

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

**“NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN EL ORDENAMIENTO
CIVIL NICARAGÜENSE: EL CASO DE LOS CONTRATOS”**

“ESSE EST PERCIPI”

**INVESTIGACIÓN MONOGRÁFICA PARA OBTENER EL GRADO
ACADÉMICO DE LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTADO POR:

BR. D. PEDRO JOAQUÍN BENDAÑA JOSÉ

TUTOR:

DR. D. GERMAN OROZCO GADEA

**EN MANAGUA, A LOS VEINTICUATRO DÍAS DEL MES TERCERO DEL AÑO
MMXI**

Si ya no es posible estudiar el Derecho Civil moderno en su tormentosa complejidad como los grandes autores clásicos estudiaban el Código Civil, está al menos permitido mostrar cómo se puede mantener su valor, sin desconocer el progreso. Es lo que hemos intentado hacer.

**Prólogo del Tratado del
Derecho Civil según el
Tratado de Planiol.
Georges Ripert y Jean Boulanger.**

Maiores aliud ius genium, aliud ius civile esse voluerunt.

DEDICATORIA

A MIS QUERIDOS PADRES:

D. Pedro Joaquín Bendaña Benítez y
Lic. Mercedes José Calero.

Dignos ejemplos de trabajo, esfuerzo y honradez. Encauzan mi vida con consejos hogareños; me alimentan en las horas de duda. A ellos debo lo que soy.
Mi agradecimiento y gratitud eterna.

A mi hermano:

Licenciado *in fieri* Alberto Bendaña José.

A la memoria de mis queridos abuelos (q.e.p.d)

Alberto Bendaña Ortega
Encarnación Benítez Faria
Pantaleón José López
María Calero Mercado

A mis tíos:

Dr. Luis Alberto Bendaña Benítez y Sra.
Dr. José Silvio Bendaña Benítez y Sra.
Sra. Magda Auxiliadora Bendaña Benítez de Barbosa (q.e.p.d)
Sra. Angelita José Calero
Dr. Rigoberto José Calero
Dr. Allan Tompkins Benítez y Sra.
Sra. Vivian Tompkins de Greene
Dr. José Luis Benítez Rosales y Sra.
Dr. Orlando Montenegro Faria

A mi novia:

Srta. Ana María Pérez Mangas.

A todos mis amigos.

AGRADECIMIENTO

A German Orozco Gadea que bajo el
patrocinio de su paciencia escribí mí
monografía.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Arto.	Artículo
AAVV.	Autores Varios
Cap.	Capítulo
C.	Código Civil
Cf.	Confróntese
ej., ejs.	ejemplo, ejemplos
Nº.	número
Pág.	página
p.ej.	por ejemplo
Pr.	Código de Procedimiento Civil
s/f.	sin fecha
s., ss.	siguiente, siguientes
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	tomo
Tít.	título
trad.	traducción, traducido, traductor
Vid.	véase
Vol.	volumen

ÍNDICE

Introducción
Objetivos
Diseño metodológico

Capítulo I

1. El sistema contractual romano, su evolución histórica

- 1.1. La noción de negocio jurídico en el Derecho romano
- 2. La Edad Media y la idea del contrato
- 3. El ius racionalismo jurídico y la autonomía privada
- 4. La codificación napoleónica y demás códigos del siglo XIX
 - 4.1 Los proyectos del Código Civil francés
 - 4.2 La elaboración del Código Civil francés
 - 4.3 Promulgación del Código Civil francés. Derogación del antiguo derecho
 - 4.4 Códigos Civiles influidos por el de Napoleón
- 5. El Código Civil chileno
 - 5.1 Plan y estructura del Código Civil chileno
- 6. El Código Civil nicaragüense de 1867
 - 6.1 Estructura del Código Civil nicaragüense de 1867
 - 6.2 El Código Civil nicaragüense de 1904

Capítulo II

Nociones generales sobre la teoría de los actos jurídicos

- 1. Nociones generales sobre la teoría de los actos jurídicos
 - 1.1. Hechos jurídicos y hechos naturales
 - 1.2. El acto jurídico
 - 1.3. La doctrina del acto jurídico en el Código Civil nicaragüense
 - 1.4. Derecho comparado

- 1.5. El contrato: delimitación del concepto
- 1.6. La noción de contrato en el Código Civil nicaragüense
- 1.7. Diferencia entre contrato y convención
- 1.8. Naturaleza jurídica del contrato
- 1.9. Los elementos del contrato en la doctrina
- 1.10. Los elementos esenciales del contrato en el Código Civil nicaragüense
- 1.11. Crítica de la teoría general de los elementos del negocio jurídico
- 1.12. El negocio jurídico

Capítulo III

La eficacia del contrato

1. La eficacia del contrato
 - 1.1. Excepciones al principio de relatividad de los contratos
 - 1.2. Eficacia del contrato respecto a terceros
 - 1.3. Efectos del contrato respecto a los terceros en general
 - 1.4. Teoría de la inoponibilidad
 - 1.5. Inoponibilidad y nulidad
 - 1.6. El contrato en favor de tercero
 - 1.7. Los contratos en daño de tercero
 - 1.8. El contrato a cargo de un tercero
 - 1.9. El contrato por persona a designar
 - 1.10. La irrevocabilidad del contrato

Capítulo IV

1. Anormalidades del negocio jurídico

- 1.1. La ineficacia de los negocios en el Derecho romano
- 1.2. Las nulidades en el Derecho romano
- 1.3. Ineficacias del *ius civile*
- 1.4. Ineficacias pretorianas
 - a) *Exceptio doli y metus causa*
 - b) *Actio doli y quod metus causa*
 - c) *La restitutio in integrum*
- 1.5. Ineficacias creadas por el Derecho consuetudinario
- 1.6. Las nulidades en el Derecho del Bajo Imperio
- 1.7. Nulidades absolutas y nulidades relativas
- 1.8. Corolario

- 1.9. Las nulidades en el antiguo Derecho francés
- 1.10. Las ineficacias en el Derecho del periodo feudal
- 1.11. El Derecho escrito y la teoría de las nulidades
 - a) Las nulidades en el Brachylogus y el Petrus
 - b) Las nulidades en la obra de Irnerio y sus discípulos
 - c) Las nulidades según los Bartolistas
 - d) Las nulidades según los dialecticos franceses
- 1.12. El Derecho canónico y el problema de las nulidades
- 1.13. Las nulidades en los autores del siglo XVI
- 1.14. Las nulidades según los autores del siglo XVII
- 1.15. Las nulidades según los autores del siglo XVIII
- 1.16. La nulidad y la rescisión en el Código Civil nicaragüense de 1867
- 1.17. La ineficacia del contrato en el Código Civil de 1904
- 1.18. La nulidad y la rescisión en el Código Civil actual
- 1.19. La figura de la rescisión
- 1.20. Justificación doctrinal
- 1.21. La resolución
- 1.22. La inexistencia

Conclusiones

Recomendaciones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Este estudio, señores lectores, es el empeño de un modesto cultivador de la Ciencia jurídica. El propósito, lisa y llanamente expresado, justifica, o por lo menos explica, el método que he seguido en la exposición de cada una de las instituciones examinadas. Sin embargo, me apresuro a desengañar a quien se haya hecho la ilusión de que va a leer una historia novelesca al uso, de las que tanto han gustado en esta época. Nada más lejos de mi estilo que ese género híbrido de composiciones. Este estudio mío no es, pues, una exposición novelada de la teoría general de los contratos. Es un estudio riguroso y plegado meticulosamente a los documentos expuestos por los publicistas de mayor solvencia en la investigación del *ius civile*. Frecuentes pasajes que a primera vista pueden parecer arbitrarias suposiciones mías, no son sino concatenaciones racionales de hechos, unos documentalmente probados y otros deducidos lógicamente de los anteriores.

Sin indecisión alguna, deviene indiscutible la importancia del derecho de contratos: sencillamente entendido, entraña el eje de toda la actividad económica. No obstante, por curiosa paradoja, entre nosotros está todavía por ser formulado y hasta analizado. Las exégesis someras y empíricas con que contamos me dan plena razón. Evidentemente, yo no pretendo llenar el vacío, que supone una acción más compleja, más persistente y más varia que la que se encuentra en mi contribución. Pero al menos aporto esa contribución. Es singular: no hay nada más evolutivo, más cambiante y más actual que el derecho de los contratos; y, sin embargo, nuestros juristas (profesores, jueces, autores, etc.) persisten en las normas de un jurisprudencialismo que ni se discute. Parecería que los romanos o Pothier hubiesen dicho la palabra definitiva al respecto, y que las decisiones de los tribunales fueran un evangelio.

No proclamo el irrespeto a la ley. Al contrario: ésta es siempre mi norte. Pero indico una actitud: la ley es algo que debe ser entendido. Unos prefieren la materialidad literal de los preceptos secundarios; yo me pronuncio a favor del propósito legislativo más importante, que se encuentra en los principios esenciales del mismo código, y que sin duda quieren el auge, el progreso y la vida, y no el estancamiento o la involución. Por eso mi exposición pretende ser científica. La Ciencia del Derecho, lo propio que cualquier Ciencia, debe traducirse en principios, debe llegar a lo general. De otra suerte no es Ciencia, pues no hay Ciencia de lo particular. El derecho-fórmula, el derecho-legismo, el derecho-empirismo, ni es Ciencia ni es Derecho. El buen derecho, el derecho, ha de tener en cuenta los sentimientos colectivos, las enseñanzas de la economía, las

prácticas en uso, las características locales, el ejemplo extraño, los mismos postulados de la filosofía, para que efectivamente sea derecho. Pero es peligroso hablar de estas cosas entre nosotros, que vemos en el derecho como una categoría esotérica y cerrada, que no concebimos como juristas sino a los especialistas y prácticos de los manuales jurisprudenciales, y que no creemos haya otro derecho que el de los códigos y leyes.

De estas bases de mi criterio surgen varias consecuencias: 1ª, mi trabajo es de derecho y no de código, pues hay derecho que está fuera de éste, y por cuanto, aun dentro del código, sus reglas son expresiones del derecho, que, buenas o malas, deben ser justificadas o criticadas; 2ª, por eso he alterado en parte el método del código, que es tan deficiente y equivocado; 3ª, por ello procedo sistemáticamente, esto es, con organismo y unidad, dentro de cada institución y en el conjunto de las instituciones, y huyo del fragmentarismo, que es causista pequeñez, que es infecundo, que es antieducador y que no sirve para nada o poco menos; 4ª, el criterio se hace objetivo, pues inspirándose en tantos factores excluye por eso mismo cualquier sugestión, toda unilateralidad y, por encima de todo, el automorfismo. Lo que deploro es que mis medios no me han permitido, a buen seguro, el logro de tales fines. Como siempre, el trabajo me resulta inferior a lo que yo concibiera o sintiera antes de realizarlo.

Finalmente, debo agregar que si se quiere concretar mejor mi situación, en buena parte me he inspirado en otros ejemplos. El comentario, el tradicionalismo, el casuismo, etc., han llevado aquí, y fuera de aquí, a obras de muchos tomos. Lo sistemático y científico del buen derecho ha conducido a códigos como el alemán y el suizo, los mejores del mundo, y a obras de menos de diez volúmenes, en que se contiene más derecho, más caudal de principios y aplicaciones, y, sobre todo, mucha mejor ciencia que en los interminables comentarios aludidos. Pudo así ésta ser más breve: no he tenido tiempo de acortarla. Pudo aparecer menos pretenciosa en las citas bibliográficas: he querido, cuando ello es más acentuado, puntualizar la bibliografía del código, así como la moderna, porque he pensado que se trataba de puntos en que era indispensable la comparación de lo antiguo con lo actual. No me excusaré en la frase cómoda de *errare humanum est*, las muchas fallas de mi trabajo, que reconozco, y aun las más graves, me son por ahora irremediabiles, pues son mi propio actual espíritu. No impetro disculpa ni benevolencia al respecto. Bien recuerdo las palabras de un escritor cuando decía: "que vale más un intento, aunque sea torpe, y en parte un fracaso, que no intentarlo siquiera". Después hay tiempo de corregir las cosas y perfeccionarlas. En cuanto a las demás, quiero hacer constar que nuestros hábitos de estudio y las exigencias de las atenciones no siempre intelectuales, no son la mejor garantía para la amplitud del horizonte y el vuelo de las ideas.

OBJETIVOS

Objetivo General

1. Distinguir de forma puntual la noción de nulidad –tanto absoluta como relativa–, rescisión y resolución en la teoría general del contrato según el criterio de la dogmática moderna y vencer las incompatibilidades latentes en nuestra legislación civil.

Objetivos Específicos

1. Examinar los supuestos en que tiene cabida la nulidad absoluta y la relativa según los criterios establecidos por nuestro Código Civil.
2. Dilucidar de forma puntual la distinción entre rescisión y resolución de acuerdo a los criterios de la doctrina civil moderna.
3. Demostrar concretamente la naturaleza jurídica de la rescisión.
4. Aclarar la distinción entre nulidad relativa y rescisión en la teoría del contrato y en nuestra legislación civil.
5. Desarrollar el concepto y la naturaleza jurídica de la resolución según el criterio de la doctrina y de nuestra legislación civil.

DISEÑO METODOLÓGICO

Nuestro estudio encierra una disposición eminentemente jurídica investigativa, se enfoca sobre un tópico del Derecho Civil, es de índole dogmática, posee naturaleza cualitativa y procura una exégesis científica para recabar la nitidez sistemática que debe imperar en todo Ordenamiento Jurídico. En este orden de cosas, destacamos que para recabar los objetivos propuestos nos hemos decantado por el método científico explicativo a través del cual conseguimos los fines previamente enunciados. Conviene evocar que para la consecución satisfactoria de la exposición investigativa que acometemos, centramos nuestras deducciones en las aportaciones de autores calificados. Efectivamente, la cuestión de la investigación tiene su razón de ser en el arduo análisis de textos que tratan de manera traslúcida y pormenorizada el asunto que develamos. Por esa razón, mi investigación se sustenta en tratados escogidos tanto clásicos como actuales, tomando mayormente en consideración las aportaciones doctrinales de las Escuelas más preclaras.

No me cabe hesitación alguna que todo trabajo monográfico, en la mayoría de los casos, debe obtemperar a una recopilación de toda la información obtenida sobre el asunto que se incardina como objeto directo de la investigación, no obstante; pretendimos darle nuestra gradación y saber conjugar armónicamente la savia consolidada que viene con la madurez intelectual con el metódico estudio de quien sabe apasionarse por las grandes cuestiones del Derecho. Otro punto que al momento de conformar una investigación deviene útil considerablemente es la aportación que hacen algunos expositores del Derecho a través de ensayos y ponencias sobre temas vigentes. Nuestra investigación también sabe nutrirse con la aportación de modernas perspectivas que poco a poco logran sistematizar lo que desde hace buen tiempo se tiene como materia densa e intrincada.

En definitiva, nuestra labor se reconducirá –por los requerimientos de la monografía– a una insondable extracción de fundamentos que secunden directamente en el propósito de demostrar con suprema lisura el sendero puntual de lo que debe efectuarse en la práctica, sin disuadir el aval indubitable de lo que la Ciencia del Derecho avista como exacto. Obviamente, no se trata de descubrir una novedad; más bien, tratamos de anunciar en la medida de lo factible el derrotero recto de lo que en Ordenamientos Jurídicos más avanzados que el nuestro se representa en una práctica consecuente.

Capítulo I

1. El sistema contractual romano: su evolución histórica

Discurrir acerca del concepto de contrato a través del desenvolvimiento de las ideas jurídicas peculiares del Derecho romano, insta al historiador del Derecho hacer una directa alusión a las fuentes de las obligaciones romanas. Consideramos acertada la determinación propuesta, francamente porque el contrato es la capital fuente de las obligaciones y del modo en que se analice las fuentes obligacionales romanas, el *contractus* irá prohiendo su fisonomía y rasgos característicos, arribando al instante presente por vía inalterable e inflexible de una lógica jurídica que tiene sus raíces en el eminente y sin igual pensamiento romano¹.

Conviene saber, que los sacerdotes romanos emprenden el arduo tratamiento de las obligaciones, visualizando la realidad jurídica imperante a través de la clásica dicotomía *contractus* y *delicto*. Efectivamente, esta es la prístina clasificación contenida en GAYO, 3, 88; ordenación esta que dará lugar, fruto del desenvolvimiento de las ideas jurídicas a la teoría de las fuentes de elaboración moderna y aplicación vigente. En este punto –parafraseando a IGLESIAS–, nosotros entendemos que el *contractus* presupone un acuerdo de voluntades como requisito primario y elemental; pero su fuerza obligatoria se hace depender – si se exceptúan los llamados contratos consensuales: compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato– de un elemento real –contratos *re*– o formal –contratos *verbis* o *litteris*².

¹ En este sentido, ARANGIO-RUÍZ denomina fuentes de las obligaciones a los hechos jurídicos que son presupuesto de su nacimiento. En general, son hechos de la voluntad humana; pero los hay ilícitos y lícitos. Característica del acto ilícito es que la obligación surge contra la voluntad del agente, y como sanción de la inobservancia de una norma lógicamente anterior. Entre los actos lícitos se pueden distinguir, en cambio, dos categorías. La primera, que es la más numerosa, comprende las declaraciones de voluntad bilaterales emitidas con el fin de que una de las partes o ambas se obliguen a observar una cierta conducta. En la segunda categoría entran los actos lícitos no bilaterales, o no cumplidos con el fin de crear una obligación, y otras situaciones de las cuales el Ordenamiento Jurídico hace derivar una obligación. Cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: Instituciones de Derecho Romano; Editorial Depalma; Buenos Aires, 1986; Pág. 325.

² Cfr. IGLESIAS, Juan: Derecho Romano; Décimo tercera Edición; Editorial Ariel; Madrid, 2001; Pág. 250.

