

TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

DEL NEGOCIO JURIDICO

Dr. Jairo Duque Pérez

"CAPITULO III"

3.1. En el capítulo anterior, al precisar las fuentes de las obligaciones, aludimos a las expresiones "hecho jurídico" y "acto jurídico" y destacamos el rol de ser fuentes creadoras de obligaciones al realizar un mandato del legislador (2.2 y 2.4), e hicimos con la doctrina, su clasificación.

En el léxico jurídico la expresión HECHO JURIDICO designa genéricamente todo fenómeno que se produce en el mundo, originado en la naturaleza o en la acción del hombre y que es captado y sancionado por la ley al asignarle efectos jurídicos.

Los hechos jurídicos se dividen:

- a) *Hechos jurídicos propiamente dichos* que son hechos de la naturaleza extraños, por ende, a la voluntad del hombre, y que producen consecuencias de derecho. Ejemplos: el nacimiento y muerte de la persona natural, el transcurso del tiempo, los accidentes de trabajo y otros de la misma índole.
- b) *Actos Jurídicos* que son hechos voluntarios realizados con la intención de producir efectos jurídicos. Ejemplos: el testamento, el reconocimiento de un hijo natural, la ratificación de una nulidad relativa, todos los contratos, etc.

c) Hechos jurídicos voluntarios pero realizados sin intención de producir efectos de derecho: los delitos y cuasi-delitos, plantación de un árbol, etc. (66).

Pocas figuras como el NEGOCIO JURIDICO han merecido tanto estudio por parte de la doctrina civil. Se trata de una locución de origen germánico que Savigny definió como *declaración de voluntad*.

Debemos escoger entre las definiciones que ha elaborado la doctrina, la que más se ajuste a nuestras instituciones civiles y la que mejor destaque las características de la institución. (67).

Suele definirse el ACTO JURIDICO como declaración de voluntad consciente y reflexivamente hecha por la persona, con el fin de producir efectos jurídicos; o como dicen los Hermanos Mazeaud "se está en presencia de un acto jurídico, cuando la modificación de la situación jurídica de una persona, ha sido querida por ella".

Bien es cierto que el autor del acto jurídico en la generalidad de los casos, ignora las consecuencias propiamente jurídicas de su comportamiento (declaración de voluntad) y lo que pretende es simplemente alcanzar un fin PRACTICO que el orden jurídico protege. Por esta consideración, parece que es más aceptable la siguiente definición de negocio jurídico: "*manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el ordenamiento*" (68).

De esta concepción se desprende que la voluntad de las partes en el negocio jurídico debe tener una dirección dada, lo que es evidente, pues en los negocios no sólo existe la voluntad del comportamiento, sino también, necesariamente, la voluntad de un resultado a conseguir.

El autor de la anterior definición, sustenta su tesis advirtiendo que en la realidad la voluntad del sujeto o de los sujetos, tiende a un resultado práctico, y ni conoce ni prevé los efectos jurídicos que se le ligan. Estos por otro lado, se verifican incluso si no fueron jamás previstos; y agrega "no se diga que es preciso al menos que la voluntad tienda hacia un fin jurídico en general, pues ello indudablemente, se encuentra en

(66) Alessandri. (Obligaciones pág. 8).

(67) Emilio Betti define el negocio jurídico: "acto de autonomía privada reconocido por el derecho como productor del nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas entre particular y particular" (Teoría del Negocio Jurídico pág. 39).

(68) Cariota Ferrara Luigi "El negocio jurídico" pág. 49.

la mayor parte de los casos concretos, pero es INNEGABLE QUE EL NEGOCIO PRODUCE SUS EFECTOS SI FALTA TAL TENDENCIA".

Al reglamentar y sancionar la ley los efectos apetecidos por las partes, reconoce a los sujetos de derecho la posibilidad de reglamentar por sí mismos sus relaciones. Por esto se dice que el negocio jurídico es un acto de autonomía privada que el orden jurídico otorga a los particulares, para que dispongan de sus propios intereses, pero a la vez, tiene o reviste el carácter de una especial significación social, porque por medio de él se verifica un intercambio entre varios sujetos de derecho, que entran a relacionarse desde el momento mismo en que manifiestan su voluntad con propósito de lograr resultados específicos protegidos por la ley.

3.2. Análisis de la definición

a) El negocio jurídico es una MANIFESTACION DE VOLUNTAD.

La voluntad entendida no como simple aspiración o deseo de que ocurra algo, sino como intención madura y definitiva de provocar un efecto jurídico (69), es la "sustancia" del acto jurídico y su manifestación o declaración la saca del fuero interno del individuo y le da relevancia jurídica.

La voluntad jurídica se integra con la "intención", etapa en que se concibe el acto y se forma la idea de alcanzar un resultado práctico, y su "declaración" que da testimonio de su carácter definitivo o perdurable, pues no bastaría aquélla sin ésta ya que el derecho no considera lo que sucede en el fuero interno; a la vez, la sola "manifestación" no vale nada pues no interesa lo declarado o hecho sino cuando quien así procede actúa con propósito suyo (70).

b) La manifestación tiende a lograr o producir un resultado que el orden jurídico protege.

El efecto jurídico que el acto alcanza: crear, modificar o extinguir

(69) Giuseppe Stolfi. Teoría del Negocio Jurídico (pág.) 5).

(70) La voluntad por sí sola no constituye más que un simple hecho psicológico que no puede comprobarse, ya que pertenece a la interioridad del alma humana y en todo caso es susceptible de continuas variaciones: por el contrario, el derecho exige que cada uno tenga el propósito firme y maduro de provocar una modificación en sus propios derechos subjetivos y en su caso en los ajenos". Stolfi (o. c. pág. 5).

derechos, no es simple consecuencia de hecho de su consentimiento sino realización del propósito específico del agente.

c) El efecto debe ser jurídico.

Claro que muchas veces las partes no conocen los específicos tratamientos legales de sus declaraciones, pero ello no es óbice para la celebración del acto jurídico, pues de todas maneras el acto voluntario está dirigido a dar vida no a una relación cualquiera, sino a una relación jurídica que el derecho tutela.

3.3. *Importancia de los actos jurídicos.* Casi la totalidad de las relaciones de derecho existentes entre los hombres provienen de los actos jurídicos.

Existen otras causas de tales relaciones, pero son menos fecundas en resultados como ciertos *estados de hecho* y determinados *estados materiales* que hemos denominado bajo la expresión general de HECHOS JURIDICOS.

Así, el *parentesco* genera el derecho de suceder a una persona, la obligación alimentaria, etc.: la *edad* determina la capacidad o incapacidad de la persona natural, y la *demencia* la priva de su capacidad ya adquirida; la *contigüidad* de dos predios implica creación de obligaciones reales para sus dueños.

Finalmente, la *ejecución* de un delito engendra una relación jurídica entre el autor y víctima.

3.4. *Reglas comunes a todos los actos jurídicos y elementos de existencia y validez.*

Según el artículo 1502 del C. C. para que una persona se obligue a otra por un *acto o declaración de voluntad*, es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4º que tenga una causa lícita.

Se debe en primer término advertir que no es exacto como lo dispone el artículo, que tales elementos deban concurrir únicamente para que el DEUDOR se obligue sino que son igualmente necesarios para que el acreedor adquiera el derecho personal en aquellos actos jurídicos de formación bilateral (contratos). La disposición puede interpretarse en su sentido literal, cuando el acto jurídico es unilateral y genera sólo obli-

gaciones a cargo de su autor como en los casos ya analizados de declaración unilateral de voluntad (71).

La doctrina clasifica los anteriores elementos en dos grupos: a) Elementos que le dan *existencia* al acto jurídico y que se requieren para que la operación nazca a la vida del derecho; su omisión incide en la existencia misma del negocio. Son ellos, la VOLUNTAD (consentimiento), el OBJETO, la CAUSA y la FORMA en los actos solemnes. b) Presupuestos de *validez* que suponen el nacimiento del acto pero lo afectan en su vigencia o efectos plenos: capacidad, consentimiento sin vicios, objeto y causa lícitos.

Los anteriores elementos, tanto los de esencia como los de validez, son los comunes a todos los actos jurídicos; pero además de ellos, hay otros que son peculiares a cada categoría de actos jurídicos. Estudiaremos someramente esos presupuestos, limitándonos a dar nociones muy generales dado el caso que en nuestro pécsum se ha separado de la teoría general de las obligaciones, todo lo concerniente al ACTO JURIDICO que integra con la parte general del derecho civil, un curso especial que es prerrequisito del curso de Obligaciones.

LA VOLUNTAD.

3.5. *Número de voluntades que concurren a la formación del acto jurídico.*

Pluralidad de voluntades. Lo común o corriente para la celebración del acto jurídico, es el concurso de la voluntad de dos o más personas pues el acto jurídico tipo es el *contrato* y la *convención* en los cuales las partes que intervienen prestan su *consentimiento*, lo que es decir, el acuerdo de voluntades para la perfección del acto.

Voluntad única. Existen otros actos jurídicos que son obra de una sola voluntad: tales son el otorgamiento de un *testamento*, la *aceptación* o *repudiación de una herencia*, etc. Pero aún en estos casos, como lo sostiene Rodríguez Piñeres (72) siempre es preciso que se realice un *acuer-*

(71) No es cierto, como lo da a entender el art. 1502 del C. C., que la capacidad y el consentimiento sano se requieran únicamente en la persona que se obliga por un acto o declaración de voluntad, pues, tales condiciones son generales y deben cumplirse respecto de toda persona que intervenga en un acto jurídico, aunque solamente ocupe la posición del acreedor. (Guillermo Ospina Fernández. Conferencias pág. 50).

(72) Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano pág. 141.

do de voluntades, siquiera sea en épocas diversas por parte de cada cual; así un testamento en que su autor instituye heredera a una persona, no produce el efecto deseado si ésta no acepta la herencia.

Cuando la voluntad expresada en el acto jurídico es *única*, no se puede decir propiamente que su autor presta el *consentimiento* (*de sentire-cum*), expresión que genuinamente conviene al caso en que haya acción de *varias voluntades*.

3.6. *El concepto de voluntad.* Ya dijimos de ella que es elemento esencial para la existencia del acto jurídico. Existen causales que la eliminan y otras que la afectan en su manifestación libre y espontánea.

De las primeras, son las siguientes que agrupan todas las demás: a) *carencia de razón en el agente* que puede provenir de demencia, sordomudez, embriaguez. Causales éstas que el C. C. trata desde el punto de vista de la capacidad y son fuente o motivo de nulidad absoluta (arts. 140. N° 3-1061 - 1.504), b) - El denominado *error obstativo* (arts. 1.510 C. C.) que estrictamente hablando, no puede originar la existencia del acto jurídico, pero la Ley Civil, considera junto con las otras causas de error, como simple causal de RESCISIÓN (nulidad relativa).

Posteriormente trataremos de las causas o vicios que afectan sin extinguir, la voluntad.

3.7. *Manifestación de la voluntad.*

La voluntad jurídica compuesta de *intención y declaración*, es el núcleo del negocio jurídico. La manifestación debe hacerse por cualesquiera medios aptos para que la persona a la cual se dirige, se entere suficientemente del propósito del agente; pero excepcionalmente, en casos fijados por la ley, han de utilizarse determinados medios o formalidades. (73).

La manifestación puede ser *expresa* o *tácita*.

Según que se exteriorice por medio de palabras, escritos, gestos u otros medios sensibles que normalmente, o por acuerdo de las partes,

(73) Este principio de la libertad de la manifestación es consecuencia de los tiempos que vivimos en que para el fomento de las transacciones es necesario dejar a las partes un margen de libertad, y proscribir el formalismo inútil de otras épocas que por sí solo retardaba la celebración del acto jurídico.

se destinan a dar a conocer la voluntad o querer interno; o cuando se deduce de circunstancias o hechos que necesariamente conducen a ella y que no podrían tener otra significación, si faltare la voluntad (conducta concluyente), lo que quiere decir que la voluntad tácita no debe tener normalmente, otra significación. Los arts. 1.298, 1.301, 2.149 y 1.713 del C. C. entre otros, se refieren a manifestaciones tácitas de voluntad.

Tanto la una como la otra revelan la voluntad del autor y por ello la voluntad expresa tiene el mismo valor jurídico que la voluntad tácita, a menos que la ley o las partes exijan en casos determinados, que la voluntad se manifieste en términos formales y explícitos. (arts. 1.298, 2.120 inciso 2°, 2.514 y 1.573 del C. C.).

Los arts. 1568 y 1573 exigen manifestación expresa; el 2.004 en materia de arrendamiento dispone que el arrendatario no puede ceder el arriendo o subarrendar a menos que esta facultad "se le haya expresamente concedido".

En testamentos los artículos 1.118 y 1.072 disponen que la voluntad del testador siempre debe manifestarse de modo expreso; y en general, cuando las partes han convenido que la declaración tácita no es suficiente.

Se pueden presentar conflictos entre la manifestación expresa y la tácita como cuando el agente ejecuta actos que inequívocamente determinan una voluntad contraria a la expresamente declarada. En este caso se debe dar prelación a la voluntad expresamente manifestada, cuando es posterior a la conducta concluyente de donde se desprende la voluntad tácita; o a la manifestación tácita que se revele por hechos inequívocos.

Una convención tácita o expresa, puede modificarse por una expresa o tácita, respectivamente; así se desprende del art. 1.622, inciso 3°. El conflicto de que se habla es bien distinto a la reserva que hace el autor del acto de su deseo de que la conducta tácita no tenga la significación o efecto que la ley señala. (74).

(74) Si un hecho que normalmente debería significar una manifestación tácita de voluntad, se ejecuta haciendo el autor una reserva previa y expresa en sentido contrario o diverso, tal hecho no adquiere su significación normal y por esta razón debe estarse a la manifestación expresa de voluntad. León Hurtado Avelino (La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos. pág. 54).

La *voluntad presunta* no es una forma de manifestación distinta de la tácita o de la expresa, sino casos de excepción en que la ley autoriza al juez para que establezca la voluntad; o en que no habiendo tal declaración, la ley la da por existente.

En la voluntad presunta, es la ley la que fija los hechos que deben estimarse como concluyentes.

