libertad de contratación como derecho cuenta con la condición de absoluto ¹⁸.

c) PRINCIPIO DE BUENA FE

La buena fe en realidad es un principio que rige a todo el derecho civil como pauta normativa, interpretativa e integradora. En el caso de los contratos se cuenta con el artículo 1362.º que exige su recurrencia durante la preparación, la celebración y el cumplimiento.

«Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

Este principio repercutirá en el tema de la nulidad dado que ya no es dable que esta sea vista únicamente como una sanción meramente objetiva, sino que, en más de un caso, se requerirá de una evaluación subjetiva en el proceder de los contratantes, antes de su imposición. Así, no es dable que un contrato firmemente asumido sea luego pasible de discusión por la parte que dolosa o culposamente sembró una causal de nulidad. Este asunto se conecta directamente con la doctrina de los actos propios que, justamente, prohíbe obtener beneficio del dolo o de la propia torpeza.

d) *PACTA SUNT SERVANDA*

El principio conocido como *pacta sunt servanda* significa que uno es siervo de lo que ha pactado, lo que implica que uno está obligado a cumplir con lo contratado.

¹⁶ Sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA-TC.

¹⁷ Sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA-TC. El incluir a los derechos fundamentales como un límite implícito ya se contempla para el derecho sucesorio en el artículo 738.º del código civil.

¹⁸ Sentencia recaída en el Expediente 004-2004-AI/TC. Cf. STC 0001-2005-PI. ARIAS SCHREIBER PEXET (2011), 87.

Es el artículo 1361.º del Código Civil el que contempla este principio:

«Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla».

Su conexión con la nulidad se deriva de lo dicho para el anterior principio, pues impide que un sujeto que firmemente asumió un pacto pueda luego eximirse de su cumplimiento, a base de una causal de nulidad, cuando conocía perfectamente de su existencia, o estuvo en la posibilidad de conocerla.

e) PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO Y *FAVOR NEGOTII*

El principio de conservación del contrato, basado en el principio de conservación del negocio jurídico, exige que, ante cualquier eventualidad referida a la validez del contrato, se debe estar por su salvataje en la medida de lo posible. Es decir, en caso de algún vicio, se deberá optar por rescatar la parte no contaminada del negocio. Es el sustento de la nulidad parcial.

También pregonan este principio que, en caso de duda, se estará por la existencia y validez del contrato. En una palabra, el *favor negotii* implica estar siempre a favor del negocio jurídico y la validez de su contenido, ante cualquier contingencia¹⁹.

II. LOS TIPOS DE NULIDAD

1. La nulidad parcial y la nulidad total²⁰

La primera división que podemos encontrar en el Código Civil es la que clasifica a la nulidad en total y parcial.

En efecto, en el artículo 224.º se manda lo siguiente:

«La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.

¹⁹ Aunque indirectamente, el artículo 225.º refleja esta directriz pues dispone que no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo, pudiendo el negocio ser válido, aunque el documento se declare nulo.

²⁰ Es posible también dividir a la nulidad en *expresa* (cuando la causal la prescribe la ley) y *tácita* o virtual (cuando la causal no está declarada directamente por una norma jurídica, pero se infiere por contravenir normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres). Y también se puede hablar de nulidad *manifiesta* (cuando el vicio es patente) y *no manifiesta* (cuando el vicio no es evidente). La nulidad manifiesta puede ser declarada de oficio conforme al artículo 220.º del código civil y ha sido materia del X Pleno Casatorio Civil.

La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.

La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal».

Como se puede apreciar, las tres normas contenidas en este artículo nos proponen la regulación de la nulidad parcial, intentado salvar el contrato en la medida de lo posible.

También se cuenta con el artículo 223.º donde se dispone lo siguiente:

«En los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias».

Y aunque no se tiene una regulación explícita de la nulidad total esta, evidentemente, se colige de la regulación genérica, pues toda la regulación ha sido pensada sobre una nulidad total del contrato.

2. La nulidad y la anulabilidad

En el libro de acto jurídico se hace una clara diferencia entre la nulidad y la anulabilidad, como supuestos distintos en cuanto a su tratamiento. Y aunque se asocia doctrinalmente a la nulidad relativa con la anulabilidad, y a la nulidad absoluta con la nulidad propiamente dicha; en sentido estricto, nuestra legislación labora únicamente con la división nulidad-anulabilidad.

Para nuestro derecho la nulidad y la anulabilidad son las dos únicas categorías recogidas por la ineficacia estructural²¹, por tanto, todas las causales de nulidad y de anulabilidad se presentan siempre al momento de la celebración del negocio (ineficacia originaria), suponen un defecto en la estructura negocial (ineficacia estructural) y son de carácter legal, establecidas e impuestas por la ley²², no pudiendo ser creadas o pactadas por los particulares²³. Así, nuestra codificación no reconoce la figura de la inexistencia contractual.

²¹ El profesor MORALES HERVIAS (2019), p. 185 agrega la categoría de la rectificación como supuesto de invalidez o ineficacia estructural.

²² TABOADA CÓRDOVA (2002), p. 82.

²³ Esto se debe acoger de modo general, puesto que nuestro código civil permite pactar formas convencionales que pueden conllevar a la nulidad del contrato, como se puede observar en el artículo 1411.º Hay que resaltar que estas tres semejanzas se consideran como los principios de la nulidad contractual. Vid. TORRES VÁSQUEZ (2015), p. 963.

3. Diferencias entre la nulidad y la anulabilidad

Si bien las semejanzas entre la nulidad y la anulabilidad se resumen en que ambas son supuestos de ineficacia estructural, las diferencias son mayores, como lo ha reconocido nuestra Corte Suprema:

«En la teoría de la invalidez del acto jurídico, se distingue la nulidad de la anulabilidad, de tal manera que es nulo el acto jurídico al que le falta un requisito esencial sea contrario a una norma imperativa o sea ilícito (art. 219.º del código civil), y es anulable aquel que tiene un vicio invalidante no visible y subsanable (art. 221.º del código civil), (...) en el primer caso, cualquiera que tenga interés o el Ministerio Público pueden pedir la declaración de nulidad, y aún (sic) declararse de oficio por el Juez; y la declaración de nulidad surte efecto ab initio es decir el acto nulo resulta inexistente (art. 220.º del código civil); en el segundo caso, la nulidad sólo (sic) se declara a petición de aquellas personas en cuyo beneficio la establece la ley (art. 222.º del código civil)»²⁴.

a) POR LA NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN

El negocio nulo carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o teniendo todos los aspectos de su estructura tiene un contenido ilícito, por contravenir las buenas costumbres, el orden público o alguna norma imperativa. El negocio anulable tiene todos los aspectos de su estructura y contenido perfectamente lícito, pero tiene un vicio estructural en su conformación, por ello se le denomina acto viciado. La nulidad supone un defecto severo en la conformación del acto jurídico, mientras que la anulabilidad únicamente, un vicio leve en la estructura.

«Que el acto jurídico nulo se presenta cuando el acto es contrario al orden público o carece de algún requisito esencial para su formación. El acto jurídico será anulable cuando concurriendo los elementos esenciales a su formación, encierran un vicio que pueda acarrear su invalidez a petición de parte»²⁵.

b) POR LAS CAUSALES

Las causales de nulidad reguladas en el artículo 219.º del código civil tutelan el interés público. Las causales de anulabilidad contempladas en el ar-

²⁴ Casación 505-97-Lima.

²⁵ Expediente 973-90-Lima.

título 221.º tutelan el interés privado de las partes celebrantes del acto, a fin de proteger a la parte afectada por la causal.

«(...) la nulidad de un acto jurídico puede ser interpuesta por cualquier persona que tenga interés, esto es, que afecte directa o indirectamente su derecho, o el de la persona o grupo de personas que representa, o exista un interés difuso»²⁶.

c) POR LA TITULARIDAD DE LA ACCIÓN

El correlato de la anterior diferencia es que la pretensión de nulidad puede interponerla cualquier sujeto, siempre que acredite legítimo interés económico o moral, inclusive el Ministerio Público (por eso se habla de nulidad absoluta). Es más, el Juez puede declarar de oficio una nulidad cuando resulte manifiesta. Todo de conformidad con el artículo 220.º del código civil:

«La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación».

En cambio, la pretensión de anulabilidad solo puede interponerla la parte que ha celebrado el acto jurídico viciado y que es perjudicada con la causal en cuyo beneficio la ley establece dicha acción, esto conforme al artículo 222.º del código civil (por eso se habla de nulidad relativa):

«El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.

Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley».

Además, puede demandar la anulabilidad el tercero siempre que se encuentre perjudicado conforme al inciso 3 del artículo 221.º del código civil.

«La acción de anulabilidad puede ser ejercida a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas (sic) en cuyo beneficio lo establece la ley²⁷».

²⁶ Casación 2381-97-Tacna.

²⁷ Casación 160-98-Lambayeque.

d) POR LOS EFECTOS

El negocio jurídico nulo nunca produce los efectos jurídicos que tenía que haber producido, es decir, nace muerto²⁸. Por su parte, el negocio anulable es provisionalmente productivo de sus efectos jurídicos, nace con vida pero gravemente enfermo²⁹ y por poseer un vicio en su conformación tiene un doble destino alternativo y excluyente: o es confirmado por la parte afectada (en cuyo caso seguirá produciendo sus efectos jurídicos) o es declarado judicialmente nulo (en cuyo caso la sentencia opera retroactivamente a la fecha de celebración del negocio anulable como si hubiera sido nulo desde un inicio). Dicho destino depende de la parte afectada por la causal de anulabilidad. Entonces, el objetivo de la acción de anulabilidad es la declaración judicial de nulidad del acto anulable.

e) POR SU POSIBILIDAD DE VALIDACIÓN

Los negocios nulos no son confirmables³⁰ por haber nacido sin vida, a diferencia de los negocios anulables que sí son subsanables o convalidables en virtud de la confirmación³¹. Y aunque en la realidad una o todas las partes decidan cumplir voluntariamente las prestaciones basadas en un acto nulo, tal situación no lo convalida. En todo caso se tratará del cumplimiento de un efecto meramente práctico o fáctico, mas no de un efecto jurídico³².

La única opción viable para un negocio nulo es la institución denominada conversión no reconocida en nuestro ordenamiento positivo de modo expreso³³.

f) POR LA PRESCRIPCIÓN DE LA PRETENSIÓN

En lo concerniente a la prescriptibilidad de las pretensiones, la acción de nulidad del acto jurídico prescribe a los diez años, mientras que la acción de anulabilidad, a los dos años, conforme al artículo 2001.º del código sustantivo.

²⁸ TORRES VÁSQUEZ (2015), p. 965.

²⁹ TABOADA CÓRDOVA (2002), p. 90.

³⁰ Sin embargo, a decir de Jorge Eugenio Castañeda (1955), p. 304 la nulidad absoluta o de pleno derecho se convalida con la prescripción. Discutiblemente en una antigua sentencia judicial peruana se afirmó que quien ha practicado deliberadamente actos que confirman el contrato que celebró, aun cuando este adoleciera de nulidad, aquellos actos excluyen el ejercicio de la acción para conseguir dicha nulidad en su día [7 noviembre 1946 RJP pp. 87 ss. en CASTAÑEDA (1955), p. 308].

³¹ La confirmación se regula entre los artículos 230.º y 232.º del Código Civil.

³² CUADROS VILLENA (1996), p. 217.

³³ TORRES VÁSQUEZ (2012), p. 1073. PALACIOS MARTÍNEZ (2002a), pp. 345 ss.

Al respecto se ha dicho que la prescripción de la acción de nulidad tendría por objeto que el negocio jurídico nulo adquiriera validez por el transcurso del tiempo³⁴, aserción que no es aceptada por un sector doctrinario, pues se considera que la acción de nulidad, al ser declarativa, no convalida el contrato por el mero transcurso del tiempo, por lo que se pregona su imprescriptibilidad, aunque esta no se encuentra reconocida en el código peruano.

Esta situación crea una falsa apariencia de validez del acto nulo. Y la solución sería la de considerar que, si bien la acción de nulidad ya no puede ser interpuesta al prescribir, la parte contra la que se pretenda hacer valer el contrato nulo tendría la posibilidad de defenderse, deduciendo la prescripción ya no como acción, sino como excepción³⁵.

En el caso de la acción de anulabilidad, al operar la prescripción de dicha acción, se estaría confirmando tácitamente el acto anulable por la parte a quien corresponda ejercerla.

g) POR LA NATURALEZA DE LA SENTENCIA

Se afirma que la sentencia en materia de nulidad es simplemente declarativa³⁶, es decir, se limita a constatar que se ha producido la causal de nulidad y que el negocio nunca ha producido efectos jurídicos ya que nació muerto. El negocio nulo sería una realidad jurídica preexistente a la sentencia.

«La declaración judicial de nulidad no es sancionadora sino reconocedora de una situación jurídica existente, cuyo efecto es eliminar la apariencia de validez del acto y otorgar el efecto erga omnes»³⁷.

Por su parte, la sentencia en materia de nulidad del negocio anulable es constitutiva, pues solo surge por efecto de la sentencia cuando un interesado tome la iniciativa de hacerla pronunciar por el juez. Y es constitutiva por cuanto crea una nueva situación jurídica distinta a la preexistente³⁸ aunque su efecto se retrotrae a la fecha de celebración del negocio jurídico.

³⁴ CUADROS VILLENA (1996), pp. 232-233. CASTAÑEDA (1955), p. 304.

³⁵ TABOADA CÓRDOVA (2002), p. 94. Cf. PALACIOS MARTÍNEZ (2002b), p. 118.

³⁶ LEÓN BARANDIARÁN (1983), p. 67. Cf. PALACIOS MARTÍNEZ (2002b), pp. 117-118.

³⁷ Casación 1843-98-Ica.