Debemos denotar, que el vocablo *contractus* aparece empleado en forma muy parca en los textos. De mayor uso fue el verbo *contrahere*, que posee un sentido más amplio. Parecería que GAYO cuando emplea el verbo *contrahere* lo utiliza en franca correspondencia a la acepción “*contraer obligaciones*”. En este paraje, DÍORS estima que el sentido más amplio de *contrahere* fue el que movió a GAYO a dilatar el sentido del *contractus*, empezando por emplear el verbo *obligationes contrahuntur* para derivar de ahí su dicotomía *ex delicto, ex contractus*. De ahí que podamos decir que *contractum* significa obligación recíproca de uno y de otro –*ultra citroque obligatio*–, que es lo que los griegos denominaban genuinamente *synallagma*. De todo lo anterior inferimos con toda certidumbre que *contractus* en el vernáculo sentir romano no se caracteriza por la convencionalidad sino por la reciprocidad de las convenciones; por esta razón, los únicos negocios que pueden ser llamados legítimamente contratos son los cuatro conocidos como consensuales (compraventa, locación, sociedad y mandato), más la fiducia, que luego desaparece y el depósito, que fue tal en el s. II d. C., al protegérselo con una *actio* civil y de buena fe³.

Dentro de la secuencia fenomenológica que venimos articulando, se alza una idea comúnmente recurrente en la doctrina romanista; idea que alcanza mucho terreno en la época posclásica, nos referimos a la convención –*conventio*–, la que en palabras de ULPIANO constituye una genérica expresión que hace genuina referencia a todo aquello que para celebrar o transigir un negocio consienten los que entre sí lo tratan; porque de la misma forma en que se dice que *con-vienen* los que desde diversos puntos se reúnen y van al mismo lugar *con-venire*, así también

³ Las Instituciones de Justiniano en el Título XXII establecen “De las obligaciones por el solo consentimiento”: Las obligaciones se forman por el solo consentimiento en los contratos de venta, arrendamiento, sociedad y mandato. Se dice que en estos casos la obligación se contrae por el solo consentimiento, porque no se necesita para que se produzca, ni de escrito, ni de la presencia de las partes, ni de entrega de ninguna cosa; pues basta que consientan aquellos entre quienes se hace el negocio. Así, estos contratos pueden tener lugar entre ausentes, como, por ejemplo, por cartas misivas o por mensajero. Además, en estos contratos cada parte se obliga con la otra a todo cuanto la equidad exige que ellas se presten mutuamente; mientras que en las obligaciones por palabras el uno estipula y el otro promete. Cfr. INSTITUCIONES DE JUSTINIANO; Edición Bilingüe; Con una nota previa sobre Justiniano y las Institutas por M. ORTOLÁN; Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires, 1976; Pág. 259.

los que por diversos movimientos del ánimo consienten (*con-sentire*) en una misma cosa, se encaminan a un unimismado parecer. De este modo surge, a partir de la idea de *conventio*: el *consensus*. Precisamente, dentro de esta línea argumental se ubicará el pensamiento *gayano*. Recuérdese que en su época, las obligaciones se contraían *verbis* o *re*; de la contraposición *re et verbis* se genera inexorablemente una clasificación que vendrá a conformar en su posteridad los contratos *litteris* y *consensus*⁴. Surge así la cuatripartición de los contratos que pasó luego a las *Institutas de JUSTINIANO* y de ahí, a la tradición doctrinal europea⁵. De este modo explicado, la idea de contrato se logra encarrilar a través de la reunión de cuatro requisitos esenciales, a saber: a) consentimiento; b) el tener un *nomem* propio generado por una causa; c) el generar obligaciones; d) el de tornarse obligatorios por llevar ínsita la posibilidad de ser exigidos por una *actio*⁶.

Noción diferente a la de *conventio* y *contractus* es el *pactum*⁷. Dejamos expresado en párrafos anteriores que la *conventio* es una noción genérica; de tal modo que

⁴ Opinión semejante comparte ARANGIO-RUIZ al referir que en la terminología dominante en la jurisprudencia clásica, se llaman contratos aquellos negocios jurídicos bilaterales del *ius civile* (en antítesis al pretorio), destinados a producir obligaciones: sea que en el pensamiento de los antiguos prevalezca la idea del acuerdo de voluntades o consentimiento (lo que ocurre solamente en los contratos *consensu*), sea que la intención de obligarse o de obligar a otro frente a sí se trasfunda íntegramente en el uso de determinadas formas (contratos *verbis* y *litteris*) o en la entrega de ciertas cosas corporales (contratos *re*). Por lo demás, el no haberse distinguido en los contratos otra categoría de hechos lícitos productores de obligación, imponía a los juristas incluir entre los primeros, mediante el empleo de la ficción jurídica, fuentes de obligación que no eran negocios bilaterales. Cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *Instituciones de Derecho Romano*; Editorial Depalma; Buenos Aires-Argentina, 1986; Pág. 331.

⁵ Cfr. GAYO: *Institutas*; Texto traducido por Alfredo Di Prieto; Quinta Edición; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, 1997; Pág. 451.

⁶ Resulta interesante destacar que la noción estricta de contrato parece estar dirigida a su esencia misma, es decir a la reciprocidad –*ultraque citroque obligatio*– que no es más que la noción genérica del *synallagma* griego. *Contrario sensu*, si partimos de la idea de PEDIO y GAYO, parece ponerse el acento en el *consensus*. Determinante resulta partir de una u otra posición debido a que genera luego, en el derecho posterior, y propiamente en el derecho moderno, consecuencias interpretativas muy disímiles acerca del contrato, pues por la primera se tratará de preservar la justicia de las prestaciones en su reciprocidad –justicia conmutativa–; mientras que por la segunda se pondrá más bien el acento en el cumplimiento de los contratos por haberse expresado el *consensus* –*pacta sunt servanda*– del que obtendrá el fundamento de su fuerza obligatoria.

⁷ En un principio tuvo el sentido de transacción. Así aparece en la Ley de las XII Tablas (8,2): “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio est*”. En efecto, *pactum* está vinculado etimológicamente con “*pax*”.

el pacto lo mismo que el contrato, serían las especies. La exégesis histórica es la siguiente: en la época clásica; el *pactum* era entendido cabalmente como un acuerdo entre actor y demandado (*creditor* y *debitor*) tendiente a enervar la fuerza obligatoria de una pretensión. El caso típico lo constituía el *pactum de non petendo*. Tradicionalmente, los pactos únicamente generan excepciones; de ahí la denominación de *nuda pacta*. Posteriormente con la evolución del Derecho romano aparecen los pactos llamados vestidos, protegidos por *actiones*. Al lado de esta acepción técnica discurre otra en el hablar común: la que atribuye el valor de acuerdo –de cualquier acuerdo– no formal. Tal acepción pasa al lenguaje de los juristas, y en él queda absorbido el específico *pactum conventum* amparado por el Pretor. El acuerdo puro y simple, es decir, el *pactum*; se caracteriza esencialmente por su eficacia procesal negativa y bajo esta consideración es puesto de relieve, las más de las veces, por los juristas. En general, y desde el punto de vista estrictamente jurídico, el *pactum* y el *contractus* se mueven en campos opuestos; la estimativa social, en cambio, los considera afines⁸.

Finalmente, substancial resulta en el sistema contractual romano clásico, el elemento causa. Sin pretender elaborar un análisis singular sobre dicho elemento; conviene recordar que aunque los clásicos hayan considerado el acuerdo como elemento primario y fundamental de los contratos, lo que destaca en un primer plano es la causa. Efectivamente, el sistema contractual romano se reduce indefectiblemente a una serie limitada de *causae*, a las cuales corresponden particulares *iudicia*; simplemente la *conventio* nada es sin la causa, por la causa, precisamente, la *conventio* deja de ser *nuda* y entonces *habet in se negotium aliquod*. Es preciso arribar a la época bizantina para ver afirmado; como elemento preponderante, el subjetivo: el *consensus*, la *voluntas*, el acuerdo. Infortunadamente, dentro del Digesto, en casi todo el título de *pactis*; se acusa fuertemente la obra alteradora de los bizantinos que, de modo contrario a lo que sucede en el Derecho clásico, ponen en primer plano la relación jurídica sustancial

⁸ Cfr. IGLESIAS, Juan: Derecho Romano; Décimo tercera Edición; Editorial Ariel; Madrid, 2001; Pág. 282.

destacando la voluntad, el acuerdo, el *consensus*; haciendo comprender en la *pactio-conventio* tanto el *pactum* como el *contractus*⁹.

1.1 La noción de negocio jurídico en el Derecho Romano

Antes de promover el tratamiento del negocio jurídico en el Derecho romano, conviene recordar la opinión de RIPERT quien clasifica las fuerzas sociales actuantes sobre el Derecho en dos categorías: fuerzas conservadoras, las cuales tratan de mantener el Derecho existente; y fuerzas reformadoras que tratan de modificarlo o transformarlo¹⁰. Refiriéndonos a la segunda opinión –fuerzas reformadoras–, IGLESIAS diría que la esforzada, sutil y silenciosa lucha por cambiar, sin cambiarlo, el viejo y férreo derecho civil, significa uno de los capítulos más grandiosos de la historia romana. Hacer que se mantenga la recia y vetusta arquitectura del *ius civile* y que, a un tiempo, “lo jurídico”, apremiado a marchar hacia delante, en servicio de nuevas necesidades, se vea asistido de un vivo frescor, es algo digno de verdadera admiración¹¹. Esto es, en nuestro parecer, el germen latente que justifica vagamente la conformación ideológica del negocio jurídico en la hondura atávica del mundo romano.

Hecha pues la anterior acotación, de entrada afirmamos con rotundidad que la jurisprudencia romana no elaboró una doctrina general del negocio jurídico. Empero, no podían faltar doctrinas particulares que fueran susceptibles de una aplicación más o menos uniforme a todos los actos jurídicos o, por lo menos, a vastos grupos de ellos; tales son las doctrinas de la *condicio*, el *modus*, el *dies*, de la representación, del *dolus*, del *metus*, de la violencia, etc. Consecuentemente,

⁹ En este mismo sentido se expresa ARANGIO-RUIZ manifestando enfáticamente que: “la importancia de la causa está potenciada en el Derecho justinianeo” y si hay un frecuente llamado al “*consensus*” en los textos tardíos y en los interpolados ello encuentra su explicación en tanto y en cuanto que analizando el consentimiento se encuentra una mejor explicación de la causa. Cfr. GAYO: Institutas; Texto traducido por Alfredo Di Prieto; Quinta Edición; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, 1997; Pág. 453.

¹⁰ Cfr. RECASENS SICHES, Luis: Tratado General de Sociología; Quinta Edición (Reimpresión de la Tercera Edición); Editorial Porrúa, S.A. México, 1963; Pág. 607.

¹¹ IGLESIAS, Juan: Derecho Romano; Décimo tercera Edición; Editorial Ariel; Madrid, 2001; Pág. 27.

según nuestro razonar es imprescindible en este asunto una integración del pensamiento romano con el de la doctrina posterior bizantina, medieval y moderna; estas distintas corrientes de pensamiento son, por lo demás; con relación al tema que nos ocupa, tan confusas y mezcladas entre sí que hacen bastante fatigosa la tarea que nos proponemos; mantener separado de las superestructuras posteriores lo que es verdaderamente romano.

Adentrándonos en la exégesis del asunto que nos proponemos aclarar; pergeñando una estructuración conceptual diáfana, hacemos nuestra la concepción manifestada por ARANGIO-RUIZ, quien sostiene enfáticamente que el negocio jurídico constituye *per se* una manifestación individual de voluntad, o la resultante de varias manifestaciones individuales, dirigida hacia la obtención de fines prácticos y provistas por el derecho objetivo de efectos lo más conformes posible con aquellos fines, mediante la creación de nuevas relaciones jurídicas o la modificación o extinción de relaciones jurídicas existentes¹².

En este orden expositivo, resulta acertada la opinión de IGLESIAS al manifestar que el término *negotium* no tiene en el Derecho romano el significado que actualmente le atribuimos. Innegablemente la teoría general del negocio jurídico es fruto de un proceso de abstracción, llevado a los términos en que hoy se nos ofrece por obra de los pandectistas del pasado siglo y de los civilistas de la hora presente. Debemos recalcar que una de las características del temperamento latino es la tendencia hacia la concreción y la tipicidad, cuestión que se refleja en la contraposición *otium et negotium*¹³. Esto no significa, que los juristas romanos

¹² Cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: Instituciones de Derecho Romano; Editorial Depalma; Buenos Aires-Argentina; 1986; Pág. 87.

¹³ El genio romano se manifiesta en terrenos que no son los de la reflexión; Cincinato sólo deja la espada por el arado. Cualquier detención de la acción, cualquier retirada, bien fuese para el estudio o dirigida hacia la política, contraría a un romano como Catón. El *otium* –la demora que uno se concede o el descanso que uno se toma– será para Roma una dura conquista y deberá continuamente justificarse mediante la eficacia. El ocio de los griegos –tan lleno de reflexiones, discusiones y estudios que acabó por significar escuela– inspiró a los romanos una instintiva desconfianza. Para ellos, la reflexión sistemática es, ante todo, pérdida de tiempo. Toda la historia de sus ideas está esmaltada de reflexiones, tales como el “*primum vivere* (habría que decir: *agere*) *deinde philosophari*”. Y, aun así, la mayoría de los romanos no encontró nunca tiempo para pasar a la segunda parte; por lo demás sin pena, ya que la misma palabra “filosofar” será objeto durante

no hayan tenido conciencia de la generalidad de algunos conceptos e instituciones; *contrario sensu*, bajo determinados aspectos, agrupan y aproximan figuras, siempre que la reunión y engarce no violente una cierta razón y medida de la homogeneidad. No obstante, lo que en Roma tenía aplicación limitada; ha sido llevado a consecuencias de generalidad, será menester distinguir con puntos y tiempos lo que es propiamente romano de lo que es obra del artífice moderno. De todas maneras, una exposición del negocio jurídico, de su concepto y de cuanto gira en torno a éste, no ofrece riesgos si se utiliza como categoría general de referencia, y resulta provechosa, ya que permite exposiciones ordenadas de supuestos objetivamente homogéneos¹⁴.

Efectuada la anterior explicación, deviene provechoso proponer una clasificación general de los negocios jurídicos desde una óptica actual. Somos conscientes que clasificar –parafraseando a GARCÍA MÁYNEZ– , es un problema de perspectiva y que existen tantas clasificaciones como criterios de división, empero la selección de éstos no debe ser caprichosa simplemente porque las clasificaciones tienen únicamente valor cuando responden a exigencias de orden práctico o a necesidades sistemáticas¹⁵.

He aquí algunos principales:

- a. **Negocios unilaterales y bilaterales.** Esta distinción doctrinal –no romana– se obtiene al referirse a manifestaciones de voluntad, o de resultantes de varias manifestaciones de voluntad. El negocio unilateral es el que posee

mucho tiempo de un menosprecio irritado o burlón. Hará falta mucho tiempo y una nueva situación para que resucite con los Tusculanos el gusto por las largas discusiones y por los intercambios de puntos de vista de los que se excluye la urgencia. Por ello, cuando se habla del famoso realismo romano se hace referencia, sin duda, a las características de este orden. Vid. TOUCHARD, Jean; Historia de las ideas políticas; Editorial Tecnos; Madrid, 1988; Pág. 64.

¹⁴ Vid. IGLESIAS, Juan: Derecho Romano; Décimo tercera Edición; Editorial Ariel; Madrid, 2001; Pág. 105.

¹⁵ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho; Séptima Edición Revisada; Editorial Porrúa; México, 1956; Pág. 78.

existencia por la voluntad de un solo sujeto. *verbi gratia*: el testamento, la aceptación de la herencia, la emancipación. El negocio bilateral es el creado por la voluntad de dos partes, en cuanto venidas a concierto, esto es, a acuerdo –consensus–. *verbi gratia*: compraventa, mandato.¹⁶

- b. **Negocios formales o solemnes y no formales o no solemnes.** Los negocios solemnes o formales son aquéllos respecto de los cuales está prescrita por el Ordenamiento Jurídico la observancia de una forma precisa y taxativa. Los negocios no solemnes o no formales son aquéllos en que la manifestación de voluntad puede tener lugar de cualquier modo. Cabe recalcar, que en el ámbito del *ius civile*, todos los negocios están dominados por el imperativo de la forma. El principio de la libertad formal o,

¹⁶ Todo contrato –escribe DÍEZ-PICAZO y GULLÓN– es un negocio jurídico bilateral, e importa saber que las nociones de unilateralidad y bilateralidad, aplicadas también al campo contractual, tienen distinto significado. Un contrato es unilateral cuando sólo acarrea obligaciones para una de las partes –mutuo, stipulatio–; es bilateral cuando surgen obligaciones para las dos partes –por ejemplo, el arrendamiento, la compraventa–. La doctrina tradicional acostumbra a distinguir unos contratos o unas obligaciones que son unilaterales y otras que son bilaterales. Los primeros son aquéllos donde hay obligaciones a cargo de una sola de las partes (v.gr., préstamo), mientras que los segundos engendran obligaciones a cargo de ambas partes (v.gr., compraventa). Dentro de este segundo grupo se distinguen a su vez dos tipos diversos, según que las obligaciones a cargo de cada una de las partes sean *aequales* o *inaequales*. En el primer tipo, las obligaciones se caracterizan por su reciprocidad (reciprocidad perfecta); en el segundo tipo, aparecen lo que se llaman obligaciones bilaterales imperfectas o *ex post facto* (v.gr., el depósito y el comodato determinan la obligación fundamental del depositario y del comodatario de restituir la cosa, pero pueden determinar obligaciones a cargo del depositante o del comodante en orden a indemnizar gastos, etc.). En las obligaciones recíprocas cada una de las partes tiene frente a la otra un derecho de crédito y un deber de prestación de carácter correlativo. Los deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo de interdependencia, puesto que cada parte acepta el sacrificio que para ella supone realizar la prestación que le incumbe, con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar. Este nexo que existe entre las obligaciones recíprocas se denomina técnicamente sinalagma y opera en dos terrenos diversos, por lo que la doctrina distingue, respectivamente, un sinalagma genético y un sinalagma funcional. El sinalagma genético significa que en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga a realizar su propia prestación. La inicial inexistencia o la subsiguiente desaparición de uno de los deberes de prestación lleva aparejado como consecuencia el que el otro deber de prestación aislado carezca de sentido. En esta idea tiene su fundamento el fenómeno de la resolución (por imposibilidad y por incumplimiento). Por su parte, el sinalagma funcional se refiere no a la génesis de la obligación, sino a su cumplimiento. Por ello, ambos deberes, funcionalmente enlazados, deben cumplirse simultáneamente. La regla de la prestación simultánea aparece así como una consecuencia inmediata de la interdependencia funcional, con las excepciones impuestas por el contrato, los usos del tráfico o la naturaleza del negocio. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: Sistema de Derecho Civil; Vol. II; Novena Edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2005; Pág. 149 ss.

si se quiere, el de la no exigencia de una forma determinada y rigurosa, encuentra su reconocimiento en las corrientes del *ius honorarium* y del *ius gentium*. Perfectamente cabe aquí la opinión de CARNELUTTI al contraponer a la forma vinculada la forma autorizada. La forma es vinculada respecto de los caracteres que se exigen bajo pena de nulidad; es autorizada respecto de aquellos otros que, si bien se consignan, su ausencia no determina nulidad; por último, la forma es libre respecto de aquellos que no han sido en manera alguna prefijados¹⁷.