Ejemplo: según el art. 955 del C. C. (inc. 2º) el reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación. Estamos aquí ante una voluntad presunta que no es más que una voluntad tácita, ya que el reivindicador al recibir el precio, *tácitamente* manifiesta su voluntad de vender; y lo propio se puede decir del art. 2.168 del C. C. según el cual “el poder especial para vender comprende la facultad de recibir el precio”.

3.8 El silencio como manifestación de voluntad.

En derecho quien calla no otorga. De aquí se infiere que el silencio por sí solo, no es manifestación de voluntad ni expresa ni tácita y por ende, no traduce voluntad alguna.

En casos de excepción el derecho le da al silencio relevancia de declaración de voluntad; pero en tales casos se trata de una **VOLUNTAD PRESUNTA** que no se ha manifestado en modo alguno.

El silencio no es extraño al C. C. y a otros ordenamientos legales; así tenemos por ejemplo, que la prescripción extintiva se basa en el silencio (lo mismo que la adquisitiva en la renuncia del titular del derecho, a promover las acciones encaminadas a obtener la recuperación de la posesión art. 2.535); si el asignatario está en mora de declarar si acepta o repudia, se considera que repudia (art. 1.290). En veces el silencio es fuente de responsabilidad contractual como en los vicios redhibitorios (arts. 1.915 y 1.918 C. C.), o fuente de delito penal (art. 191 C. P.). En materia procesal produce en muchos casos trascendentales consecuencias jurídicas, como el reconocimiento de un instrumento privado (art. 274 C. J.); o cuando se da por confeso a quien se niega a declarar (art. 210) y más comúnmente, cuando precluyen las facultades procesales por silencio de las partes en ejercitarlas dentro de la oportunidad legal; recordemos que el silencio permite a las partes que se incorpore al convenio o contrato que celebran, todas aquellas cosas que por *naturalidad* le pertenecen; finalmente es fuente de responsabilidad extracontractual

cuando se guarda silencio con dolo o culpa y con ello se ocasiona un daño a un tercero. El tercero podrá pedir la indemnización del perjuicio (art. 2.341).

Requisitos del silencio como manifestación de voluntad.

En los anteriores casos el silencio tiene un valor precisado por el derecho, porque la ley lo ha dispuesto expresamente. *Pero a propósito de la manifestación de voluntad surge el problema de saber qué valor jurídico tiene el silencio.* Si a una persona se hace una oferta y ésta nada responde, ni expresa ni tácitamente, cómo debe interpretarse su pasividad absoluta, su silencio?

En el derecho antiguo se sostuvo que el silencio valía como manifestación de voluntad cuando el que lo guardaba **DEBIA Y PODIA HABLAR**. Pero resulta difícil saber cuándo hay obligación de hablar. En todo caso, si la obligación emana de la ley, el silencio es voluntad presunta, como en los casos que se acaban de enunciar; y si la obligación de hablar es de origen contractual, el silencio vale como manifestación expresa de voluntad en virtud de la convención. Si se refiere a una obligación moral, no se da propiamente una norma de derecho, pues tal obligación no es jurídicamente eficaz.

De modo que esa antigua fórmula para conocer cuándo el silencio es manifestación de voluntad, no da un derrotero seguro, porque no hay duda de que el silencio tiene el valor de una manifestación de voluntad cuando la ley lo ordena o cuando las partes lo convienen. Por ejemplo, de acuerdo con el art. 2151 del C. C. “las personas que por su profesión u oficio 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 un término razonable, su silencio se mirará como **ACEPTACION**”. O sea, la ley da al silencio la eficacia de una manifestación de voluntad para perfeccionar el contrato de mandato. Igual valor tendrá la convención —que es ley para las partes— mediante la cual se establece que el silencio de uno de los contratantes se interpretará como voluntad en sentido determinado. En este caso el hecho de guardar silencio importa manifestación expresa de voluntad, por que el medio convenido para expresar la voluntad es el silencio. Es frecuente este pacto para renovar automáticamente los contratos de sociedad y arrendamiento.

Con exclusión de ESTOS CASOS EL SILENCIO NO CONSTITUYE MANIFESTACION DE VOLUNTAD, a la inversa de lo que dice el adagio popular: "quien calla no otorga".

Sólo por excepción se considera como manifestación de voluntad el silencio que va acompañado de CIERTAS CIRCUNSTANCIAS que vienen a ser las determinantes para atribuirle significación. El solo silencio no es jamás manifestación de voluntad si la ley no lo dice o las partes no lo convienen.

ES SILENCIO CIRCUNSTANCIADO o CUALIFICADO el que va acompañado de antecedentes o circunstancias externas, que permitan atribuirle inequívocamente, el valor de una manifestación de voluntad. Esas circunstancias podrán ser de diversa índole y los jueces de fondo deberán apreciarlas en cada caso para ver si permiten asignarle al silencio, el valor de una aquiescencia.

En resumen: si la ley o las partes no han establecido que el silencio se mire como manifestación de voluntad, éste carecerá de significación jurídica, a menos que los jueces den por establecida la voluntad (la presuman) en razón de las circunstancias en que incide el silencio (75).

3.9. Formación del consentimiento en el campo contractual.

El C. C. guarda silencio sobre el particular, pero se aplican las disposiciones del C. de comercio que rigen la materia.

Puede decirse que el consentimiento en el contrato, se forma por la OFERTA y su ACEPTACION (76).

a) De la Oferta.

La oferta es la proposición que una persona hace a otra para contratar en condiciones determinadas, de manera que baste una simple aceptación para la perfección del contrato (77).

- (75) Tomado de la obra citada de Avelino León Hurtado.
(76) Estudiar la formación del consentimiento en los contratos, es responder a tres preguntas: cómo?, cuándo? y dónde? se produce el acuerdo de voluntades. Sara Eiler Rauch (De la formación del consentimiento en los Contratos. Página 22).
(77) Es el mismo concepto de León Hurtado para quien la oferta es la manifestación de voluntad que una persona hace a otra proponiéndole celebrar una convención determinada que puede quedar perfecta con la simple aquiescencia de ésta. (o. c. pág. 97).

No es pues, como algunos dicen, una mera invitación a contratar pues este concepto propio de la simple "proposición" o "iniciativa", se distingue fundamentalmente de la oferta.

La persona que hace la oferta se denomina OFERENTE o POLICITANTE y puede ser cualquiera de las dos futuras partes: tanto el que va a ser acreedor como deudor.

Naturaleza jurídica.

Como es una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos ya que el oferente al formular la oferta está dando a conocer su voluntad de celebrar un contrato determinado, la oferta es un acto jurídico, en el que concurre la INTENCION y la MANIFESTACION.

Quien hace la oferta debe tener intención de obligarse para el caso en que su oferta sea aceptada, y además, debe revelar la voluntad por medio de la manifestación de la oferta. Esta manifestación puede ser expresa o tácita según que se haga en forma explícita o que se deduzca de actos positivos que muestren claramente la intención del autor (78).

Requisitos de la oferta.

a) Debe ser completa; b) emanar de la voluntad del oferente; c) estar dirigida a un destinatario; y, d) llegar a conocimiento de éste.

Cuanto al requisito 2º podemos decir que no siempre la oferta emana de la voluntad del oferente, pues hay casos en que éste por encontrarse en especiales condiciones se ve obligado a contratar y no puede negarse sino por causas justificadas; éstas son las "ofertas forzadas" que se presentan particularmente en los contratos por "adhesión" y en ciertos monopolios de hecho.

Cuando en los dichos eventos el oferente se niega injustificadamente a contratar, compromete su responsabilidad por abuso de su derecho de no contratar (79).

- (78) La jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que aún los actos más simples pueden constituir oferta. Se ha resuelto por ejemplo, que el estacionamiento de un vehículo público en un lugar público, dejando ver que está libre, es oferta para celebrar el contrato de transporte. Y que el hecho de ofrecer un artículo en la vitrina de un almacén con precio marcado en una etiqueta, es oferta de vender a ese precio y que, por lo tanto, el primero que acepte pagarlo puede exigir su entrega (Planiol y Ripert; Sara Eiler, pág. 26 y Avelino León H. pág. 103). Arts. 848 y ss. C. Co.
(79) Sara Eiler ob. c. pág. 33.

Según el presupuesto 3º, la oferta se dirige por regla general, a una persona determinada cuando se tiene especial interés en contratar con ella, como en los contratos *intuitu personae*. En caso contrario puede tener lugar la oferta a personas indeterminadas que se hace por medio de circulares, prospectos y catálogos y como ya advertimos, por la simple exposición de un objeto con indicación del precio, en las vitrinas de los almacenes (Art. 848 C. Co.).

Las ofertas a personas determinadas pueden dirigirse a uno o a varios destinatarios y en el segundo caso puede hacerse *simultánea* o *sucesivamente*.

Valor jurídico de la Oferta.

La doctrina agrupa en tres tesis el valor jurídico de la oferta.

1ª) La oferta no tiene fuerza obligatoria antes de la aceptación (Teoría Clásica).

2ª) La oferta obliga al oferente aún antes de que sea aceptada por el destinatario (Teoría Moderna).

3ª) La oferta no aceptada no impone obligación alguna al oferente; pero, en ciertos casos, éste es responsable antes de la aceptación. (Teoría intermedia).

Quienes sostienen la primera tesis son enfáticos en negar la posibilidad de que la oferta genere obligación y, rechazan la mera declaración unilateral como fuente de vínculos jurídicos lo que implicaría que una persona puede adquirir un derecho contra su voluntad.

Por otra parte, el policitante está manifestando su voluntad de obligarse sólo bajo el supuesto de que el destinatario acepte (80).

De esta tesis se derivan, entre otras, las siguientes consecuencias:

1) La oferta no aceptada puede "revocarse".

(80) El oferente manifiesta claramente su voluntad de obligarse sólo para el caso en que se produzca la aceptación del destinatario, lo que equivale a decir que hasta ese momento no tiene obligación alguna; porque obligarse es crear una situación jurídica estable, y la estabilidad no puede resultar sino de un contrato, es decir, de un acuerdo recíproco que liga a las partes que intervienen en él. Demogue, "Traité des obligations", Tomo II, pág. 162; citado por Sara Eiler pág. 49.

2) La oferta "caduca" (desaparece) por la muerte, incapacidad, quiebra o insolvencia del oferente o destinatario acaecidas antes de la "aceptación".

3) La oferta dura "indefinidamente" o sólo un plazo, según la voluntad del oferente.

Por el solo acto de revocación del oferente, la oferta desaparece sin que se comprometa su responsabilidad porque sólo es responsable el que está obligado, y el oferente no tiene obligación alguna antes de la aceptación.

La tesis moderna apoya el valor de la oferta en la teoría de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones; su origen es también alemán (arts. 145 y 146 del C. C. Alemán).

La *aceptación* del destinatario es indispensable para el ejercicio del derecho pero no para su nacimiento. Según esto, las consecuencias son opuestas a las anteriores así:

1) La oferta es "irrevocable".

2) La oferta no caduca por muerte, incapacidad, quiebra o insolvencia del oferente o del destinatario sobrevenidas antes de la aceptación.

3) La oferta debe tener una duración "limitada", es decir, debe tener un "plazo".

La concepción ecléctica sienta un principio que es, como su nombre lo indica, "intermedio" entre las dos precedentes, y da origen a estas consecuencias:

1) La oferta es revocable pero cuando la revocación es "intempestiva" o se hace dentro del término que el oferente da al destinatario para aceptar, se incurre en responsabilidad "precontractual" siempre que la actitud del oferente irroge perjuicios al destinatario.

Esta responsabilidad es distinta de la contractual y de la delictual. Pero lo que interesa tener en cuenta es que el oferente que no ha adquirido aún obligación contractual, no incurre en este género de responsabilidad y menos en la delictual, ya que se ha iniciado entre él y el destinatario, una relación que es el prolegómeno del contrato. (81).

(81) Si el oferente da plazo para que el destinatario acepte hay una obligación implícitamente "contractual" según la doctrina tradicional. Según este criterio el oferente al hacer la oferta contrae dos obligaciones: una, *condicional*, que es la de celebrar el contrato si se produce la aceptación, y otra *pura y simple*, que es la de mantener la oferta durante el plazo (Demogue. ob. c. pág. 186).

El sistema legal colombiano.

El nuevo código de comercio, en franca modificación del sistema consagrado por el anterior estatuto, le da a la OFERTA o PROPUESTA la calidad de fuente de obligaciones con prescindencia de su aceptación por el DESTINATARIO. Al efecto el art. 846 reza:

“La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

“La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria”.

b) De la Aceptación.

Es la respuesta afirmativa que el destinatario da al oferente. Queda así integrado el consentimiento elemento esencial del contrato.

La aceptación es el acto jurídico mediante el cual el destinatario de la oferta, manifiesta su conformidad con ella. Lo mismo que la oferta puede hacerse en forma verbal o por escrito, o por cualquier medio usual o convenido incluso el silencio— o por actos inequívocos de aquiescencia (art. 854 del C. de Comercio).

Naturaleza jurídica.

Al igual que la oferta es la aceptación un acto jurídico puesto que es la manifestación de voluntad del destinatario en el sentido de celebrar el contrato ofrecido.

Está formada pues, por la INTENCION y la MANIFESTACION.

Requisitos de la aceptación.

a) Debe emanar del destinatario o de su representante; b) el destinatario debe darla, previo conocimiento de la oferta; c) la aceptación debe ser pura y simple; y, d) debe llegar a conocimiento del oferente.

Cuando se trate de contratos reales además de los precedentes requisitos es necesario la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del

contrato, y el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley, si se trata de contratos solemnes.

Respecto del requisito del literal c) la doctrina tiene decidido que la adhesión total de la oferta se refiere a los elementos esenciales del contrato a menos que las partes hayan sido explícitas en los demás elementos, según su voluntad real o presunta.

El Código Suizo de las Obligaciones contiene el siguiente texto, en el que se apoyan los sostenedores de la anterior teoría:

“Si las partes se han puesto de acuerdo sobre todos los puntos esenciales, el contrato se estima concluido, aun cuando hayan hecho reserva sobre puntos secundarios. A falta de acuerdo sobre éstos, el juez los regulará teniendo en cuenta la naturaleza del asunto”. (82).

Ofertas que se cruzan.

Puede darse el caso de que las ofertas provengan respectivamente de cada una de las personas que van a ser parte del contrato. Entonces, al cruzarse ambas ofertas, se perfecciona el contrato y cada una de ellas se tiene como aceptación de la contraria.

La anterior solución supone que las ofertas sean concordantes.