³⁸ LAMA MORE (2001), p. 96. Por eso para BELAÚNDE MOREYRA (2002), toda vez que de acuerdo con nuestro código civil tanto la nulidad absoluta como la relativa tienen que ser declaradas judicialmente, en cualquiera de los dos casos las sentencias son declarativas, al menos en sus efectos, al retrotraerse al momento de la celebración del acto nulo o del acto anulable.

h) POR SU ORIGEN

La anulabilidad es expresa y viene siempre declarada directamente por la norma jurídica formal. La nulidad, en cambio, puede ser expresa o tácita.

III. CAUSALES DE NULIDAD Y ANULABILIDAD

1. Causales de nulidad

Las causales de nulidad pueden ser expresas o tácitas. Las expresas están plasmadas legalmente, en cambio las tácitas se las infiere cuanto el contrato contraviene al orden público, a las buenas costumbres o las normas imperativas, ello conforme al artículo V del Título Preliminar del Código Civil. A su vez, las causales expresas pueden ser genéricas o específicas. Las genéricas están previstas en el artículo 219.º del código, en cambio las específicas se encuentran desperdigadas a lo largo del ordenamiento jurídico legal.

El artículo 219.º reza:

«El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. (Derogado).
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa».

Corresponde ahora una revisión breve por cada una de las causales de nulidad, recordando que estas se deben interpretar de manera restrictiva³⁹.

a) FALTA DE VOLUNTAD O CONSENTIMIENTO

La primera causal de nulidad refiere la falta de voluntad del sujeto, sin embargo, para los contratos la causal sería más exactamente la falta de consen-

³⁹ LEÓN BARANDIARÁN (1954), p. 324.

timiento que es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de una voluntad común⁴⁰. Es decir, primero tiene que haber una adecuada voluntad de cada uno de los contratantes, y luego entre ambas voluntades debe haber concordancia.

En cuanto a la voluntad de cada uno de los sujetos, esta se concibe estructurada por dos sub-voluntades: la interna y la externa. Ello ha sido manifestado jurisprudencialmente⁴¹:

«Para que exista voluntad jurídica se requiere de la concurrencia de elementos internos (discernimiento intención y libertad) y externos (manifestación); que, con los elementos internos queda formada la voluntad, la misma que para producir efectos jurídicos requiere que sea manifestada; que, la voluntad declarada es la voluntad exteriorizada por medio de declaraciones y comportamientos, siendo la única que puede ser conocida por el destinatario».

Obviamente, entre la voluntad interna y la externa tiene que haber congruencia y en caso de no haberla estaríamos ante una ausencia de manifestación de voluntad (aunque estrictamente sería más bien incongruente voluntad). Por ello, siempre que se presente una incompatibilidad entre la voluntad interna y la voluntad declarada, estaremos acoplándonos a la causal de incongruente manifestación de voluntad⁴².

Dentro de esta causal podemos ubicar a la incapacidad natural entendida como las causas pasajeras que alteran el discernimiento de un sujeto. Este supuesto requiere que bajo el influjo de esta causa temporal el actor emita una declaración que en definitiva no será tal⁴³; y como ejemplos están los casos practicados en estado de inconsciencia o perturbación mental pasajera como la hipnosis, el sonambulismo o la embriaguez⁴⁴. Un segundo supuesto sería el caso del error obstativo o error en la declaración resultado de un *lapsus linguae*, el cual se comete, por ejemplo, por distracción o por escaso conocimiento de una lengua extranjera; sin embargo, nuestro codificador ha ubicado este supuesto en las causas de anulabilidad. Algo similar acontece con el supuesto de una declaración en donde ha mediado violencia, pues, pese a ser un supuesto de nulidad, nuestro codificador ubica tal hipotético como uno de anulabilidad, lo cual obedece a criterios prácticos, pues el sujeto perjudicado, podría

⁴⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE (2017), p. 82.

⁴¹ Casaciones 1772-98-Apurímac y 4003-2007-Arequipa.

⁴² En el antiguo Expediente 770-98 la Corte Suprema dijo que «(...) hay error en el consentimiento cuando la voluntad de las partes no coincide con la causa final y, obviamente, esta es causa de anulabilidad del acto jurídico por impulso exclusivamente de las partes contractuales».

⁴³ TABOADA CÓRDOVA (2002), p. 106.

⁴⁴ MEZA MAURICIO (2003), p. 413.

salir, a fin de cuentas, beneficiado con el negocio celebrado. También se ubican bajo esta causal las declaraciones hechas en broma o *iocandi gratia*⁴⁵, con ánimo académico, y *ab iratio* o bajo un estado emocional de furia o enojo.

Ahora bien, en cuanto al consentimiento tenemos que por mandato del artículo 1373.º del código sustantivo, el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente. Y complementando, el artículo 1359.º dispone que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria. Por tanto, en caso de no haber un pleno acuerdo de voluntades, estaremos ante un contrato nulo.

Por último, basta agregar que para nuestra codificación el silencio importa manifestación de voluntad solamente cuando la ley o el convenio le atribuyen significado, ello conforme al artículo 142.º de nuestro código. Ante un silencio simple, no habrá contrato.

b) OBJETO IMPOSIBLE, INDETERMINADO O ILÍCITO

La imposibilidad del objeto puede ser física o jurídica. Entendiendo al objeto como la realidad susceptible de entrar en la autorregulación de los privados (la que comprendería a la relación jurídica, y con ella a las prestaciones, los bienes, los servicios y las abstenciones), la posibilidad requerirá la adecuación de cada una de ellos a las leyes naturales y a las leyes humanas. Además, para dar origen a la nulidad la imposibilidad no ha de ser relativa sino absoluta, es decir, para todos y no solo para el sujeto obligado.

La posibilidad física del objeto está dada por su factibilidad de realización con ajuste a las leyes naturales. Si se trata de prestaciones, la imposibilidad física hará referencia a las conductas, de modo que un sujeto no podrá comportarse de un modo determinado⁴⁶. Esto incluye a los servicios y a las abstenciones. Pero si se trata de bienes estos deben existir al momento en que se celebra el acto jurídico o deben ser posibles de existir. La imposibilidad física del objeto negocial puede referirse a la existencia del bien.

«Es nulo el contrato de arrendamiento de un inmueble para su inmediata explotación comercial, conforme se expresa puntualmente en el documento, si el

⁴⁵ Es totalmente asequible que se ubiquen estos supuestos como falta de seriedad de la causa. MORALES HERVIAS (2019), p. 199.

⁴⁶ LOHMANN LUCA DE TENA (1994), p. 81.

local está en proceso de construcción y tal circunstancia no es mencionada al momento de contratar»⁴⁷.

También la imposibilidad física del objeto puede referirse al cumplimiento de la prestación, así como a la relación jurídica que se pretende entablar. Bajo este supuesto, la imposibilidad física supondría primeramente la imposibilidad de la existencia de la relación jurídica, es decir, su no factibilidad de realización.

Por su parte, la imposibilidad jurídica puede referirse al bien que por mandato de la norma jurídica o por razones de orden público o de otra índole, está fuera del tráfico patrimonial⁴⁸. También puede aludir al cumplimiento de la prestación. Finalmente, la imposibilidad jurídica puede referirse a la relación jurídica, pues la imposibilidad jurídica supone que dicha relación no está dentro del marco jurídico⁴⁹.

«Es nula la transferencia de una farmacia a quien carece de título profesional de químico-farmacéutico, considerando que existe ley expresa que establece tal requisito bajo sanción de nulidad»⁵⁰.

Y para el caso de los contratos, de modo específico se manda en el artículo 1403.º que la prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles.

En cuanto a la determinación, de una lectura sistemática entre los artículos 140.º y 219.º inciso 3 del código civil se colige que el legislador exige que el objeto del contrato, además de posible, deba ser determinado o, cuando menos, determinable. O sea, al celebrar un contrato se debe especificar la parte de la realidad que ingresa a formar parte de la norma negocial creada por los privados. Por ejemplo, en un caso se declaró nula la transferencia de acciones que aludía genéricamente a tal enajenación, considerando que, aunque la cuenta se refería a determinada cantidad y tipo de acciones, se omitió consignar su numeración, que es el signo de individualización que define la cosa cierta y determinada, materia del contrato⁵¹.

«Es inválido el contrato de compraventa en el que no se especifica con distinción la cosa cierta que le sirve de objeto»⁵².

⁴⁷ Expediente 1794-84-Cuzco.

⁴⁸ LOHMANN LUCA DE TENA (1994), p. 78. TORRES VÁSQUEZ (2018), p. 376.

⁴⁹ MOREYRA GARCÍA SAYÁN (2005), pp. 121 y 151.

⁵⁰ Expediente 1098-85-Lima.

⁵¹ Expediente 676-31-Lima PS 16-06-1932.

⁵² AJ 1932 p. 72 - Perú en VEGA VEGA (1998), p. 32.

No procede ordenar que el vendedor otorgue escritura pública de la compraventa si en el instrumento privado que sirve de recaudo a la demanda no se indica el bien que es materia de la transferencia ni su precio, por lo que es evidente que no se ha celebrado el acto jurídico»⁵³.

Cuando no se tiene en claro cuál es el objeto del negocio jurídico, este no puede subsistir, por lo que acarrea su invalidez. Lo contrario fomentaría inseguridad al momento de su verificación; pues, si recordamos, el contrato genera normas entre los particulares, y tales normas deben contar con cierto grado de claridad para lograr su efectividad, ergo la determinación o determinabilidad del objeto es indispensable pues en caso contrario no habrá medio de exigir por parte del deudor prestación alguna⁵⁴.

Y en cuanto a la licitud el legislador habría obviado referirse a ella como causal de nulidad⁵⁵. Aquí, cuando la parte de la realidad integrada a una regulación (mediante la creación de normas negociales) contraviene a normas imperativas, a las buenas costumbres o al orden público, el negocio adolecerá de invalidez.

Para un sector⁵⁶ la imposibilidad jurídica del objeto coincide con su ilicitud, puesto que todo lo que no está permitido por el ordenamiento jurídico o que atente contra el orden público y las buenas costumbres deviene en ilícito. Sin embargo, para otro sector posibilidad jurídica y licitud no pueden confundirse puesto que esta se apoya en un criterio valorativo, mientras que aquella radica en la naturaleza de las instituciones jurídicas, o en la calificación jurídica objetiva de ciertos bienes o conductas, o en otras consideraciones⁵⁷; aunque no es menos cierto que los efectos de ambas son los mismos, porque tanto la imposibilidad jurídica como la ilicitud son maneras intolerables de enfrentarse al ordenamiento⁵⁸.

Para el caso de los contratos, específicamente el artículo 1403.º del código civil dispone que la obligación que es objeto del contrato debe ser lícita.

c) FIN ILÍCITO

La causal de nulidad referida al fin ilícito debería entenderse como de aquel negocio jurídico cuya causa, en su aspecto objetivo y subjetivo, es ilí-

⁵³ Expediente G72-53-Lima RS 15-06-1054.

⁵⁴ LEÓN BARANDIARÁN (1954), p. 329.

⁵⁵ LOHMANN LUCA DE TENA (1994), p. 535.

⁵⁶ TORRES VÁSQUEZ (2018), pp. 371 y 376.

⁵⁷ Cf. LOHMANN LUCA DE TENA (1994), p. 82.

⁵⁸ MOREYRA GARCÍA SAYÁN (2005), p. 122.

cita por contravenir las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres.

«Es nulo el contrato cuya finalidad es ilícita. Un comerciante contrató un abogado para que asuma la defensa en todo y cualquier juicio o juicios que se promueva para desalojarlo de una tienda ubicada en lugar estratégico. El profesional se comprometió a sostenerlo en la tenencia del local, durante cuatro años. El contenido del contrato es evidentemente contrario a la juridicidad, tal es así que iniciado el juicio de desahucio, el comerciante fue desalojado en menos de 2 años»⁵⁹.

En efecto, si trabajamos solamente con la concepción objetiva o abstracta de la causa jamás podremos incurrir en el supuesto de ilicitud del fin⁶⁰. O sea, ilícita puede resultar la causa del contrato solo si es considerada en conexión psicológica con el interés subyacente, que determina la celebración de aquel, o sea, con el fin práctico inmediato que las partes persiguen en concreto. La causa no puede devenir ilícita en abstracto, sino solamente en su actuación concreta.

Aunque sorpresivamente alguna vez se haya dicho que nuestro código civil vigente no ha recogido la regulación de la causa⁶¹, en terreno casatorio se la ha entendido adecuadamente y se la ha regulado como causal de nulidad cuando es ilícita:

«El acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito, esta norma hace alusión a la finalidad del acto jurídico, la misa (sic) que exige que sea lícito, pues éste no puede servir de instrumento para realizar efectos antisociales, por ende, el legislador quiso aludir a la finalidad del acto como repercusión social y económica del negocio celebrado»⁶².

También, en la Casación 3048-01-Tacna, se ha dicho que:

«Habrà fin ilícito cuando respetándose aparentemente la forma del acto jurídico se evidencia la intención de conseguir un efecto prohibido por la ley».

En la Casación 2248-99-Tacna se dijo:

«(...) el concepto de fin ilícito, en la doctrina peruana, comprende tanto lo legal como lo moral, y queda a criterio del juez apreciar esta última, en el marco

⁵⁹ Expediente 510-87-Arequipa, Cornejo v. Salas, RS 10-08-1988.

⁶⁰ TABOADA CÓRDOVA (2002), p. 115. TABOADA CÓRDOVA (1996), p. 502.

⁶¹ En la Casación 2248-99-Tacna se dijo: «Que el concepto de causa, en el Derecho Civil Peruano, encuentra su antecedente en el Código de mil ochocientos cincuentidós, (sic) que recogió el aforismo: “no hay obligación sin causa”, siguió en el artículo mil ochenticuatro (sic) del código civil de mi novecientos treintiséis, (sic) en el sentido de móvil decisivo de la voluntad de obligarse, siempre y cuando se haya manifestado, mas no ha sido recogido por el vigente Código, que no se pronuncia sobre la causa».