- c. **Negocios onerosos y gratuitos.** Los negocios onerosos importan la adquisición de un derecho mediante una contrapartida. Se trata, en todo caso, de un cambio de prestaciones, de un recíproco desprendimiento patrimonial, como ocurre, por ejemplo, en la compraventa. En los negocios gratuitos, la adquisición se verifica sin una pérdida correspondiente, como en la donación.
- d. **Negocios causales y abstractos.** Los negocios causales son aquéllos en los cuales el fin práctico –que de modo inmediato persiguen las partes–, se unimisma con el negocio, dotando a éste de una estructura y de una función uniforme. Así, v. gr., el negocio de compraventa es inseparable del fin práctico que se sustancia en el cambio de cosa por precio. Este fin práctico, que técnicamente se llama causa, no aparece en los negocios abstractos. Tal no significa, sin embargo, que no exista, sino que se prescinde de su inmediata consideración, habida cuenta de que el acto sirve a varios fines. En la *stipulatio*, se hace una promesa, –*centum dari spondes? Spondeo*–, pero no se indica el fin de la misma. No se dice aquí si la promesa obedece a una donación, a un pago, a una prestación de garantía, a una constitución de dote, etc. Finalmente, debe tomarse en cuenta que el negocio causal no produce efecto alguno cuando resulte probada la ilicitud del fin o su propia falta; el negocio abstracto, en iguales

¹⁷ Cfr. PALLARES, Eduardo: Diccionario de Derecho Procesal Civil; Sexta Edición; Editorial Porrúa; México, 1970; Pág. 371.

circunstancias, es llevado a sus últimas consecuencias, si bien sea dable neutralizar o paralizar con remedios particulares sus efectos.

- e. **Negocios *mortis causa e inter vivos***. Señala IGLESIAS que la expresión *mortis causa* sólo se encuentra en las fuentes con referencia a excepcionales modos de disposición –*donationes mortis causa*– y de adquisición –*mortis causa capere*–. En ningún caso se emplea la frase *inter vivos*. Puede decirse que, negocios *mortis causa* son aquellos que tienen por objeto regular el destino del patrimonio o de particulares bienes después de la muerte del *decius*. De modo contrario, los negocios *inter vivos* gozan de eficacia en vida de ambas partes¹⁸.

2. La Edad media y la idea del contrato

En el año 476 d.C., –punto en que los historiadores encasillan el comienzo de la Edad Media–, se produce la caída del Imperio romano de Occidente, con la irrupción de los pueblos bárbaros que la provocó. No obstante lo acaecido, el Imperio romano subsistió en Oriente, en Bizancio, donde entre los años 528 y 533, siendo emperador JUSTINIANO, se produjo una Compilación del Derecho tal y como en esa época se entendía, que estaba articulada por: las *Instituciones*, que es un libro de carácter escolar, El *Digesto o Pandectas*, que es una selección de textos extraídos de los escritores antiguos; el *Código*, que es una recopilación de constituciones imperiales, y las llamadas *Novelas* o leyes nuevas. En el Occidente, el Derecho de Roma desapareció, aunque hay que recordar que no todos los pueblos invasores tenían las mismas características y que algunos de ellos, como los visigodos, estaban fuertemente romanizados. Todo ello significa que durante muchos años va a existir un acusadísimo particularismo jurídico. Hay costumbres y fueros en el sentido de normas jurídicas de un determinado lugar, estatutos de las ciudades o incluso estatutos de corporaciones o gremios¹⁹.

¹⁸ IGLESIAS, Juan: Derecho Romano; Décimo tercera Edición; Editorial Ariel; Madrid, 2001; Pág. 107.

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: Sistema de Derecho Civil; Vol. I; Undécima Edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2005; Pág. 36.

A finales del siglo XI y principios del XII se produce un fenómeno importante en grado sumo que es la llamada “recepción del Derecho romano”. El Derecho romano va a ser redescubierto, y una serie de estudiosos; los glosadores, se van a dedicar a profundizar en él, mediante glosas y exégesis, aplicando las técnicas escolásticas de los silogismos, las distinciones y subdistinciones, pero también la obtención de algunas reglas generales cuando, relacionando diferentes textos, se encuentra una *ratio* idéntica²⁰.

Rasgo fundamental de este período es la ubicación de la teología como centro del pensamiento sistemático. Los nuevos pueblos de Europa – *cristiandad católica latino-germana*– recibieron la herencia de los pueblos antiguos primeramente en las obras eclesiásticas y en aquellas otras que la Iglesia consideró apropiadas para la instrucción y para la consolidación de sus dogmas. Estas obras están entrelazadas por los tres grandes motivos metafísicos del mundo antiguo. La ontología racional académica que así se formó se aplicó a la formulación y

²⁰ En este sentido, IGLESIAS escribe que en el *Studium generale* de Bolonia, es decir, en la Universidad meridional más antigua de Europa, tienen su asiento las bases de la ciencia jurídica moderna. Nace allí, en la mitad del siglo XI, la escuela de los Glosadores, fundada por Irnerio, maestro de Gramática y Dialéctica –*magister in artibus*–. Irnerio y sus discípulos –entre ellos los “cuatro doctores”: Jacobo, Martín, Búlgaro y Hugo, y más tarde, Acursio, Azón y Odofredo– aplican el método exegético al estudio del *Corpus Iuris* y, singularmente, del Digesto, en el manuscrito “pisano” o “florentino” recién descubierto. Sus breves comentarios o glosas –marginales o interlineales– se enderezan a la búsqueda de soluciones prácticas. Los textos antiguos, olvidados por tanto tiempo, son estudiados con amor digno de singular loa. En la exégesis, minuciosa y sutil, no se advierten los recursos filológicos e históricos, pero grande es su mérito, en cuanto tiene de “descubrimiento” y éste es hijo de una comprensión. Los glosadores son los primeros en comprender unos textos enterrados a lo largo de los siglos.

A la escuela anterior sucede la de los Posglosadores o Comentaristas, siglo XIV. Con manejo de la dialéctica escolástica, se ejercitan en el estudio de las glosas de los juristas de los dos siglos anteriores, y no ya de los textos justinianos. Del lado formal, la diferencia entre una y otra escuela está en esto: la glosa es clarificación de la *littera*, en tanto que el comentario trata de adentrarse en el *sensus*. Pero es el empleo del método dialéctico o escolástico –animado por la reaparición de los textos de Aristóteles– el que otorga nota distintiva, del lado intrínseco, a la escuela de los Posglosadores.

Representantes principales de esta escuela son Cino de Pistoia, Bártolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis. El laboreo de las escuelas italianas, comenzado por la de Bolonia, y, sobre todo, la cultura y la conciencia jurídica por ellas irradiadas, lleva a la formación de un “Derecho común” de los territorios europeos. Sobre la fundamental raíz latina del Derecho de los pueblos románicos –Italia, Francia, Portugal y España– actúa ahora, en los siglos XI y XII, un sentimiento de unidad espiritual que, sobreponiéndose a todos los particulares, concibe el Derecho romano como *ius commune*. Cfr. IGLESIAS, Juan: Derecho Romano; Décimo tercera Edición; Editorial Ariel; Madrid, 2001; Pág. 49 ss.

fundamentación de una fe religiosa cuyo poder radicaba en las experiencias de la fe, en la autoridad de la Iglesia y en una creencia infantil, nada crítica, a favor de toda tradición histórica escrita. Así ocurrió que los conceptos trascendentes, inventados en un momento de juvenil confianza en el saber racional y que se sustraían al control de cualquier experiencia, fueron sometidos, a causa de las dificultades insolubles que anidaban, a un trabajo estéril de análisis, elaboración y alambicamiento²¹.

Prosiguiendo con la explicación iniciada, LACRUZ BERDEJO refiere que frente al formalismo un tanto rígido y la limitación de medios de los ordenamientos medievales autóctonos, el Derecho canónico, como consecuencia de la obligación de la veracidad y buena fe impuesta por los preceptos morales a todos los hombres, reconoce la obligatoriedad de cualesquiera promesas y convenciones. Y aunque en los asuntos entre laicos los monarcas, príncipes y ciudades no solían aceptar la jurisdicción de los tribunales canónicos, la fuerza moral de sus decisiones y lo razonable de la idea de dar validez jurídica a todos los contratos que representen la satisfacción de intereses legítimos hizo que ésta se recibiera en las legislaciones particulares de los diversos países aunque fuera ajena al Derecho de pandectas²².

Dentro de la realidad apuntada nace la desafortunada doctrina del Derecho canónico. Según entiende DÍEZ-PICAZO, determinante resulta la característica de los canonistas –menos ligados que los civilistas a la tradición romano-justiniana–, que articulan un concepto esnobista de contrato consignando un valor fundamental al consenso y estableciendo la idea generalizada de que la simple voluntad es la fuente de la obligación. Para comprender la referida realidad, conviene no perder de vista que la enseñanza canónica se encuentra además muy condicionada por una serie de motivaciones de orden ético y religioso como las

²¹ Vid. DILTHEY, Wilhelm: Historia de la Filosofía; Editorial Fondo de Cultura Económica; Novena Reimpresión de la Segunda Edición; México D.F., 1996; Pág. 116.

²² Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis y A.A.V.V.: Elementos de Derecho Civil; Vol. Primero: Parte General, Derecho de Obligaciones, Teoría General del Contrato; Segunda Edición; Dykinson; Madrid, 2000; Pág. 332 ss.

que imponen el deber de fidelidad a la palabra dada y el deber de veracidad. Estos deberes imponen *per se* la obligación de observar los pactos aunque éstos hayan sido simples *nuda pacta*. Consecuentemente, faltar a una promesa es un engaño, una mentira y, por consiguiente, un *peccatum*²³.

De este modo explicado, surge el principio canonista *solus consensus obligat*, que a nuestro parecer constituye una adecuación atemperada del brocardo latino *uti lingua nupassit ita ius*. Otra cuestión que logra despuntar en la conceptualización del contrato es lo referente al voluntarismo jurídico de la escolástica tardía. Dicha etapa constituye una realidad inescindible a la necesidad imperante de liberar el tráfico mercantil de trabas formales para la contratación. Según refiere DÍEZ-PICAZO, un resultado visible de esta corriente es el principio consagrado en el Derecho Hipotecario español por la Ley del Ordenamiento de Alcalá, con arreglo a la cual: "... de cualquier manera que un hombre quiere él obligarse quede obligado."²⁴

Visualizado de esta manera, el Derecho canónico; tras haber dado fuerza al contrato por razón del juramento religioso –*acto solemne*– que en ocasiones le acompañaba, había acabado por abandonar la necesidad del juramento y por reconocer la validez de la promesa en sí misma, independientemente de toda forma o solemnidad. Algunos juristas laicos siguieron a los canonistas, BEAÚMANOIR, por ejemplo; pero, en su conjunto, permanecieron mucho tiempo apegados a la regla romana, sin atreverse a rematar la evolución comenzada en Roma. Hasta el siglo XVII no triunfa la regla canónica: "*nudo pacto actio nascitur*". Desaparecería con ello el formalismo y se establecía definitivamente el contrato como instrumento abstracto y categoría jurídica. De los últimos jurisconsultos apegados a la regla romana está CUJAS. Por el contrario, LOYSEL escribe: "Se

²³ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Vol. I.; Introducción-Teoría del Contrato; Quinta Edición; Editorial Civitas; Madrid, 1996; Pág. 120.

²⁴ *Ibidem*. 121.

ata a los bueyes por los cuernos y a los hombres por las palabras, y tanto vale una simple promesa o convención como las estipulaciones del Derecho romano”.²⁵

3. El ius racionalismo jurídico y la autonomía privada²⁶

En este periodo confluye metafóricamente lo que puede denominarse apogeo y decadencia de la noción clásica del contrato; esto es así, porque la exaltación de la autonomía privada lleva como indefectible consecuencia la exaltación de la idea del contrato amparado en el principio impuesto por la economía liberal: *laissez faire, laissez passer*. Arribamos de esta forma a la concepción moderna del contrato; gestándose aquí la conceptualización de contrato como acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. Entendido en estos términos el *contractus* se convertirá en nervio central de todo el Ordenamiento Jurídico generándose un paroxismo en torno al mismo; al extremo de afirmarse que: “el Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y la fuerza”²⁷.

²⁵ Vid. MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN: Lecciones de Derecho Civil; Parte Segunda; Vol. I.; Obligaciones: El Contrato, la Promesa Unilateral; Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires- Argentina, 1959; Pág. 65.

²⁶ Siguiendo un esquema técnico riguroso es más propio denominarle “autonomía privada”. Muy razonable nos parece la opinión de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS al decir: “... cuando se habla, como es usual entre nosotros, de *autonomía de la voluntad*, no deja de incurrirse en algún equívoco. El sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona como realidad unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo –función de la voluntad– sino estableciendo, disponiendo, gobernando. La voluntad o el querer es un requisito indudable del acto de autonomía (que ha de ser siempre libre y voluntario), pero para ejercitar la autonomía es preciso el despliegue de las demás potencias”. Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: Sistema de Derecho Civil; Vol. I; Undécima Edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2005; Pág. 379. Una aproximación idéntica puede observarse en: HERRERA ESPINOZA, Jesús Juseth: Breve esbozo de la función reguladora de la autonomía privada en la relación laboral; Revista de Derecho Universidad Centroamericana N° 5; Pág. 11-20.

²⁷ En el pensar de PLANIOL y RIPERT, la concepción de la voluntad soberana, creadora de derechos y de obligaciones, tiene sus raíces más remotas en el Derecho canónico que luchó por arraigar profundamente en la conciencia humana el respeto a la palabra empeñada, fuera cual fuera la forma material de expresión de la voluntad y la omnipotencia del contrato, consagrados más tarde por la legislación revolucionaria. Ya en vigor el Código civil, durante el siglo XIX, los partidarios del individualismo liberal han exaltado esa concepción. Cfr. PLANIOL, Marcelo – RIPERT, Jorge: Tratado Práctico de Derecho Civil Francés; Tomo Sexto; Las Obligaciones; Primera Parte; Editorial Cultural S.A.; La Habana, 1946; Pág. 27.

Nosotros somos conscientes que para comprender con suprema puntualidad la noción novedosa del contrato –ajenos a una previa conceptualización–, es conveniente referirnos *prima facie* y de modo concreto a la autonomía privada. En este orden de ideas –filosóficamente hablando–, entendemos que la libertad pertenece esencialmente a la persona. No hay existencia humana, no hay existencia personal donde falta la libertad, la cual se halla en la misma raíz metafísica de la vida. De modo similar, tampoco la persona jurídica es pensable sin la libertad. Verdaderamente, el Derecho recorta la superficie de la libertad existencial y devuelve como recompensa la “libertad jurídica” de la persona.

Convenimos con la acertada opinión que aclarar el problema jurídico de la libertad es a menudo mal planteado. Se suele presentar como una especie de derecho contra el Derecho. La reacción es convertirla en “*concesión graciosa*” del mismo. De esta manera, incurrimos en error al expresar en términos ontológicos lo que sólo puede tener un sentido valorativo y el de confundir el problema metafísico con la cuestión jurídica. Jurídicamente hablando, nunca hay libertad contra el Estado ni fuera del Estado, con esto queremos decir que el Estado se halla ontológicamente en la imposibilidad de convertir la libertad jurídica que ha creado para las personas en una libertad natural dirigida contra él mismo.

Efectivamente, parafraseando a LEGAZ LACAMBRA, la libertad como derecho es un derecho subjetivo –*facultas agendi*–, el cual es concreción de un Derecho Objetivo –*norma agendi*–; la libertad jurídica contra el Estado no es más que la significación de un absurdo jurídico concretado en situaciones contra sí mismo. La libertad es la realidad radical sobre la que se asienta el Derecho. Pues, como forma de vida, está existencial y ontológicamente –el *ius*– inserto en la libertad. En cuanto forma social de vida, el Derecho es libertad jurídica. Pero la libertad jurídica es libertad organizada, precisada, recortada. Por consiguiente, para la libertad (natural) es norma, así como para la norma es libertad (jurídica)²⁸.

²⁸ Cfr. LEGAZ LACAMBRA, Luis: Filosofía del Derecho; Editorial Bosch; Barcelona, 1953; Pág. 593.

De lo anteriormente referido, argumentamos que la libertad jurídica no es una magnitud negativa, sino positiva. El Ordenamiento Jurídico, en cuanto constituye un sistema de proposiciones normativas hermenéuticamente pleno, tiene que integrarse con una norma de libertad fundada apriorísticamente en la esencia misma del Derecho como forma del vivir social, según la cual, lo no-prohibido tiene que interpretarse como jurídicamente permitido. De esta manera, la libertad jurídica se integra con lo permitido en cuanto no-prohibido y con todo aquello que se puede jurídicamente hacer con eficacia y seguridad reconocida por el Derecho²⁹.