Contraoferta - Se considera como tal aquella en que se da respuesta a una oferta. El contrato no puede formarse por falta de adhesión total a la oferta primitiva.

La contraoferta vale como oferta y la posición inicial de las partes se invierte: el destinatario pasa a ser oferente y viceversa. Por ello, si el primitivo oferente acepta la contraoferta, expresa o tácitamente, se forma en contrato.

3.10. Momento en que se forma el consentimiento.

Es indispensable precisar previamente el contrato entre presentes y el contrato entre ausentes.

Si se trata de un contrato verbal entre personas presentes o ausentes comunicadas por teléfono, no hay problema respecto del momento en

(82) Avelino León Hurtado, considera que todos los puntos que contenga la oferta son esenciales y si la aceptación no los comprende a todos, no se genera el contrato. (Ob. c. pag. 112).

que éste se perfecciona, porque como la oferta tiene que ser aceptada en el acto de oírse, la convención queda concluída inmediatamente y con pleno conocimiento de ambos interesados. Y lo propio ocurre cuando el oferente otorga un plazo para la contestación de su propuesta y el destinatario la acepta verbalmente dentro del mismo plazo.

Cuando las personas se comunican por correspondencia, bien sea que residan en el mismo lugar o en lugares diferentes, es necesario resolver si dicha convención se perfecciona con la sola aceptación, aún antes de que ésta sea conocida del proponente, o si, por el contrario, también se requiere que este último quede informado de la aceptación.

Este problema ha dado lugar a varias tesis.

1ª) La de la *declaración o aprobación*. El contrato nace por la *manifestación* que el destinatario hace de su voluntad de aceptar la propuesta. No se exige contestación escrita de la persona a quien se dirige la oferta.

2ª) La de la *expedición*. Además de la manifestación de la voluntad de aceptar se le exige al destinatario, la obligación de enviar una respuesta al oferente; y en el momento de *expedirse* dicha respuesta el contrato queda perfeccionado.

3ª) La de la *recepción*. Consiste en exigir que la contestación de la oferta llegue al domicilio del proponente, aunque éste, por cualquier causa, no se imponga de su contenido.

4ª) La de la *información*. Se funda en el conocimiento que el proponente debe tener de la aceptación de su oferta. Mientras esta información no acaezca, no hay lugar a la perfección del consentimiento.

Sistema del derecho colombiano.

El nuevo Código de Comercio (Dto. 410 de 1,971) acoge el sistema de la *aceptación* a diferencia del estatuto abrogado que consagraba el de la *expedición* con algunas excepciones.

Cuando la aceptación de la oferta se hace tácitamente, el contrato se perfecciona sólo cuando el proponente tenga *conocimiento* de ella.

El nuevo sistema que es más acorde con la celeridad del tráfico jurídico, está implícitamente establecido por los artículos 848, 849, 851 y 854 del C. C., de éstos transcribimos:

a). “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”. (Art. 851).

b). “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”.

Es conveniente anotar que el nuevo estatuto legal, ha sido más explícito en darle a la OFERTA el carácter de acto unilateral de voluntad y elevó a institución legal, la *declaración unipersonal de voluntad* proveniente de la OFERTA PUBLICA. Dicen a este respecto los artículos 856 y 857 en su orden:

“La oferta pública de una prestación o premio será obligatoria siempre que se cumplan las condiciones en ella previstas.

“Si no se señala el término para comunicar el cumplimiento de tales condiciones, la obligación del oferente cesará transcurrido un mes desde la fecha de la oferta, salvo que de la naturaleza de ésta se deduzca un término distinto”. (art. 856 DTO, 410 de 1.971).

“La oferta pública sólo podrá revocarse, antes del vencimiento del término de la misma, por justa causa.

La revocación deberá ponerse en conocimiento del público en la misma forma en que se ha hecho la oferta o, en su defecto, en forma equivalente.

La revocación no producirá efectos con relación a la persona o personas que hayan cumplido ya las condiciones de la oferta”.

3.11 Lugar en que se forma la convención.

Este problema también reviste señalada importancia, especialmente por lo que respecta a la determinación de la ley aplicable a los contratos y convenciones.

Ahora bien, cuando los interesados residen en el mismo lugar, es claro que este lugar será el domicilio de la convención. Pero cuando se trata de personas ausentes, es decir, residentes en lugares diversos, es necesario decidir en cuál de éstos la convención queda perfeccionada.

Nuestro Código de Comercio acoge el sistema tradicional, que armoniza con el sistema de la declaración o aceptación: la convención se entiende celebrada para todos sus efectos legales, en el lugar de la residencia del que hubiese aceptado la propuesta.

3.12 VICIOS DE LA VOLUNTAD.

Muchas veces la voluntad (consentimiento) puede estar afectada de ciertos vicios que le restan eficacia. La *infancia*, la *locura*, la *embriaguez* para no citar sino los más frecuentes, destruyen el consentimiento y tornan inexistente el acto jurídico; otras veces a la voluntad ya emitida y al acto jurídico existente los afecta el *error*, la *violencia* y el *dolo* que convierte en anulable (rescindible en el derecho colombiano) el negocio. Estos son los tradicionales vicios del consentimiento (83).

La teoría de los vicios del consentimiento no se compadecía, en el antiguo derecho romano, con el formalismo: el negocio era la fórmula (84).

3.13 DEL ERROR.

El error es una falsa representación de la realidad que induce al sujeto a emitir una voluntad que no hubiere emitido en caso de no existir la falsa representación; o para decirlo con León Hurtado, es el falso juicio que se tiene de una cosa, de un hecho, de una persona o del principio jurídico que se presupone (85).

El error entraña pues, una divergencia inconsciente, entre la voluntad interna (auténtico querer del sujeto) y la voluntad externa (declaración) a consecuencia del falso concepto de la realidad.

En nuestro derecho, inspirado en los principios individualistas imperantes en el Código de Napoleón de 1.804, la discordancia entre la voluntad declarada y la interna, es motivo que obliga al juez a averiguar por todos los medios a su alcance, el verdadero querer de las partes; por esta razón hace del error, una causal autónoma de nulidad del acto.

(83) Stolfi reduce los vicios de la voluntad al error y al temor (violencia); el dolo da origen a un error (ob. c. pág. 170).

(84) En un derecho formalista como lo era el romano primitivo, el papel de la voluntad aparece extraordinariamente limitado, siendo más bien la forma exterior y sacramental del negocio, lo que determina la eficacia jurídica del mismo (A. Cossio y Corral. El Dolo Civil pág. 261).

(85) Ob. cit. p. 201.

En el código alemán donde el acto jurídico se concreta y compendia en la declaración, el error no tiene igual trascendencia puesto que no se considera sino en la medida en que afecta a los elementos mismos de la fórmula.

El error difiere filosóficamente de la ignorancia por cuanto implica oposición entre el concepto y la realidad, al paso que la ignorancia se caracteriza por la ausencia de concepto, desconocimiento de la realidad. Pero como este desconocimiento puede llevar a un concepto equivocado, se dice que en el hecho se pueden confundir.

Clasificación general del error.

El error puede ser de DERECHO y de HECHO, según que verse sobre una norma jurídica o sobre los elementos constitutivos de una situación de hecho, respectivamente. Un ejemplo clásico tomado de Paulo: si una persona celebra contrato con un menor de edad, creyendo que negocia con un mayor, comete error de hecho; pero si dicha persona a sabiendas que está negociando con un menor supone que puede permitir las formalidades legales protectoras de los incapaces, incurre en un error de derecho (86).

3.14 El error de derecho.

Este error se presenta cuando la discordancia entre las voluntades se determina por ignorancia o indebida interpretación de una norma jurídica.

Cuando la voluntad se afecta por dicho error, el acto jurídico debería quedar igualmente privado de su eficacia ya que resulta gravemente afectada la voluntad. Si se dice que la persona no prestaría su consentimiento de no incurrir en error de hecho, otro tanto puede afirmarse del error de derecho: que quien consienta bajo el imperio de la ignorancia o de un falso concepto acerca de la norma jurídica, probablemente dejaría de hacerlo, si los conociera plena y cabalmente. (87).

(86) El error, vicio del consentimiento, no debe confundirse con el error que constituye un hecho jurídico que no da origen a una acción rescisoria, sino que es el fundamento de un derecho basado precisamente en ese error. Este error casi se confunde con el concepto de buena fe. Por ejemplo, el poseedor que se cree dueño, percibe los frutos y "no es obligado a la restitución" (art. 964). Y dentro de la formación del consentimiento: el que con justa causa de error celebra un matrimonio nulo, tiene los derechos que le corresponderían si no existiera ese vicio, pues se trata de un matrimonio putativo (art. 907 del C. C. Chileno). Tomado de la ob. c. de León Hurtado.

(87) Este es el sistema del C. Francés que no establece diferencia expresa entre el error de hecho y el error de derecho, lo que ha permitido a sus intérpretes acoger las razones apuntadas, para considerar que uno y otro constituyen, por igual, causales de invalidez de los actos jurídicos.

Pero el Código Colombiano inspirado en el sistema del derecho romano, sienta un principio distinto al declarar en el art. 1.509 que "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento". (88).

El citado mandato resulta concordante con los artículos 9º del C. C., 56 del C. de R. P. y M., y con el inciso final del art. 768 del C. C.

La ley consagra un principio práctico, tendiente a darle estabilidad al orden jurídico, al vedar la alegación de la ignorancia de la ley cuyo conocimiento por todos los integrantes del Estado, se supone. El orden social y la seguridad del comercio correrían peligro si se permitiera a los particulares alegar su ignorancia jurídica para eludir el cumplimiento de la ley. De ahí que el derecho romano hubiera establecido la presunción *juris et de jure*, según la cual una ley debidamente promulgada se reputaba conocida por todo el mundo.

Pero el principio a que nos referimos, tiene su operancia en el campo del derecho público y explica la estabilidad de las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares; pero no siempre es de recibido o rigurosa aplicación en el derecho privado en donde puede servir de fundamento a incrementos patrimoniales que escaparían a la acción de repetición.

Por esto, la doctrina francesa, siguiendo la orientación de la nueva legislación, establece que el error de derecho puede, lo mismo que el de hecho, dar lugar a la anulación del contrato, y reitera la opinión de Domat y D. Aguessau según la cual, si la ignorancia o el error de derecho es tal que sea la única causa de la convención, ésta será nula, porque la causa resulta falsa.

La jurisprudencia nacional ha aceptado esta aplicación del error de derecho a pesar de la norma que sienta el art. 1.509. El principio nuevo se puede enunciar así: "El error sobre un punto de derecho, aunque no vicia el consentimiento, sí anula el contrato cuando falsea la causa". (89).

(88) La razón en que se funda la disposición del art. 1.509 del C. C., es la de darle seguridad a los actos y contratos; si un error de derecho, es decir, la ignorancia de que existe una norma legal o que se la interpreta como no debe ser, fuese motivo para rescindir aquéllos, es claro que los contratantes quedarán expuestos a litigios frecuentes, pues nada más fácil que justificar errores de derecho, cuando son pocas las personas que realmente conocen la ley" (Fernando Vélez, Pág. 31 T. VI).

(89) Estudios Jurídicos de Miguel Moreno Jaramillo, pág. 129.

El Magistrado Ponente de la decisión de la Corte Suprema de Justicia que consagró la nueva doctrina, dice entre otros considerandos:

"Si el error sobre un punto de derecho por no viciar el consentimiento, diera eficacia a los contratos, bastaría ignorar la ley, o interpretarla erróneamente, para sanear actos de incapaces y para reconocer validez a contratos sin objeto lícito, sin causa, o falsa causa o con causa inmoral.

"La severa fórmula del jurisconsulto Labeon JURIS IGNORANTIA NON PRODEST si se la entiende en el sentido de que no mira a la concurrencia de los otros tres requisitos necesarios para que haya concurso real de voluntades, es fórmula no recibida en nuestro Código. Consagró éste el principio contrario más de acuerdo con la justicia.

"En Colombia es absolutamente nula, y aún inexistente, la obligación contraída sin más fundamento que un error de derecho, porque éste no puede aprovechar al que lo alega para hacer una ganancia, si no concurren también una capacidad legal, un objeto lícito, y una causa jurídica *distinta del error mismo*, aunque esa causa no sea civil sino meramente natural. De suyo el error de derecho no hace perder a nadie sus bienes. Iría ello contra la equidad. No es posible reconocer mejor condición al que recibe lo que no se le debe, que al que paga lo que no debe. Tal reconocimiento valdría por un despojo" (90).

Se concluye pues, que hay que recibir con beneficio de inventario la enfática declaración del art. 1.509 del C. C., y acudir a los principios de la causa: cuando el error de derecho sea la causa única y determinante del acto jurídico, el acto jurídico se destruye. (91).

(90) Ob. cit. pág. 256.

(91) Valencia Zea admite esta solución (Derecho Civil, Tomo I, pág. 350, Nº 299); y en derecho italiano Stolfi dice que "el error de derecho es causa de nulidad del acto cuando haya sido determinante del consentimiento" (ob. c. pág. 176). Nicolás Coviello, más enfáticamente declara que la ignorancia o indebida aplicación de una norma de derecho, hace anulable el negocio SOLO CUANDO HAYA SIDO O SEA AL MOTIVO UNICO O PRINCIPAL DE LA DETERMINACION DE LA VOLUNTAD. El error de derecho se equipara del todo al de hecho. Por eso puede hacerse anulable cualquier negocio, salvo los exceptuados por la propia ley, atenta a su naturaleza (Doctrina General del Derecho Civil pág. 420).

Con esta tesis se deja el consentimiento vigente, pero se llega a la nulidad o inexistencia del acto, por la falta de causa.

Por otra parte, el mismo C. C. ha morigerado el rigor del art. 1.509, en el pago de lo no debido (art. 2.315), y en la transacción (art. 2.477).

El art. 1.313 del C. C. Mexicano, estatuto que eleva a norma legal los avances de la doctrina en el punto en cuestión, reza:

“El error de derecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato, que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa”.

En el mismo sentido estatuye el art. 923 del C. Civil argentino.

3.15 Error de hecho.

Según el art. 1.510 del C. C. “el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta, como si una de las partes entendiere empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiéndose vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiéndose comprar otra”.