⁶² Casación 1011-97-Lima.

de las denominadas “buenas costumbres” (...) es ilícito todo aquello contrario a las normas legales imperativas (*ius cogens*) especialmente aquellas que tipifican un ilícito penal; y que para determinar si se produce ese fin será necesario examinar la causa del contrato, el motivo común a las partes contratantes, las condiciones que lo delimitan, y su objeto. (...) Será igualmente ilícito el acto jurídico contra “*bonas mores*”, pues las buenas costumbres, dentro del Derecho civil se refieren a una vasta gama de conductas que se califican como inmorales, lo que en todo caso corresponderá calificar al Juez. (...). Habrá fin ilícito, cuando respetándose aparentemente la forma del acto jurídico, se evidencia la intención de conseguir un efecto prohibido por la ley. En el presente caso no puede haber pronunciamiento sobre el fondo del asunto para determinar la nulidad de la escritura pública, ya que el fin ilícito debe resolverse en el proceso penal instaurado y aún no sentenciado».

Y en el Expediente 1011-97-Lima se afirmó:

«(...) el acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito; esta norma hace alusión a la finalidad del acto jurídico, la misma que exige que sea lícito, pues éste no puede servir de instrumento para realizar efectos antisociales, por ende, el legislador quiso eludir a la finalidad del acto como repercusión social y económica del negocio celebrado».

d) SIMULACIÓN NEGOCIAL

La simulación consiste en realizar un negocio de común acuerdo entre las partes contratantes, buscando, a través del acuerdo simulatorio, engañar a terceros. Es absoluta cuando existe un solo acto jurídico denominado simulado. Y es relativa cuando detrás del acto simulado permanece oculto uno verdadero, denominado disimulado. Es decir, en la simulación relativa nos enfrentamos a dos actos: el simulado y el disimulado.

Ahora bien, tanto en la simulación absoluta como en la relativa el acto jurídico simulado deviene en nulo.

«Es nula la venta realizada por el deudor alimentario quien transfiere un bien inmueble a su empleada doméstica, la cual carece de capacidad económica para solventar la adquisición. Tal venta solo tiene por objeto enervar el derecho de alimentos de la cónyuge e hijos del vendedor. Otro indicio importante de la simulación es que el apoderado del vendedor en el juicio de alimentos, es también apoderado del comprador de esta acción»⁶³.

⁶³ Expediente 499-51-Lambayeque, Ugaz v. Ugaz, RS 14-08-1952.

«Es nulo el contrato de compraventa al haberse probado en juicio que el único propósito de los contratantes era simular una transferencia patrimonial con el fin de burlar derechos alimentarios. En el presente caso el vendedor enajena un inmueble a favor de su hermana con posterioridad a ser notificado con la demanda de alimentos, pero continúa ejerciendo todos los actos de dominio»⁶⁴.

Generalmente los contratos simulados se celebran entre personas muy allegadas, lo cual facilita el engaño a terceros⁶⁵.

Pero en la simulación relativa, el acto disimulado –en la medida en que contenga todos los requisitos de sustancia y forma– será válido por ser un acto jurídico real, que contiene la auténtica voluntad de las partes. Por ello, no resulta congruente que el inciso 5 del artículo 219.º sancione con nulidad únicamente al acto jurídico simulado en la simulación absoluta, sino que se debería abarcar también al acto simulado de la simulación relativa⁶⁶.

En fin, existe la discusión respecto a si la simulación afecta a la voluntad o a la causa. Para un sector implica una discrepancia entre la voluntad externa y la voluntad interna:

«(...) la simulación (...) consiste (...) en la celebración aparente de un acto jurídico sin que exista voluntad para ello, (...) la simulación requiere de la concertación de las dos partes para celebrar un acto jurídico aparente en perjuicio de terceros»⁶⁷.

Sin embargo, para otro, si recordamos que el acto jurídico se efectúa con el fin de engañar a terceros, a través del acuerdo simulatorio; entonces, estamos ante un caso que envuelve a la causa del negocio, antes que a la voluntad. Y ello por cuanto las partes simuladoras quieren internamente un resultado que externamente logran conseguir, como es el de celebrar un acto aparente para engañar a terceros. Entonces, queda claro que los encubridores pretenden interiormente alcanzar ese engaño, de allí que simulen el acto. Ergo, no hay discordancia entre lo querido y lo manifestado.

«(...) ha quedado demostrado que el demandado (...) ha otorgado en compraventa una fracción de bien inmueble que era ajeno (...) pues a la fecha de dicho negocio parte de éste ya había sido transferido (...); por lo que resulta manifiesto que dicha compraventa está viciada de nulidad absoluta pues la causa o finalidad del negocio jurídico materia de la demanda resulta (sic) en ilícita y simulada al

⁶⁴ Expediente 1679-58-San Martín, Mendoza v. Mendoza, RS 10-11-1959.

⁶⁵ Expediente 1625-47-La Libertad, Núñez v. Muñoz, RS 22-10-1946.

⁶⁶ TABOADA CÓRDOVA (2002), p. 118

⁶⁷ Casación 276-99-Lambayeque.

haberse demostrado que el acto jurídico estaba orientado a obtener una compraventa indebida de la propiedad de un bien inmueble totalmente ajeno»⁶⁸.

e) INOBSERVANCIA DE LA FORMA SOLEMNE

Basados en el principio de libertad de formas, la formalidad no es un elemento común a la estructura de todo contrato sino solamente en aquellos casos en los cuales las partes o la ley prescriban la formalidad bajo sanción de nulidad como componente del negocio jurídico.

Para hablar de un supuesto de invalidez se requiere la realización de la forma, por un lado, y, por otro, que su omisión esté sancionada con nulidad. Si la inobservancia de la forma no es sancionada con nulidad, la formalidad no será elemento del contrato, sino solo un medio de prueba de la existencia del acto; por ello es denominada forma *ad probationem*, y se utiliza solo para acreditar el acto jurídico y su contenido, conforme al artículo 144.º del código civil.

En este tipo de contratos solemnes o *ad solemnitatem* la forma ha sido taxativamente prefijada por la ley, debido a que su finalidad es asegurar, contra cualquier duda, la univocidad del acto, y garantizar su seriedad en los actos de mayor relevancia.

«La transacción es un acto jurídico solemne, es decir, debe realizarse obligatoriamente en la forma ordenada por el código civil, bajo sanción de nulidad»⁶⁹.

«El acto de cesión de derechos se debe hacer por escrito, bajo sanción de nulidad, como establece el artículo 1207 del mismo código, de tal manera que la forma escrita es *ad solemnitatem*»⁷⁰.

Sin embargo, excepcionalmente, puede acontecer que la ley exija una formalidad para la validez de un acto jurídico y no sancione con nulidad su inobservancia, pero con una mejor apreciación se podrá verificar que la formalidad requerida sí era solemne. En estos casos será labor del juzgador evaluar si la formalidad requerida por la ley era efectivamente *ad solemnitatem* o solamente *ad probationem*⁷¹.

⁶⁸ Casación 639-2015-Madre de Dios.

⁶⁹ Expediente 170-85-Lima.

⁷⁰ Casación 74-99-Callao.

⁷¹ Un caso bastante sugerente es el de la hipoteca. Según la Casación 1276-01-Lima, como el artículo 1098.º del código civil no sanciona con nulidad a la exigencia de que sea otorgada mediante escritura pública, ella constituiría solamente una formalidad *ad probationem*. En igual sentido tenemos a la Casación 1618-99-Lima. Nuestro código al regular la formalidad de la hipoteca en su artículo 1098.º no sanciona con nulidad el hecho de no constituirla por escritura pública. No obstante, el artículo 1099.º, en su inciso 3 exige para la validez de la hipoteca que esta sea inscrita en Registros Públicos, por lo que la formalidad, en estricto, sería la inscripción registral del negocio.

En algunos otros tantos casos el acto jurídico se compone por una serie de etapas que hay que respetar. El resultado final será válido si se han cumplido fielmente todas las fases previas de tal modo que, si se obviara alguna, el acto adolecerá de invalidez por inobservancia de la forma prescrita; pues, en resumen, todos los ciclos constituyen parte de la formalidad del negocio.

Por último, hay que añadir que la solemnidad puede estar señalada en la ley o establecida convencionalmente tal y como se puede ver en los artículos 1411.º, 1412.º y 1413.º de nuestro código civil. Aunque estos artículos del código civil son contrarios al principio de legalidad de la invalidez, que consiste en que la ley es la única capaz de establecer alguna causal de nulidad y que las partes solo pueden configurar dentro de su autonomía privada causales de ineficacia en sentido estricto⁷².

f) MANDATO LEGAL

En dirección correcta el presente supuesto no consiste exactamente en una causal de nulidad. Lo indicado no viene a ser sino una norma remisiva hacia otras en donde se haya estipulado expresamente a la nulidad como sanción. Se refiere entonces a los casos donde la sanción de nulidad fluye de modo textual o expreso en la redacción del precepto legal.

Estas nulidades vienen dispuestas manifestamente por un texto legal, a diferencia de las denominadas nulidades virtuales que –como ya se expresó– son aquellas que se producen cuando un acto jurídico contraviene una norma imperativa, el orden público o las buenas costumbres. Ejemplos de nulidades expresas en nuestro código civil son el artículo 1543.º para la compraventa, el artículo 1972.º para la renta vitalicia, y el artículo 1932.º para la cesión de la renta.

Pero ello opera también para otras esferas jurídicas, como, por ejemplo, en materia societaria, donde existe un tratamiento especializado para la nulidad del pacto social. Este tratamiento diferenciado se explica porque, más allá de la categoría dogmática, el legislador es libre de poder establecer frente a qué circunstancias el ordenamiento jurídico debería reaccionar con la sanción de nulidad⁷³.

⁷² PALACIOS MARTÍNEZ (2002b), p. 153.

⁷³ NAVARRETE PÉREZ (2016), p. 94.

g) CONTRAVENCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS IMPERATIVAS, ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES

Según la última causal de nulidad, remisiva al artículo V del título preliminar, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres. El acto jurídico ilícito ha sido entendido como aquel cuyo contenido transgrede normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, lo cual coincide más o menos con la redacción del artículo V del Título Preliminar de nuestro código civil.

Las normas imperativas son las que se encuentran establecidas con carácter obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto, a quien no le está permitido dejarlas sin efecto ni en forma total ni parcial. El contenido de un negocio jurídico puede violentar normas legales imperativas sin que en el texto de tal ley figure expresamente la sanción de nulidad como consecuencia jurídica. Por ejemplo, pensemos en el caso de un sujeto que transa sobre un aspecto extrapatrimonial (por ejemplo, la fidelidad de su cónyuge). El art. 1305.º es claro en señalar que la transacción solo puede versar sobre derechos patrimoniales. Pero tal artículo no sanciona expresamente con nulidad su infracción. Aquí estamos ante un negocio ilícito, por lo que esta transacción es inválida.

Cuando el contrato contraviene normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres también es considerado nulo por nuestra legislación, sin necesidad de mandato expreso que lo disponga en ese sentido⁷⁴. A este tipo de nulidades se las conoce en la doctrina como nulidades virtuales o tácitas y son aquellas que, sin venir declaradas directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica, se deducen o infieren del contenido de un acto jurídico, justamente por contravenir normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres.⁷⁵

h) LOS SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS

El inciso 2 del artículo 219.º refería el supuesto de nulidad basado en la incapacidad del sujeto, pero lamentablemente fue derogado. Sin embargo, en el inciso 1 del artículo 140.º se mantiene como requisito de validez del acto jurídico la plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.

⁷⁴ Es interesante el caso de la venta de un bien conyugal por uno solo de los cónyuges, pues el artículo 315.º lo prohíbe, pero sin precisar la sanción, siendo que en el VIII Pleno Casatorio Civil, por mayoría, se concluyó en que se trataba de un contrato que adolecía de nulidad, pese a que un sector doctrinario la concibe como un supuesto de ineficacia negocial en sentido estricto.

⁷⁵ TABOADA CÓRDOVA (2002), p. 97.

Y como este es un requisito de validez, se entiende que ante su omisión estaremos ante un contrato inválido, aunque la causal como tal se haya derogado.

El siguiente supuesto no contemplado como causal de nulidad alude a la falsedad de la causa, también conocida como causa putativa o causa torpe. Esta causa aparente tiene el mismo efecto que la causa ilícita, es decir, ambas son causales de invalidez del acto jurídico. Y como la causa falsa ha sido asemejada a la ausencia de causa⁷⁶, la causal de nulidad por ausencia de causa podría deducirse como un supuesto más de nulidad virtual, por contraposición al inciso 3 del artículo 140.⁷⁷

No está demás indicar que nuestro código no regula los casos de ausencia de sujeto, de causa y de objeto, así como otros requisitos que la doctrina ha venido desarrollando⁷⁸.

2. Causales de anulabilidad

Las causales de anulabilidad son siempre explícitas, es decir, no puede haber causales tácitas o virtuales. Y las causales expresas son también genéricas o específicas. Las genéricas se encuentran reguladas en el artículo 221.º del código, en tanto que las específicas se hallan a lo largo de todo el ordenamiento jurídico legal peruano. El artículo 221.º reza:

«Artículo 221. El acto jurídico es anulable:

- 1.- Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44.
- 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
- 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
- 4.- Cuando la ley lo declara anulable».

a) CAPACIDAD DE EJERCICIO RESTRINGIDA

La primera causal que consagra nuestra codificación alude a la capacidad de ejercicio restringida de las personas contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44.º Y tales incisos refieren los casos del mayor de 16 y menor

⁷⁶ Cf. LOHMANN LUCA DE TENA (1994), p. 536.

⁷⁷ TABOADA CÓRDOVA (2002), pp. 116-117.