²⁹ Según lo entiende BOBBIO, hay dos formas principales de entender el término “libertad” en el lenguaje político. Libertad significa o bien facultad de realizar o no ciertas acciones, sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal; o bien, poder de no obedecer otras normas que las que me he impuesto a mí mismo. El primer significado es constante en la teoría liberal clásica, según la cual “*ser libre*” significa gozar de una esfera de acción, más o menos amplia, no controlada por los órganos del poder estatal; el segundo significado es el que emplea la teoría democrática, para la cual “*ser libre*” no significa no tener leyes, sino darse leyes a sí mismo. De hecho, llamamos “*liberal*” a quien persigue el fin de ensanchar cada vez más la esfera de las acciones no impedidas, mientras que llamamos “*demócratas*” al que tiende a aumentar el número de acciones reguladas mediante procesos de autorreglamentación. Por consiguiente, “*Estado liberal*” es aquél en el que la ingerencia del poder público está restringida al mínimo posible; “*Estado democrático*”, aquél en el que más numerosos son los órganos de autogobierno. Desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, la diferencia que existe entre estos dos significados de libertad puede formularse del siguiente modo: permitido y obligatorio son dos términos contradictorios, lo que equivale a decir que “*todo lo que no está permitido es obligatorio*” y, a la inversa, “*todo lo que no es obligatorio está permitido*”.

La diferencia que media entre estos dos usos del término libertad en el lenguaje político y jurídico no debe hacernos olvidar que ambos pueden reconducirse a un significado común, que es el de autodeterminación: la esfera de lo permitido, en definitiva, es aquella en la que cada cual actúa sin restricción exterior, lo que es tanto como decir que actuar en esta esfera es actuar sin estar determinado más que por uno mismo; y, del mismo modo, que un individuo o un grupo no obedezcan otras leyes que las que se han impuesto a sí mismos significa que dicho individuo o dicho grupo se autodeterminan. En este sentido, parece muy significativo el concepto de libertad natural que traza LOCKE cuando, al hablar del estado de naturaleza, afirma que éste “es un estado de perfecta libertad para regular los propios actos y para disponer uno de su persona y bienes **como mejor le parezca**, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso ni **depender de la voluntad de ningún otro**”. De las dos frases subrayadas puede verse que la libertad como ausencia de impedimentos (“obrar como mejor le parezca”) coincide con la libertad como autodeterminación (“sin depender de la voluntad de ningún otro”). Remontándose al significado común de libertad como autodeterminación, la diferencia entre la teoría liberal y la democrática podría formularse de la siguiente manera: la primera tiende a ensanchar la esfera de la autodeterminación individual, restringiendo todo lo posible la del poder colectivo; la segunda tiende a ensanchar la esfera de la autodeterminación colectiva, restringiendo todo lo posible la regulación de tipo heterónomo. El movimiento histórico real de los Estados modernos ha seguido la dirección de una integración gradual de ambas tendencias, cuya fórmula sintética, en términos de autodeterminación, podría expresarse así: “hasta donde sea posible, hay que dar rienda suelta a la autodeterminación individual (libertad como no impedimento); donde ya no sea posible, tiene que intervenir la autodeterminación colectiva (libertad como autonomía).

Estas ideas matriciales tienen de modelo-base –según WIETHÖLTER– un profundo sentido individualista que constituye la columna vertebral del Derecho Civil Patrimonial a través del trinomio personalidad, autonomía privada y autodeterminación jurídica³⁰.

Entendida la autonomía privada bajo una perspectiva eminentemente filosófica –cuestión necesaria para su entendimiento–, conviene ahora conceptualarla dentro de los parámetros de la moderna Ciencia civilista. En este orden de ideas, BETTI planteaba el problema práctico de la autonomía privada concentrándose en los intereses que el Derecho privado disciplina; intereses que existen en la vida con independencia de la tutela jurídica y se mueven a través de continuas vicisitudes, dondequiera se reconozca a los individuos un círculo de bienes de su pertenencia, sometido al impulso de su iniciativa individual. De aquí que la iniciativa privada es el mecanismo motor de toda conocida regulación recíproca de intereses privados. Esta iniciativa privada no sólo se aplica a desear ciertos fines prácticos, sino también a crear los medios correspondientes a ellos debido a que en la vida social, antes de cualquier intervención del orden jurídico, los particulares proveen por sí a proporcionarse los medios adecuados. E instrumentos de esta naturaleza son, por excelencia, los negocios jurídicos. De esta manera entendida, los negocios jurídicos tienen su origen en la vida de relación; surgen como actos con los que los particulares disponen para el futuro una regulación vinculante de intereses dentro de sus relaciones recíprocas, y se desarrollan espontáneamente, bajo el impulso de las necesidades, para satisfacer variadas exigencias económico-sociales, todavía libres de la ingerencia de todo orden jurídico³¹.

Fundamental deviene el reconocimiento jurídico de la autonomía privada porque representa una exigencia vital de toda sociedad; por esta razón, el Derecho dentro de su función directriz a que está destinado en el ámbito del organismo social (*ubi*

Cfr. BOBBIO, Norberto: Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci; Primera Edición; Editorial Debate; Madrid, 1985; Pág. 197.

³⁰ Vid. WIETHÖLTER, Rudolf: Las Fórmulas Mágicas de la Ciencia Jurídica; Editorial Revista de Derecho Privado; Editorial Edersa; Madrid, 1991; Pág. 98 ss.

³¹ BETTI, Emilio: Teoría General del Negocio Jurídico; Traducción de A. Martín Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; s/f; Pág. 41.

societas ibi ius), debe responder a la misma exigencia. La dicotomía derecho y negocio están al servicio de la libertad y la autonomía privada; pero con finalidades esencialmente distintas, ya que cada uno de ellos representa la solución de una diferente cuestión, si bien sean éstas correlativas y complementarias. El derecho subjetivo, por el contrario tiene una finalidad dinámica, de iniciativa y renovación. Con el derecho subjetivo resuelve el orden jurídico el problema de proteger los intereses privados tal como los encuentra constituidos en el ordenamiento económico-social que tutela³².

Nadie debe desconocer que el negocio jurídico proporciona a la iniciativa individual el modo de desplegarse y actuar, modificando la posición de sus intereses, según las directrices que los particulares mismos juzguen más convenientes. Consecuentemente, admitimos la definición que sobre autonomía privada articula magistralmente BETTI: “*actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegada por el mismo titular de ellas*”. Entendida de esta manera, la autonomía privada puede ser reconocida en dos distintas y diversas funciones:

- a. Como fuente de normas jurídicas destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que la reconoce.

³² Esta conceptualización parece reflejar el espíritu de la teoría del Derecho como institución. Esta teoría ha sido elaborada, al menos en Italia (dejando el antecedente francés clásico; es decir, la teoría de Hauriou) por SANTI ROMANO. Inferimos que para ROMANO los elementos constitutivos del concepto de Derecho son tres: sociedad, como base de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el orden, como fin al cual tiende el Derecho y la organización, como medio para realizar el orden. De aquí, ROMANO articula la síntesis siguiente: “existe Derecho cuando hay una organización de una sociedad ordenada, o también con palabras análogas, una sociedad ordenada por medio de una organización o un orden social organizado”. En líneas conclusivas decimos que la teoría de la institución no excluye, sino que por el contrario incluye la teoría normativa. De esta manera, por la teoría de la institución, la teoría general del Derecho se ha venido transformando cada vez más de teoría las de normas jurídicas en teoría del Ordenamiento Jurídico. Vid. BOBBIO, Norberto: Teoría General del Derecho; Tercera reimpresión de la segunda edición; Editorial Temis S.A.; Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1999; Pág. 7.

- b. Como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto y en general, por las normas del orden jurídico³³.

Por la finalidad que procura nuestro boceto, nos interesa considerar la autonomía privada solamente. Esta autonomía es reconocida por el orden jurídico, en el campo del Derecho privado, exclusivamente en la segunda de las funciones citadas; esto es, como actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes. La manifestación suprema de esta autonomía es el negocio jurídico. El cual es precisamente concebido como acto de autonomía privada, al que el Derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares. Los efectos jurídicos aludidos se producen en cuanto que están dispuestos por normas, las cuales, acogiendo como presupuesto de hecho el acto de autonomía privada, se remiten a él como supuesto necesario y suficiente³⁴.

Ahondando en el asunto que nos ocupa, SANTORO PASSARELLI considera que para justificar el propósito práctico de la autonomía privada se debe aclarar con precisión en qué consiste el elemento interno de la voluntad. Debe saberse que esta voluntad no es una voluntad soberana ni independiente, puesto que es idónea para producir efectos porque otra voluntad, ésta sí soberana, la que se manifiesta en el Ordenamiento Jurídico, le autoriza para ello. Ha parecido que esta posición de la voluntad productora de efectos respecto al ordenamiento estaría mejor definida por la palabra autonomía, la cual, por otra parte, sirve para determinar que, en el ámbito en que aquella voluntad opera, los efectos deben

³³ Cfr. BETTI, Emilio: Teoría General del Negocio Jurídico; Traducción de A. Martín Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; s/f; Pág. 46.

³⁴ Interesante resulta la opinión de GULLÓN BALLESTEROS al manifestarnos que la autonomía privada no lleva consigo necesariamente el poder de crear relaciones jurídicas y de determinar el contenido de las mismas. Puede existir un negocio jurídico creador de una relación cuyo contenido se encuentre sustraído a la autonomía privada, por estar regulado imperativamente por la Ley. Ello ocurre en los negocios jurídicos de Derecho de Familia más que en los negocios jurídicos patrimoniales. Piénsese en el matrimonio, típico negocio familiar, cuyo contenido se halla predispuesto por la Ley. Vid. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Curso de Derecho Civil; El Negocio Jurídico; Editorial Tecnos; Madrid, 1969; Pág. 15 ss.

referirse verdaderamente a la voluntad misma y que los efectos, dejando aparte su configuración jurídica, son en su esencia aquéllos a los que la voluntad tiende. Y se dice autonomía privada porque, en la rama del Derecho de que nos ocupamos, es la voluntad privada –la de los individuos o de las colectividades particulares– la autorizada por el Ordenamiento Jurídico para perseguir un fin propio³⁵.

En nuestro Ordenamiento Jurídico civil se consagra enteramente el principio de la autonomía privada en el Arto. 2437 C.: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”³⁶. En similar sentido, no debe soslayarse lo preceptuado en el Título Preliminar de nuestro Código civil, concretamente lo contenido en las reglas X y XII. La primera establece que: “*Los actos ejecutados contra leyes prohibitivas o preceptivas son de ningún valor, si ellas no designan expresamente otro efecto para el caso de la contravención*”³⁷.

La segunda refiere: “*Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, no podrán eludirse ni modificarse por convenciones de los particulares; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia*”³⁸.

³⁵ Cfr. SANTORO PASSARELLI, Francesco: *Doctrinas Generales del Derecho Civil*; Traducción y concordancias de derecho español por A. LUNA SERRANO; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1964; Pág. 140 ss.

³⁶ ¿Qué debe entenderse por Orden Público? La noción de Orden Público parece a primera vista muy sencilla, todos la emplean y comprenden y aún se cree poder reducirla a una fórmula general; pero en cuanto se intenta definirlo no resulta tan fácil, por el contrario, surgen controversias doctrinales y dificultades graves, que aumentan al querer hacer aplicaciones prácticas. PILLET lo define diciendo: “Las leyes de Orden Público son las que tienen por objeto mantener el orden en el seno de la sociedad, que a todos aprovechan y están promulgadas para proteger los intereses de todos”. Cfr. SOMARRIBA, Arístides: *Casación en el Fondo*; Tesis para optar al título de Doctor en Derecho; León-Nicaragua, 1947; Pág. 44.

³⁷ La redacción de este artículo resulta impropia gramaticalmente; la razón es que los codificadores no adoptaron literalmente el texto del modelo. El Arto. 10 del Código civil chileno dice así: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designen expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”. Lo relativo a hacer extensiva la sanción de nulidad a la infracción de las leyes preceptivas es tomando del Código civil portugués. Cfr. CUADRA ZAVALA, Joaquín: *Anotaciones al Código Civil de Nicaragua*; Editorial Hispamer; Managua, 2004; Pág. 36.

³⁸ AUBRY et RAU, DEMOLOMBE y LAURENT; al comentar el artículo 6° del Código civil francés –que concuerda con la redacción de la regla XII que referimos–, opinan que “no obstante la dificultad de dar una definición precisa y comprensiva de las leyes que interesan al Orden Público, en el sentido del Arto. 6°, se ha acordado generalmente en considerar leyes de Orden Público no solamente las leyes constitucionales,

Finalmente, nos parece interesante reflexionar sobre lo que algunos autores denominan “*la crisis de la autonomía privada*”³⁹.

administrativas, criminales; sino también, todas las disposiciones concernientes al estado civil de las personas”. Cfr. SOMARRIBA, Arístides: Casación en el Fondo; Tesis para optar al título de Doctor en Derecho; León-Nicaragua, 1947; Pág. 45.

³⁹ Según escribe PUIG PEÑA, en la actualidad, el principio de la autonomía privada ha perdido la omnipotencia que tenía durante todo el Siglo XIX y parte del presente, encontrándose en profunda crisis. A ello han contribuido diversas causas, a cuál de ellas más importantes. Las principales –*que pudiéramos denominar de orden técnico*– son las que ponen de relieve la falsedad de la tan decantada *igualdad de las partes* en el momento de la celebración del contrato, pues la vida real ha demostrado que lo mismo el obrero en el campo del Derecho laboral, que muchas veces el usuario o el consumidor en el campo de la economía, acuden al contrato en condiciones de verdadera *inferioridad*, frente a la potencia económica que supone el patrono o la Empresa, quienes disfrutan de un monopolio de hecho o de derecho. Por eso se produce la crisis en la libertad de conclusión del contrato y en la libertad de fijación del contenido del mismo, surgiendo sectores sobre los que no puede operar la voluntad y situaciones en las cuales la soberanía de ésta se resiente, como en los llamados contratos de adhesión.

Junto a aquellas causas de orden técnico, están las que los tratadistas llaman de *orden social y ético*, integradas por la penetración de las ideas colectivas y sociales en el campo de la contratación privada. Debido a esta penetración, se produce una diligente y constante intervención del Poder Público, que va desde afirmar la obligación de contratar por parte de determinadas Empresas, hasta prefijar el contenido mínimo del contrato, a través, por ejemplo, del señalamiento de precios, establecimiento de condiciones generales, etc. Por otra parte, se observa la tendencia a articular el contrato dentro de las normas que preside el interés general, por lo que, frente al criterio clásico de mantener a toda costa la fuerza obligatoria de aquél, ofrece el nuevo Derecho el llamado sistema de la *revisibilidad*. Nosotros entendemos que la cuestión de la revisibilidad no es fruto de precedentes históricos, sino más bien de exigencias actuales, como rectificación y remedio de los errores del pasado inmediato. Surge así la revisibilidad como *tertius genus*, de gran alcance social, puesto que libra a la parte más débil del temor de verse privada, como consecuencia de la anulación, de aquello que inexorablemente necesita y que se caracteriza porque respeta en lo esencial el fin común, deseado por las partes y por el Ordenamiento Jurídico; pero prevaleciendo siempre el fin objetivo sobre cualquier otro elemento.

Otras limitaciones al principio han sido impuestas por la jurisprudencia. Ésta, como apunta RIPERT, se ha esforzado en obtener el mejor resultado de las disposiciones del Código, a fin de asegurar el respeto a la moral en la formación de los contratos y el de la buena fe y de la verdad en su cumplimiento. En este sentido, la jurisprudencia ha utilizado el mecanismo de la *causa*, descubriendo las miras inmorales de los contratantes y sancionándolos con la nulidad. De la misma manera ha procurado la protección legal de los contratantes incapaces o víctimas de error, de la violencia o del dolo; si bien aquí es de lamentar que no proceda con un criterio más decidido. Aquí hay que tener en cuenta que –como sostiene la doctrina española–, en el Derecho moderno han desaparecido instituciones, como el beneficio de competencia y el recurso de rescisión por lesión, que atenuaba en otros tiempos el rigor de los principios jurídicos, y que, al amparo de la libertad de contratación y aun de disposiciones concretas del Código, inspiradas en teorías abstractas o tradicionales, caben innumerables abusos y verdaderas injusticias, lo mismo dentro de la compraventa que del arrendamiento y demás contratos.

El Código civil nicaragüense en su libro III, Capítulo VIII (Artos. 2092-2094 C.) mantiene el “*pago con beneficio de competencia*”. Sin embargo, sus comentaristas refieren que este capítulo no se encuentra en la generalidad de los Códigos modernos, y está llamado a desaparecer, como el que trata de las obligaciones naturales, porque convierten los deberes morales en obligaciones civiles; penetrando en el fuero interior del individuo y violentando se puede decir, la conciencia. En cuanto al recurso de rescisión por lesión, nuestro Código expurga dicho recurso, así lo expresa categóricamente el Arto. 2562: “No hay acción rescisoria por lesión enorme”.

Las exageraciones –según refiere PLANIOL y RIPERT–, llegaron a crear la mística del contrato y, naturalmente, dieron lugar a una reacción, la cual se manifiesta al mismo tiempo en el dominio de la técnica y de la ciencia de la sociología y de la moral. Por su parte, DUGUIT ha negado categóricamente la función creadora de la voluntad en la formación de las obligaciones y aun la posibilidad del concurso real de voluntades declarando enfáticamente que toda situación jurídica formada como consecuencia de un acto es una aplicación pura y simple del derecho objetivo. Por consiguiente, la declaración de voluntad no es más que una condición de la aplicación del derecho objetivo. También el principio de la autonomía de la voluntad –como estilan denominarle los tratadistas franceses– ha sido atacado de modo más directo, en su misma esencia, reputándole basado en postulados erróneos de origen individualista, partiendo este ataque de los partidarios de doctrinas harto diferentes, pero convencidos, todos ellos, de que la iniciativa y el egoísmo de los individuos comprometen de modo grave en el orden moral, político o económico, los intereses esenciales de la colectividad cuando estos se abandonan a la arbitrariedad contractual⁴⁰.