Los artículos 1.511 y 1.512 se refieren igualmente, a errores de hecho que pueden o no viciar el consentimiento, según que recaigan sobre la *identidad de la persona*, en los contratos intuitu-personae sobre la *calidad esencial del objeto* del acto jurídico, o sobre los *motivos* que animó a las partes a contratar.

De estas disposiciones se puede colegir que hay errores que I) *impiden* la formación del acto jurídico; II) *errores que vician el consentimiento* y III) *errores indiferentes*.

I) Los errores que recaen sobre la naturaleza del acto jurídico (error in-negotio) y sobre la identidad misma del objeto (error in ipso corpore), a que se refiere el texto transcrito, no constituyen realmente vicio del consentimiento, sino que impiden la formación de éste ya que las voluntades del proponente y aceptante, no coinciden; por esto se les denomina en la doctrina *errores obstativos* y son causales de INEXISTENCIA de la operación esto es decir, ésta no puede producir efecto alguno.

El Código Colombiano siguiendo la doctrina de Pothier considera que el error obstativo es mero vicio del consentimiento y por ende, que el respectivo acto jurídico es susceptible de ratificarse o convalidarse y en todo caso, tiene existencial legal. (92).

II) Los errores que vician al consentimiento (errores dirimentes) pueden recaer sobre: a) La *sustancia o calidad esencial* del objeto; b) sobre una *calidad accidental* del objeto, siempre que tal calidad sea el motivo principal de una de las partes para contratar y sea conocido de la otra parte; c) sobre la *identidad o calidades* de la persona, a condición de que tales identidad o calidad, sean la causa principal del acto o contrato; d) cuando recae sobre la *causa* en general, del acto o contrato. En todos los indicados casos, el error produce la nulidad relativa del acto jurídico, con excepción del último, que es tratado por los autores a través de la teoría de la falsa causa.

Error sobre la sustancia.

A dicho error se refiere el art. 1.511 del C. C.; qué se entiende por sustancia para los fines indicados en el artículo en cuestión? La noción filosófica enseña que la sustancia es la esencia permanente, la constitución intrínseca del ser. Por tanto, la sustancia de que está hecha una cosa es algo que no depende del querer de los individuos o de los móviles que determinan a una persona a contratar. La esencia es algo objetivo, material, invariable; estas cualidades dependen de la constitución física y no de nuestras intenciones. Cuando compro un anillo en la creencia de que pertenecía a uno de mis antepasados y no resulta así, he cometido un error, que no recae sobre la sustancia.

Sobre este punto se han ideado dos tesis: la *objetiva* y la *subjetiva*. La primera, esbozada en el anterior párrafo, asimiló la sustancia a la materia de que está formada la cosa. El ejemplo es clásico: si compro

(92) El Dr. Guillermo Ospina Fernández en sus conferencias de obligaciones, sienta una tesis ecléctica sobre la sanción del acto jurídico que adolece de error obstativo. Dice: “Los errores sobre la naturaleza del negocio o sobre la identidad del objeto constituyen en principio, un *obstáculo* para la formación del consentimiento y una causal de inexistencia de los actos jurídicos. Así debe declararlo el juez siempre que tenga conocimiento de un acto en que evidentemente se haya cometido uno de tales errores. Pero cuando éstos no se revelen evidentemente, cuando se oculten tras la apariencia normal del acto jurídico controvertido, éste se debe presumir existente y válido y aquellos errores deben quedar sometidos al régimen establecido por el artículo 1.510 del C. C., conforme al cual constituyen meros *vicios del consentimiento* sancionados con la *nulidad relativa* del acto respectivo. (Conferencias pág. 78).

unos candelabros de bronce dorado suponiéndolos de oro, no me equivoco acerca del cuerpo (objeto mismo), pero he caído en error sobre la sustancia del cuerpo, esto es, sobre la materia.

Savigny precisó por sustancia no la materia de que está formada la cosa, sino el conjunto de sus cualidades principales y el error acerca de una de tales cualidades, debe considerarse como error esencial.

Demolombe aportó su concurso a la transformación de la anterior tesis y consideró que la sustancia de la cosa, consiste en la cualidad principal y característica que individualiza a esa cosa y la hace especialmente propia para cierto uso.

Pothier padre de la escuela subjetiva, consideró que el error anula la convención, no sólo cuando recae sobre la cosa misma, sino también cuando afecta la cualidad de la cosa que los contratantes han tenido principalmente a la vista.

El citado autor dejó de atender exclusiva y directamente a la materialidad de las cosas, para fijarse principalmente en la intención de los contratantes, de donde resultó que el error *in sustancia* pasó a convertirse en cualquier error cometido por uno de los contratantes acerca de una calidad material o inmaterial del objeto, pero a condición de que esta calidad hubiere sido la que el contratante tuvo principalmente en mira al tiempo de contratar.

El expresado criterio que indudablemente inspiró el art. 1.110 del C. C. Francés ha sido a la vez, el fundamento de manifiestas desviaciones de la concepción del error sustancial, hasta el punto de aplicarla a casos de errores en los móviles o motivos determinantes de los actos jurídicos, aunque no estén directamente relacionados con las cualidades del objeto de éstos (93).

La concepción psicológica o subjetiva no considera las cualidades o atributos del objeto, estables y siempre fijas, atiende a los móviles de la voluntad. Bello así lo comprendió y en vez de copiar servilmente el texto del art. 1.110 del C. de Napoleón, redactó el que es hoy

(93) Esta desviación acusa un fallo de la Corte de Casación Francesa que declaró nulo por *error in substancia* el contrato de compraventa de una casa que el comprador pensaba destinar al establecimiento de una escuela sin saber que las disposiciones administrativas pertinentes, no permitían el funcionamiento de una escuela en el sector correspondiente. En este caso no se trata de error sobre las cualidades esenciales o accidentales del inmueble, sino de error en cuanto a los móviles.

art. 1.511 de nuestro estatuto civil, del cual se desprende que es bien diferente el *error sobre la sustancia o calidad esencial* del objeto (inciso 1º) que se refiere a la materia de la cosa y respecto del cual no se exige requisito alguno para que constituya vicio del consentimiento, del error acerca de las *cualidades accidentales* de la cosa (inciso 2º) a que se refiere la ley con la expresión "*cualquiera otra calidad de la cosa*", lo que significa cualquier calidad que no pertenezca a la esencia o sustancia del objeto.

En este último caso, el error no vicia el consentimiento sino cuando dicha cualidad es el principal motivo de uno de los contratantes para contratar y ha sido conocido de la otra parte.

Se puede decir en síntesis, que nuestra ley entiende por sustancia del objeto, el conjunto de cualidades o propiedades esenciales de éste, tanto materiales como inmateriales que determinan su naturaleza específica y que lo distinguen de otros objetos. Cuando el error versa sobre la sustancia así concebida, el consentimiento resulta viciado sin ninguna condición, es decir, sin necesidad de que ambas partes tengan presente en forma expresa dicha cualidad, pues es dable suponer que los contratantes atienden primordialmente a la esencia del objeto materia del negocio.

Error en el valor de la cosa.

El error en el valor del objeto material del contrato no debe considerarse sino excepcionalmente, y conforme con las circunstancias de cada caso, como una calidad de la cosa, sobre todo teniendo en cuenta que un error de esta índole da origen a la lesión que está reglamentada en forma especial, para algunos contratos, según el sistema del C. C.

Cuando dicho error resulte provocado por dolo, el acto será rescindible por este vicio.

Error sobre una calidad accidental del objeto elevada a categoría de sustancial.

Según el inciso 2º del art. 1.511 del C. C. el error en la calidad no esencial del objeto constituye vicio del consentimiento cuando ha sido el motivo del acto y dicho motivo fue previamente conocido de la otra parte. Por ejemplo cuando una persona adquiere un cuadro que consi-

dera antiguo y resulta reciente, no por ello el contrato puede anularse; es necesario que la antigüedad sea el móvil del contrato y que este motivo sea conocido del vendedor.

La ley no exige que el contratante que padece el error haya divulgado a la otra parte, el móvil que lo anima a la celebración del acto, es suficiente que ese motivo haya "sido conocido de la otra parte" por cualquier medio.

Error en la persona.

Para nuestro C. C. el error en la persona es indiferente a los fines de la validez del acto jurídico; sólo excepcionalmente tiene incidencia en la regularidad de la operación jurídica cuando "la consideración de la persona sea la causa principal del contrato" (art. 1.512) lo que sucede en los actos "intuitu-personae" tales como: *actos de familia* (reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio); *actos patrimoniales a título gratuito* y *ciertos actos patrimoniales a título oneroso*, en donde dada la índole de la obligación se tiene en cuenta la persona del contratante.

El art. 1.512 se refiere por igual, al error sobre la *identidad física* de la persona y al *error sobre las calidades* de la misma. Uno y otro constituyen vicio del consentimiento siempre que sean determinantes la identidad o las cualidades que se suponen en la persona del otro contratante. Si "A" celebra un contrato con "B" para la prestación de servicios profesionales de abogado queriendo contratar con "C" cuya reputación conoce de oídas lo que la determina a contratar, su consentimiento resulta afectado. Otro tanto sucede cuando se celebra el contrato con el propio "C" a quien se ha atribuido erróneamente, la calidad de famoso abogado que no tiene.

El error en cuanto al nombre de la persona con quien se contrata, es indiferente. Dice el art. 1.116 del C. C. "el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona".

Cuando el contrato se rescinde por error en la persona, el otro contratante que de buena fe contrató, tiene derecho al pago de perjuicios en virtud del principio de la *culpa in contrahendo* que impone al contratante beneficiado con la nulidad del acto, la obligación de tomar todas las precauciones para evitar el error en el motivo.

Error Indiferente

El error que no tenga la categoría de esencial, es accidental y por ende, no vicia el consentimiento por exclusión son accidentales, el error que recae sobre una calidad no esencial, como por ejemplo, la identidad de los propietarios colindantes, o cuando recae sobre la persona y la consideración de ella no es determinante; o versa sobre el valor de la cosa ya que éste da origen, excepcionalmente, a la rescisión por lesión enorme.

Sanción del acto jurídico afectado de error.

El C. C. sanciona los vicios del consentimiento con la *nulidad relativa* de los actos respectivos, lo que se desprende claramente del art. 1.741, texto este que a vuelta de establecer la sanción de *nulidad absoluta* por el objeto o causa ilícita, o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad de las personas que celebran, y por incapacidad absoluta, expresa que "CUALQUIERA OTRA ESPECIE DE VICIO PRODUCE NULIDAD RELATIVA, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

Pero cuando el error recae sobre la causa, doctrinaria y jurisprudencialmente, se sostiene que la sanción no es la nulidad relativa sino la *nulidad absoluta* y aún, la *inexistencia* (94).

Error común.

El error que hasta ahora hemos visto lo sufre una de las partes del acto jurídico; pero en el error común, resulta afectada una gran mayoría de personas de la localidad donde se celebró el acto, por un estado generalizado e insuperable, de error.

En esta ocurrencia, la ley sanciona como regular el acto jurídico así celebrado y le reconoce plenos efectos. Es la consagración de la máxima "*error communis facit jus*" enunciada por los glosadores basados en el Digesto.

La doctrina del error común nació en Roma a consecuencia de las sentencias que dictó el Pretor Barbarius Philippus, que fue nombrado

(94) Ver sobre este importante punto, las notas de Ospina Fernández págs. 89 y 90.

para este cargo teniéndosele por ciudadano romano, pero que resultó siervo fugitivo; destituido del empleo surgió el problema de la validez de los actos por él proferidos. El buen sentido de los romanos calificó de válidas dichas sentencias.

El error común se presenta principalmente, en casos de funcionarios públicos mal nombrados o posesionados.

El C. C. a pesar de que no ha consagrado expresamente la doctrina, contiene varios artículos que la aceptan o reconocen; y la jurisprudencia reiteradamente la admite como se deduce del siguiente fragmento de un fallo de la Corte Suprema de Justicia:

“Sea como fuere, el adagio “error communis” tal como es aplicado por nuestros tribunales, les permite proteger contra la ley misma al que no ha cometido ninguna culpa. El error en que éste ha caído debe generar todos los efectos jurídicos que se le quisieron atribuir, porque tal error fue inevitable. La apariencia invencible, se coloca en el mismo pie de igualdad que la realidad. La máxima “error communis”, aparece pues, como una regla de orden público protectora del interés social que lucha victoriosamente contra el principio de la autoridad de la ley. Es una de las manifestaciones de ese movimiento poderoso que sacrifica el interés individual al interés social, y que le da al interés público un puesto cada vez más preponderante”.

La doctrina ha consagrado los siguientes requisitos para que el error común regularice el acto:

a) Que sea común, esto es, que lo padezca la generalidad de los habitantes del lugar en donde se celebra el acto.

b) Que quien lo padezca haya obrado bajo una apariencia que induzca al error, como el hecho de que el funcionario público ejerza sus funciones, que el mandatario exhiba un poder aparente, o un heredero un testamento que a la postre resulte haber sido revocado, es decir, que aparezca un motivo justo de error.

c) Que haya buena fe en quien lo padece; lo que supone que quien ejecuta el acto tenga la más estricta conciencia de que se ajusta en un todo al ordenamiento jurídico.

Los artículos 109, regla 4ª, ordinal 4º del art. 766 y el 1.634 del C. C., son entre otros textos, aplicación de dicha teoría.

3.16 Coordinación de los efectos del error dirimente con los de la culpa in-contrahendo.

Que el error genere la nulidad relativa del acto jurídico no significa en manera alguna, que la parte que ha negociado con la que incurrió en error, tenga necesariamente que sufrir las consecuencias de dicha nulidad, pues puede prevalecerse de su buena fe y exigir la indemnización de los perjuicios que haya sufrido a causa de la ligereza de su contraparte.

Quien interviene en la celebración de un acto jurídico garantiza tácitamente, a quien va a ser contraparte, la validez del mismo y su habilidad legal para celebrarlo. Este principio, se explica por la culpa in-contrahendo. (95).

Consagración indiscutible de esta teoría es el art. 1.512, inciso 2º. Según esta disposición el autor de la culpa, cuando el acto jurídico se anula por error en la persona, está obligado a indemnizar los perjuicios que la otra parte experimente con motivo de la invalidez del contrato. Así, por ejemplo, si queriendo encargar a Pedro la confección de un cuadro en atención a sus dotes artísticas y fama, me dirijo al que creo su estudio y contrato con la persona que allí se encuentra, sin constatar previamente si se trata de la persona que busco, y ésta resulta no ser Pedro sino Juan, tengo derecho de suplicar la rescisión del contrato por error sobre la identidad de la persona, pero la buena fe de Juan lo autoriza para exigirme la indemnización de los perjuicios causados por mi ligereza y descuido.