⁷⁸ MORALES HERVIAS (2019), p. 199.

de 18, los pródigos, los malos gestores, los ebrios habituales, los toxicómanos, y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

En todos estos casos, los contratos celebrados por cualquiera de estos sujetos están amenazados, y pueden cuestionarse vía anulabilidad.

Complementando, se tiene expresamente al artículo 227.º que reza:

«Las obligaciones contraídas por los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho son anulables, cuando resultan de actos practicados sin la autorización necesaria».

b) VICIOS DE LA VOLUNTAD

El segundo supuesto de anulabilidad del código civil nos refiere los vicios de la voluntad, dentro de los cuales tenemos al error, al dolo y a la violencia (psicológica y física)⁷⁹.

Los vicios de la voluntad (más exactamente el error y el dolo) son causas de anulabilidad, por cuanto, lo que los caracteriza es que el sujeto ha declarado lo que deseaba y pensaba, solo que dicha voluntad real ha estado sometida a un proceso anormal de formación.

El error-vicio consiste en una falsa representación de la realidad, que determina al sujeto a declarar una voluntad que no habría declarado de conocer la verdadera situación real. En este caso el desliz es del propio agente. Por decirlo de un modo, él mismo se engañó.

Ahora bien, de conformidad con nuestro código, el error obstativo o error en la declaración es también una causal de anulabilidad, pero, al ser resultado de un *lapsus linguae*, este error resulta de una discrepancia inconsciente entre la voluntad interna (que no desea celebrar el acto) y la voluntad externa (que lo celebra). Y aunque nuestro codificador ha ubicado este supuesto en las causas de anulabilidad⁸⁰, en puridad debiera ser un supuesto de nulidad por estar ante una falta de voluntad.

En el dolo, en cambio, el vicio de la voluntad no es la falsa representación de la realidad en que incurrió la víctima, sino la intención de la otra parte o del tercero de provocar un error en la víctima. Es decir, que mientras en el error la propia víctima se engaña, en el dolo es engañada. Por ello el dolo no es otra

⁷⁹ Es de hacer notar que el profesor Juan ESPINOZA (2010), pp. 460 ss. ha desarrollado nuevos vicios entre los que tenemos a la sorpresa, los métodos comerciales coercitivos, y los supuestos de distorsión en el mercado.

⁸⁰ Vid. DE LA PUENTE Y LAVALLE (2017), p. 101.

cosa que el error provocado por la otra parte o por un tercero, con conocimiento de la parte que obtuvo beneficio de él.

En estos dos casos (error y dolo), estamos frente a causales de anulabilidad, puesto que ha existido una voluntad correctamente declarada, solo que, por haber sido dicha voluntad anormal o viciosamente formada, corresponde a la víctima la opción de confirmar el acto o solicitar su nulidad. Dicho de mejor manera, la voluntad –tanto interna como externamente– se ha formado de modo correcto, pero sobre una realidad aparente originada por el engaño propio (error) o de la contraparte (dolo).

En el caso de la violencia, esta puede ser dividida en dos supuestos: la violencia psicológica y la violencia física. En la violencia psicológica (intimidación o violencia moral) el vicio de la voluntad es el temor que despierta en la víctima la amenaza injusta de sufrir un mal. Obviamente, esta amenaza debe ser real y suficiente para condicionar a la víctima. Y en el caso de la violencia física (violencia absoluta), el sujeto es forzado físicamente a celebrar un determinado contrato. Por ello, aunque el código contempla estas causales como de anulabilidad, al no haber una real voluntad, la sanción debiera ser la nulidad, sobre todo porque en el artículo 2, numeral 24, inciso h) de la Constitución Política peruana se consagra que carecen de valor las declaraciones obtenidas por violencia⁸¹.

Tal regulación goza de una explicación y esta se la haya en que su tratamiento obedece a fines prácticos. Pues si recordamos, la nulidad puede ser invocada por cualquier sujeto que acredite interés; y en el caso de la violencia, podría invocarla el propio agresor en caso no quisiera la permanencia del contrato. Pero la ley, al ubicarlo como causal de anulabilidad le veda la posibilidad de intentar nulificarlo, a modo de correctivo por su actitud negativa, dejando tal viabilidad únicamente en manos del declarante violentado.

c) DISIMULACIÓN NEGOCIAL

En los supuestos de la conocida simulación relativa, se celebran dos actos jurídicos: el acto simulado o aparente (que las partes saben que es falso) y el acto disimulado (que es verdadero y que las partes han querido celebrar realmente, solo que ocultándolo a terceros bajo la máscara del acto simulado).

El contrato simulado no puede producir efectos entre las partes pues deviene en nulo, pero las partes pueden permanecer ligadas por los efectos del

⁸¹ MOREYRA GARCÍA SAYÁN (2005), p. 331.

negocio disimulado. Pero el contrato disimulado valdrá siempre y cuando concurren los aspectos de su estructura y, además, no se perjudique con ello el derecho de tercero, esto conforme al artículo 191.º del código civil.

La causal de anulabilidad, como es obvio, atañe solamente al negocio disimulado, por cuanto el acto simulado encaja en un supuesto de nulidad.

d) MANDATO LEGAL

Este último supuesto, en estricto no es una causal de anulabilidad negocial, pues se trata de norma remisiva hacia otras en donde se haya estipulado a la nulidad como sanción pero para los supuestos de anulabilidad o impugnabilidad. Esto quiere decir que en todos los casos en que la propia ley establezca la anulabilidad del acto, está declarando que es impugnabile o confirmable.

Esta remisión también explica que el estado de anulabilidad se origina siempre por mandato legal expreso, por lo que no es factible ubicar supuestos de impugnabilidad tácita o virtual, o, peor aún, casos de impugnabilidad pactados convencionalmente, como sí puede suceder con la nulidad.

IV. EFECTOS DE LA NULIDAD

1. Efectos y temporalidad de la nulidad

Se afirma que la sentencia en materia de nulidad es simplemente declarativa⁸², es decir, se limita a constatar que se ha producido la causal de nulidad y que el negocio nunca ha producido efectos jurídicos, ya que nació muerto. El negocio nulo sería una realidad jurídica preexistente a la sentencia⁸³.

«La declaración judicial de nulidad no es sancionadora sino reconocedora de una situación jurídica existente, cuyo efecto es eliminar la apariencia de validez del acto y otorgar el efecto *erga omnes*»⁸⁴.

Al acogerse mayoritariamente que la sentencia en el caso de nulidad contractual es declarativa, el efecto principal consiste en retrotraer la situación fáctica, en la medida de lo posible, a la situación exacta en que se celebró.

⁸² LEÓN BARANDIARÁN (1983), p. 67. Cf. PALACIOS MARTÍNEZ (2002b), pp. 117-118.

⁸³ RUBIO CORREA (2001), p. 27.

⁸⁴ Casación 1843-98-Ica.

Ello implica, entonces, la extinción del contrato con los efectos que ello supone. En ese sentido, aunque hay diferencias notables, en nuestro derecho la nulidad es asemejada a la inexistencia. El contrato nulo se tiene por nunca celebrado⁸⁵.

Sin embargo, nuestra legislación no regula un modo específico acerca de las prestaciones accesorias a pedir junto a la nulidad y deja a cada caso a decisión del litigante en particular. En ese sentido, no se regula, en puridad, ni indemnizaciones ni resarcimientos, ni reivindicaciones, ni devoluciones, ni restituciones. No obstante, ello no quiere decir que no sea factible acumular dichas pretensiones a la principal de nulidad, según el caso lo amerite.

En cuanto a la anulabilidad se ha dicho que la sentencia es constitutiva, pues solo surge por efecto de la sentencia cuando un interesado tome la iniciativa de hacerla pronunciar por el juez⁸⁶. Sería constitutiva por cuanto crea una nueva situación jurídica distinta a la preexistente, pero su efecto se retrotrae a la fecha de celebración del negocio jurídico.

Sobre ello el artículo 222.º del Código Civil manda:

«Artículo 222. El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.

Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley».

Por ello, aunque mayoritariamente se dice que la sentencia es constitutiva, al mandar nuestro código que la sentencia que declara nulo al contrato anulable se retrotrae al momento de la celebración, el resultado es exactamente el mismo que para la nulidad⁸⁷. Por tanto, el contrato deviene en nulo *ab initio*; pero como tampoco se regulan legalmente efectos adicionales, ello no impide que el litigante pueda añadir a su pretensión principal las accesorias que estime pertinentes.

Demás está decir que, en ambos casos, tanto de nulidad como de anulabilidad, el surtimiento de efectos queda supeditado a que la causa alcance la calidad de cosa juzgada, sea por consentida o por ejecutoriada.

⁸⁵ TORRES VÁSQUEZ (2012), p. 1033 ss. Cf. MORALES HERVIAS (2002), pp. 231 ss. MORALES HERVIAS (2019), pp. 179 ss. RUBIO CORREA (2001), pp. 23 ss.

⁸⁶ RUBIO CORREA (2001), 47. LAMA MORE (2001), p. 96.

⁸⁷ Por eso para Martín BELAÚNDE (2002), la sentencia en materia de anulabilidad es también declarativa, al menos en sus efectos, al retrotraerse al momento de la celebración del acto nulo o del acto anulable.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max (2011): *Exégesis del Código Civil peruano de 1984 – Tomo I – Contratos parte general*. Lima: Normas Legales, 2.^a edición.
- BELAÚNDE MOREYRA, Martín (2002): «Nulidad de contrato por simulación», en *Diálogo con la jurisprudencia - Explorador Jurisprudencial - Base de datos jurisprudencial 2001-2002 - Resoluciones a texto completo*.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio (1955): *Código Civil - Disposiciones legales complementarias, concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema, con notas*. Lima: Librería Mejía Baca – Editor.
- CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUI, Giannina (2021): *Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.
- CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand (1996): *Acto Jurídico - Curso Elemental - Comentarios al Código Civil de 1984*. Lima: FECAT, 3.^a edición.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. (2017): *El contrato en general*. Lima: Palestra, 2.^a edición, tomo I.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2010): *Acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica. 2.^a edición.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Wálter (2021): «La libertad de contratación», en *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica. 5.^a edición, tomo VII, pp. 34-45.
- KRESALJA, Baldo, y César OCHOA (2009): *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- LAMA MORE, Héctor (2001): «¿Es precario quien posee un bien con título manifiestamente nulo?», en *Diálogo con la jurisprudencia*, 34: 83-98. Lima: Gaceta Jurídica.
- LEÓN BARANDIARÁN, José (1954): *Comentarios al Código Civil Peruano - Derecho de Obligaciones - Acto Jurídico*. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, volumen I. 2.^a edición.
- (1983): *Curso del acto jurídico*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo (1994). *El negocio jurídico*. Lima: Grijley. 2.^a edición.
- MEZA MAURICIO, Gonzalo (2003): *El Negocio Jurídico - Manual Teórico-Práctico*. Lima: Editorial Alegre.
- MORALES HERVIAS, Rómulo (2002): *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico*. Lima: Ara Editores.
- (2019): *Patologías y remedios del contrato*. Lima: Instituto Pacífico 2.^a edición.
- MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco (2005): *El acto jurídico según el código civil peruano - Curso teórico, histórico y comparativo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- NAVARRETE PÉREZ, Joe (2016): «Ineficacia como mecanismo de tutela y nulidad especial», en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 36. 79-95.

- NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort (2014): *La invalidez y la ineficacia del negocio jurídico en la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. (2002a): *La conversión y la nulidad del negocio jurídico*. Lima: Ara Editores.
- (2002b): *La nulidad del Negocio Jurídico - Principios Generales y su aplicación práctica*. Lima: Jurista Editores.
- RIVERA ORÉ, Jesús Antonio, y Pedro BAUTISTA TOMÁ (2005): *Manual del acto jurídico*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2005.
- RUBIO CORREA, Marcial (2001): *Nulidad y anulabilidad: La invalidez del acto jurídico*. 5.^a edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (1996): *La causa del negocio jurídico*. Lima: Grijley.
- (2002). *Nulidad del acto jurídico*. Lima: Grijley.
- TORRES VÁSQUEZ, Anibal (2018): *Acto jurídico*. Lima: Jurista Editores. Volumen 1. 6.^a edición.
- (2015): *Acto Jurídico* Lima: Instituto Pacífico. Volumen 2. 5.^a edición.
- (2012): *Teoría general del contrato* Lima: Instituto Pacífico, volumen 2.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando (2013): *El acto jurídico*. 9 edición. Lima: Gaceta Jurídica.

URUGUAY

ANDRÉS MARIÑO LÓPEZ*

SUMARIO: I. La nulidad como sanción de ineficacia jurídica.–II. El principio de legalidad y el principio lógico-racional de nulidad del contrato. 1. La nulidad como principio lógico-racional. 2. La nulidad basada en el principio de legalidad. 3. La nulidad como principio lógico-legal.–III. Tipos de nulidad: nulidad absoluta y relativa. Nulidad total y parcial. 1. Nulidad absoluta y relativa. a) Causales. b) Legitimación. c) Subsanabilidad. 2. Nulidad total y parcial.–IV. Efectos de la nulidad.–V. Restituciones de las prestaciones ejecutadas. VI. Efectos respecto de terceros.–Bibliografía citada.

I. LA NULIDAD COMO SANCIÓN DE INEFICACIA JURÍDICA

En el sistema jurídico uruguayo, la nulidad es un concepto que surge de la coordinación de diversas normas jurídicas. No existe una norma que prevea una definición específica, sino que el concepto de nulidad surge de la coordinación de normas jurídicas relacionadas entre sí.

En el artículo 1261 del Código Civil (en adelante, CC) se prevén los elementos esenciales y los requisitos de validez del contrato. De acuerdo con dicha disposición normativa, «Para la validez de los contratos son esenciales» los siguientes requisitos: consentimiento, capacidad, solemnidad, objeto determinado y lícito y causa lícita.