Frente a la anterior perspectiva se alza la acertada opinión de DE CASTRO quien sostiene enfáticamente que el progresivo ensanchamiento de la esfera administrativa, ha creado la alarma justificada. Han salido a luz numerosos estudios dedicados a la crisis del contrato, del negocio jurídico, del derecho subjetivo, del Derecho civil y del Derecho privado; llegándose a formar un cierto estado de psicosis. Sin embargo constituyen exageraciones respecto de las que conviene estar prevenidos, porque la cruzada que se predica, para luchar por un “Derecho libre de la Sociedad”, en contra del pan-administrativismo, puede ser dirigida en beneficio de ciertos grupos de presión. Y es que, el siglo actual, con

Finalmente, otras limitaciones al principio han venido de la legislación especial que disciplina materias que afectan fundamentalmente la comunidad, bien por la defensa de los más altos principios de moralidad (Ley de represión de la Usura), bien por la protección de los elementos más débiles en la relación obligatoria (legislación laboral), bien teniendo en cuenta la moderna concepción social de la propiedad. Cfr. PUIG PEÑA, Federico: Compendio de Derecho Civil Español; Segunda Edición revisada y puesta al día; Tomo III Obligaciones y Contratos; Editorial Aranzadi; Pamplona, 1972; Pág. 417 ss.

⁴⁰ Cfr. PLANIOL, Marcelo – RIPERT, Jorge: Tratado Práctico de Derecho Civil Francés; Tomo Sexto; Las Obligaciones; Primera Parte; Editorial Cultural S.A.; La Habana, 1946; Pág. 28.

sus bruscas mudanzas y la pluralidad de ideologías en él operantes, ha hecho visible que la llamada crisis de la autonomía privada no procede de causas exteriores a ella, sino que las dudas e incertidumbres proceden de su propia naturaleza sociológica. La defensa por el Estado de la autonomía privada, supone ya la intervención de aquel; el que la califique, defina y limite. Actuación moderadora o armonizadora de las libertades individuales, que la fuerza expansiva de la Administración, el ansia perfeccionista del legislador, le impulsará constantemente a ensanchar, a costa de la misma autonomía que pretende proteger. Los poderes sociales (financieros, sindicatos y demás cuerpos de presión), que sirven hoy de dique al Estado fuerte, como antes los “grandes feudales”, defienden eficazmente libertades y autonomía, y, como estos hicieron, procuran ahora arrancar al Estado girones de soberanía, imponiendo sus leyes, sus tribunales y sus impuestos al común del pueblo. Frente a sus abusos, “los particulares” reclaman, porque lo necesitan, el apoyo del Estado, para que limite los excesos de la autonomía privada. De lo que resultan presiones, de un lado y de otro, que coinciden en disminuir el alcance de la autonomía privada. No obstante esta especie de círculo infernal, la autonomía privada pervive⁴¹.

4. La codificación napoleónica y demás códigos del siglo XIX

Habiendo afirmado la unidad administrativa de Francia, la Revolución se veía llevada a considerar la unidad de las reglas de derecho aplicables a todos los ciudadanos franceses; no podía existir efectivamente igualdad sin esa unidad primordial. Y es que su realización, según lo expresa MAZEAUD, se encontraba facilitada tanto por la desaparición de los Parlamentos como por el hecho de que el elemento más dispar, los privilegios feudales muy diversos según las costumbres, estaba abolido. Sin embargo, si la Revolución dictó algunas leyes

⁴¹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico: El Negocio Jurídico; Introducción de Juan Vallet de Goytisolo; Editorial Civitas, S.A.; Madrid, 1985; Pág. 17.

particulares muy importantes, no fue más allá de las promesas en el plano de la codificación⁴².

Francia, a partir del siglo XII, se encontraba dividida en dos grandes zonas: la del sur, que comprendía la región del derecho escrito o derecho romano; y la del norte, en donde imperaban las costumbres, como restos del derecho germánico y del romano. Pero en la primera se habían introducido algunas costumbres y en la segunda lentamente se infiltró el derecho romano. Así, nacieron las antiguas costumbres, que en su conjunto forman lo que comúnmente se denomina *derecho consuetudinario francés*. Más tarde se sintió la necesidad de redactar oficialmente las costumbres de cada provincia o ciudad, y al hacerlo resultaron verdaderos códigos de costumbres; por ejemplo: *las costumbres de Amiens de 1507, la de París de 1510*, etc. La fijación oficial del texto suprimió la incertidumbre y variabilidad de las costumbres. Una vez redactada, la costumbre dejó de ser, hablando propiamente, derecho consuetudinario dependiente del uso común; se convirtió en una verdadera ley que emanaba del poder real y que no podía ser modificada ni por los particulares ni por los tribunales. De estas costumbres, la de París adquirió grande importancia y ejerció sobre las otras considerables influencias⁴³.

Algunos jurisconsultos no se resignaban a aceptar la disgregación del derecho civil francés, y ensayaron obras de conjunto sobre las principales costumbres, poniendo de relieve los puntos comunes y advirtiendo las diferencias. Entre otros merece recordarse a DOMAT y a POTHIER. Este último, nutrido en el espíritu clásico e influido por el derecho romano, "*fue un jurisconsulto de gran sentido y, sobre todo, de una claridad que no se oscurece nunca*"; su obra fue el modelo principal que se tuvo en cuenta en la elaboración del Código Civil de 1804. Dentro de esta perspectiva es oportuno referir que el objetivo de DOMAT, al escribir su

⁴² Vid. MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN: Lecciones de Derecho Civil; Parte Primera; Vol. I.; Introducción al Estudio del Derecho Privado, Derecho Objetivo, Derechos Subjetivos; Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires- Argentina, 1959; Pág. 65 ss.

⁴³ Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho Civil; Tomo I; Parte General y Personas; Séptima Edición; Editorial Temis; Bogotá-Colombia, 1976; Pág. 76.

obra: *Lois civiles dans leur ordre naturel*, no fue solamente el de proponer una presentación de las reglas jurídicas ordenadas según un plan lógico, sino también el de hacer que penetrara la moral cristiana en el Derecho romano de las obligaciones⁴⁴.

4.1. Los proyectos del Código Civil francés

La disposición de redactar un Código civil, dada desde 1790 por la Asamblea Constituyente, y reiterada por la Constitución de 1791, no tuvo ningún resultado. En julio de 1793, la Convención encargó a CAMBACÉRÉS y al Comité de Legislación que prepararan un proyecto en un mes: el plazo fue respetado, pero ¡el proyecto era breve! Este “*Código de la naturaleza, sancionado por la razón y garantizado por la libertad*”, adulaba a las nuevas ideas, caras a la escuela del Derecho natural. Sin embargo no gustó, se juzgó complicado y reaccionario por demás; y la Convención lo rechazó. Tras la caída de ROBESPIERRE, CAMBACÉRÉS, tomando en cuenta las críticas anteriores, presentó un proyecto más breve todavía que el precedente: en 295 artículos, planteaba solamente los principios generales y de alcance filosófico; aunque algunos pasajes fueron aprobados; luego, el proyecto de Código tristemente fue olvidado. Durante el Directorio, CAMBACÉRÉS, que no se desalentaba, presentó al Consejo de los

⁴⁴ Domat, luego de haber recordado que el amor mutuo preside todos los “compromisos” deduce las siguientes consecuencias:

- a. En todos los compromisos de persona a persona, sean voluntarios o involuntarios... se debe recíprocamente lo que ordenan ambos preceptos: uno, el de hacer a los demás lo que querríamos que ellos hicieran para con nosotros; y el otro, no hacer a nadie lo que no querríamos que los demás nos hicieran. Como puede observarse, comprende la regla *alterum non laedere* y *suum cuique tribuere*.
- b. Que los compromisos voluntarios y mutuos, los que tratan juntos se deben la sinceridad, para darse a entender recíprocamente en qué se obligan, la fidelidad para cumplirlo, y cuanto puedan requerir las consecuencias de los compromisos en que se hayan empeñado. Por eso, el vendedor debe declarar sinceramente las cualidades de la cosa que vende, debe conservarla hasta que la entregue y debe garantizarla luego de que la haya entregado.
- c. Que en toda suerte de compromisos, sean voluntarios o involuntarios, está prohibido usar de infidelidad, de doblez, de dolo, de mala fe, y de cualquier otra manera de perjudicar y de hacer daño. Cfr. MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN: Lecciones de Derecho Civil; Parte Segunda; Vol. I.; Obligaciones: El Contrato, La Promesa Unilateral; Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires- Argentina, 1969; Pág. 52.

Quinientos un tercer proyecto, que ni siquiera fue discutido. Peor acogida aún tuvo un cuarto proyecto de JACQUEMINOT, en el año VIII, pues ni siquiera fue examinado⁴⁵.

4.2. La elaboración del Código Civil francés

Para comprender la historia de la redacción del Código civil de 1804, resulta determinante conocer la organización legislativa del Consulado. Las leyes eran preparadas por el Consejo de Estado, primeramente por su sección legislativa, y luego en asamblea general. El proyecto era transferido al primer cónsul. Si éste aprobaba (sólo tenía la iniciativa de las leyes), lo delegaba al Tribunado, donde era defendido por tres consejeros de Estado. El Tribunado, asamblea compuesta por cien miembros, discutía el proyecto sin poder enmendarlo; emitía un dictamen. El proyecto era sometido finalmente al Cuerpo Legislativo, compuesto por trescientos miembros; el Cuerpo Legislativo no tomaba ninguna parte en la discusión que se entablaba entre los tres consejeros de Estado y tres delegados del Tribunado; los miembros del Cuerpo Legislativo guardaban silencio... de ahí el nombre de “*mudos*” que se les daba; aprobaban o rechazaban en bloque el proyecto⁴⁶.

El 13 de agosto de 1800, BONAPARTE encargó a una comisión de cuatro miembros que preparara un proyecto de Código Civil, y le asignó un plazo de seis meses para esta inmensa tarea. Designó a TRONCHET, presidente el Tribunal de Casación; a BIGOT DE PRÉAMENEU, comisario del gobierno ante el Tribunal de Casación; a PORTALIS, comisario del gobierno ante el Tribunal de presas; y a MALEVILLE, el juez del Tribunal de Casación. Éstos se distribuyeron las materias y, cuatro meses después, presentaron su trabajo, llamado *Proyecto del año VIII*. BONAPARTE gustaba de recoger las opiniones de todos; y por eso envió también

⁴⁵ MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN: Lecciones de Derecho Civil; Parte Primera; Vol. I.; Introducción al Estudio del Derecho Privado, Derecho Objetivo, Derechos Subjetivos; Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires- Argentina, 1959; Pág. 66 ss.

⁴⁶ Íbidem. 67.

el proyecto al Tribunal de Casación y a los Tribunales de Apelación, para observaciones. Proyecto y observaciones debieron entonces seguir la vía legislativa ordinaria. La sección de legislación, luego el Consejo de Estado en pleno, presidido por BONAPARTE o, en ausencia de él, por CAMBACÉRÉS, que aportaron importantes enmiendas al proyecto primitivo⁴⁷.

No obstante lo referido, faltaba que fuera votado. BONAPARTE tropezó en seguida con la hostilidad del Tribunado; éste contaba entre sus miembros con antiguos revolucionarios, que soñaban con un código filosófico. A solicitud del Tribunado, el Cuerpo legislativo rechazó el primer título. BONAPARTE retiró entonces el conjunto de proyecto. Para vencer la oposición, redujo a la mitad el número de los tribunos y dividió al Tribunado en secciones, una de ellas de legislación, que pudo cubrir con partidarios del proyecto. Tuvo igualmente la idea de solicitar el parecer del Tribunado por una comunicación oficiosa, antes de someterle oficialmente el texto; el Tribunado podía entonces presentar sus críticas, cuya oportunidad era discutida ante el Consejo de Estado⁴⁸.

4.3. Promulgación del Código civil francés. Derogación del antiguo derecho

Gracias a la depuración del Tribunado y al sistema de la comunicación oficiosa, el trabajo legislativo fue facilitado y considerablemente acelerado. Los 36 títulos del Código (de ellos uno preliminar) fueron promulgados entre marzo de 1803 y marzo de 1804. *La ley del 30 de ventoso del año XII* (21 de marzo de 1804) reunió en un “*Código civil de los franceses*” los 36 títulos. Esa ley contiene una disposición, que en nuestro entender deviene capital; nos referimos al artículo 7°, que deroga expresamente y en bloque el antiguo derecho: “*A partir del día en que estas leyes sean ejecutivas, las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos, los reglamentos, dejan de tener fuerza de ley general o*

⁴⁷ *Ibidem.* 68.

⁴⁸ *Ídem.* 68.

particular en las materias que son objeto de las dichas leyes que componen el presente Código". Por el contrario, el derecho revolucionario subsistía en la medida en que sus disposiciones no fueran contrarias a las del Código civil⁴⁹.

Posteriormente, dos nuevas ediciones del Código siguieron a la promulgación de 1804: en 1807, el Código recibió el nombre de "*Código Napoleón*", y las expresiones *Emperador, Imperio* fueron introducidas en él; en 1816, el Código tomó el nombre de "*Código Civil*", y los términos *Rey, Reino* reemplazaron a los precedentes. Finalmente, un decreto del 27 de marzo de 1852 atribuyó de nuevo al Código civil el título de "*Código Napoleón*", pero sin modificar los textos. Actualmente, en consecuencia, al no haber sido modificados la ordenanza del 30 de agosto de 1816 y el decreto de 27 de marzo de 1852, el Código lleva la denominación de "*Código Napoleón*", *¡y sus preceptos se refieren al Rey y al Reino!*⁵⁰

4.4. Códigos civiles influenciados por el de Napoleón

El siglo XIX innegablemente profesó gran admiración por el Código francés de 1804; pasmo que en algunos casos llegó a convertirse en mística. En este sentido, ilustrativa resultará la opinión de algunos juristas; entre ellos TROPLONG que no dudó en decir, y con cierta razón, que el Código representaba "*el derecho común de las naciones civilizadas*"; idéntica opinión manifiesta también THIERS, al expresar que el referido monumento legislativo representa "*el Código del mundo civilizado*"⁵¹.

⁴⁹ Ídem. 68.

⁵⁰ Íbidem. 69.

⁵¹ Algunos juristas como CROME exclamaban que el Código de Napoleón marcó "*la supremacía intelectual y social de Francia en el mundo*". Empero, no han faltado críticas de todo orden a tal Código; a medida que la ciencia jurídica francesa se aleja de la exégesis, para considerar ante todo los principios generales, toma conciencia de lo que representa el Código dentro de la cultura jurídica. Con razón advierte RIPERT que "*la admiración del Código ha cesado de figurar en los programas oficiales*". A. TISSIER señala que se le ha denunciado como "*Código antidemocrático*", como Código de burgueses que no respeta la igualdad civil sino para asegurar la desigualdad social. Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho Civil; Tomo I; Parte General y Personas; Séptima Edición; Editorial Temis; Bogotá-Colombia, 1976; Pág. 78.

Podemos argüir con toda certeza que la mayoría de los pueblos que elaboraron Códigos civiles en el siglo XIX, se inspiraron primordialmente en el de Napoleón; pero también cabe destacar que hubo una gran parte del mundo civilizado que permaneció extraño a esa influencia, entre ellos descollan: Inglaterra, Estados Unidos de América, Alemania, Rusia, los países nórdicos, los países asiáticos, etc.⁵²

Previamente, antes de iniciarnos con el conciso análisis de los códigos que tienen por modelo al Código francés, resulta oportuno –al menos desde nuestra percepción– recordar lo que se entiende por codificación. En este orden expositivo, PLANIOL y RIPERT entienden que la codificación “*es algo más que la unificación del derecho*”; puede unificar el derecho de un Estado sin que sea codificado; esto sucede en Francia por lo que respecta a las leyes promulgadas desde 1804. *La codificación es la confección de un código, es decir, de una colección única no sólo para todo un país, sino de toda una parte del derecho. La legislación se halla codificada cuando está contenida en una ley única y no en leyes diversas*⁵³.

Por cuestiones de brevedad y precisión, admitimos plenamente las características propuestas por DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS en torno al fenómeno de la codificación; las cuales a saber son:

⁵² En cuanto a la ciencia jurídica americana, importa destacar algunas consideraciones anotadas por BUSTOS PUECHE quien tiene la impresión de que en la ciencia jurídica americana no sólo hay un exceso de sociología, economía y otras disciplinas extrajurídicas, sino que el mundo jurídico anglosajón es muy diferente del nuestro, por lo que las importaciones son, por lo menos, arriesgadas. Nuestro mundo gira en torno a la norma jurídica. El suyo, a la decisión judicial. La trascendencia de la distinción es superlativa. A los juristas del otro lado del Atlántico les puede resultar de lo más atractivo y sugerente atender con todo detalle a los comportamientos judiciales, su regularidad o no, el elenco de causas sociales, personales, ambientales, profesionales... que pueden influir en sus decisiones; pero todo esto para nosotros, aparte de que constituye una obviedad, no es importante: ya sabemos que el Juez es sensible a muchas cosas –sin necesidad de que nos lo cuenten las innumerables teorías sobre el llamado realismo jurídico–; lo que le pedimos, precisamente, es que las resista y aplique la norma. Vid. BUSTOS PUECHE, José Enrique: Consideraciones sobre la llamada Metodología Jurídica; Revista de Derecho Universidad Centroamericana; N° 10; Pág. 11-36

⁵³ Cfr. PLANIOL, Marcel-RIPERT, Georges: Derecho Civil; Vol. 8; Biblioteca Clásicos del Derecho Civil; Editorial Harla; México D.F., 1997; Pág. 5.