Razones de equidad permiten extender esta teoría a los casos en que el contrato se anule, por culpa de una de las partes; sin perjuicio se repite, de la sanción legal de la invalidez de la operación jurídica.

(95) Según Von Tuhr, “por el mero hecho de entrar en negociaciones contractuales, prodúcese entre los futuros contratantes una relación jurídica, de la cual se derivan ciertos deberes, deberes que versan sobre su conducta mutua en el transcurso de las negociaciones. Las partes deben comunicarse mutuamente aquellos hechos que pueden tener una influencia decisiva en el proceso de formación del acto. A la infracción de estos deberes suele darse el nombre de culpa in-contrahendo”. (Tratado de las Obligaciones Tomo I. pág. 142).

En el mismo sentido Karl Larenz (Tomo I. págs. 107-109) Mario Rotondi (Instituciones de Derecho Privado págs. 350-51) y S- W Hedeman (Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones T. III pág. 164).

3.17 DE LA FUERZA o VIOLENCIA.

Con más propiedad algunas legislaciones como la suiza denominan a este vicio "temor" porque realmente es éste el que determina a la voluntad.

La violencia genera un estado de *temor* que a la vez, induce a la otra parte a consentir.

Se trata de la violencia moral, denominada en doctrina "vis compulsiva" para diferenciarla de la fuerza propiamente física "vis absoluta" que suprime totalmente la voluntad, como cuando el sujeto suscribe el documento porque la otra parte lleve su mano y lo obliga a firmarlo.

Define Stolfi la violencia moral como "la amenaza real de un mal injusto y notable, la cual inspirando temor a una persona sensata, la induce a concertar un negocio jurídico que de otra forma no quería concertar".

El miedo que infunde la fuerza cumplida contra el declarante o contra las personas que se refiere al art. 1.513 y contra las que estén unidas por vínculos de amistad o afecto con la víctima de la fuerza, se aprecia no de manera abstracta sino en concreto y aplicando un criterio subjetivo según la doctrina que inspira el artículo citado; es pues, cuestión de hecho y el juez debe tomar en cuenta la edad, el sexo, la posición social, etc., para apreciar la incidencia de la fuerza en el consentimiento.

El mal irreparable y grave puede amenazar no solamente la vida del declarante, sino también su patrimonio moral, su honor, su buen nombre profesional o comercial, su libertad y en general, cualquiera de los atributos de la personalidad.

No es necesario que el mal amenazado *sea presente*; es igualmente relevante, el *mal futuro*; lo que necesariamente debe ser presente, es la AMENAZA que debe ser la única causa del consentimiento.

La *injusticia* de la violencia supone que su autor no haga uso de facultades que la ley le concede. Por ejemplo, la amenaza de instaurar la acción ejecutiva para lograr el pago coactivo de la obligación, no reúne el requisito de la injusticia aunque ante el temor de verse desconectado socialmente el deudor por tal proceder del acreedor, sea lo que lo determine al pago.

A este respecto la doctrina francesa, en boca de Jossierand dice:

"Es la utilización de las vías de derecho la que brinda ocasión de distinguir la violencia legítima de la violencia *injusta*; el criterio lo suministran entonces los móviles del agente, el fin que persigue al amenazar a su adversario con una acción civil, un denuncia criminal o un embargo. Quiere él obtener lo que se le debe y nada más?. Entonces la presión que ejercita sobre su contrario, es legítima y el compromiso o el pago hecho en estas condiciones será irreprochable. Se propone al contrario, crear la situación para obtener ventajas indebidas? En este caso es una especie de chantage lo que se practica, es una violencia injusta la que se ejerce; el compromiso contraído así por la víctima está viciado. La jurisprudencia distingue constantemente entre el uso regular de las vías de derecho y el uso abusivo de ellas" (96).

La fuerza o violencia vicia el consentimiento aunque no sea ejercida por la parte del acto jurídico que resulta beneficiada con ella; es suficiente que se haya empleado por cualquiera con el objeto de obtener el consentimiento (art. 1.514). Esta regla viene del derecho romano y Ulpiano la justifica diciendo que no se puede exigir a la víctima de la violencia la designación de su autor, porque a menudo se ignora (*metus habet in se ignorantia*); esta es una diferencia entre la violencia y el dolo pues éste debe ser realizado por la parte.

De conformidad con el inciso 2º del art. 1.513 del C. C., el *temor reverencial*, es decir, aquel estado de sujeción en el que se encuentra la persona respecto de otra, por razones de obediencia, gratitud, respeto, admiración o devoción, no basta para viciar el consentimiento. Pero si con el temor reverencial concurre la violencia, en la forma estudiada, es obvio que el acto jurídico adolece de nulidad relativa.

3.18 La fuerza de la naturaleza (estado de necesidad).

Se pregunta si el negocio celebrado bajo el apremio en que una de las partes se encuentra colocada por circunstancias naturales, que no han sido determinadas por la otra pero sí pretende ésta aprovecharse de ellas, adolece del vicio que estudiamos. En este caso la parte consiente en *estado de necesidad*, es decir, ante un peligro inminente.

(96) Citado por Eudoro González Gómez. Conferencias de obligaciones pág. 212. Revista Estudios de Derecho.

La doctrina civil dominante considera que el consentimiento dado en las indicadas circunstancias, adolece igualmente de vicio de violencia ya que, según se indicó, la ley no tiene en cuenta el origen de la fuerza. La jurisprudencia de los tribunales franceses ha aceptado esta tesis en varias ocasiones, declarando la invalidez, por ejemplo, de los contratos de salvamento marítimo, cuando el capitán del navío en peligro ha sido forzado por la otra parte a reconocer una recompensa desproporcionada en relación con el servicio prestado.

En estos casos es indudable que no puede hacerse una calificación ética de la fuerza de la naturaleza y en ello se puede distinguir esa causal de la violencia propiamente dicha. Pero cuando la persona aprovecha en su beneficio tal fuerza y pretende obtener una ventaja patrimonial de quien se encuentre bajo el imperio de tales factores, ese acto es susceptible de rescindirse o de equilibrarse judicialmente sus prestaciones, según pareciere más conveniente atendiendo a la magnitud del peligro y a la desproporción de las prestaciones.

Las legislaciones suiza y alemana han enfocado este problema desde el punto de vista de la teoría de la lesión, declarando inválidos los actos jurídicos en que una persona aprovechándose de las dificultades, de la ligereza o de la inexperiencia de otra, se hace prometer para sí o para un tercero ventajas económicas desproporcionadas con lo que, a su vez, da o promete. En estos sistemas no se presenta discusión sobre la procedencia de la figura en comento; pero como entre nosotros, lo mismo que en Francia, la teoría de la lesión carece del desarrollo y aplicaciones que la justicia exige, el caso planteado tiene que resolverse mediante la institución de la fuerza o violencia como vicio del consentimiento.

3.19 La violencia generalizada. (*)

Con el laudable propósito de evitar el indebido enriquecimiento de quienes inescrupulosamente contratan en estado de sitio, aprovechándose de la situación de apremio o coacción en que una de las partes estuvo colocada por razones de violencia generalizada, se expidió la Ley 201 de 1.959.

No significa esto que antes del citado año, fuesen regulares los actos jurídicos celebrados en tales condiciones pues la Corte Suprema de

(*) Así se denomina al conjunto de hechos atentatorios contra la colectividad conocidos en nuestra patria con el nombre de BANDOLERISMO.

Justicia había advertido en reiterada jurisprudencia que fue antecedente del estatuto legal dicho, la irregularidad de las operaciones así verificadas. Decía por ejemplo: "De conformidad con nuestro régimen legal, y dándole cabal aplicación a los artículos 1.513 y 1.514 del C. C., son susceptibles de nulidad por adolecer de vicio del 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. Porque es obvio que una relación jurídica surgida en las condiciones expresadas, por resultar contrarias a las normas de la ética y de la equidad contractual, y por entrañar en el fondo un enriquecimiento sin causa, es una situación que legalmente no puede subsistir, y por ello nuestro sistema legislativo en guarda de los derechos e intereses patrimoniales del contratante lesionado, ha establecido los medios procesales para destruir judicialmente, tan extraño orden de cosas..." (97).

Pero este fallo y los concordantes, exigían que el actor probase la relación de causalidad entre los actos de violencia y el acto jurídico lo que era prácticamente imposible en los casos frecuentes de violencia colectiva.

Se hacía necesaria la norma legal que diera fundamento a la impugnación de los actos jurídicos celebrados bajo el imperio de la violencia colectiva.

El art. 1º de la Ley dice:

"En caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento 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".

"Queda en estos términos aclarado el sentido y alcance del art. 1.513 del C. C., en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada".

Los artículos 2º y 3º fijan como término de la violencia para los efectos de la acción rescisoria y de las acciones posesorias, el día en que

(97) G. J. Nros. 2199/2200, pág. 562.

se declare restablecido el orden público, y no desde que hubieren cesado los actos materiales violentos, sin perjuicio de que pueda el interesado solicitar antes la debida protección judicial.

En los artículos siguientes se establecen las normas aplicables para la evaluación de mejoras, el derecho del contratante perjudicado para optar por la recuperación del precio o el pago de sus derechos, la inscripción de la demanda sobre acciones posesorias sin necesidad de caución, el préstamo que la Caja Agraria debe hacer al perjudicado vencedor en el juicio en caso de que tenga que devolver el precio; y por último la indicación de las normas del C. C. que quedan aclaradas, modificadas o derogadas.

En primer lugar debemos anotar que no es propiamente la violencia lo que vicia el consentimiento, sino el estado de *constreñimiento* que de ella resulta; y que no se trata ya de la fuerza que una persona determinada realiza sobre uno de los contratantes como lo exige el art. 1.514, sino de una VIOLENCIA GENERALIZADA que no requiere concretarse en actos específicos de coacción atribuidos a una persona determinada, lo que desde luego facilita, su prueba a diferencia de lo que regía jurisprudencialmente, antes de la ley.

Se deben cumplir los siguientes requisitos para que la violencia generalizada vicie el consentimiento:

a) Que en el lugar en donde la violencia creó el temor de uno de los contratantes, aunque no corresponda al de ubicación del inmueble, se haya declarado el estado de sitio.

b) Que como efecto de dicho constreñimiento, se haya celebrado el acto jurídico, o se haya perdido la posesión de bienes por la misma causa.

c) Que las condiciones de la estipulación sean tan desfavorables que hagan presumir que "en circunstancias de libertad jurídica" no se hubiere celebrado la operación. La diferencia de precio con relación al justo, puede ser una de tales circunstancias aunque alcance a configurar lesión enorme pues le queda al interesado la elección entre las dos acciones; igualmente, los plazos, forma de pago, etc., revelan lo desfavorable del negocio.

d) Injusto aprovechamiento por el otro contratante.

Reunidos estos elementos, se *presume* que el respectivo acto fue celebrado bajo el impulso de la violencia generalizada; el actor cumple,

demostrando la existencia del acto, la declaratoria del estado de sitio, las condiciones desfavorables suyas y el respectivo aprovechamiento del otro; no tiene que evidenciar la relación de causalidad entre el acto jurídico y hechos concretos de violencia, porque esto es precisamente lo que se *presume* por el texto en cuestión.

Atinente al presupuesto del literal c") ha dicho recientemente la Corte Suprema de Justicia que dentro de la nueva modalidad del vicio del consentimiento por violencia generalizada "ya no es bastante, cual lo es en la concepción clásica de ese vicio, la mera existencia de un justo temor en quien a consecuencia del mismo celebró el acto, sino que es indispensable además, un aprovechamiento del estado de necesidad de la víctima manifestado en el logro de ventajas contractuales excesivas a su cargo, con el correlativo injusto beneficio para la otra parte". (98).

De esta suerte estableció la Corte, contra la tesis según la cual basta el simple constreñimiento de uno de los contratantes en la celebración de la convención, que las condiciones desventajosas contempladas en el art. 1º de la Ley 201, no pueden consistir simplemente en el aprovechamiento de tal intimidación, sino en efectiva y real lesión patrimonial, de la parte que invoca la acción.

Estos requisitos tienen que cumplirse en su totalidad. Por tanto, la comprobación del ambiente colectivo amenazador bajo el cual se concluyó la operación jurídica, no sería suficiente si no se ha declarado el estado de sitio (99).

(98) G. J. Tomo CXXXI Nos. 2314/16, pág. 126.

(99) Ha dicho atinadamente sobre este presupuesto el Dr. Escobar Sanín que pueden presentarse dos situaciones anómalas: A) Decretado el estado de sitio en un departamento, por ejemplo, y no en otro colindante, podría presentarse el caso de que la violencia extendida parcialmente al último —porque ella no tiene límites arcifinios ni naturales— hubiese impelido a un propietario a enajenar uno o varios bienes, sin poder acogerse a dicha ley, por no haber declarado el estado de sitio en su respectiva región; al paso que otro propietario vecino suyo, amedrentado y perjudicado también, tendría derecho a los beneficios del nuevo estatuto por hallarse en jurisdicción del departamento sometido al régimen de emergencia. Para el primero no valdría de nada demostrar la existencia material de la violencia generalizada, causante del temor que lo indujo al acto o contrato, porque jurídicamente no ha sido declarada ella y sometido el territorio al estado de sitio. En tal hipótesis tendría sólo el camino señalado en el Código, con la restricción que exige la jurisprudencia de la Corte de ser indispensable de mostrar la incidencia directa y única de la fuerza sobre su voluntad contractual. B) - La violencia se presenta en un determinado sector del País sin que el gobierno —por cualquier motivo, que podemos suponer de carácter político— se preocupe en principio por decretar el estado de sitio, precisamente para que los propósitos de algún partido o grupo que le

La ley con el fin de lograr la destrucción judicial de los actos consumados con anterioridad a la fecha de su expedición (efecto retroactivo) declaró en una de sus normas que ella se limita a aclarar el sentido y alcance del art. 1.513 del C. C., lo que estrictamente no puede aceptarse ya que la norma que se dice interpretada, no ha suscitado conflicto alguno sobre los hechos a que se refiere la nueva disposición. Lo que con toda evidencia aparece, es la *creación* de una nueva norma cuya necesidad era indiscutible ante los hechos sociales imperantes en nuestro País por motivo de la violencia política.