A su vez, el artículo 1269 del mismo cuerpo normativo establece que «el consentimiento no es válido cuando es dado por error, arrancado por violencia

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Correo electrónico: andres.marino@urosario.edu.co

o sorprendido por dolo» y el artículo 1283 inciso 2 CC preceptúa que el objeto del contrato, además de determinado y lícito, debe ser posible.

Los artículos 1284 y 1288 CC prescriben la ilicitud del objeto y la causa del contrato cuando son prohibidos por las leyes.

Según surge de las normas citadas, los elementos esenciales (también llamados estructurales) son el consentimiento, el objeto y la causa. Por su parte, los requisitos de validez del consentimiento consisten en la capacidad del sujeto emite el consentimiento, la ausencia de vicios (error, violencia y dolo) y el cumplimiento de la solemnidad, los requisitos de validez del objeto son la determinación, la posibilidad y la licitud y el requisito de validez de la causa es la licitud.

Por su parte, el artículo 1560 CC establece, en su inciso 1.º, que la incapacidad absoluta, la falta de solemnidad, el objeto y la causa ilícita producen la nulidad absoluta del contrato, mientras que, en el inciso 2.º, dispone que «Cualquier otra clase de *vicio* produce la nulidad relativa (...)».

Asimismo, el artículo 8 CC, ubicado en el título preliminar de dicho cuerpo normativo, establece que lo hecho contra las leyes prohibitivas será nulo, «si en las mismas no se dispone lo contrario».

De acuerdo con la previsión del artículo 8, la violación de las prohibiciones dispuestas por normas legales respecto de elementos del contrato produce la nulidad del negocio jurídico contractual.

Así, por ejemplo, el artículo 1253 prevé que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de uno de los contrayentes, pero no preceptúa una sanción específica para la violación de dicha disposición normativa, la cual surge de la coordinación de dicha norma con el referido artículo 8, el cual prevé la nulidad de las estipulaciones contractuales prohibidas por las normas legales.

De los textos normativos antes relacionados, surge que, en el sistema jurídico uruguayo, la nulidad del contrato consiste en una sanción o reacción negativa dispuesta por normas legales que excluyen la eficacia jurídica del contrato con vicios o anomalías que determinan su disconformidad con el modelo o tipo legal de contrato válido y eficaz ¹.

La nulidad es la calificación realizada por el legislador respecto de contratos que no se ajustan al modelo preestablecido por el sistema jurídico. Constituye una sanción o reacción negativa del orden jurídico ante situaciones de

¹ GAMARRA (1974), pp. 9-13.

disconformidad, en las cuales se produce un fenómeno patológico en que un contrato no se adecua al marco legal previsto para su validez y eficacia².

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO LÓGICO-RACIONAL DE NULIDAD DEL CONTRATO

La nulidad del contrato se basa en el principio de legalidad. Las normas legales establecen los vicios o anomalías que producen la nulidad del contrato. Sobre dicha base, el contrato es nulo porque presenta una anomalía o vicio en uno de sus elementos.

Los elementos esenciales o estructurales del contrato no cumplen con los requisitos de validez: presentan una anomalía o vicio que determinan su nulidad y, en consecuencia, su ineficacia. Se verifica un vicio en los elementos de la estructura contractual que, de acuerdo con las leyes, genera la nulidad del contrato.

A su vez, para una posición que se verá a continuación, la nulidad es un principio lógico-racional, según el cual, los vicios en la estructura del contrato producen la nulidad de éste. Dicho principio lógico emerge por inferencia de las normas que establecen la nulidad del contrato y permite establecer que determinados supuestos previstos por las normas legales, en realidad no lo son, como ocurre, por ejemplo, en los casos de gestión sin poder de representación (art. 1255 CC), en los cuales el contrato es válido, pero ineficaz por la falta de poder del seudo representante.

1. La nulidad como principio lógico-racional

Para una parte de la doctrina, encabezada por Gamarra, la nulidad es un «principio lógico-racional»: todo contrato que presenta vicios estructurales padece de nulidad, siendo esta absoluta o relativa. Para algunos vicios (incapacidad absoluta, objeto ilícito, causa ilícita y falta de solemnidad), se prevé la nulidad absoluta del contrato (art. 1560 incs. 1 y 2 del Código Civil); para todos los otros vicios intrínsecos a la estructura del contrato, se dispone la nulidad relativa (art. 1560 inc. final).

La nulidad es establecida por el legislador en cada paso por razones específicas de política legislativa. No obstante, de las normas que establecen la

² GAMARRA (1974), pp. 12-13; CAFARO y CARNELLI (1989), p. 45.

nulidad del contrato, surge que ella configura una «noción lógico-racional»: hay nulidad porque el contrato padece un vicio intrínseco³. El concepto de vicio es amplio y, según la posición referida, incluye la falta de los elementos esenciales o estructurales, es decir, consentimiento, objeto y causa, pese a que no se prevén por el artículo 1560 CC como causales de nulidad del contrato⁴. Según esta línea de pensamiento, la ausencia de uno de los elementos esenciales o estructurales produce la nulidad absoluta, pues si falta uno de dichos elementos, el contrato no produce ningún efecto. La inexistencia se asimila a la nulidad absoluta, por cuanto el contrato inexistente no produce ningún efecto y la falta total de eficacia contractual corresponde a la nulidad absoluta.

Esta postura es objeto de críticas: el sistema jurídico establece la nulidad en supuestos que no existe un vicio intrínseco de la estructura del contrato, sino un vicio extrínseco a la estructura contractual. La falta de legitimación recepticia (por ejemplo, prohibición de donación o compraventa entre cónyuges; artículos 8, 1657 y 1675 CC) configura un vicio externo que produce la nulidad; la imposibilidad de la condición suspensiva positiva o la ilicitud de la condición suspensiva o resolutoria positiva (art. 1408 CC⁵) es un vicio de un elemento accidental, es decir, no esencial, y, sin embargo, produce la nulidad del contrato (la condición «es nula e invalida la convención»); la falta de las autorizaciones y aprobaciones judiciales (arts. 271, 272, 310, 395, 401, 402, 2150 CC) y de la subasta pública (arts. 396, 397 CC) constituyen vicios extrínsecos que producen la nulidad del contrato (art. 1560 inciso final CC).

La falta de homogeneidad de los vicios o anomalías del contrato que producen la nulidad pone en crisis la posición de quienes postulan que la nulidad del contrato se verifica en los casos que se presenta un vicio intrínseco a la estructura contractual. Si la nulidad es un concepto lógico por el cual ella se verifica por la presencia de vicios intrínsecos en la estructura del contrato, la nulidad no podría producirse por la existencia de vicios en elementos externos al contrato, como, por ejemplo, las autorizaciones y aprobaciones judiciales antes mencionadas.

La respuesta por parte de la postura de la «nulidad como concepto lógico-racional» a las críticas referidas anteriormente se basa en que todos los casos señalados como no homogéneos presentan una característica en común que les

³ GAMARRA (1974), p. 17.

⁴ GAMARRA (1974), pp. 12-13.

⁵ Sobre la condición imposible o ilícita prevista en el artículo 1408, véase MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 657.

da homogeneidad: en todos los supuestos se presenta «una imperfección del contrato, considerado en relación con el modelo legal»⁶.

Según la posición en cita, la uniformidad está dada por la noción de vicio o anomalía del contrato: todos los casos categorizados como vicios extrínsecos son, en realidad, vicios intrínsecos a la estructura contractual. De ese modo, la falta de legitimación recepticia y las condiciones imposible o ilícita antes referidas configuran supuestos de ilicitud del objeto (arts. 8 y 1284 CC); las autorizaciones y aprobaciones judiciales son actos diferentes al contrato, pero se encuentran en conexión directa con los elementos esenciales o estructurales del contrato, por lo que la falta de autorización o aprobación judicial constituye también un vicio intrínseco a la estructura del negocio contractual; la subasta es una forma de emitirse las declaraciones de voluntad que conforman la propuesta y la aceptación⁷.

2. La nulidad basada en el principio de legalidad

La postura contraria, sostenida por Cafaro y Carnelli, considera que la nulidad no es un concepto lógico-racional, sino una figura legal; en un conjunto de supuestos diferentes entre sí, el legislador considera que el contrato es nulo por razones de política legislativa. Solo hay nulidad en aquellos casos establecidos en las leyes⁸.

La nulidad es un concepto legal; la inexistencia es un concepto lógico. Para que el contrato exista, es necesario que se presenten los presupuestos de existencia (capacidad jurídica y poder normativo negocial) y todos los elementos esenciales o estructurales del contrato (consentimiento, objeto, causa).

La capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, la cual, en principio, la tienen todas las personas. El poder normativo negocial es el derecho de generar normas mediante negocios jurídicos y, en principio, toda persona que tiene capacidad jurídica tiene poder normativo negocial. La falta de poder normativo negocial se verifica, por ejemplo, en los supuestos en que se prohíbe a una persona celebrar determinados contratos, como, por ejemplo, la ya mencionada prohibición de compraventa y donación entre cónyuges.

De acuerdo con la línea doctrinaria en cita, si se constatan los presupuestos de existencia y los elementos esenciales o estructurales, el contrato existe;

⁶ GAMARRA (1974), pp. 18.

⁷ GAMARRA (1974), pp. 18-19.

⁸ CAFARO y CARNELLI (1989), pp. 36-46.

si dichos elementos padecen de vicios, se genera la nulidad del contrato. Para que un contrato sea nulo, tiene que existir. La inexistencia tiene una regulación jurídica distinta que la nulidad en el ámbito de las restituciones, según se verá más adelante.

Para esta posición, no hay nulidad en los casos de falta de los presupuestos de existencia, esto es, la capacidad jurídica y el poder normativo negocial: si el sujeto no tiene capacidad jurídica o carece del poder normativo negocial para celebrar un contrato (por ejemplo, donación o compraventa entre cónyuges), el contrato es inexistente.

La falta de poder normativo negocial no es un supuesto de objeto ilícito, de acuerdo con lo previsto por el artículo 8 CC, según el cual son nulos los hechos contrarios a las normas prohibitivas, puesto que la ilicitud del objeto refiere a las prestaciones de los contratantes, es decir, a las conductas de las partes, y no a los sujetos que constituyen las partes del contrato⁹.

Tampoco hay nulidad, sino inexistencia, en los casos en que falta uno de los elementos del contrato, es decir, la ausencia de consentimiento, objeto o causa. Si falta uno de los elementos de la estructura contractual, el contrato no llega a formarse y no existe, es inexistente.

Según la postura en cita, las autorizaciones, aprobaciones y subastas son actos externos del contrato, que, si bien se vinculan con él, no forman parte de la estructura del negocio, por lo cual, su ausencia no configura un vicio intrínseco de la estructura contractual.

Como consecuencia, la nulidad constituye una figura legal y no un principio lógico-racional sobre la base del cual se considera que produce la nulidad todo vicio intrínseco de la estructura del contrato.

3. La nulidad como principio lógico-legal

La nulidad es un principio legal, pues solo hay nulidad en los casos previstos por las normas jurídicas. No obstante, sobre la base de las normas que disponen la nulidad del contrato, es posible construir un concepto lógico, de acuerdo con el cual, la nulidad se produce por un vicio de los elementos esenciales o estructurales —es decir, en la estructura— del contrato.

La nulidad, en consecuencia, es un concepto lógico-legal, basado en una inferencia construida sobre la base de las normas legales que prevén la nulidad del contrato. Esta conceptualización sistematiza las dos posturas antes señala-

⁹ CAFARO y CARNELLI (1988), pp. 25-32.

das, pues considera a la nulidad como una sanción de configuración necesariamente legal, pero también un concepto lógico que emerge por inferencia de las normas que prevén la nulidad como una consecuencia de la verificación de vicios en la estructura del contrato.

La construcción de la nulidad como un principio lógico-legal permite determinar en qué supuestos específicos el contrato es nulo. De ese modo, es posible concluir que determinados supuestos previstos por las normas legales como nulos, son válidos, pero ineficaces. Así, por ejemplo, en el caso contemplado por el artículo 1255 CC, el cual establece que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su representación voluntaria o legal será nulo, cuando, en realidad, es válido, pero ineficaz ¹⁰.

La prohibición de contratar que padecen determinadas personas con respecto a contratos específicos no configura un vicio estructural del contrato, pues se trata de un impedimento del sujeto que es previo a la celebración del contrato. La persona tiene prohibido celebrar determinados contratos, por lo cual una declaración de voluntad destinada a la celebración del contrato prohibido no perfecciona el negocio contractual y el contrato no adquiere existencia. No se verifica un vicio estructural del contrato, sino la falta de un presupuesto de existencia de éste.

En dichos supuestos, el contrato no es nulo absolutamente por objeto ilícito, pues el objeto ilícito se presenta cuando las partes pactaron prestaciones prohibidas por el sistema jurídico.

La falta de elementos esenciales o estructurales produce la inexistencia del contrato, pues si el contrato no presenta todos los elementos necesarios para su perfeccionamiento, no llega a tener existencia. No se configura un vicio de los elementos estructurales del contrato, sino que la estructura contractual no se conforma, puesto que falta uno de los elementos que la integran.

Inexistencia y nulidad absoluta son dos conceptos distintos. El contrato nulo es el que presente vicios o defectos en su estructura, es decir, en los elementos esenciales o estructurales que lo componen. En cambio, si falta un presupuesto de existencia (capacidad jurídica o poder normativo negocial) o uno de los elementos del contrato, este no nace a la vida jurídica y es inexistente ¹¹. Las diferencias entre ambas categorías, como se verá más adelante, son relevantes en el ámbito de las restituciones mutuas y los efectos respecto de tercero.

¹⁰ MARIÑO LÓPEZ (2021), pp. 574-575.

¹¹ CAFARO y CARNELLI, (1989), pp. 44-45.