- a. Simplificación y reducción del material normativo que hasta entonces se encontraba disperso en infinitos textos del *Corpus Iuris Civilis* o de los Derechos particulares, con las glosas, las postglosas y los comentarios de los juristas humanistas, que hacían extraordinariamente difícil su conocimiento y aplicación, utilizando fórmulas concisas y lapidarias, que fueran lo más breves posible, facilitaban indiscutiblemente el manejo de dicho material.
- b. Con la simplificación y facilitación del material normativo, se produjo, como señaló MAX WEBER, un cambio de sentido en la pedagogía jurídica, que supuso un paso desde la formación artesanal de los juristas, en lo que el propio WEBER denomina “una justicia de cadí”, que resuelve los casos concretos sin dar especiales razones que funden el fallo, a una educación de carácter abstracto en la que se consigue la interiorización por la clase jurídica de las proposiciones como manifiestas y evidentes. Al mismo tiempo, la facilitación del conocimiento material normativo y de su aplicación debía permitir la asequibilidad del ordenamiento a la totalidad de los ciudadanos, tratando de cumplir sin especial dificultades la vieja regla *nemo ius ignorare censetur*, así como la idea revolucionaria de una justicia popular que despojara a la nobleza de toga de los privilegios que el Antiguo Régimen le había otorgado.
- c. La clara y sencilla fijación de las normas jurídicas, sobre todo en lo que concierne al mundo de la propiedad y de los contratos, conseguía también –y la idea sigue siendo de M. WEBER– alcanzar la máxima seguridad en los negocios.
- d. Para ello era necesario implantar los ideales del liberalismo económico. Nadie mejor que los interesados pueden conocer aquello que éstos quieren, y lo que concordemente establezcan debe constituir para ellos la ley, lo que, a su vez, encontraba su fundamento en el pensamiento *smithiano*, según el cual el correcto y libre funcionamiento del mercado favorece la mayor riqueza y prosperidad de las naciones.

- e. Porque significaban la renovación de las ideales de vida, los Códigos debían constituir obras unitarias en virtud de la cual, el Código se basta a sí mismo.
- f. En los Códigos se encuentra presente la idea de progreso, entendida no sólo como progreso económico y social, sino también como progreso del Derecho mismo, suponiendo que el orden jurídico sigue una línea evolutiva de mejora. Los Códigos pretenden así, como alguna vez se dijo, poner la legislación a nivel de “*los adelantos de la ciencia jurídica*”⁵⁴.

Efectuada pues, la anterior declaración, proseguimos sin mayor dilación con la referencia de los códigos salidos directamente del francés.

- a. **Argentina.** VÉLEZ SARSFIELD redactó el Código Civil, que fue aprobado como ley nacional en 1868 y comenzó a regir el 1° de enero de 1871. Este Código sigue de cerca la orientación de los principales códigos vigentes en Europa en aquella época, el proyecto de Código Civil para el Brasil, elaborado por FREITAS, y las principales doctrinas que se habían formado alrededor del Código francés.
- b. **Paraguay.** Adoptó el Código Civil de VÉLEZ SARSFIELD en 1889.
- c. **Uruguay.** TRISTÁN NARVAJA redactó un Código Civil, que se encuentra vigente desde 1868. Tuvo una nueva redacción en 1914.
- d. **Bolivia.** Sancionó en 1843 un Código Civil, que es en gran parte traducción del Código francés. Existe un nuevo proyecto de Código Civil del año de 1943.
- e. **Costa Rica.** Código Civil del 1° de enero de 1888.
- f. **Venezuela.** Código Civil de 1942 (reemplazó al de 1887).
- g. **Panamá.** El Código de Bello rigió hasta 1916, en que se reemplazó por un código tomado del español, el francés, el costarricense y otros.

⁵⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: Sistema de Derecho Civil; Vol. I; Undécima Edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2005; Pág. 39 ss.

- h. **Ecuador.** Adoptó en 1887 el Código Civil de Bello, pero en su quinta redacción de 1950 se modificó en muchos puntos el original, especialmente en lo relativo a derechos de hijos naturales, hijos adoptivos, etc.
- i. **Santo Domingo.** Por decreto de 1845 fueron puestos en vigencia los códigos civiles franceses, especialmente el *Code*. Este rige bajo la nueva redacción de 1884. Decretos de 1944 y 1945 le han introducido importantes reformas.
- j. **Guatemala.** El Código Civil de 1877, reciamente influido por el Código de Napoleón, rige actualmente bajo la nueva redacción de 1933.
- k. **Haití.** Desde 1825 rige con algunas modificaciones el *Code* Civil.
- l. **Honduras.** El Código Civil de 1906 es hijo del Código francés y del Código español.
- m. **Nicaragua.** El Código Civil de 1904 tuvo como modelos principales: el Código Civil de Uruguay, el Código francés y el Código de Bello.
- n. **El Salvador.** El Código Civil de esta República era el mismo de Bello, pero ha sufrido importantes modificaciones. Rige actualmente la nueva redacción de 1912.
- o. **Chile y Colombia,** rige el Código de Bello, con importantes modificaciones.
- p. **Bélgica y Luxemburgo.** A raíz de las conquistas de Napoleón, el Código de 1804 fue implantado en estos países.
- q. **Holanda.** El Código Civil de 1838 “está hecho a ejemplo del francés, pero sigue corrientes independientes más modernas”.
- r. **Egipto.** Desde 1873 rige un Código Civil mixto, compuesto de 774 artículos, en vez de los 2281 artículos de su modelo el Código de Napoleón. Pero desde 1948 rige un nuevo Código inspirado en los modernos Códigos de Europa.
- s. **Portugal.** El Código Civil de 1867 debe colocarse entre los derivados del francés, aunque en el plan y en muchas materias es original⁵⁵.

⁵⁵ Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho Civil; Tomo I; Parte General y Personas; Séptima Edición; Editorial Temis; Bogotá-Colombia, 1976; Pág. 79 ss.

5. El Código Civil chileno

La gestación del Código civil chileno fue un proceso dilatado. Antes de su promulgación se aplicaron las leyes españolas, entre las cuales cabe mencionar: *la Novísima Recopilación, la Nueva Recopilación, las Leyes de Estilo, las Leyes de Toro, el Fuero Real, el Fuero Juzgo, las Siete Partidas*. También se aplicaron ciertas leyes especiales dictadas para América y Chile. A esta legislación se agregaron, después de la Independencia, algunas leyes patrias. Entre éstas, en materia civil, son dignas de recordarse las que se refieren a la *habilitación de edad* (14 de julio de 1814); *al matrimonio de los no católicos* (6 de septiembre de 1844); a la *prelación de créditos* (leyes de 31 de octubre de 1845 y de 25 de octubre de 1854, ambas redactadas por don Andrés Bello e incorporadas más tarde, con pequeñas variantes, al Código Civil); a las *sociedades anónimas* (8 de noviembre de 1854); a la *exvinculación de bienes* (14 de julio de 1852)⁵⁶.

Efectivamente, la idea de la codificación nació en Chile conjuntamente con la emancipación política, pues, aparte de consideraciones filosóficas, sociales y económicas, no hay que soslayar que la legislación española que en ese entonces se aplicaba pecaba de anacrónica y confusa. En la esfera civil hubo numerosos intentos para lograr la dictación de un código; pero, por una u otra causa, todos quedaron frustrados hasta que apareció el insigne polígrafo ANDRÉS BELLO, quien comenzó su trabajo en forma privada y silenciosa. Según se dice, el ilustre venezolano-chileno tenía realizado en 1835 cerca de la tercera parte de un Proyecto de Código Civil; había preparado ya un tratado completo sobre la *“sucesión por causa de muerte”*⁵⁷.

⁵⁶ Vid. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: Curso de Derecho Civil; Redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H.; Tomo I; Vol. I; Parte General; Tercera Edición; Editorial Nascimento; Santiago-Chile, 1961; Pág. 9.

⁵⁷ Según escribe VALENCIA ZEA, muchos han creído, y esta es una creencia bastante difundida en los círculos jurídicos colombianos, que BELLO no hizo otra cosa sino copiar o, a lo más, adaptar el derecho civil contenido en el Código de Napoleón de 1804. RODRÍGUEZ PIÑERES por su parte, sostiene que BELLO, en su proyecto de código, se acomodó en líneas generales al modelo francés; la misma advertencia hacen CHAMPEAU y URIBE. De otro lado, los expositores franceses suelen afirmar que los códigos latinoamericanos se derivaron del francés. Por lo tanto, las doctrinas más idóneas para comprenderlo exactamente serían las de los expositores franceses. Esta creencia es inexacta. El Código de Napoleón fue

apenas una de las fuentes que tuvo en cuenta BELLO, y por cierto no la principal. Esta opinión es defendida por ARMINJON, BORIS NOLDE y WOLFF quienes sostienen que BELLO “se inspiró no solo en el Código francés, sino también en la tradición española..., en la doctrina romanista, en POTHIER, SAVIGNY”. Terminan diciendo, con razón, que la “influencia del derecho romano fue más grande que la del derecho francés”. En el mismo sentido se expresa MORENO JARAMILLO.

Para descubrir las fuentes de donde realmente salió el Código de BELLO, es necesario tener en cuenta los siguientes hechos históricos. 1. El Derecho civil que rige la vida social y económica de los pueblos occidentales (excepción hecha de los países anglosajones), es derecho romano; derecho romano profundamente transformado a través de más de veinte siglos de asimilación, pero derecho romano en todo caso. Recuérdese que el derecho vigente en los países europeos durante el siglo XIX, era el romano. Al respecto escribe IHERING en su obra El Espíritu del derecho romano: “La importancia del derecho romano para el mundo actual no reside en haber sido fuente y origen del derecho, sino en la transformación que imprimió a nuestro pensamiento jurídico y en haberse convertido, como el cristianismo, en elemento de la civilización moderna”. Las instituciones jurídicas de los romanos, al ser absorbidas por los países que forman los actuales pueblos europeos, dieron origen a varias corrientes romanísticas principales, entre las cuales deben hacerse resaltar las tres siguientes: la del antiguo derecho consuetudinario francés, la del viejo derecho común germano (especialmente la célebre escuela de los pandectistas) y la legislación española, cuyas dos fuentes más interesantes son Las Siete Partidas y la Novísima Recopilación. Ya hemos explicado en párrafos anteriores que el antiguo derecho consuetudinario francés tuvo como origen el *derecho escrito*, puro derecho romano que rigió en las provincias del sur de Francia, y *las costumbres*, derecho germano que rigió en las provincias del norte. Estas dos corrientes lentamente se compenetraron y dieron lugar al antiguo *derecho consuetudinario francés*, el cual se convirtió en derecho escrito desde la redacción oficial de las costumbres. DUMOULIN, D'ARGENTRÉ, DOMAT, y especialmente POTHIER, fueron los más insignes intérpretes de las costumbres y contribuyeron a su unificación y universalidad. 2. Otra corriente romanística importante está representada por la escuela de los pandectistas y las antiguas costumbres germanas. Disuelto el imperio de los francos, comienza a formarse en los Estados territoriales de lo que hoy es Alemania, un derecho consuetudinario de extracción popular, que da origen al antiguo derecho germano. Hacia el siglo XIV, con motivo de la fundación de las universidades alemanas, el derecho romano adquiere extraordinaria importancia; su estudio y profundización se realiza en todos los centros culturales y se ve en él un derecho universal: *la ratio scripta*. Lentamente se va introduciendo en la práctica de los tribunales, con lo que se realiza una recepción de carácter consuetudinario. El *Corpus Iuris Civilis* de JUSTINIANO se consideró vigente en Alemania y contribuyó en forma eficaz a realizar la unidad jurídica nacional. A esta recepción sigue la del *Corpus Iuris Canonici*. Esta opinión es sostenida por ENNECCERUS, PLANCK-STROHAL, STERNBERG, ARMINJON, BORIS NOLDE y WOLFF.

A partir del año 1700 se efectúa una fusión del derecho común o derecho germánico, del derecho romano y del derecho canónico, dando origen al *usus modernus pandectarum* (Escuela de los Pandectistas). Como nota ilustrativa, recuérdese que el *Corpus Iuris Civilis* de JUSTINIANO, recopila las instituciones jurídicas romanas, consta de cuatro partes; la más importante es la segunda, o sea, el *Digesto o Pandectas*. Pero la escuela de los pandectistas indica más bien la tendencia que surge a mediados del siglo XVII en Alemania, de adaptar el derecho romano a las necesidades jurídicas del tiempo. En el decir de ENNECCERUS, representa la “adaptación, transformación e integración del derecho romano” con elementos germánicos. HUGO, SAVIGNY, PUCHTA, IHERING, ARNDTS, BRINZ, WINDSCHEID y otros son los más autorizados representantes de esta escuela; con sus obras no solo adaptaron las instituciones romanas a los nuevos tiempos, sino que las hicieron progresar al ordenarlas lógicamente y terminar la formación de los conceptos jurídicos que solo en germen concibieron los romanos. 3. La antigua legislación española nace según DE BUEN y VALVERDE “de la conjunción de dos derechos: el germánico y el romano”. Las más representativas obras del antiguo derecho español en opinión de DE CASTRO son: Las Siete Partidas y la Novísima Recopilación.

¿De cuál de estas tendencias romanísticas se derivó el Código de Bello? En forma exclusiva, de ninguna de ellas, pues en grado acentuado BELLO se inspiró en las tres. Y aún fue más lejos al consultar directamente las fuentes romanas, o sea el *Corpus Iuris Civilis* de JUSTINIANO. En consecuencia, cuatro fuentes principales son las bases fundamentales sobre las que se asienta el Código de Bello, a saber:

1. El derecho romano puro (*Corpus Iuris Civilis*).

5.1. Plan y estructura del Código Civil chileno

La autoriza opinión de ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA revela que el plan del Código Civil chileno, que es llamado romano-francés, guarda estrecha analogía con el Código Napoleón. Pero a diferencia de este último, que se divide en un Título Preliminar y tres Libros, el Código chileno se divide en un Título Preliminar y cuatro Libros. El contenido, en uno y otro código, del Título Preliminar y de los dos primeros Libros, es más o menos igual en cuanto a las materias de que se ocupan. Pero en el Libro tercero difieren. El del Código francés, intitulado “*De los modos de adquirir la propiedad*” trata, en realidad, siete grandes materias: las sucesiones, las donaciones y los testamentos, la teoría general de las obligaciones, las reglas especiales de los contratos en particular, los regímenes matrimoniales, los privilegios e hipotecas y la prescripción.

Contrario sensu, el Código chileno dedica su Libro tercero a la sucesión por causa de muerte y a las donaciones entre vivos, y el Libro cuarto, a las obligaciones y contratos. Según enseña la experiencia acumulada con el tiempo, el plan del Código chileno es más científico que el del Código francés, cuyo Libro tercero ha merecido muchas críticas por el cúmulo de materias heterogéneas que contiene⁵⁸.

6. El Código Civil nicaragüense de 1867

Mientras Nicaragua fue provincia de España, ningún iniciado considera *ex novo* que estuvo regida por las leyes civiles de la metrópoli. Proclamada su Independencia, siguió gobernada por las mismas leyes, en cuanto no se opusieran al régimen político nuevamente adoptado; pero bien se comprende que entonces

-
2. El derecho germano (Códigos de Austria y de Prusia, y especialmente la obra de SAVIGNY).
 3. El viejo derecho español (Las Siete Partidas y la Novísima Recopilación).
 4. El derecho francés (ante todo, la obra de POTHIER y el Código francés de 1804, con los comentarios de DELVINCOURT y ROGRON). Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho Civil; Tomo I; Parte General y Personas; Séptima Edición; Editorial Temis; Bogotá-Colombia, 1976; Pág. 39 ss.

⁵⁸ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: Curso de Derecho Civil; Redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H.; Tomo I; Vol. I; Parte General; Tercera Edición; Editorial Nascimento; Santiago-Chile, 1961; Pág. 18.

el vigor de las leyes españolas no podía ser más que itinerario. Diversas leyes sobre materias varias se emitieron después de la Independencia y están contenidas en las Compilaciones formadas de orden del Supremo Gobierno por el Dr. D. Jesús de la Rocha. Su utilidad didáctica es indisputable, porque ponen al alcance de todos, los trabajos de nuestras Legislaturas en el transcurso de cerca de medio siglo; pero no pueden llamarse Códigos en el sentido estricto de la palabra⁵⁹.

Nicaragua necesitaba de una obra de Legislación que concretada al derecho privado reglase las relaciones de los individuos entre sí. Esta obra la encontró en el Código Civil de Chile, que examinado cuidadosamente por diferentes comisiones y estimándosele adaptable a nuestras peculiaridades, se adoptó con ligeras variantes en el texto y en el fondo. Así es que nuestro derecho civil históricamente considerado se puede dividir en dos partes: derecho antiguo y derecho moderno. El derecho antiguo comprende las leyes españolas que rigieron en Nicaragua no sólo en el tiempo que fue gobernada por España, sino aún mucho después de su Independencia. El derecho moderno está contenido en el Código Civil que comenzó a regir el 1 ° de octubre de 1871. Parece excusado prescindir de partir sobre la historia del derecho antiguo, porque además de no ofrecer un interés de actualidad, puede encontrarse en los muchos autores que de ella han tratado y que es fácil consultar. En cuanto al derecho moderno, nos limitaremos a dar una idea general del Código Civil⁶⁰.

⁵⁹ Vid. SELVA, Buenaventura: Instituciones de Derecho Civil nicaragüense; Tipografía de Managua; Managua, 1883; Pág. I.

⁶⁰ Íbidem. II.

6.1. Estructura del Código Civil nicaragüense de 1867⁶¹

Según anota BUENAVENTURA SELVA, el Código Civil nicaragüense de 1867 se compone de un Título Preliminar y de cuatro Libros. Trata el Título Preliminar de la ley en general, de su promulgación, interpretación, derogación y efectos, y de la definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes⁶².

En el Libro primero se ocupa el Código en determinar y garantizar el estado de las personas, considerándolas en sus distintas relaciones de naturales y jurídicas, de nicaragüenses y extranjeras, domiciliadas y transeúntes; y del principio y fin de la existencia de las personas; trata del matrimonio, de sus impedimentos y efectos, y del modo de contraerlo; y aunque acerca de él *–matrimonio–* se ajusta en un todo al derecho Canónico, desapruueba, sin embargo, aquellas uniones perjudiciales para la sociedad y para los mismos que las contraen; tales como las de personas afines en cualquier grado de la línea recta, la de los menores sin el consentimiento de sus padres o curadores, la del viudo que tiene hijos del precedente matrimonio, y la de la mujer, cuyo matrimonio se ha disuelto o declarado nulo, mientras no se llenan ciertas condiciones. De manera análoga, reglamenta el poder paterno que atribuye solamente al padre, determina los derechos de los padres respecto a las personas y bienes de sus hijos, lo mismo que los deberes de éstos para con ellos; habla del estado civil y de los medios de justificarlo; finalmente, establece la tutela y la curatela, sus diferentes clases, los deberes, impedimentos y excusas de los guardadores, su remoción y remuneración⁶³.