Estimamos que el efecto retroactivo de la ley se habría logrado, con la sola declaratoria del interés público y social que la inspiró. Pero dicho efecto retroactivo solamente alcanza un término de 4 años a partir de su vigencia, en atención a lo que dispone el art. 1.750 del C. C., sobre prescripción de la acción rescisoria: únicamente los actos nacidos dentro del cuatrenio anterior a la vigencia de la ley y los cumplidos con posterioridad a su expedición hasta el día en que se levante el estado de sitio, son susceptibles de anularse por la acción que consagra la Ley 201.

Sanción del acto celebrado bajo las circunstancias de la Ley 201

Si aceptamos en todo su rigor la equiparación que hace la ley entre la violencia generalizada y la fuerza o violencia, necesariamente tenemos que concluir que el acto jurídico así concluido es susceptible únicamente de rescindirse (nulidad relativa) al tenor del art. 1.741 del C. C. (100).

Pero si apreciamos las circunstancias en que se manifiesta la voluntad, arribaremos a la conclusión de que una parte necesariamente *obra de mala fe* y bajo esta ilicitud celebra la convención. Estaríamos pues

es adicto, se cumplan a cabalidad como ocurrió en años anteriores. Qué sucede, entonces? Que los más afectados por esa situación generalizada no podrían acogerse a los beneficios de aquella Ley, consolidándose así para los impostores, su situación especuladora y favoreciéndose por la insuficiencia de las normas anteriores. Y en cambio en el mismo lugar y por el mismo motivo si tendría amparo en el nuevo sistema otras personas que en igualdad de condiciones enajenaron sus bienes, cuando había sido declarado el estado de sitio.

(100) Esto quiere decir que tal vicio no puede ser declarado por el Juez de oficio, ni su declaración puede suplicarse por el Ministerio Público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por el que ha sufrido el perjuicio con el acto o contrato o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por la ratificación de las partes o por prescripción de 4 años.

ante un caso de ILICITUD DE CAUSA que es fuente de nulidad absoluta. (101).

3.20 EL DOLO

Es una noción imprecisa y elástica y consiste en toda maquinación para engañar a alguien de la que se vale una parte para inducir a la otra en error y contratar en tal estado. (102).

El dolo por sí mismo, no es vicio de la voluntad pues sólo se considera como tal en tanto que induce a un error determinante de aquélla.

En el derecho civil el dolo puede ser considerado en tres aspectos:

- a) Como vicio de la voluntad.
- b) Como fuente o causa de un delito civil.
- c) Como determinante del "incumplimiento" de la obligación.

Los artificios o maquinaciones que constituyen el dolo deben presentarse al momento de la formación del contrato o de adquirirse la obligación, pues los que nacen o se presentan con posterioridad a ese momento, reciben la denominación de FRAUDE y tiene otra incidencia en el efecto de la obligación. (103).

La manera como el dolo se presenta es variadísima y no consiste únicamente en actividades positivas pues muchas veces, la conducta omisiva del agente entraña maniobra dolosa. Puede consistir también en presentar circunstancias falsas, o en suprimir o alterar las verdaderas con palabras o hechos, o en omitir una circunstancia que por ley o los usos comerciales, se tenía obligación de revelar.

Desde el derecho romano se habla del DOLO BUENO, que no invalida el acto. Se trata de halagos, propaganda, incitaciones o insisten-

(101) El citado autor se pronuncia por esta tesis en un estudio sobre la Ley 201 publicado en la Revista de la Facultad de Derecho del Externado.

(102) Por dolo se entiende cualquier comportamiento ilícito dirigido a engañar a otro sujeto, determinándolo a realizar una declaración o manifestación de voluntad que sin el dolo no habría realizado. Cariota Ferrara (El Negocio Jurídico Pág. 459).

Para Coviello el dolo consiste en el artificio para inducir y que de hecho ha inducido, a una persona a realizar un negocio jurídico provocando en ella un error o aprovechándose del error en que se hallaba.

(103) El dolo es algo que afecta o se refiere a la voluntad del agente, y que por lo tanto, tiene un carácter eminentemente subjetivo y personal, en tanto que el fraude, no es sino el resultado de la acción dolosa (A. de Cossio y Corral "El dolo en el derecho civil", pág. 14).

cias con que se presentan usualmente las cosas o prestaciones que asumimos para lograr el acuerdo de voluntades, y que es un margen de habilidad que la ley reconoce a las partes en el contrato.

La doctrina civil discute si el concepto de dolo es distinto en el derecho privado y en el penal. La tendencia moderna se orienta a aceptar el concepto UNITARIO y rechaza toda distinción entre el dolo civil y el penal.

Problema distinto es que la ley, teniendo en cuenta la mayor o menor trascendencia de la infracción, la revista no sólo de efectos civiles, sino que la eleve a la categoría de DELITO PENAL. (104).

El dolo está integrado por dos elementos: a) el *psicológico* que consiste en la intención de engañar; b) El *material* u objetivo que consiste en el *comportamiento* del agente y del que sabemos que puede revelarse por actos positivos o por meras omisiones.

No es necesario que a la intención de engañar se sume la intención de perjudicar y por ello, el vicio existe aunque patrimonialmente no se haya causado daño a la víctima de la maquinación. A este respecto dice Ferrara: "No se exige en absoluto la voluntad o conocimiento de producirle daño (a la víctima del dolo); tal daño puede incluso faltar, pues en el terreno de los vicios de la voluntad, es indiferente que el resultado sea beneficioso o perjudicial para quien ha emitido la declaración bajo la influencia de una causa perturbadora de la voluntad". (105).

Pero el *dolo incidental*, esto es, el que no reúne los requisitos del principal a que nos referiremos a continuación, sí da lugar a la acción de reparación de perjuicios según el inciso 2º del art. 1.515 y requiere por ende, el perjuicio o daño patrimonial de quien lo sufre.

Para que el dolo vicie el consentimiento debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Que se haya empleado con el conocimiento de que se engaña (elemento intencional).
- b) Que sea *reprehensible* esto es, contrario al orden social, inmoral.

(104) En este sentido Von Listz, sostiene que el delito penal, ataque especialmente peligroso de intereses protegidos penalmente, no se distingue del civil respecto de su contenido, más que por el mayor peligro de aquél. *Derecho Penal*. Nro. 44 citado por A. de Cossio y Corral ob. cit. pág. 24.

(105) Cariota Ferrara ob. c. pág. 460.

c) Que sea ejercido por la *parte* o por un tercero con su complicidad.

d) Que sea determinante.

e) Que se pruebe, pues el dolo no se presume.

Referente al requisito del numeral "c", cuando las maniobras dolosas se realizan por un tercero, el consentimiento no se vicia. Es esta una diferencia notable del dolo con la fuerza que Josserand explica históricamente diciendo que en el derecho romano el dolo era más delito que vicio del consentimiento; la acción de dolo que lo sancionaba, era una acción delictual, penal, infamante, y por eso no se daba más que contra el agente mismo y no contra las otras personas a pesar de que éstas reportaran beneficio del dolo. Modernamente se ha tratado de mantener esta diferencia afirmándose que el dolo turba el orden social menos profundamente que la violencia, o bien haciendo notar que la víctima del dolo tiene acción para pedir daños y perjuicios a los terceros que lo han cometido, mientras que el autor de la violencia puede permanecer desconocido.

Josserand con toda razón sostiene que ninguna de las explicaciones es satisfactoria y que en caso de dolo o violencia ejercidos por un tercero, el consentimiento debe quedar igualmente viciado. El art. 1816 del C. C. Mexicano así lo consagra.

Complicidad de las partes en el dolo de un tercero.

El requisito de que el dolo debe ser obra de una de las partes, no desaparece por el hecho de que no provenga directamente de ella. Basta su complicidad con el dolo de un tercero. Aún más, la doctrina admite que no es necesaria la *complicidad positiva* y es suficiente la *complicidad negativa*, por ejemplo, cuando la parte tiene conocimiento de que un tercero está engañando a la otra parte, y guarda silencio sobre el particular.

Dolo de los representantes.

El dolo del representante afecta la validez del acto celebrado en nombre del representado como si dicho dolo fuera obra de éste; pero el perjuicio que pueda desprenderse de tal acto, es exigible únicamente del representante.

Dolo en los actos jurídicos unilaterales.

El dolo opera también en los actos de formación unilateral, y en este caso debe provenir necesariamente de un tercero y ser determinante.

Cuando el asignatario se vale de embustes para obtener la asignación en su provecho, el testamento es nulo por resultar afectada la voluntad de su autor; la aceptación o repudiación de una herencia se rescinde cuando fue determinada por fuerza o dolo (arts. 1.291 y 2.294 del C. C.); la renuncia de gananciales es también rescindible si se ha hecho con ocasión de dolo (art. 1.838).

La prueba del dolo.

Estatuye el art. 1.516 del C. C. que el "dolo no se presume sino en los casos especialmente determinados por la ley, en los otros debe probarse".

Como es sabido, el efecto propio de las presunciones legales consiste en exonerar de la prueba a quien alega un hecho. Por consiguiente si la ley presume el dolo en ciertos casos, es claro que quien lo alega no necesita probarlo. A la inversa, si en un determinado caso la ley no presume el dolo, es obvio que quien lo alega debe suministrar la prueba de ello caso en el cual puede valerse de cualquiera de los medios probatorios autorizados por la ley.

La convención por la cual las partes se exoneran recíprocamente, o una de ellas exonera a la otra del dolo, es nula por ilicitud de objeto (art. 1.522); y muchas veces las maniobras engañosas desbordan el campo civil y dan ocasión a sanciones penales cuando tienen la entidad de delito; así lo establece el art. 408 del C. Penal.

3.21 LA LESIÓN.

Los vicios del consentimiento tradicionalmente considerados como tales, son los estudiados (error, fuerza y dolo) y son *subjetivos* porque se relacionan con el estado de los contratantes. Por esto resulta erróneo clasificar la lesión como vicio del consentimiento.

La *lesión*, tenida como la desproporción entre las prestaciones asumidas por las partes, no está erigida en causal general de nulidad del

contrato, sino que excepcionalmente es considerada por la ley para ciertos actos.

Este criterio restrictivo se muestra acorde con la filosofía que inspiró el C. C. Francés, de darle al contrato la fuerza vinculante propia de la ley y reconocerle a las partes poder omnímodo para crear obligaciones. Todo lo que atente contra la estabilidad del contrato, como la lesión, era mirado con desvío por el legislador.

Nuestro C. C. siguió esta directiva y estableció la lesión como un mero desequilibrio entre las prestaciones (criterio objetivo) y no consagró una sanción única en aquellos pocos casos, sino que en algunos la elige como causal de rescisión del acto, al paso que en otros sólo autoriza el reajuste judicial de las prestaciones. (106).

La lesión es el daño o detrimento que sufre una persona en razón de un acto jurídico por ella realizado. Y considerando la esfera propia de la lesión en el derecho colombiano, podríamos decir que es el perjuicio pecuniario que sufre una de las partes en la celebración de un contrato oneroso conmutativo, debido a la desproporción en el valor de las prestaciones o abstenciones recíprocas. (107).

Ya dijimos que nuestro C. C., como pasamos a indicarlo a continuación, consagró la lesión con un *criterio objetivo*, en relación con la equivalencia de las prestaciones sin tener en cuenta si las partes han conocido o no la desproporción de valores y menos, sin atender a la intención de aprovecharse de la ignorancia o necesidad de una de ellas. (108).

Casos de lesión en el C. C.

1º) Compraventa de bienes inmuebles (art. 1.946 del C. C.); no tiene cabida en la compraventa de bienes muebles, ni en la de inmuebles que se hubiere hecho por ministerio de la justicia (art. 3º Ley 57 de 1.887).

(106) A pesar de la censura que tradicionalmente se hace al criterio restrictivo de nuestra legislación él no deja de tener fundamento. En primer lugar el valor de las prestaciones resulta difícil de determinar ya que el valor no es un atributo objetivo de las cosas; y en segundo lugar, la lesión concebida genéricamente como institución para destruir actos jurídicos ya concluidos, rompe la autonomía de la voluntad y deja librada la estabilidad del contrato, a la cambiante apreciación de valores.

(107) Josserand define la institución como el perjuicio sufrido por una de las partes por razón de las cláusulas mismas que figuran en el contrato; reside esencialmente, en un defecto de equilibrio de la operación. (ob. c. pág. 74).

(108) Este criterio es el que sigue la Corte Suprema de Justicia G. J. Nros. 2225 y 2226, tomo XCII, pág. 948.

- 2º) La permuta de bienes inmuebles (art. 1.858 del C. C.).
- 3º) Las particiones de bienes (art. 1.405 del C. C.).
- 4º) Aceptación de una asignación sucesoral (art. 1.291 del C. C.).
- 5º) La estipulación de intereses en el mutuo (art. 2231 del C. C.).
- 6º) Estipulación de intereses en la anticresis (art. 2466 del C. C.).
- 7º) Cláusula penal (art. 1601 del C. C.).
- 8º) En la hipoteca (art. 2455 del C. C.).
- 9º) Censo (art. 105 de la Ley 153 de 1.887).
- 10º) Control de arrendamientos.

En los cuatro primeros casos, procede la *rescisión del acto viciado* por lesión; y en los últimos, sólo el reajuste del acto lesivo.

Sería de desear que la lesión fuese consagrada legislativamente para evitar el abuso que puede encubrir en aquellos actos onerosos distintos a los arriba indicados. Esto es, que tenga un alcance más general. Claro que tratándose de *actos gratuitos* y *aleatorios* ella no tendría justificación: en los primeros porque una parte se desprende gratuitamente, en provecho de otra, de un bien y no existe contraprestación; y en los segundos porque por definición en tales actos, no es posible saber en el momento de su formación, cuál ha de ser la ganancia o la pérdida de cada una de las partes, lo que depende de circunstancias posteriores sometidas al azar, (109).