III. TIPOS DE NULIDAD: NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA; NULIDAD TOTAL Y PARCIAL

La nulidad del contrato presenta diferentes categorías, siendo las principales las categorizaciones en nulidad absoluta y relativa y en nulidad total y parcial.

Una primera tipología consiste en la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa. Esta categorización se encuentra expresamente establecida en las normas del CC, específicamente al regular la anulación del contrato en sede de extinción de las obligaciones, donde regula la nulidad absoluta (arts. 1560, 1561 CC), la nulidad relativa (arts. 1559, 1560, 1562, 1563, 1564, 1568 a 1572 CC) y las restituciones que proceden en ambos tipos de nulidad (arts. 1565 y 1566 CC).

Una segunda tipología de la nulidad del contrato distingue la nulidad total y la nulidad parcial del contrato. En la nulidad total, el contrato presenta vicios o anomalías que determinan su ineficacia absoluta; en cambio, en la nulidad parcial, el contrato contiene cláusulas que son nulas, y por tanto ineficaces, pero el contrato, sobre la base del principio de conservación, subsiste. La tipología no está expresamente establecida en el orden jurídico uruguayo, pero un conjunto de normas del CC y leyes especiales prevén supuestos de nulidad parcial del contrato.

1. Nulidad absoluta y relativa

El sistema jurídico uruguayo distingue dos tipos de nulidad, absoluta y relativa, para las cuales prevé regulaciones diferentes.

El contrato nulo absolutamente no produce ningún efecto (art. 1561 CC). En cambio, el contrato nulo relativamente produce efectos, pero estos pueden ser extinguidos por la declaración de nulidad del negocio contractual (art. 1559 y 1562 CC).

a) CAUSALES

La *nulidad absoluta* se verifica, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1560 CC, en los casos de objeto y causa ilícita, incapacidad absoluta de las partes y falta de solemnidad. Según el inciso final de la norma citada, los restantes vicios («cualquier otra especie de vicio») produce la nulidad relativa.

Para la doctrina tradicional, a pesar de que la norma contenida en el artículo 1560 CC no lo prevé, también se da la nulidad absoluta en los casos de falta de los elementos esenciales o estructurales del contrato. Esta postura identifica la inexistencia del contrato con la nulidad absoluta, puesto que la ineficacia total y definitiva que se presenta en el contrato inexistente corresponde a la nulidad absoluta¹².

Asimismo, de acuerdo con lo previsto por el artículo 8 CC, considera que las cláusulas contrarias a normas prohibitivas producen la nulidad absoluta del contrato por objeto o causa ilícitos. De ese modo, los contratos que violan las prohibiciones de contratar que alcanzan a algunos sujetos producen la nulidad absoluta del contrato por padecer de objeto ilícito (por ejemplo, prohibición de los cónyuges de donar y comprar entre sí). A dichos supuestos se los denomina nulidad por falta de legitimación recepticia.

Una postura doctrinaria diferente considera que inexistencia y nulidad absoluta no son lo mismo. La nulidad proviene de los vicios de la estructura del contrato, por lo cual, para ser nulo, el contrato debe existir. Una vez determinada la existencia del contrato, se debe verificar que no contenga vicios o anomalías que produzcan la nulidad¹³.

Para estos autores, como se verá más adelante, la diferencia entre inexistencia y nulidad absoluta se observa en el ámbito de las restituciones, pues la inexistencia se rige por las reglas del pago de lo indebido (art. 1318 CC) y la nulidad absoluta por el régimen de las restituciones previstas para las nulidades (art. 1565 y 1566 CC), con efectos diferentes respecto de los terceros.

Según la posición en cita, la falta de los elementos esenciales o estructurales del contrato no generan la nulidad absoluta, sino la inexistencia. Si el contrato para existir requiere de la presencia necesaria de tres elementos (consentimiento, objeto y causa), la falta de uno de ellos impide que el contrato llegue a tener existencia¹⁴.

Esta línea doctrinaria sostiene que la falta de capacidad jurídica del sujeto y la violación de la prohibición de contratar que se establece para ciertas personas en determinados contratos generan la inexistencia del contrato y no la nulidad absoluta de éste. Si la persona carece del derecho de celebrar un contrato porque la ley se lo ha prohibido, carece de poder normativo negocial, el cual, en principio, lo tienen todas las personas que disponen de

¹² AMÉZAGA (2011), pp. 53-55; PEIRANO FACIO (1957), p. 357; GAMARRA (1974), pp. 61-75.

¹³ CAFARO y CARNELLI (1989), pp. 42-46; CAUMONT (1993), pp. 781 ss.

¹⁴ CAFARO y CARNELLI (1989), pp. 44-45.

capacidad jurídica. De acuerdo con la posición en cita, la falta de capacidad jurídica o de poder normativo negocial producen la inexistencia del contrato, puesto que configuran presupuestos externos y previos a la celebración del contrato¹⁵. Si el sujeto no dispone de capacidad jurídica o de poder normativo negocial, el contrato no llega a existir, a diferencia de la doctrina tradicional que sostiene que en estos supuestos se verifica la nulidad absoluta del contrato.

La *nulidad relativa*, como se ha indicado, es producida por todos los restantes vicios que no fueron establecidos por los incisos 1 y 2 del artículo 1560 CC como causantes de la nulidad absoluta ni por la falta de los elementos del contrato, los cuales producen, según se ha expresado, para unos, la nulidad absoluta, y para otros, la inexistencia del contrato.

De ese modo, producen la nulidad relativa la incapacidad relativa (menores púberes), los vicios del consentimiento (error, violencia y dolo) y la falta de autorizaciones, aprobaciones y subasta pública establecidas en las normas legales.

b) LEGITIMACIÓN

Para solicitar la nulidad absoluta del contrato se encuentran legitimados el Ministerio Público, las partes contratantes y cualquier interesado. No obstante, no puede pedir la nulidad absoluta el que ha contratado, «sabiendo o debiendo saber el vicio» que invalidaba el contrato. Asimismo, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto. (art. 1561 CC).

En la nulidad relativa, solo están legitimados para solicitar la nulidad del contrato aquellos sujetos en cuyo beneficio se encuentra establecida «o sus herederos o cesionarios» (art. 1562 CC). Así, por ejemplo, el menor relativamente incapaz cuando llega a la mayoría de edad, o la parte que ha adolecido de error, sufrido violencia o padecido dolo.

c) SUBSANABILIDAD

La nulidad absoluta, según lo dispone el artículo 1561 en su parte final, no puede subsanarse. Esta disposición tiene una nueva redacción dada por el artículo 463 de la Ley núm. 19.889, de 9 de julio de 2020. El texto originario

¹⁵ CAFARO y CARNELLI (1989), pp. 16-32.

del artículo 1561 expresaba «no puede subsanarse, por la ratificación de las partes ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años». La modificación normativa referida siguió una posición que sostenía que, a pesar de que el texto del artículo 1561 establecía que no podía subsanarse por un periodo que no pasara de los treinta años, la nulidad absoluta es insubsanable, puesto que no puede subsanarse un contrato que no produjo ningún efecto. El texto actual de la norma citada se limita a dispone «y no puede subsanarse»¹⁶.

En cambio, la nulidad relativa puede subsanarse por la ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo (art. 1562 CC). En efecto, de acuerdo con el artículo 1568 CC, el plazo para pedir la anulación del contrato es de cuatro años. Dicho plazo se cuenta en caso de error o dolo, desde la celebración del contrato, en caso de violencia, desde que ésta ha cesado, y en caso de incapacidad relativa, desde que ésta ha cesado, es decir, desde que el menor cumple los dieciocho años de edad. A las personas jurídicas se les duplica el cuadrienio.

El plazo de cuatro años también se aplica a otros vicios que den lugar a la nulidad relativa, como, por ejemplo, la falta de autorizaciones y aprobaciones judiciales requeridas por normas legales.

Los herederos mayores de edad gozan del cuadrienio íntegro, excepto si ya hubiera comenzado a correr en vida del antecesor, en cuyo caso disponen del residuo del lapso para plantear la nulidad del contrato. Para los herederos menores de edad, el cuadrienio comienza a correr cuando llegan a la mayoría de edad, pero, en este supuesto, la declaración de nulidad no se puede pedir pasado el plazo de veinte años desde la celebración del contrato (art. 1569 CC).

La nulidad relativa puede ser subsanada también por la confirmación hecha por la parte en cuyo beneficio se estableció y siendo esta persona con capacidad suficiente para emitir esa declaración de voluntad (arts. 1562, 1570 y 1571 CC). La confirmación configura un negocio jurídico unilateral consistente en una declaración de voluntad emanada de «la parte que tiene derecho de alegar la nulidad», según lo expresa el artículo 1571 CC, destinada a convalidar la nulidad. La confirmación presupone el conocimiento por parte de quien la formula del vicio que afecta el contrato y de su derecho a impugnar éste¹⁷.

Las normas del Código Civil antes mencionadas refieren a la «ratificación» del contrato nulo relativamente. Sin embargo, existen diferencias entre la confirmación y la ratificación. La confirmación consiste en una declaración de voluntad que tiene por finalidad la validación de un contrato relativamente nulo hecha por la parte en cuyo beneficio se estableció la nulidad relativa. La

¹⁶ MARIÑO LÓPEZ (2020), pp. 81 ss.

¹⁷ GAMARRA (1974), pp. 191-192.

ratificación, en cambio, es la declaración de voluntad de un sujeto que no es parte de un contrato válido que aprueba lo actuado por otra respecto de ése y hace suyos los efectos que de él emanan¹⁸. El Código Civil uruguayo utiliza la expresión ratificación en dicho sentido en los casos de gestión sin poder (arts. 1255 y 2076), porte fort (art. 1257), pago hecho a quien no era el acreedor (art. 1453) y negocio sobre patrimonio ajeno (arts. 1681 y 2294).

La confirmación puede hacerse en forma expresa o tácita. Si se convalida un contrato solemne, la confirmación expresa debe hacerse con las mismas formalidades que se requieren para el perfeccionamiento del contrato (art. 1570 inc. 2 CC). A su vez, el artículo 1570 inc. final CC dispone que la ejecución voluntaria de la obligación constituye confirmación tácita del contrato relativamente nulo. No obstante, la confirmación tácita puede verificarse por otros comportamientos de la parte contratante de los que inequívocamente se infiere la voluntad de convalidar el contrato relativamente nulo.

El transcurso del plazo de cuatro años o la confirmación emanada de la parte en cuyo beneficio se dispone la nulidad relativa consolidan los efectos del contrato y queda impedida la anulación de éste (arts. 1570 y 1571 CC).

2. Nulidad total y parcial

La nulidad del contrato se categoriza también en nulidad total o parcial, según que el vicio que padece el contrato afecte a la totalidad de éste o solo a una o algunas de sus cláusulas.

La nulidad total se presenta en caso de que el contrato padezca vicios en los elementos esenciales o estructurales que producen la invalidez de todo el contrato. De ese modo, una cláusula que padece de un vicio o anomalía, por ejemplo, por ser ilícita, puede ocasionar la nulidad total del contrato.

La nulidad puede ser también parcial. La nulidad puede afectar a una o más cláusulas del contrato que no afecten la validez del contrato, sino solo de las cláusulas que presentan vicios. En dicho supuestos, la cláusula afectada por un vicio es nula, pero, en cuanto no se afectan los elementos esenciales o estructurales, el resto del contrato es válido. Rige en estos casos el principio de

¹⁸ AMÉZAGA (2011), pp. 153-159; GAMARRA (1974), pp. 192-193; CAFARO-CARNELLI (1989), p. 153. Peirano Facio considera que la ratificación se realiza por un tercero y la confirmación por la parte contratante, por lo cual, cuando el contrato relativamente nulo se convalida por un tercero que no intervino en el acto –como, por ejemplo, el tutor del menor púber que ha contratado– hay ratificación y no confirmación, PEIRANO FACIO (1957), p. 340.

conservación del contrato erigido sobre la base de la previsión contenida en el artículo 1300 CC.

El sistema jurídico uruguayo no contiene normas que distingan en forma general la nulidad total de la nulidad parcial. No obstante, existe un conjunto de normas que prevén supuestos de nulidades parciales, pues prevén la nulidad de una cláusula del contrato, manteniendo la validez de éste. Así, por ejemplo, el artículo 1364 prevé que la nulidad de la cláusula penal; el artículo 1411 dispone la nulidad de la condición de no hacer cosa físicamente imposible; el artículo 2185 establece la nulidad de la cláusula que impida al vitaliciado enajenar su derecho a percibir la renta vitalicia; los artículos 2338 y 2355 preceptúan la nulidad del pacto comisorio en los contratos de hipoteca y de anticresis, entre otros varios supuestos de nulidad parcial. En todos esos casos, las cláusulas son declaradas nulas, pero el contrato mantiene sus efectos¹⁹.

Luego de declarada la nulidad parcial, es decir, de una o más cláusulas, el contrato debe integrarse con las restantes estipulaciones contractuales y las normas legales que lo rigen de modo de conformar una unidad estructural y funcional.

Así sucede, por ejemplo, en la nulidad de las cláusulas abusivas prevista por los artículos 30 y 31 de la Ley No. 17.250, de Defensa del Consumidor, de 11/08/2000 (LDC). El artículo 30 prevé una regla general para determinar cuándo se presenta una cláusula abusiva, mientras que el artículo 31 contiene una lista no taxativa de cláusulas que deben considerarse abusivas. El artículo 31 inciso final LDC prevé la nulidad parcial de la cláusula abusiva y la integración del contrato por el juez que la declara. Si al integrar el contrato el juez constata que se ha afectado un elemento estructural o esencial del contrato entonces debe declarar la nulidad total del contrato²⁰.

IV. EFECTOS DE LA NULIDAD

La nulidad absoluta del contrato determine que éste no produce ningún efecto. El contrato es nulo absolutamente, lo cual significa, como se ha indicado supra, que nunca despliega eficacia jurídica.