⁶¹ El Código Civil fue emitido el 25 de enero de 1867 y comenzó a regir el 1° de octubre de 1871. El eximio Modesto Barrios decía que nuestros codificadores, huyendo de peligrosas originalidades, que en muchos casos revelan más vanidad que ingenio, tuvieron el buen juicio de adoptar, casi sin modificaciones, el Código Civil chileno, monumento de sabia y perseverante laboriosidad que honra no solo a Chile sino también a toda la América española. Vid. Prólogo de Modesto Barrios a la obra de SELVA, Buenaventura: Instituciones de Derecho Civil nicaragüense; Tipografía de Managua; Managua, 1883.

⁶² Cfr. SELVA, Buenaventura: Instituciones de Derecho Civil nicaragüense; Tipografía de Managua; Managua, 1883; Pág. II.

⁶³ Ídem. II.

El Libro segundo trata de las varias clases de bienes: los divide en corporales e incorporales⁶⁴ y subdivide los primeros en muebles e inmuebles, estableciendo sobre esta clasificación muy importantes disposiciones. Seguidamente, determina los modos de adquirir el dominio, reduciéndolos a la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción⁶⁵.

El Libro tercero trata de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos; divide la sucesión en testamentaria e intestada, determina acerca de la primera la forma de los testamentos, sus requisitos y solemnidades; llama a la sucesión testada a los descendientes y ascendientes por el siguiente orden:

1. Los hijos legítimos personalmente o representados por su descendencia legítima,
2. Los ascendientes legítimos,
3. Los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima,
4. Los padres naturales.

Señala para los respectivos legitimarios la mitad de los bienes del *de cuius*, previas las deducciones y agregaciones establecidas por la ley, y lo que cabe a cada uno en esa división es su legítima religiosa; no habiendo descendientes legítimos con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de los bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio. A la sucesión intestada son llamados los descendientes legítimos del difunto; sus ascendientes legítimos, sus colaterales

⁶⁴ La distinción entre cosas corporales e incorporales tiene su origen en la filosofía grecorromana; arranca del pensamiento estoico. El antiguo derecho romano sólo conocía las cosas corporales; pero después, en tiempos de la República romana —en todo caso antes de CICERÓN—, surgió la clasificación de que se trata. Los romanos llegaron a esta idea tan extraña porque confundieron el derecho de propiedad con la cosa sobre la que recae. En suma, la distinción romana se reduce a una antítesis entre el derecho de propiedad confundido con las cosas y los otros derechos. En todo caso, nuestro Código Civil vigente abandona dicha clasificación. Véase los artículos que van del 597 al 614 C. Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; Curso de Derecho Civil; Tomo II; De los Bienes; Segunda Edición; Editorial Nascimento; Santiago de Chile, 1957; Pág. 7.

⁶⁵ Cfr. SELVA, Buenaventura: Instituciones de Derecho Civil nicaragüense; Tipografía de Managua; Managua, 1883; Pág. III.

legítimos, sus hijos naturales, sus padres naturales, sus hermanos naturales, el cónyuge supérstite y el fisco. En la sucesión intestada no se atiende al origen de los bienes para gravarla con reservas o restituciones. Tampoco se atiende al sexo ni a la primogenitura. Como las donaciones por causa de muerte están incluidas en la materia de las sucesiones, el Libro tercero del Código trata en el último título “*De las donaciones entre vivos*”, declarando quienes pueden hacerlas, en qué forma, con qué limitaciones, y por qué causas se pueden revocar⁶⁶.

El Libro cuarto trata de los derechos que nacen de las obligaciones. Comienza por establecer las fuentes de las obligaciones, que las reduce todas a la ley, unas inmediatamente como las que existen entre los padres y los hijos y otras mediante contratos y cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. Define el contrato y explica sus diferentes clases. Determina las modificaciones generales de que son susceptibles las obligaciones, dividiéndolas en civiles y naturales, condicionales y modales, a plazo, alternativas, facultativas, de género, solidarias, divisibles e indivisibles y penales. Seguidamente regla el efecto de las obligaciones y la interpretación de los contratos, pasa luego a tratar de la nulidad y rescisión y de la prueba de las obligaciones, eligiendo la prueba literal para todos los contratos cuyo valor exceda de doscientos pesos; trata enseguida de las capitulaciones matrimoniales y a continuación de los contratos consensuales, reales y aleatorios, como también de los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, por lo que toca a la responsabilidad civil⁶⁷.

Finalmente, habiendo hablado de los contratos principales que son los que subsisten por sí mismos e independientemente de cualquier otro, pasa a tratar de los contratos accesorios que son los que aseguran la ejecución de otro contrato, tales como la fianza, la prenda, la hipoteca y la anticresis. Después habla de la transacción que por su carácter especial de poner fin a los litigios pendientes o precaver los futuros, merece título aparte. Y para completar la importante materia

⁶⁶ Ídem. III.

⁶⁷ Íbidem. IV.

de las obligaciones y del modo de adquirir las cosas, trata en los dos penúltimos Títulos, de “la prelación de créditos”, estableciendo las causas de preferencia y el orden en que deben ser pagados los acreedores; y de “la prescripción”, considerándola como un modo de adquirir las cosas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos⁶⁸.

Últimamente el título final se refiere a la observancia del Código, declarando que comenzaría a regir después de seis meses de su publicación, y que en esa fecha quedaban derogadas, aún en la parte que no fuesen contrarias a él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan. A esto se reduce el artículo final, porque el inciso con que termina, fue suprimido por la Ley de 17 de marzo de 1877⁶⁹. Sobre este Código Civil, ESCOBAR FORNOS considera que la mejor decisión hubiera sido actualizar el Código de Bello –**no abrogarlo**⁷⁰– a las nuevas corrientes jurídicas e ideales políticos. A excepción de ciertas instituciones y conceptos, la mayor parte se prestaba a ello, principalmente la estructura fundamental de la propiedad, la teoría general de los contratos y de las obligaciones. Además ya era conocido y aplicado por más de treinta años. La experiencia que hemos vivido nos demuestra la verdad de esta idea⁷¹.

⁶⁸ Ídem. IV.

⁶⁹ Íbidem. V.

⁷⁰ Las negritas son nuestras.

⁷¹ Cfr. ESCOBAR FORNOS, Iván: El Código Civil de Bello en Nicaragua en KELSEN, MARSHALL y BELLO: Textos Seleccionados; Ediciones Centro de Documentación e Información Judicial Corte Suprema de Justicia; Primera Edición; Managua, 2009; Pág. 104.

6.2. El Código Civil nicaragüense de 1904

Según expone RODRÍGUEZ SERRANO, en 1901 se encargó al Dr. BRUNO H. BUITRAGO elaborar un Proyecto de Código Civil. Se decía que El Dr. BUITRAGO tenía redactada aproximadamente la cuarta parte del Proyecto cuando el Gobierno dispuso nombrarle por compañeros de labor a los Drs. JOSÉ FRANCISCO AGUILAR y FRANCISCO PANIAGUA PRADO⁷².

En la sesión de 30 de septiembre de 1901, la Comisión se aparta de la antigua clasificación romanista de personas, cosas y acciones. Se aparta también en este punto del Código alemán y de otros Códigos que se consultaron, siendo por último la adoptada, la siguiente, que la junta aventura ser en un todo nueva: “*Sólo constará el Código Civil de tres Libros, divididos en títulos, capítulos y artículos. Comprenderá, además, al principio, un título preliminar independiente, dividido en párrafos y artículos*”. En este título preliminar van a colocarse preceptos de “*jurisprudencia universal*”⁷³, disposiciones sobre conflictos de leyes patrias y leyes extranjeras y nicaragüenses, explicaciones sobre el parentesco y las medidas de tiempo y extensión, etc.⁷⁴.

En el primer Libro del Código se tratará de la personalidad y de la familia. En el segundo, de la propiedad, con inclusión de la sucesión, donación y prescripción. Asimismo, se ocupará este Libro de las limitaciones del dominio, incluyendo la hipoteca y la anticresis. En el tercero de los contratos y obligaciones. Los Códigos que redactará esta Comisión, se inspirarán en la Constitución de la República, en las leyes de la Reforma, en las Convenciones Jurídicas de Guatemala y El Salvador y en los nuevos positivistas y adelantos de las ciencias jurídicas⁷⁵.

⁷² RODRÍGUEZ SERRANO, Felipe: Investigación sobre los orígenes del Código Civil de Nicaragua; Revista de Derecho Universidad Centroamericana; N° 2; Pág. 2.

⁷³ Parécenos que la frase “jurisprudencia universal” es impropia e inexacta y consecuentemente puede generar interpretaciones encontradas. Sería más técnico referirse a “Principios Generales del Derecho” como categoría universal. Las negritas y el comentario son nuestros.

⁷⁴ RODRÍGUEZ SERRANO, Felipe: Investigación sobre los orígenes del Código Civil de Nicaragua; Revista de Derecho Universidad Centroamericana; N° 2; Pág. 4.

⁷⁵ Ídem. 4.

Cabe destacar algunos comentarios sobre el Código Civil de 1904; entre ellos conviene resaltar que faltó a los codificadores en su obra lo que ALFREDO COLMO denomina técnica legislativa, o sea un criterio uniforme en el ordenamiento y elaboración de las materias tratadas. Siguiendo, como siguieron de modelos a Códigos de doctrinas, tesis y escuelas desemejantes, hasta en la confección de un mismo tratado, tenía forzosamente que adolecer el Código de falta de unidad, de uniformidad, cayéndose en contradicciones difíciles, por no decir imposibles de salvar⁷⁶.

En esto estriba la mayor dificultad que se presenta en el estudio y comprensión del Código Civil vigente; pues toda ley general supone fundamentalmente estas dos condiciones: unidad de pensamiento e integralidad del mismo. La unidad del pensamiento entraña, según dice un escritor, no sólo un pensamiento orgánico y consecuente, que excluya cualquier contradicción, sino también un pensamiento fijo que evite repeticiones innecesarias, y que consulte, con la consiguiente reducción del articulado legal, la gran ley de la economía del trabajo y de la simplicidad ideal de la regla. La legislación civil sobre base verdaderamente

⁷⁶ Quien lea con cierto detenimiento el articulado de nuestro Código Civil vigente, fácilmente encontrará planteamientos incoherentes que no responden a nuestra realidad; cabe señalar el contenido de los siguientes artículos: **Arto. 3136 C.:** “No puede coger ni segar la mies, ni hacer la vendimia sin advertirlo al arrendador”. Según los comentaristas, este artículo fue tomado del Arto. 1659 del Código civil italiano.

Arto. 1510 C.: “El usufructuario de viñas, de olivares, hulares o de otros árboles o arbustos fructíferos, queda obligado a plantar tantos, cuantos perecieron naturalmente, o a sustituir un cultivo por otro, igualmente útil para el propietario, si fuere imposible o perjudicial la renovación de plantas del mismo género”. Este artículo fue tomado del Arto. 2226 del Código civil de Portugal.

Finalmente, destacamos el contenido de los artículos 3796 C. y 3949 C. En cuanto al primero –Arto. 3796 C. –, los comentaristas consideran fuera de lugar la disposición contenida en el inciso segundo de este artículo, porque refiriéndose a los efectos de la inscripción en el Registro, su colocación oportuna era en el respectivo título que trata de tan importante materia. Semejante disposición, tomada a la letra de la Ley Hipotecaria española, debiera ocupar el lugar del Arto. 3949 C. (tomado del Arto. 456 del Código civil de Costa Rica). Por razón de método, aun suponiendo que cupiera en el tratado de la hipoteca, debió formar un artículo aparte, fuera de su trascendencia, por no tener ninguna relación con el inciso primero.

Entre el Arto. 3736 C. y el Arto. 3949 C. existe la diferencia de que mientras el primero protege a los que hubieran contratado por título oneroso, consecuente con otras disposiciones de nuestro Código civil, entre ellos: Artos. 993, 2075, 2235, 2262, 2753, 2797, 2949 C. En cambio, el Arto. 3949 C. no distingue si los actos o contratos son a título oneroso o gratuito, dando así al concepto de tercero protegido por el Registro, una significación más amplia. Naturalmente, que en la discrepancia entre ambas disposiciones, nosotros, siguiendo el criterio de la jurisprudencia nacional, estimamos que debe aplicarse con preferencia el Arto. 3796 C.; pues así lo reclaman las reglas de una buena hermenéutica jurídica. Cfr. CUADRA ZAVALA, Joaquín: Anotaciones al Código Civil de Nicaragua; Editorial Hispamer; Managua, 2004; Pág. 1388 ss.

científica no ha de presentarse, como afirma D^oAGUANNO, como un mosaico de pedazos discordantes entre sí, a trechos descompuesto, defectuoso en algunas partes, sin efecto de conjunto, sin criterio directivo, sino como una armonía de partes dependientes de un concepto único e igualmente concordante para un solo fin⁷⁷.

El inconveniente se hace mayor porque los codificadores no dejaron ninguna huella ilustrativa de su trabajo, pues no tuvieron que sujetarse a ninguna ley de bases, ni hemos acertado a encontrar actas escritas de sus sesiones, ni documento alguno que sirva de antecedente en la construcción del Código. Ni siquiera fue acompañado éste de una exposición de motivos en que los codificadores expresaran su pensamiento predominante en el plan general que adoptaron en la elaboración de tan importante obra. Lo único que se encontró, y se tuvo a la vista, es el manuscrito original del Proyecto de este Código Civil, firmado por los miembros de la comisión, Sres. Dres. BRUNO H. BUITRAGO, J. FRANCISCO AGUILAR y FRANCISCO PANIAGUA PRADO, pero ello es tan sólo una copia escueta de los artículos del Código, sin notas ni apuntaciones que pudieran indicar remotamente el origen o fuentes de esos artículos, ni menos el pensamiento del legislador⁷⁸.

Es oportuno poner de manifiesto algunas de las muchas dificultades y contradicciones de criterio que en el Código se hallan; unas sobre materias específicas, y otras que se refieren a orientaciones fundamentales sobre principios básicos de legislación; y debemos llamar la atención sobre la circunstancia de que esas contradicciones de criterio obedecen, en algunos casos, a la diferencia de orígenes que existe entre las disposiciones en conflicto. Recordemos al respecto: los sistemas contradictorios seguidos en el modo de contar los intervalos del derecho, los sistemas diferentes respecto a la clasificación de los bienes muebles e inmuebles, la adopción de criterios legislativos distintos en lo que concierne a la prescripción de cosas muebles, la inconsecuencia de ciertas disposiciones

⁷⁷ *Ibidem.* 620.

⁷⁸ *Ibidem.* 620.

respecto al principio que limita la responsabilidad del heredero *pro viribus hereditariis*, cierta dualidad de tesis en cuanto a la posesión de los inmuebles, la ambigüedad en la influencia de la causa como requisito esencial de las obligaciones, falta de coordinación en su sistema de contratación, falta de precisión por lo que toca al sistema que domina en cuanto al carácter del contrato de compraventa y en cuanto a sus efectos; esto es, si es simplemente generador de obligaciones, o si por el contrario, tiene la virtud de transferir por si mismo el dominio de la cosa vendida⁷⁹.

Desde luego, los comentaristas reconocen que sus observaciones no abarcan todos los puntos que pudieran sugerir las variadas dificultades que presenta la interpretación de importantes materias que omitieron anotar, ora por falta de capacidades, o bien porque tan sólo ha sido su propósito plantear algunas de esas dificultades para despertar en la juventud el interés por el estudio del Código.

Por otra parte, nuestro Código ha conservado instituciones o figuras jurídicas que no concuerdan con el derecho moderno ni con las exigencias del momento actual. La ausencia por ejemplo, no tiene ya razón de existir en nuestra época, por la enorme facilidad de comunicaciones, y, por los menos, se debió reglamentar con más amplitud. El juramento decisorio, como prueba de los contratos y obligaciones, ha perdido su prestigio. Las obligaciones naturales, que no deben figurar en un Código destinado a reglar los derechos que cada uno puede ejercer limitando la actividad de los demás, y que han suprimido los Códigos modernos como el alemán, el suizo, el brasileño, el japonés y otros, estimando que la solución más acertada sobre este tema es la de completar la teoría de la repetición de lo indebido, agrupando los pagos susceptibles de repetición por causa de error con los que lo fueren por otras razones, y establecer en qué casos no se consentirá la repetición⁸⁰.

⁷⁹ Ídem. 620.

⁸⁰ Íbidem. 621.

Pero si es cierto que nuestro Código Civil adolece de los defectos que dejamos apuntados, se impone ahora reconocer que la obra legislativa marca una era de progreso científico en la evolución de nuestro derecho institucional privado, conteniendo, como contienen muchos de sus preceptos, novedades trasplantadas a nuestro suelo de las legislaciones más avanzadas⁸¹.

⁸¹ Nuestro Código civil vigente se muestra consecuente con el principio elemental de derecho que prohíbe enriquecerse con lo ajeno; suprime los censos, los fideicomisos y la acción rescisoria por lesión enorme, liberó la propiedad suprimiendo las vinculaciones; quitó la sinonimia que establece el Código chileno entre convención y contrato, etc. Cfr. CUADRA ZAVALA, Joaquín: Anotaciones al Código Civil de Nicaragua; Editorial Hispamer; Managua, 2004; Pág. 622 ss.

Capítulo II

1. Nociones generales sobre la teoría de los actos jurídicos

Nosotros entendemos que la doctrina general de los actos jurídicos es el conjunto de principios y de normas que reglamentan el acto jurídico, en tanto en cuanto es una manifestación de la voluntad humana destinada a crear, modificar o extinguir una relación de derecho. La voluntad del individuo es el resorte que mueve y da vida al derecho, tanto porque el derecho es un producto social regulador de la conducta humana, cuanto porque la voluntad de cada individuo en particular ha tenido siempre un valor preponderante, reconocido por el derecho objetivo. De aquí, entonces, que la doctrina general de los actos jurídicos domina todo el derecho y por esta misma generalidad tiene una importancia fundamental. La inmensa mayoría de las relaciones jurídicas de los hombres tienen su origen en los actos jurídicos⁸².