(109) Pueden conciliarse perfectamente, los principios o valores de **ESTABILIDAD** del acto y **JUSTICIA**, con la institución en comento. Dice al respecto Rojina Villegas:

Los principios de justicia y equidad así como el de buena fe, entran en juego en el problema de la lesión, con otro postulado no menos importante en los contratos, o sea el que consagra la obligatoriedad de los mismos, dando lugar al principio **PACTA SUNT SERVANDA**. Ahora bien, el que los pactos sean puntualmente cumplidos, es tan importante como el que sean justos. De aquí el conflicto que origina la lesión, pues se tiene que admitir que no obstante el contrato celebrado no debe ser cumplido, porque es injusto. La obligatoriedad del pacto tiene que subordinarse al principio de justicia, si admitimos que la ruptura de la equivalencia de las prestaciones es causa suficiente para que el contratante perjudicado no esté obligado a cumplir. En cambio, si consideramos que la obligatoriedad del contrato es de más importancia que la justicia en el mismo, habrá que concluir en el sentido de que bastará que el contrato se haya celebrado para que deba ser puntualmente cumplido.

El principio **PACTA SUNT SERVANDA** realiza el valor seguridad jurídica. A su vez, el principio de equilibrio patrimonial o equivalencia de prestaciones, realiza el *valor justicia*.

Pero este principio puede entenderse en su sentido obvio: *se parte de la base de la obligatoriedad del contrato, que supone la observancia plena de todas las condiciones de validez del contrato.* (ob. c. pág. 422).

El C. C. Alemán, y las legislaciones que en él se inspiran, tiene un concepto eminentemente *subjetivo* de la lesión. Dice el Art. 138 de este estatuto legal:

“Un acto atentatorio de las buenas costumbres es nulo. Es nulo en particular el acto jurídico mediante el cual alguien, explotando la necesidad, la inexperiencia o la ligereza de otro, obtiene para él o para un tercero a cambio de una prestación, que se le concedan ventajas patrimoniales que excedan de tal manera el valor de la contraprestación, que teniendo en cuenta las circunstancias esas ventajas estén con respecto a ésta, en una enorme desproporción”.

Bien se ha dicho que a pesar de la orientación subjetiva del Código Alemán, la lesión no pasa a ser un vicio del consentimiento pues puede suceder que la víctima al momento de consentir, ignore el perjuicio que se le ocasiona con el contrato, y mal podría decirse entonces, que su consentimiento ha estado viciado; y si por el contrario, consiente en el acto, habrá padecido fuerza, error o dolo y más precisamente se tratará de un contrato celebrado en “estado de necesidad” en que se sanciona la intención inmoral del victimario de obtener una ventaja excesiva, sin que se considere si la voluntad de la víctima estuvo o no viciada.

En vista del anterior planteamiento concluye León Hurtado, que la concepción moderna de la lesión no viene a ser comúnmente más que un caso especial de anulación por dolo. (110).

3.22. LA CAPACIDAD

La voluntad de las “partes” del negocio jurídico de formación bilateral, o del “autor” en el de formación unilateral, requiere una mediana experiencia acerca de las implicaciones jurídicas de su actitud: conocimiento de los valores de su intercambio del comercio en general. No es suficiente tener la personalidad física sino que es menester que se haya logrado cierto desarrollo psíquico o mental. Del sujeto que ha alcanzado este estado se dice que tiene “capacidad negocial” y de quien carece de ella que se encuentra en *incapacidad para negociar*.

Concepto - Es la aptitud legal de las personas para adquirir y ejercitar por sí mismos, los derechos civiles. (111).

(110) Ob. c. pág. 298.

(111) Savigny la definió como “aptitud legal para *adquirir* derechos y para *ejercitarlos*” y Stolfi: “aptitud de la persona para adquirir derechos o asumir obligaciones mediante negocios jurídicos”. (O. c. pág. 21).

De esta definición se desprende que la capacidad es de dos maneras: a) de *goce* que también se denomina *adquisitiva* que consiste en la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas; y b) de *ejercicio* que es la facultad para obrar jurídicamente introduciendo cambio o modificación en las relaciones jurídicas del sujeto, sin la ingerencia de otra persona. A esta última se refiere la definición que da el inciso 2º del art. 1502 del C. C.

La capacidad de *goce* presupone sólo las condiciones naturales de existencia de la persona (existencia natural en la persona humana o existencia jurídica en la persona jurídica); la capacidad de *ejercicio* presupone la facultad de querer. Por tanto, todas las personas están dotadas de capacidad de goce, en tanto que la capacidad de ejercicio la tienen sólo aquellas personas que se encuentren en ciertas condiciones establecidas por la ley. (112).

A la capacidad de goce le son propios los siguientes caracteres:

1º) Es *cualidad esencial de la persona* y está unida a ella desde su nacimiento hasta su muerte. De esto se infiere que la capacidad de goce no puede considerarse separada de la persona como un derecho subjetivo de ella sino como la aptitud general para ser sujeto de derechos y facultades. (113).

2º) Es una *cualidad personal* porque su poder unificador es directamente a la persona, los efectos jurídicos de sus actos conforme al carácter que tengan de derechos o de obligaciones.

3º) Actúa *jurídicamente* centralizando, unificando, haciendo propios, de todos los efectos de las relaciones jurídicas que atañen a la persona.

4º) Puede concebirse separada de la capacidad de ejercicio, pues hay personas que *aunque* poseen el goce de sus derechos civiles carecen de la facultad de ejercerlos.

Se colige de lo dicho que la capacidad de goce:

(112) Podemos sentar con Valencia Zea la regla siguiente: "la capacidad jurídica o sea la capacidad para ser titular de derecho subjetivo, la tiene toda persona sin necesidad de que esté dotada de una voluntad reflexiva; en cambio, la capacidad de obrar o capacidad negocial, está ligada a la existencia de una voluntad reflexiva. (Ob. c. pág. 336, T. I.).

(113) "Tanto la capacidad de derecho (goce) como la de obrar (ejercicio) no son derechos sino presupuestos de los derechos". (Coviello ob. c. pág. 158).

a) Es presupuesto de la condición de sujeto de derecho. Quien carece de ella no puede tener, adquirir ni retener derechos.

b) Corresponde a todo hombre según el derecho natural. Por esta razón toda persona cualquiera que sea su edad, sexo, estado, condición, nacionalidad, tiene el goce de los derechos civiles. (114).

c) No puede ser objeto de negocios jurídicos.

d) Constituye una situación jurídica que es protegida por el derecho.

Las incapacidades de goce son *excepcionales* y *especiales* porque no conciernen sino a uno o más derechos determinados. No puede concebirse que una persona se encuentre privada de la totalidad de los derechos civiles. Ejemplo de esta incapacidad son las prohibiciones que el C. C. establece para la adquisición de derechos hereditarios en los casos a que se refieren los arts. 1.020 y 84 de la Ley 153 de 1.887 (que derogó al 1.022 del C. C.); la inhabilidad para testar que la ley fija a los impúberes es fundamento para afirmar que estas personas carecen de capacidad de goce con respecto a ese derecho.

La incapacidad de goce conlleva la incapacidad de ejercicio, pero la incapacidad de ejercicio no implica la incapacidad de goce; puede decirse con Josserand que "postula la capacidad de goce: desde el momento que la ley prohíbe a un individuo ejercer tales derechos es porque esos derechos le pertenecen, sin lo cual la prohibición carecería de sentido práctico; sería inútil prohibir el ejercicio del derecho de propiedad de una persona no apta para ser propietario".

Capacidad de ejercicio.

A diferencia de la anterior, la capacidad de ejercicio ya no es un atributo de todas las personas o sujetos de derecho, sino un requisito para la validez de los actos jurídicos por ellas realizados. Es una cualidad jurídica de la persona que determina conforme a su estado, la eficacia jurídica de sus actos. (115).

(114) Según Colin y Capitant citados por Alessandri Rodríguez (Derecho Civil pág. 435 T. I) quitar a un individuo el goce de los derechos civiles sería borrarlo del número de las personas, colocarlo en la situación del esclavo del mundo antiguo.

(115) Alessandri la define como "aptitud legal de una persona para ejercer por sí misma los derechos que le competen, sin el ministerio o autorización de otra".

Es un punto de referencia para marcar el valor de los actos de la persona para sí misma y para su patrimonio. En tanto que la capacidad de goce como inherente a toda persona es igual e invariable, la capacidad de obrar depende del estado civil y de otras especiales condiciones señaladas por la ley que son susceptibles de cambiar en cada persona. (116).

La incapacidad de ejercicio es la incapacidad propiamente dicha; cuando la ley civil habla de incapacidad debe entenderse que se refiere a la incapacidad de ejercicio porque la incapacidad de goce, según lo anotado arriba, la tienen todos los sujetos de derecho.

La capacidad es la regla general de conformidad con lo que dispone el art. 1.503 del C. C.; este principio opuesto a la capacidad (competencia) del derecho administrativo, se traduce en la presunción de validez de los actos jurídicos celebrados por la persona y por ende, impone a quien los impugne por incapacidad del sujeto, la obligación de probar la incapacidad. (117).

Consecuente con el mentado texto, puede decirse que no hay incapacidad sin texto legal que la establezca; que las incapacidades no se presumen, son de derecho estricto, de interpretación restrictiva, y que nadie está obligado a probar su condición de capaz.

Debe en razón de lo dicho, considerarse a las personas INCAPACES.

Las incapacidades son de dos clases: a) ABSOLUTAS; y b) RELATIVAS.

Según el art. 1.504 del C. C. son ABSOLUTAMENTE INCAPACES: los *dementes*, los *impúberes* y los *sordomudos* que no pueden darse a entender por escrito.

Son INCAPACES RELATIVOS (inco. 2º ibídem): los *menores adultos* no habilitados de edad; los *disipadores declarados en interdicción* de administrar sus bienes; y, las *personas jurídicas*.

(116) Dice Castro y Bravo (Derecho Civil español) que el efecto principal de la capacidad de ejercicio es condicionar de modo general la eficacia o ineficacia de cada uno de los actos de la persona, respecto de su propia esfera jurídica: además, por ser derivativa del estado civil, está sustraída de la libre autonomía de las partes y salvaguardada por el orden público. Goza de una protección *erga-omnes*.

(117) Los actos jurídicos llevan en su favor una presunción de capacidad en la persona que los ejecutó (Pérez Vives. Obligaciones P. 56).

Los incapaces, tanto absolutos como relativos, no pueden celebrar válidamente ningún acto. En este sentido se dice que la incapacidad es general para distinguirla de la *incapacidad especial*, más propiamente denominada inhabilidad, que afecta sólo a determinados actos celebrados por determinadas personas.

INCAPACES ABSOLUTOS.

Digamos de entrada que la incapacidad absoluta es *natural* ya que se apoya o toma fundamento en causas físicas (naturales) que se le imponen a la ley (demencia, impubertad, sordomudez). La incapacidad relativa por el contrario, es de carácter civil porque se apoya en causas establecidas por la ley.

1) *Dementes*.

El C. C. habla indistintamente de demencia, locura, imbecilidad, idiotismo para referirse a la persona que de manera más o menos permanente, carece de juicio y discernimiento; o de quien, a consecuencia de una enfermedad mental, no se halla en sano juicio.

Salta a la vista el motivo que tiene en cuenta la ley para consagrar la incapacidad del demente: dada su perturbación psíquica, no está en condiciones de apreciar las implicaciones de su obrar jurídico y se excluye la determinación libre de su voluntad. (118).

Cabe dentro de la expresión "demencia" que suele emplear con más frecuencia la ley civil, no sólo los estados permanentes de locura, idiotismo, cretinismo, sino en general, todas las afecciones patológicas de las facultades mentales aunque sean transitorias y coloquen a las personas que las padecen en imposibilidad de emitir una voluntad seria y reflexiva.

Hay formas de melancolía, neurastenia, monomanía que están cerca de la enajenación mental y privan a la persona de su razón; la misma embriaguez o simplemente la edad avanzada, son con poca frecuencia, causas de un estado de debilidad que obviamente repercute en la capacidad del sujeto. (119).

(118) Dice Jossierand que los "actos jurídicos no podrán emanar más que de un cerebro lúcido, apto para apreciar su significación y calcular su alcance" (obra citada pág. 391, Nº 519).

(119) El Profesor Samuel Cajardo define el enajenado mental como "un individuo que por trastorno de sus facultades, experimenta ilusiones, alucinaciones o delirios, que lo hacen apreciar falsamente la realidad". (Medicina Legal pág. 367).

Se infiere de lo dicho, que el pensamiento del legislador al erigir en causal de incapacidad absoluta la *demencia* del sujeto, ha sido que la enajenación mental en cualquier forma que se presente afecta su voluntad; para la ley no hay sino una sola y única causa de demencia: la perturbación o la ausencia de la razón en todas las formas.

Pero tratándose de demencia intermitente se presenta el problema de apreciar el valor de los actos jurídicos celebrados en "intervalos lúcidos" pues científicamente se ha establecido que estos estados, no se oponen a la enfermedad y muchas veces la caracterizan.

Si el demente se encuentra declarado en interdicción los actos celebrados con posterioridad a la sentencia judicial que así lo establezca, se presumen de derecho nulos aunque "se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido"; y por el contrario, los actos y contratos celebrados por el enfermo sin previa declaración de interdicción, serán válidos a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró, estaba entonces demente. (art. 553 del C. C.).

Por ello se ha sostenido que la incapacidad del demente declarado en interdicción es *continua* pues dura desde el decreto judicial de la interdicción hasta el decreto de rehabilitación si es que la enfermedad cesa, o en caso contrario, hasta la muerte.

Es cuestión ardua, evidenciar en juicio, la enfermedad del autor del acto cuando no media el decreto de interdicción y la perturbación psíquica no es permanente. A este respecto la jurisprudencia francesa ha establecido que cuando se acredite que *inmediatamente antes e inmediatamente después* del negocio, la persona se encontraba enferma o en estado de debilidad mental, es necesario presumir que el negocio se celebró bajo la influencia de la enfermedad y es por tanto nulo. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, advirtiendo para salvar equívocos, que se acepta la prueba que haga verosímil la celebración del acto en un intervalo lúcido. (120).

En el derecho colombiano la incapacidad del demente es causal de NULIDAD ABSOLUTA (art. 1.741 del C. C.); Josserand considera que como su voluntad ha faltado completamente el acto es *inexistente* y se duele de que la jurisprudencia francesa confunda en este caso la ausencia de consentimiento con uno de sus vicios.

(120) G. J. Tomo XLVII pág. 455. El mismo negocio puede ser prueba de la enfermedad.

(121).