La nulidad relativa, en cambio, tiene como consecuencia que el contrato nulo relativamente produzca todos sus efectos desde su celebración, pero puede ser anulado por la sentencia que declare la nulidad del contrato.

¹⁹ GAMARRA (1974), pp. 93-95.

²⁰ MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 719.

La sentencia que establece la nulidad absoluta de un contrato es declarativa, pues no modifica la situación jurídica preexistente: el contrato no ha producido efectos. El fallo otorga certeza sobre la ausencia de eficacia contractual por la nulidad absoluta declarada.

Por su parte, la sentencia que dispone la anulación de un contrato relativamente nulo es constitutiva, dado que extingue la eficacia desplegada por el contrato anulado (arts. 1447 No. 7 y 1559 CC)²¹. El contrato nulo relativamente produce efectos hasta la sentencia que lo anula.

En consecuencia, los efectos de la nulidad varían según se declare la nulidad absoluta o la nulidad relativa. En caso de nulidad absoluta del contrato, éste nunca produjo efectos, es decir, la ausencia de efectos se verifica desde el momento que el contrato nulo absolutamente se «celebró» entre las partes contratantes.

La sentencia que anula el contrato relativamente nulo extingue los efectos del contrato, a diferencia de la sentencia que declara la nulidad absoluta del contrato porque en este último caso los efectos nunca se produjeron y no son extinguidos por el fallo.

A su vez, los efectos de la sentencia que dispone la anulación del contrato por nulidad relativa se proyectan hacia el pasado, pues se considera que el contrato es nulo desde su origen y que nunca produjo efectos. El artículo 1565 CC establece que la nulidad del contrato establecida por la sentencia «da derecho a las partes para ser repuestas al mismo estado en que se hallarían, *si no hubiese existido el acto o contrato nulo*», por lo cual, los efectos se extinguen desde el comienzo del contrato y, si hubo transferencia de la posesión y/o propiedad de una cosa, se considera que ésta nunca salió del patrimonio del enajenante²².

Como consecuencia, una vez declarada la nulidad absoluta o relativa del contrato, la situación es idéntica para ambos supuestos. Según se ha indicado, la sentencia que declara la anulación del negocio contractual uniformiza el régimen de las nulidades, pues el contrato relativamente nulo se considera, según el artículo 1565 CC, «como si no hubiese existido», es decir, una situación idéntica a la del contrato absolutamente nulo²³, el cual no produce ningún efecto desde su origen.

²¹ GAMARRA (1974), p. 202.

²² AMÉZAGA (2011), pp. 142-143; GAMARRA (1974), p. 204.

²³ GAMARRA (1974), pp. 200-202. AMÉZAGA (2011), pp. 142-146, considera que la regulación de los artículos 1565 y 1566 CC en cuanto a las restituciones rigen solo para los supuestos de nulidades relativas, pero son aplicables también a los casos de nulidad absoluta por analogía. No obstante, corresponde señalar que el artículo 1565 refiere a que no tiene derecho a pedir las restituciones quien ha contratado a sabiendas de que el objeto o la causa eran ilícitos, supuestos éstos que corresponden a las nulidades absolutas. Como consecuencia, la norma contenida en el artículo 1565 CC no comprende solo a supuestos de nulidad relativa, pues refiere en forma expresa a casos de nulidad absoluta.

V. RESTITUCIONES DE LAS PRESTACIONES EJECUTADAS

La nulidad del contrato coloca a las partes en la situación de que disponían antes de la celebración del contrato viciado de nulidad. Por ende, otorga derecho a los contratantes a la restitución de las prestaciones cumplidas. Como se verá infra, si el contrato es nulo absolutamente y no produjo efectos, los derechos nunca se transmitieron de un patrimonio a otro; en cambio, si el contrato es nulo relativamente, los efectos se desplegaron y, por la anulación del contrato, las partes reasumen los derechos de que disponían antes de la celebración del negocio contractual anulado.

Según se ha indicado supra, el artículo 1565 inc. 1 CC dispone que las partes tienen el derecho a la recomposición de su situación al mismo estado en que se encontrarían si no hubiese existido el contrato nulo. Las partes contratantes pueden promover acción reivindicatoria contra la contraparte en caso de que por el negocio nulo se hubiera transmitido la posesión de una cosa.

Por su parte, el artículo 1566 inc. 1 CC dispone que «en las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes, en virtud de la sentencia, cada cual es responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomando en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes, *según las reglas generales*».

De acuerdo con lo preceptuado por dicha norma, las restituciones que corresponden en caso de contratos nulos se rigen por las normas que regulan la restitución de la cosa reivindicada (arts. 688 ss. CC). Así, por ejemplo, en caso de una compraventa nula, el adquirente debe restituir la cosa vendida y el enajenante debe devolver el precio recibido. La restitución de la cosa incluye, de acuerdo con la buena o mala fe del adquirente, la de los frutos (art. 693 CC) y la indemnización de los deterioros padecidos (art. 704 CC).

A su vez, quien reivindica la cosa debe abonar a quien la restituye los costos de producción de los frutos restituidos (art. 696 CC) y, de acuerdo con la buena o mala fe de quien posee la cosa, a abonar, según corresponda, las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias (arts. 699-701 CC).

El derecho a pedir las restituciones en supuestos de contratos nulos presenta dos *excepciones*: no puede pedir las restituciones la parte que contrató conociendo la ilicitud del objeto o de la causa (art. 1565 CC) y tampoco la parte que ha contratado con un incapaz, excepto en lo que éste se haya hecho más rico.

Según lo previsto por el artículo 1565 CC, no puede pedir «la repetición de lo pagado», es decir, la restitución de la prestación cumplida, quien ha contratado conociendo que el contrato es nulo por objeto o causa ilícitos.

La disposición citada se coordina con la limitación de la legitimación para peticionar la nulidad absoluta establecida por el artículo 1561 CC. Según dicha disposición normativa, quien sabía o debía saber el vicio que invalidaba el contrato no puede pedir la declaración de nulidad absoluta de éste.

De acuerdo con las normas contenidas en los artículos 1561 y 1565 CC, no puede pedir la repetición de lo pagado, quien no puede reclamar la nulidad del contrato. No obstante, más allá de esa situación, la disposición prevista por el artículo 1565 que niega las restituciones para quien tenía conocimiento de la ilicitud del objeto o la causa tiene plena aplicación en los casos en que la nulidad absoluta ha sido peticionada por la contraparte, el Ministerio Público, el juez de oficio o cualquier interesado, según lo permite el artículo 1561 CC.

Por su parte, de acuerdo con lo establecido por los incisos 2 y 3 del artículo 1566 CC, no puede reclamar la restitución de la prestación cumplida, la parte que ha contratado con un incapaz, a menos que pruebe el enriquecimiento de éste.

La norma comprende los supuestos en que contrata tanto una persona incapaz absoluta como un incapaz relativo. El fundamento de la limitación se basa en el principio de la buena fe: la incapacidad por minoría de edad o por disminución psicológica o intelectual se manifiesta visiblemente en forma habitual ²⁴.

El inc. 3 del artículo 1565 prevé cuándo el incapaz se hizo más rico. Según dicha norma, «Se entenderá haberse hecho más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias y faltando esta circunstancia, en cuanto las cosas subsistan y se quiera retenerlas».

De acuerdo con la disposición citada, hay enriquecimiento del incapaz en los supuestos que las cosas recibidas le fueron necesarias, como, por ejemplo, dinero para alimentos, vestimenta, vivienda, etc. Asimismo, hay enriquecimiento en los supuestos en que las cosas recibidas subsistan y se quiera retenerlas, como, por ejemplo, en caso de joyas u obras artísticas que aumenten su valor con el tiempo.

El incapaz no debe restituir la totalidad de lo recibido, sino hasta el monto de su enriquecimiento. De acuerdo con las normas citadas, quien reclama la restitución de lo pagado solo puede hacerlo si prueba que el incapaz se ha enriquecido, de lo cual se infiere que la restitución opera en la medida del enriquecimiento del incapaz. Por otra parte, esta es la solución prevista por el artículo 2250 inc. 3 CC para el supuesto de un contrato de depósito celebrado con un incapaz: En caso de que la cosa depositada no se encuentre en poder del

²⁴ GAMARRA (1974), pp. 206-207.

incapaz, el depositante solo tiene derecho a reclamar por lo que el incapaz «se hubiese hecho más rico» y no por la totalidad del valor del depósito²⁵.

El enriquecimiento del incapaz debe considerarse al tiempo de presentarse la demanda restitutoria y no al tiempo de celebrado el contrato, puesto que al momento de promoverse la acción restitutoria el incapaz puede no disponer en su patrimonio de la prestación recibida²⁶.

VI. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

Con relación a los efectos de la nulidad respecto de terceros, el artículo 1565 inc. 2 CC, «La nulidad judicialmente declarada da también acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales».

La norma refiere a los terceros constituidos por los causahabientes a título particular, es decir, aquellos sujetos que adquieren sus derechos de quien los recibió por un contrato declarado nulo.

Respecto de las restituciones en relación con terceros, se deben distinguir los supuestos de nulidad absoluta de los casos de nulidad relativa del contrato²⁷.

Si el contrato es nulo absolutamente, los efectos nunca se produjeron y no hubo ninguna transmisión de derechos. La sentencia es declarativa de la nulidad absoluta del contrato y de la total falta de eficacia de éste.

La parte que recibe derechos sobre bienes por un contrato nulo absolutamente no adquiere en realidad ningún derecho y, en consecuencia, no puede transmitir a terceros derechos que no ingresaron a su patrimonio. Nadie puede transferir más derechos de los que tiene.

A su vez, la parte que transmite un derecho por un contrato absolutamente nulo, en realidad no transfiere nada y sigue siendo el titular del derecho respectivo. Como consecuencia, es titular de la acción reivindicatoria contra quien posea el bien transferido por quien lo había recibido por el contrato nulo absolutamente.

En cambio, si el contrato es relativamente nulo, la sentencia es constitutiva y anula los efectos desplegados por el contrato desde la celebración de éste. Al anularse retroactivamente el derecho del adquirente, se extinguen los derechos constituidos por éste en favor de terceros. Rige el principio *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipiendi*²⁸. El enajenante originario, quien había

²⁵ PEIRANO FACIO (1957), p. 356; GAMARRA (1974), pp. 207-208; MARIÑO LÓPEZ (2021), p. 722.

²⁶ GAMARRA (1974), p. 207.

²⁷ GAMARRA (1974), pp. 208-209.

²⁸ AMÉZAGA (2011), p. 147.

transmitido derechos por el contrato declarado nulo por sentencia judicial, reasume la titularidad de sus derechos sobre el bien transmitido y tiene derecho a promover la acción reivindicatoria para recuperar la posesión de la cosa, sea el tercero poseedor de buena o mala fe.

Como se ha indicado supra, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1566 inc. 1 CC, rigen las reglas generales correspondientes a la acción reivindicatoria en lo relativo a la responsabilidad por la pérdida de las especies o su deterioro, los intereses, frutos y abono de las mejoras necesarias, útiles y voluptuarias, considerando los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de quien detenta la cosa reivindicada.

La postura que distingue inexistencia y nulidad absoluta considera que en caso de que el contrato sea inexistente no se aplican las reglas previstas para las nulidades por los artículos 1565 inc. 2 y 1566 CC.

Para dicha posición, si el contrato es inexistente y hubo ejecución de las prestaciones respectivos, se configura un cuasicontrato de pago de lo indebido, regulado por los artículos 1312 a 1318 CC.

Si quien recibió el pago indebido lo transmitió a un tercero rige la norma contenida en el artículo 1318 CC, según la cual, el que pagó lo que no debía «no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe a título oneroso».

De ese modo, el régimen de las restituciones es diferente si el contrato es inexistente o si es nulo absolutamente. Si el contrato es inexistente, dado que se aplican las reglas del pago de lo indebido, el enajenante originario no tiene acción reivindicatoria contra terceros de buena fe a título oneroso; en cambio, si el contrato es absolutamente nulo, puede promover la acción reivindicatoria contra todo tercero poseedor, sea de buena o mala fe.

Una postura sostenida por Blengio ha intentado conciliar ambas posturas. Para dicho doctrinario, la inexistencia se identifica con la nulidad absoluta, puesto que el contrato no produce ningún efecto, postura que sigue la línea de pensamiento de la doctrina tradicional²⁹.

Sin embargo, si el contrato no produce ningún efecto, quien cumple, paga lo que no debía y se aplican, en todos los casos, sea de inexistencia sea de nulidad absoluta, las reglas del pago de lo indebido. Esta posición choca con el texto del artículo 1565 inc. 2 CC que establece en forma expresa para las nulidades judicialmente declaradas la acción reivindicatoria contra terceros poseedores de buena o mala fe.

²⁹ BLENGIO (2015), pp. 51-56.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMÉZAGA, Juan José (2011): «De las nulidades en general», en *Obras esenciales*. Montevideo: La Ley Uruguay.
- BLENGIO, Juan (2015): «Las consecuencias de la declaración de nulidad con relación a terceros subadquirentes de un bien objeto de un negocio nulo», en *La Justicia Uruguaya*, t. CXI.
- CAFARO, Eugenio y CARNELLI, Santiago (1989): *Eficacia contractual*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot.
- CAUMONT Arturo (1993): «Una reflexión técnica sobre cesión de derechos hereditarios ajenos y su vinculación con los conceptos de indeterminación, existencia, validez, eficacia y oponibilidad», en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXIV.
- GAMARRA, Jorge (1974): *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo, FCU, tomo VI.
- MARIÑO LÓPEZ, Andrés (2021): *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*. Montevideo: Thomson La Ley Uruguay.
- «Las modificaciones al régimen de nulidades absoluta y relativa del Código Civil hechas por la Ley No. 19.889», en *Revista Jurídica La Justicia Uruguaya*, t. 158.
- MIRANDA, Fernando (1973): *Derecho práctico y teórico. Algunas consultas*. Montevideo: Editorial Asociación de Escribanos del Uruguay.
- MOLLA, Roque (2007): «La ausencia de solemnidad en el contrato solemne. Consecuencias del cumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXVIII.
- PEIRANO FACIO, J. (1957): *Curso de Obligaciones*. Montevideo: Oficina de Apuntes del CED, tomo VL.

LA NULIDAD DEL CONTRATO: UNA MIRADA DESDE LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE CONTRATOS*

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI**
ÁLVARO VIDAL OLIVARES***

SUMARIO: I. Aspectos generales.–II. Nulidad absoluta y nulidad relativa.–III. El concurso vertical.–Bibliografía citada.

I. ASPECTOS GENERALES

Los *Principios* dedican su Capítulo 3 al tratamiento de la nulidad. Se trata de un tema que sufrió extensas modificaciones si se compara con el tratamiento que le dispensaba el borrador correspondiente al año 2014¹. En este no existía un capítulo sobre la nulidad, sino que se trataba, exclusivamente, como una consecuencia de los vicios de la voluntad. Por otra parte, con respecto a la forma de alegarla, se establecía su carácter extrajudicial, operando mediante una notificación.

El texto actual de los *Principios* abandonó ambas características. De una parte, como ya ha quedado dicho, se opta por un tratamiento más sistemático

* Este trabajo se extrae del libro: DE LA MAZA y VIDAL (2020). Abreviaturas: PICC = Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales; PECL = Principios Europeos de Derecho de Contratos; CISG = Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; DCFR = Marco Común de Referencia.

** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl

*** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor titular de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: alvaro.vidal@pucv.cl.

¹ Ver SEVERÍN (2017), pp. 1493 ss.

de la nulidad en el Capítulo 3; de otra, el texto del artículo 43 nos anuncia que el antiguo carácter extrajudicial de la nulidad ha desaparecido. Bajo el título «*Forma de alegar la nulidad*», dicho precepto dispone que: «La nulidad puede alegarse por vía de acción o excepción».

Con respecto a la estructura del Capítulo, se trata de doce artículos, divididos en tres secciones. Antes de la primera sección, sin embargo, se encuentran los artículos 41, 42 y 43. El primero de ellos distingue entre la nulidad absoluta y relativa; el segundo, entre nulidad total y parcial. El tercero, como ya se ha señalado, dispone que la nulidad debe ser alegada judicialmente.

Por lo que toca al primero y último de estos tres artículos, la pregunta que cabría formularse es por qué acudir a las categorías de nulidad absoluta y relativa y a la declaración judicial. Y la pregunta es interesante, pues supone un conspicuo alejamiento del tratamiento en otros cuerpos normativos que tanta relevancia han tenido en la preparación de los *Principios*, como los PECL o los PICC². En efecto, el artículo 4:112 de los PECL dispone que: «*Avoidance must be by notice to the other party*». Por su parte, el artículo 3.2.11 de los PICC: «*El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte*». Por otro lado, los PICC no regulan expresamente la nulidad absoluta y el artículo 4:101 de los PECL, que inaugura su capítulo relativo a validez, excluye expresamente las cuestiones que en los *Principios* determinan una declaración de nulidad absoluta.

Confirman este alejamiento las palabras de Gonzalo Severin, quien expresa que:

«(...) resulta evidente que no se ha seguido a ninguno de los textos sobre principios de Derecho contractual que fueron tenidos en consideración por el Grupo (Principios UNIDROIT, PECL, DCFR). Es dable pensar que esa suerte de originalidad de los PLDC, en este punto, deriva del hecho de que en los PLDC se reconocen, y regulan, dos clases de nulidad: la nulidad 'relativa' y la 'absoluta', categorías que no están presentes en ninguno de esos otros textos sobre principios de Derecho contractual, no al menos en una forma explícita o directa»³.

¿Qué explica este alejamiento? Muy probablemente, la respuesta se encuentra en una cierta fidelidad que han procurado mantener los *Principios* a las regularidades que resultan posibles de detectar en el tratamiento de los temas en los distintos códigos de la región⁴; así se lee de los códigos civiles argentino –

² Aunque mantiene alguna cercanía, mas no terminológica con el DCFR, que se refiere a nulidad y anulación.

³ SEVERÍN (2017), p. 1502.

⁴ La distinción –aunque, en ocasiones formulada como anulabilidad y nulidad– existe en los códigos argentino (art. 386), brasileño (arts. 166 y 171), en el chileno (art. 1682), en el colombiano (art. 1740),

artículo 386–, brasileño –artículos 166 al 171–, chileno –artículo 1682–, colombiano –artículo 1740–, paraguayo –artículos 356 al 358– y uruguayo –artículos 1560 a 1568–⁵. Tanto la distinción entre nulidad absoluta y relativa como el carácter judicial de la nulidad constituyen este tipo de regularidades.

II. NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

Con respecto a la distinción entre nulidad absoluta y relativa, el artículo 41 dispone lo siguiente:

«La nulidad es absoluta cuando afecta el interés general y relativa cuando sólo afecta intereses particulares».

Como podemos advertir, la distinción entre la nulidad absoluta y nulidad relativa obedece al tipo de interés que se encuentra tutelado. La técnica parece adecuada; sin embargo, contextualizado en las demás normas del Capítulo 3 presenta, al menos, un par de dudas.

La primera de ellas dice relación con las causales. Pareciera ser que, si lo determinante es el interés comprometido, no sería necesario identificar las causales. Sin embargo, el artículo 45, siguiendo muy de cerca el artículo 386 del Código Civil y Comercial argentino, dispone que:

«Los contratos contrarios a la ley, el orden público o a las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta».

Puede, por supuesto, afirmarse que estas tres causales son manifestaciones del interés público, sin embargo, cuando se usa un concepto general, suele hacerse, precisamente, para evitar detallarlo⁶. Por otra parte, no existe una mención a las causales de nulidad relativa.

Con respecto al fundamento de la nulidad absoluta, Nieves Fenoy ha sostenido que los *Principios*:

«(...) adoptan, en parte, lo que viene conociéndose como una visión (una teoría) moderna de las nulidades, en la cual la calificación de la nulidad como

en el paraguayo (arts. 356 a 359) y el uruguayo (arts. 1560 y 1568).

⁵ Acogiendo la terminología de nulidad absoluta y nulidad relativa o nulidad y anulabilidad; PIZZARRO (2012), pp. 68 (Argentina), 159-160 (Brasil), 318-319 (Chile), 248-249 (Colombia), 433-435 (Paraguay) y 513-515 (Uruguay).

⁶ Habrá que advertir, además, que en el Código Civil y Comercial argentino, el artículo 386 encabeza la sección que se le prodiga a la nulidad.

absoluta o relativa depende del interés protegido por la norma infringida (general/particular)»⁷.

La segunda duda se refiere al régimen de nulidad que ha de afectar a aquellos contratos que carecen de causa o de objeto. En los códigos latinoamericanos, es frecuente que sea el de la nulidad absoluta⁸, pero la razón que así sea es el criterio que se emplea para distinguir la nulidad absoluta de la relativa. Así, por ejemplo, en el ámbito chileno, se entiende que se trataría de nulidad absoluta pues el artículo 1682 del Código Civil identifica como causales de nulidad absoluta aquellas que afectan a requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor del acto⁹.

Sin embargo, como acaba de verse, el criterio de la nulidad absoluta en los *Principios* es diverso a este. Por lo mismo, aunque los PLDC sigan empleando el antiguo lenguaje de los «*elementos del contrato*» y consideren como elementos la causa y el objeto, parece ser que la ausencia de estos no configuraría una causal de nulidad absoluta.

III. EL CONCURSO VERTICAL

El siguiente comentario que nos interesa formular se refiere al artículo 49, bajo el título «*Opción con otros medios de tutela*». Su tenor es el siguiente:

«La parte que tenga derecho a demandar la nulidad relativa del contrato y, al mismo tiempo, pueda ejercer alguno de los medios de tutela por incumplimiento, puede optar entre aquella y éstos».

Se trata de una norma que viene a resolver situaciones que podríamos denominar de *concurso vertical*, es decir, situaciones en las que un mismo conjunto de circunstancias configura, simultáneamente, el supuesto de hecho de algún o algunos remedios frente al incumplimiento contractual y el supuesto de hecho de alguna acción de invalidación¹⁰.

⁷ FENOY (2017), p. 605. Por cierto, aclara también Severín: «Por lo que se ha señalado, más que ofrecer una definición de nulidad (lo que no se hace), da la impresión de que la principal función del artículo 41 es la de indicar que en el sistema de los PLDC de 2016 se reconocen dos clases de nulidad: la absoluta y la relativa; señalando, además, qué es lo característico de cada una o, si se quiere, cuál es el criterio de distinción entre ambas»; SEVERÍN (2017), p. 1512.

⁸ PIZARRO (2012), pp. 68 (Argentina), 159-160 (Brasil), 318-319 (Chile), 248-249 (Colombia), 433-435 (Paraguay) y 513-515 (Uruguay).

⁹ Prescindimos aquí de la discusión acerca de si la consecuencia jurídica de la falta de causa o de objeto sería la inexistencia.

¹⁰ Sobre el tema puede consultarse: DE LA MAZA (2014), pp. 117-159.

Así, por ejemplo, puede suceder que el comprador creyese equivocadamente que el bien que se le está entregando servía para la finalidad principal que explícitamente se le asignó en el contrato. En un caso como ese, podría impugnarse la validez del contrato por error en los términos del artículo 28 y siguientes de los *Principios*. Sin embargo, a la vez, podría, al abrigo de los artículos 86 y siguientes de los PLDC, resolver el contrato y reclamar una indemnización de perjuicios; o ejercitar otro medio de tutela por incumplimiento de contrato.

En situaciones como la descrita, los *Principios*, siguiendo la solución fijada por el artículo 4:119 de los PECL y alejándose de la solución dispuesta por el artículo 3.2.4 de los PICC respecto del error, autorizan al acreedor a canalizar su pretensión ya sea a través de la disciplina del incumplimiento o de aquella propia de los vicios del consentimiento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- DE LA MAZA, Íñigo (2014): «La tutela del comprador frente a la ausencia de calidades presupuestas en la cosa», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* núm. 43.
- DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro (2020): *Hacia un derecho latinoamericano de los contratos. Los principios latinoamericanos de derecho de contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FENOY, Nieves (2017): «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXX, fasc. II.
- SEVERÍN FUSTER, Gonzalo (2017): «La nulidad absoluta en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Sobre su inclusión en el texto y sus causales», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXX, fasc. 4.

Colección

Derecho Privado

Director:

Antonio Manuel Morales Moreno

Últimos títulos publicados:

24. Derecho Privado Romano

Max Kaser, Rolf Knütel, Sebastian Lohsse

25. Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo.

Isue Natalia Vargas Brand

26. La estructura de la restitución contractual

Antonio Ismael Ruiz Arranz

27. Riesgo en la compraventa, cumplimiento e incumplimiento

Ignacio Varela Castro

28. Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión en los contratos

Nieves Fenoy Picón

29. Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales

María Natalia Mato Pacín

30. Análisis y síntesis de la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, con propuestas de *lege ferenda* a fin de elevar la protección del consumidor. Dos volúmenes

Francisco Verdún Pérez

31. ¿Qué es un secreto empresarial? Un estudio de su concepto

Pablo Muruaga Herrero

32. Tres cuestiones en las propuestas de modernización del Código civil sobre obligaciones y contratos de 2009 y 2023: Requisitos de existencia del contrato, dolo, ventaja injusta

Nieves Fenoy Picón

33. El nuevo derecho de consumo europeo. Diez reformas para su modernización en la década de 2020

Alberto Hidalgo Cerezo

Como sucede en Europa, tratándose de Latinoamérica, todos los países tienen su derecho nacional sobre contratos, aunque junto a él, suelen compartir, tratándose de la compraventa internacional de mercaderías, la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

A diferencia de Europa, sin embargo, los esfuerzos por pensar comparativamente el derecho de contratos de la región han sido extremadamente modestos, ya que en la materia se mira más bien a Europa y, en alguna ocasión, a Estados Unidos, pero rara vez, si es que alguna, los países de la región buscan en este ámbito una identidad compartida. Es, pues, evidente la falta de estudios respecto de la existencia de una «identidad» o «cultura jurídica latinoamericana».

Una obra como los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* debe venir precedida por esfuerzos comparativos, y dichos esfuerzos se tornan más sencillos si se ejecutan sobre obras que intenten presentar de una manera sistemática el derecho nacional de los contratos en la región.

Ese es el propósito de este Tratado, poner a disposición de quienes se interesen en ello una obra que facilite esfuerzos comparativos que permitan responder de una manera más robusta a la pregunta acerca de la existencia de una identidad o cultura jurídica latinoamericana.

Con ese objeto se ha reunido a autores y autoras de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Perú y Uruguay. Desde luego, no se trata de todos los países de la región, pero es una muestra valiosa. Está representado el Código de Bello y el nuevo Código Civil y de Comercio argentino; el peruano que, acaba de cumplir 40 años. Se suman México y Brasil, con su innegable riqueza y su escasa participación en obras de esta naturaleza.

Este primer tomo cubre la formación del consentimiento, sus vicios y la nulidad. No son todos los temas que aparecen durante el periodo precontractual (así, por ejemplo, no se encuentra la responsabilidad precontractual) pero, en torno a ellos se formulan algunas de las preguntas más importantes del derecho de contratos relativas a la importancia de la voluntad, la confianza y la seguridad jurídica, la ignorancia y la coacción.

(Del prólogo de Íñigo de la Maza Gazmuri y Álvaro Vidal Olivares)