No existe en Colombia texto que consagre la incapacidad de los "selvícolas" como, sí existe en el Brasil y otros países. Es indudable que las tribus civilizadas no tienen aptitud psíquica para apreciar las consecuencias de sus actos jurídicos y por esto, cabría aceptar su incapacidad comercial. Sin embargo, las incapacidades son de derecho estricto y ante la ausencia de norma que la establezca prima el principio general de la capacidad. Valencia Zea estima que es procedente tal incapacidad con la aplicación por analogía, del art. 8º de la Ley 153 de 1887 (Ley 95 de 1890) (122).

2) - *Impúberes.*

La ley presume que los varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12 (art. 34) carecen de juicio suficiente por falta de desarrollo mental; esta presunción es de derecho porque no admite prueba en contrario.

Atendiendo a la *edad* el C. C. hace las siguientes aplicaciones en cuanto a la capacidad de la persona natural:

- a) - Los menores de 7 años hombre o mujer, se denominan *infantes* y sus actos son absolutamente nulos por incapacidad absoluta. (123).
- b) - Los varones mayores de 7 y menores de 14, y las mujeres mayores de 7 y menores de 12 son *impúberes* y sus actos como en el caso anterior, son absolutamente nulos por incapacidad absoluta. (124).
- c) - Los varones mayores de 14 y menores de 21 y las mujeres mayores de 12 y menores de 21, son *menores adultos* (incapaces relativos) y los actos celebrados sin la intervención del representante legal son *relativamente nulos*.

(121) - En contra de esta opinión y en forma poco convincente, los Hermanos Mazeaud estiman que cuando un individuo privado de razón realiza un acto jurídico, sólo él merece protección y por tanto el acto debe estar sujeto sólo a *nulidad relativa*. (Tomo II. 2ª edic., pág. 318 Nº 1362).

(122) - Ob. c. T. I pág. 344.

(123) - Valencia Zea ob. c. pág. 339 considera que los actos de los infantes son **INEXISTENTES**. El art. 784 del C. C. parece conferirle capacidad al "infante" para la adquisición de la posesión de cosas muebles.

(124) - Según el art. 2346 del C. C. los mayores de 10 años son capaces de delito o culpa. Los psicólogos afirman que los niños adquieren el uso de la razón a los 7 años, pero es indudable que quien ha pasado de esta edad sin alcanzar la pubertad, tiene una inteligencia tan poco desarrollada y sus voliciones son tan imperfectas que la ley debe prohibirles toda intervención en el comercio jurídico.

La diferencia de edad que se establece entre el hombre y la mujer a los fines dichos, proviene del derecho canónico y corresponde a los distintos períodos en que se adquiere la madurez sexual.

3) - *Sordomudo que no puede darse a entender por escrito.*

Por los dos sentidos que le faltan, el sordomudo que no sabe escribir, no puede manifestar su voluntad en forma suficientemente clara e inteligenet. Esta es la razón que movió al legislador para tenerlo como incapaz absoluto aunque puede estar en pleno uso de sus facultades mentales pues no es suficiente tener voluntad sino además poderla expresar de modo inequívoco. (125).

El C. C. no distingue entre el sordomudo congénito y el que llega a serlo después de haber adquirido el uso de la razón. La ley parte únicamente del grado de instrucción, que fija en la posibilidad de darse a entender por escrito, para reconocerle la capacidad civil.

Estimamos que la manifestación de la voluntad por medio del lenguaje *mímico* no es suficiente para que el sordomudo escape a la incapacidad; pero el art. 140 N° 3° establece una excepción al considerar válido el matrimonio contraído por sordomudos "si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos", lo que se explica porque es de ley natural, el derecho de toda persona a contraer matrimonio.

El mudo no sordo pero que no puede darse a entender por escrito, es plenamente capaz ya que la incapacidad es de derecho estricto y la norma que la consagra debe interpretarse restrictivamente.

Los actos celebrados por el sordomudo vigente el decreto de interdicción son válidos si el incapaz aprende a expresar su voluntad por escrito aunque no se haya levantado la interdicción. Así se desprende del art. 23 de la ley 57 de 1.887, que al hacer la enumeración de los textos legales que se aplican a la interdicción del sordomudo, excluye el art. 553 del C. C.

En algunos países como Francia, España, Alemania, Italia, no se consagra la interdicción o incapacidad del sordomudo sino que se facul-

(125) - Por esto dice Avelino León Hurtado que la incapacidad del sordomudo no proviene de la sordomudéz, sino de que *no puede manifestar* su voluntad por un medio seguro, que no se preste a equivocaciones (Ob. c. pág. 401).

ta al juez para fijar la extensión y límite de la incapacidad atendiendo a especiales circunstancias que revelen un grado de madurez psíquica que permita la manifestación de su voluntad.

Consecuencias de la incapacidad absoluta.

Los actos de los absolutamente incapaces son nulos, de nulidad absoluta (arts. 1.504 C. C. y 1.741), no obligan civil ni naturalmente (art. 1.527 *ibídem*); no pueden garantizarse con prendas, hipotecas o fianzas constituídas por terceros (1.529).

Las incapacidades absolutas son de carácter *natural* porque las causas que las determinan se le imponen de cierta manera al legislador por obedecer al estado natural de las personas.

INCAPACES RELATIVOS

1) - *Menores adultos no habilitados de edad.*

Los varones mayores de 14 años y menores de 21 y las mujeres mayores de 12 y menores de la misma edad, son incapaces de realizar actos jurídicos sin la intervención de sus representantes legales. En tal caso se perfila o tipifica una causal de nulidad relativa, y la obligación se convierte en natural (art. 1.527).

La misma ley establece dos instituciones que implican *excepciones generales*, a la citada incapacidad:

a) - *La habilitación de edad* que como su nombre lo indica, inviste al menor de la aptitud para realizar, con algunas salvedades los actos que sólo pueden celebrar los mayores (arts. 339 y 345 C. C.).

b) - Para todo lo concerniente a la administración y disposición del *peculio profesional o industrial*, se considera capaz al menor adulto (art. 294 del C. C.). (126).

(126) - Valencia Zea dice que para la administración de este peculio, la ley le anticipa al menor la plena capacidad, *cualquiera que sea su edad* (T. III pág. 342), lo que estamos lejos de aceptar pues si bien es cierto que el art. 294 no distingue entre menores adultos e impúberes y habla sólo de HIJOS DE FAMILIA, no puede llegar a conferirle capacidad a quien se encuentra en condiciones físicas de inmadurez psíquica. La ley debe interpretarse de modo que haya entre las diversas disposiciones la respectiva armonía.

Como *excepciones particulares*, es decir, para ciertos casos, se consagran entre otras: pueden testar (arts. 309 y 1.061), ser mandatarios (art. 2154), contraer matrimonio (arts. 116 y 140 N° 2), reconocer hijos naturales. La ley 135 de 1.961, Reforma social agraria, en el art. 36 le da capacidad a varones casados mayores de 18 años para obtener adjudicación de baldíos y contraer todas las obligaciones inherentes, sin necesidad de autorización judicial.

La incapacidad relativa de los menores adultos es una protección que la ley les concede, razón por la cual no puede ser alegada sino por el mismo incapaz o por sus herederos o cesionarios (art. 1.743) a menos que de su parte haya habido dolo para inducir al otro contratante a la celebración de la convención (art. 1.744).

Declarada la nulidad del acto por incapacidad relativa de una de las partes, quien contrató con el incapaz no puede pedir reembolso de lo pagado en razón del contrato sino en cuanto dicho pago hubiere hecho más rico al incapaz (art. 1.747), en lo que la ley colombiana consagra residualmente, la *restitutio in integrum*. (127).

2) - Disipadores declarados en interdicción de administrar sus bienes.

Por disipación se entiende según el diccionario de derecho privado, el consumo de bienes que hace una persona en cosas inútiles y caprichosas, que no guardan proporción con los medios de que puede disponer para atender a las necesidades familiares.

Se trata pues, de proteger el patrimonio común de la familia o evitar que el disipador se convierta en carga para la sociedad. (128).

Según el art. 534 del C. C., los actos del disipador deben ser de tal índole que "... manifiesten una falta de prudencia" lo que queda a la

(127) - Explica así Claro Solar esta figura: "De la incapacidad del menor no puede quejarse el mayor de edad que con él contrata, porque en el hecho de contratar con el menor se expuso a ella, y quien contrata debe informarse de la capacidad y facultad con que procede la parte con quien contrata. Por eso el jurisconsulto Ulpiano decía: quia cum alio contrahit vel est vel debet esse non innarus conditionis jus: el que con otro contrata, está o debe estar cierto de su condición jurídica. Si se deja llevar por las apariencias o por la simple aserción de mayor edad, el que contrata con el menor incurre en culpa o descuido y a su falta de cuidado debe atribuir el perjuicio que recibirá si el menor pide la rescisión de un contrato que era incapaz de celebrar válidamente". Luis Claro Solar (Ob. c. T. XI, págs. 23-25).

(128) - H. Mazeaud, pág. 350 ob. c.

recta apreciación del Juez. Algunos autores sostienen que a consecuencia de la disipación, el pródigo debe exponer a la familia a la miseria; es verdad que esto no lo exige la ley pero se considera conforme con la tradición y las actuales orientaciones del derecho civil moderno (129).

Según lo anterior, que entre nosotros es compartido por Valencia Zea, el despilfarro de las rentas o frutos del patrimonio en ningún caso autoriza la incapacitación por dilapidación. (130).

En el derecho francés se sigue un sistema más racional ya que no se decreta la interdicción del pródigo sino que se le prohíben ciertos actos de disipación que se celebren sin el consentimiento de un consultor o consejero judicial, que le nombra el Tribunal.

El disipador es incapaz relativo sólo a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara su interdicción.

Los actos del demente declarado en interdicción adolecen de *nulidad absoluta*; y los del pródigo también declarado en interdicción, son *relativamente nulos*; esta diferencia obedece a que los dementes tienen la razón perturbada y en las condiciones psíquicas en que se encuentran no pueden producir un consentimiento normal; por el contrario, el pródigo conserva el uso de sus facultades intelectuales, sabe lo que hace no obstante que se deja arrastrar por una pasión que puede ser el juego, o la de una excesiva liberalidad. Por la misma razón el demente es incapaz por *causa natural* y el pródigo por *causa legal*.

Los actos del demente son absolutamente nulos aunque no haya sido declarado en interdicción por esa causa; los del disipador son válidos si no media decreto judicial de interdicción, y *relativamente nulos*, a partir de la declaratoria de dicha interdicción.

3) - Las personas jurídicas.

La persona jurídica puede definirse, abandonando el tradicional concepto de Savigny que las consideraba como *entes ficticios* creados por el legislador, como toda unidad orgánica resultante de una actividad integrada de personas o de un conjunto de bienes a los que para la consecua-

(129) - En la ley de las Doce Tablas, el pródigo podía ser privado de la administración de su patrimonio, cuando dilapidaba la fortuna heredada de su padre "poniendo a su familia en peligro de indigencia". El mismo criterio que adopta el N° 3 del art. 6° del Código Alemán.

(130) - O. C. Tomo I, pág. 347.

ción de un fin durable y permanente, es reconocida por el Estado, una capacidad de derechos patrimoniales. (131).

El C. C. informado de los principios individualistas del siglo XIX miró con desvío el fenómeno de la asociación y por ello se limitó a estatuir únicamente sobre las *corporaciones y fundaciones de beneficencia pública* (arts. 633 y ss.).

Los artículos 634, 643, 644 y 645 entre otros, precisaban las modalidades de la incapacidad de dichas personas jurídicas: para su nacimiento a la vida del derecho, debían ser especialmente reconocidas por la ley; la adquisición de bienes inmuebles tenía que estar precedida de autorización del Congreso y la enajenación o gravamen de los mismos, requería autorización judicial, etc.

Consecuente con este sistema restrictivo el art. 1.504 del C. C., inciso 2º, considera a las personas jurídicas como relativamente incapaces.

Pero la susodicha incapacidad no existe. La Constitución de 1.886 autorizó en el art. 44, la creación de todas las personas jurídicas que no sean contrarias al orden público y el 49 ibidem, les dio derecho a ser reconocidas como tales y a ejecutar en tal virtud actos y contratos de que pueden hacer uso las personas plenamente capaces.

Las citadas normas constitucionales derogaron implícitamente las disposiciones del estatuto civil que consagraban la incapacidad de las Personas Jurídicas pues el art. 9º de la ley 153 de 1.887 dispone que "la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente", y que "toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente".

Pero la misma Ley 57 de 1.887 que adoptó el Código Civil para toda la Nación, derogó expresamente por mandato del art. 45, los textos arriba citados que eran precisamente los que estatuirían un régimen legal de excepción para las personas jurídicas.

Algunos autores consideran que la incapacidad de las personas jurídicas depende de que no pueden obrar por sí mismas sino al través de personas naturales que vienen a ser sus órganos (132), lo que no es de recibo ya que a tales personas les sería muy difícil si no imposible, moverse con presteza y eficacia en la vida civil si carecieran de un vehículo expedito de relación jurídica. En la misma situación están las personas jurídicas de derecho público, y las sociedades comerciales cuya capacidad admitió plenamente el mismo C. C. (133), y nadie sería osado en negar dicha capacidad.

(131) - Ruggiero T. I., pág. 440.

JURISPRUDENCIA LABORAL

EL AGUINALDO ES SALARIO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN — SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO RAMIREZ ARISTIZABAL.

Sumario:

El aguinaldo que la empresa demandada pagó al actor durante el tiempo de la relación laboral, dada la habitualidad presentada, es salario, y por tanto, debe tomarse en cuenta para liquidar los derechos, prestaciones e indemnizaciones laborales.

Opiniones a este respecto del Profesor Guillermo Cabanellas. Síntesis de Justo López. Concepto del Dr. Guillermo González Charry. Jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo. Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón.

Rdo. Nro. 29.925

Sentencia.

AUDIENCIA

El día diez y siete (17) de marzo de mil novecientos setenta y dos (1972), a las cuatro de la tarde, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, se constituyó en audiencia pública en el juicio social ordinario de HERMES ZULUAGA RESTREPO contra EMPRESA SIDERURGICA S. A.

El Magistrado del Conocimiento, Dr. HERNANDO RAMIREZ ARISTIZABAL, declaró abierto el acto; se esperó una hora y no comparecie-