En línea de principio, importa denotar que nuestro Código Civil atribuye sinonimia a los términos acto, negocio, contrato y convención; rehuendo expresamente de la castiza precisión terminológica que debe señorear en todo Ordenamiento Jurídico. Comprendemos que la fidelidad técnica en el uso de los términos de nuestra Ciencia no constituye una demostración superflua de *elegantia iuris*; por el contrario, refleja *per se* el cerrojo que garantiza la seguridad jurídica en las actuaciones negociales observadas por el *ius civile*⁸³.

⁸² Cfr. LEÓN HURTADO, Avelino: La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos; Primera Edición; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, 1952; Pág. 13 ss.

⁸³ Obsérvese que en el Título Preliminar de nuestro vigente Código Civil en la Sección II, Título V, numeral décimo noveno se lee: “**Los actos o contratos** válidamente celebrados...”. Parece que el legislador considera al acto jurídico sinónimo de contrato. Puede observarse algo similar en el Título VI, numeral vigésimo segundo: “**El acto celebrado** por nicaragüenses entre sí en país extranjero...”. Título X: “**Los actos ejecutados** contra leyes prohibitivas o preceptivas son de ningún valor...”. Título XI: “Cuando la ley **declara nulo algún acto** con el fin expreso o tácito de precaver un fraude...”. Título XII: “Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, no podrán eludirse ni modificarse por **convenciones de los particulares**...”. Título XIII: “Las disposiciones de una ley relativa a cosas o **negocios particulares**...” A nuestro parecer, el legislador por cuestiones que desconocemos pero que fácilmente pueden intuirse no supo elaborar una obra que mereciera el encomio que supone toda obra de tal calado.

Inquiriendo en las razones que originaron semejantes complicaciones, llegamos a la conclusión que la anunciada pepitoria terminológica tiene su fuente en las enseñanzas de POTHIER. El egregio jurista francés en su memorable obra Tratado de las Obligaciones conceptúa el contrato como una especie de convención; consecuentemente para saber lo que un contrato es, resulta necesario conocer lo que es una convención. Una convención o un pacto –escribe el mentado civilista– es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo. Nótese que la definición que indicamos fue tomada de DOMAT quien decía: *duorum vel plurium in idem placitum consensus*. De aquí surge la idea que la especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se denomina contrato⁸⁴.

De la opinión transcripta conviene formular algunas lacónicas acotaciones. Primeramente, –siguiendo la idea de CABANELLAS DE TORRES– debemos estar claros que la convención –del latín *conventio*– deriva de *convenire*, *convenium*; es el acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa. La convención integra el género y el contrato la especie. La primera es un acuerdo de voluntades cuyo efecto puede constituir, o no, una obligación; el contrato es una especie de convención hecha con el fin de obligarse⁸⁵.

En segundo lugar, no participamos de la opinión de POTHIER al decir que la convención y el pacto son términos sinónimos. Para dejar en claro nuestra postura preferimos manifestarlo con las palabras de IGLESIAS quien sostiene que en su sentido originario, *pactum* es el acuerdo encaminado a eliminar total o parcialmente la acción. Metido en el cuadro del derecho formal, es un medio de solucionar pacíficamente un proceso, por convenio de las partes celebrado ante el magistrado –*in iure*–. En las XII Tablas, la naturaleza del *pactum* viene determinada por su eficacia procesal. Así resulta del precepto *rem ubi pactum*,

⁸⁴ Vid. POTHIER, R.J.: Tratado de las Obligaciones; Editorial Atalaya; Buenos Aires-Argentina, 1947; Pág. 12.

⁸⁵ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental; Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas; Editorial Heliasta; Buenos Aires-Argentina, 2006; Pág. 97.

orato: ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coniuncto. El *pactum* de que aquí se habla se muestra en relación sustancial con la *transactio*, y tal atestigua el comentario de GAYO en D. 2, 22, 1: *qui in ius vocatus est... dimittendus est... si dum in ius venitur, de re transactum fuerit.* Así entendido, *pactum* significa, en efecto, tanto como transacción, y se caracteriza por la renuncia, gratuitamente o mediante compensación a la persecución judicial de un derecho⁸⁶.

Este significado técnico de *pactum* como acuerdo tendente a eliminar la pretensión que tiene una persona frente a otra, la encontramos también en el Derecho honorario. En una cláusula del Edicto promete el Pretor mantener firmes los *pacta conventa*, siempre que no sean contrarios al derecho objetivo. En línea conclusiva, el *pactum* principalmente tratado en D. 2, 14, es el *pactum de non petendo*, de carácter liberatorio⁸⁷.

Al lado de esta acepción técnica de *pactum* o *pactio* discurre otra en el hablar común: la que le atribuye el valor de acuerdo –de cualquier acuerdo– no formal. Tal acepción pasa al lenguaje de los juristas, y en él queda absorbido el específico *pactum conventum* amparado por el Pretor. El acuerdo puro y simple, es decir, el *pactum*, se caracteriza esencialmente por su eficacia procesal negativa, y bajo esta consideración es puesto de relieve, las más de las veces, por los juristas. De acuerdo con el mismo lenguaje común, los juristas dan a veces el nombre de *pacta* a las convenciones o cláusulas accesorias encaminadas a modificar el contenido normal de una relación obligatoria y en sentido semejante, los bizantinos tratan de destacar la voluntad, el acuerdo, el *consensus*, haciendo comprender en la *pactio-conventio* tanto el *pactum* como el *contractus*⁸⁸.

⁸⁶ IGLESIAS, Juan: Derecho Romano; Décimo tercera Edición; Editorial Ariel; Madrid, 2001; Pág. 282 ss.

⁸⁷ Ídem. 282.

⁸⁸ Íbidem. 283.

1.1. Hechos jurídicos y hechos naturales

De entrada especificamos que nuestro Código Civil no define el hecho jurídico. Con un afán comparatista –para luego articular una correcta conceptualización–, traemos a colación lo establecido en el Ordenamiento civil argentino, concretamente en su Arto. 896 donde se define el hecho jurídico de la manera que sigue: “Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones”. Siguiendo la esencia del precepto legal anotado; adoptamos la definición de BIAGIO BRUGI quien aporta un concepto traslúcido donde refiere que un hecho se denomina jurídico porque produce consecuencias de derecho: esto es, el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica⁸⁹.

Ahondando en el asunto que nos ocupa, FRANCESCO MESSINEO argumenta que por hechos jurídicos privados se entienden aquellos acontecimientos o aquellas situaciones –o estados– que produzcan una modificación de la realidad jurídica, o sea, un efecto jurídico, y que por eso son jurídicamente relevantes. Por esa razón, los hechos jurídicos son los antecedentes necesarios –aunque no siempre suficientes– para que se produzca un efecto, cualquiera que sea, en el mundo jurídico: sin hechos jurídicos relevantes, el Ordenamiento Jurídico permanece inerte y no nacen efectos jurídicos. Del hecho jurídico debe mantenerse diferenciada la denominada hipótesis o *fattispecie*. Por *fattispecie* se entiende la peculiar figura jurídica, o situación típica, o hipótesis, a la que la norma refiere, con su precepto o con su prohibición, y que es el presupuesto o el conjunto de presupuestos para la aplicación de la norma misma y para la producción de los efectos jurídicos. De todo lo que precede se deduce que *fattispecie* es el hecho jurídico, considerado como aquel al que la norma se refiere y al que vincula un determinado efecto; por consiguiente, *fattispecie* es una especie del género

⁸⁹ Cfr. BRUGI, Biagio: Instituciones de Derecho Civil; Vol. IV; Editorial Oxford; Pág. 41.

“hecho jurídico”, en cuanto calificada como típica, con ocasión de ser término de referencia de la norma⁹⁰.

Continuando con la proposición iniciada, consideramos razonable el parecer de FRANCESCO MESSINEO cuando logra pergeñar que los hechos jurídicos son innumerables y no pueden clasificarse útilmente. Sin embargo, suelen ponerse en evidencia dos clases de hechos: los hechos o eventos naturales y los hechos o eventos humanos; estos últimos, mejor, se llaman actos.

Hay hechos naturales jurídicamente irrelevantes (por ejemplo, la caída de una estrella, un crepúsculo, las variaciones de la temperatura y similares) y hechos humanos o actos jurídicamente irrelevantes (una invitación para cenar, la cita para una excursión o para una diversión en común, la lectura de un manifiesto público, hacer gimnasia, fumar un cigarrillo, sostener una discusión y similares). Éstos que, sin embargo, son hechos naturales o hechos humanos –actos–, son indiferentes para el Ordenamiento Jurídico⁹¹.

Finalmente, a manera de corolario, SANTORO PASSARELLI logra articular un concepto estrechamente ligado a los anteriormente expuestos denominando hechos jurídicos a los productores de un acontecimiento jurídico, consistente, en particular, en la constitución, en la modificación o en la extinción de una relación jurídica o bien en la sustitución de una relación por otra relación jurídica nueva; o también, en otro caso, en la cualificación de una persona, de una cosa o de un hecho⁹².

⁹⁰ Vid. MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho civil y comercial; Vol. II; Doctrinas Generales; Biblioteca Clásicos del Derecho Civil y Comercial; Editorial Oxford; México, 2003; Pág. 365 ss.

⁹¹ De ordinario, los hechos humanos o actos son positivos, pero también los hechos humanos negativos (como el silencio; la falta de entrega de la cosa arrendada, después de haberse cumplido el término del arrendamiento; las omisiones, etc.), pueden tener efecto jurídico. De los hechos naturales interesan el transcurso del tiempo; el nacimiento de la persona (como hecho que confiere la cualidad de sujeto de derechos); alcanzar la mayor edad; la muerte de la persona; el perecimiento de las cosas. De los hechos humanos, además de las situaciones o estatus, interesan los actos humanos en general, los cuales implican la presencia de una voluntad y, cuando son jurídicamente relevantes, asumen la figura de actos jurídicos. Cfr. MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho civil y comercial; Vol. II; Doctrinas Generales; Biblioteca Clásicos del Derecho Civil y Comercial; Editorial Oxford; México, 2003; Pág. 366 ss.

⁹² Vid. SANTORO PASSARELLI, Francesco: Doctrinas Generales del Derecho Civil; Traducción y concordancias de derecho español por A. LUNA SERRANO; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1964; Pág. 109.

En cuanto a los hechos naturales, VILLORO TORANZO opinaba que son los que deben su existencia a factores totalmente ajenos al hombre y que no por eso dejan de producir efectos en el orden social: tempestades, plagas, inundaciones, muertes, etc. Los juristas nunca se han sentido muy a gusto al tratarlos y que sepamos falta una teoría jurídica que los estudie en forma completa. La razón es que el Derecho es un instrumento para las relaciones humanas y, cuando las fuerzas de la naturaleza repercuten en dichas relaciones, el resultado siempre tiene algo de imprevisible, de incontrolable. Por eso, la actitud de los juristas siempre ha consistido en reducir hasta donde se pueda el elemento imprevisible y en tratar de controlarlo por medio de ficciones jurídicas. Así han aparecido las doctrinas sobre la “fuerza mayor”, sobre el “caso imprevisto”, entre otras⁹³.

En este orden de cosas, a propósito de lo recientemente referido, importa denotar que nuestro Código Civil no define el caso fortuito y la fuerza mayor; sin embargo, en algunos de sus artículos hace referencia directa a los mismos, por ejemplo: el Arto. 1912 inc. 1 se refiere a la **pérdida de la cosa por caso fortuito**; el Arto. 3462 **habla conjuntamente del caso fortuito y de la fuerza mayor**. En este punto, creemos conveniente la opinión manifestada por LACRUZ BERDEJO; opinión que es abrazada en nuestro medio por GUZMÁN GARCÍA cuando expone que doctrinalmente se puede distinguir entre caso fortuito y fuerza mayor a través del criterio de que uno es el resultado de la intervención de fuerzas de la naturaleza (maremoto) y la otra, debida a eventos en los que han intervenido terceros (guerra); por ello se dice que uno es imprevisible y la otra inevitable⁹⁴.

⁹³ Cfr. VILLORO TORANZO, Miguel: Introducción al Estudio del Derecho; Décimo primera Edición; Editorial Porrúa, S. A.; México, 1994; Pág. 338 ss.

⁹⁴ GUZMÁN GARCÍA, J. J.: Apuntes de Derecho de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones; Colección Facultad de Ciencias Jurídicas; Universidad Centroamericana; Pág. 111.

1.2. El acto jurídico

Antes de ocuparnos detalladamente de la estructura del acto jurídico, indicaremos que los artículos relativos, por la fuerza misma de las cosas, se hallan concentrados en el Libro Tercero de nuestro Código Civil el cual se intitula de la manera que sigue: “De las obligaciones y contratos”. Explícate esto en atención a que los redactores del Código Civil consideraron el contrato, como la expresión tipo del acto jurídico. Tan es cierto esto, que en la teoría general del contrato, comprendieron la teoría de la obligación, exponiéndose en esta forma a las más justificadas críticas⁹⁵.

Según sostienen autorizados expositores, entre ellos BONNECASE; el Código Civil francés no ha consignado y no tenía por qué hacerlo, –y ello es válido para el nuestro– la definición del acto jurídico. Se limita a aplicarla a propósito de cada uno de los actos jurídicos que reglamenta, sin duda con una definición preconcebida, pero no formalmente expresada mediante una declaración de principios. Prosiguiendo con la idea apuntada, podemos conceptuar; si se quiere, el acto jurídico como una manifestación exterior de voluntad, bilateral, unilateral e inclusive plurilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un

⁹⁵ Los redactores del Código Civil francés no juzgaron oportuno reglamentar el acto jurídico en su conjunto y en una parte determinada de esta obra. No obstante, el Código Civil comprende una serie de textos que, reunidos por el intérprete, constituyen una reglamentación general del acto jurídico, correspondiendo a ésta una concepción de las más precisas. Cfr. BONNECASE, Julien: Elementos de Derecho Civil; Tomo II; Volumen XIV; Traducción por el Lic. José M. Cajica; Biblioteca Jurídico-Sociológica; México, 1945; Pág. 220 ss. En idéntico sentido se expresan RIPERT y BOULANGER al manifestar que la construcción dogmática del acto jurídico es obtenida por un esfuerzo doctrinario de análisis, la noción de acto jurídico peca por exceso de generalidad. Concebido con miras a una fácil aplicación práctica, el Código Napoleón sólo da reglas generales para los contratos; no se preocupa por las manifestaciones unilaterales de voluntad, más que para formular soluciones particulares respecto a algunas de ellas. La teoría del acto jurídico, en esta forma, estuvo restringida a la teoría de los contratos. Con todo el concepto de acto jurídico en una introducción al estudio del Derecho civil, permite hacer aparecer reglas fundamentales que son comunes a las diversas manifestaciones de voluntad. Vid. RIPERT, Georges–BOULANGER, Jean: Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol; Tomo I; Parte General; Ediciones La Ley; Buenos Aires, Argentina, 1963; Pág. 416.

efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho⁹⁶.

En cuanto a la significación terminológica de acto, es oportuno anunciar que la mayoría de autores concuerdan con RIPERT y BOULANGER al referir que el término acto tiene en el idioma del derecho dos sentidos diferentes: tan pronto designa una operación jurídica, y corresponde al latino *negotium*, como designa un escrito probatorio destinado a verificar alguna cosa y corresponde a la palabra latina *instrumentum*⁹⁷. Así explicado, una venta, una donación y un pago, considerados en sí mismos y haciendo abstracción de su prueba, son actos jurídicos; los documentos públicos o privados que los acreditan son actos instrumentales⁹⁸.

Nosotros por nuestra parte, admitimos en su totalidad el planteamiento de FRANCESCO MESSINEO al decirnos que en sentido amplio, se entiende por acto jurídico un acto humano, realizado consciente y voluntariamente por un sujeto (por lo general, capaz de obrar), del cual nacen efectos jurídicos porque el sujeto, al realizarlo, quiere determinar un resultado; y tal resultado se toma en consideración por el derecho. En sentido inverso, son actos humanos no jurídicos aquellos que, por su naturaleza, no son materia de relaciones jurídicas y aquellos que tienen por sustrato un interés no merecedor de protección jurídica. Prescindiendo de los actos jurídicos que entran en el campo del Derecho Público y Penal o en el campo

⁹⁶ Vid. BONNECASE, Julien: Elementos de Derecho Civil; Tomo II; Volumen XIV; Traducción por el Lic. José M. Cajica; Biblioteca Jurídico-Sociológica; México, 1945; Pág. 222 ss.

⁹⁷ En este punto, ilustrativa resulta la opinión de PÉREZ GALLARDO, citando a NÚÑEZ LAGOS y GATTARI, al estimar que en el estudio del concepto de escritura pública, como subespecie paradigmática del instrumento público, "surge una diferencia entre dos planos, mentalmente separables, pero que en el mundo óptico y ontológico constituye una estructura que se exhibe unificada; el plano del *negotium*, que pertenece al derecho material o sustantivo y el plano del *instrumentum*, propio del derecho notarial, que es un derecho formal. Es decir negocio e instrumento están recíprocamente interferidos". Cfr. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: Apuntes sobre la nulidad documental en el Derecho Notarial nicaragüense (A propósito del centenario de la Ley del Notariado) en Lecciones de Derecho Notarial; Primera Edición; Facultad de Ciencias Jurídicas; Managua, 2009; Pág. 383.

⁹⁸ Vid. RIPERT, Georges-BOULANGER, Jean: Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol; Tomo I; Parte General; Ediciones La Ley; Buenos Aires, Argentina, 1963; Pág. 415.

del derecho procesal (civil o penal), los actos jurídicos que deben asignarse al territorio del derecho privado son –de ordinario– manifestaciones de voluntad⁹⁹.

Es interesante –para efectos didácticos– hacer una clasificación en torno a la clasificación del acto jurídico; así, tenemos:

- a. Actos que consisten en declaraciones de voluntad, o sea en conjuntos de palabras, pronunciadas o escritas, o de signos, o en comportamientos, por medio de los que el sujeto hace saber (comunica) a otro que tiene un determinada voluntad –hecha jurídicamente relevante con la declaración– y que persigue un determinado efecto, que se hace considerar como dependiente de aquella voluntad, la cual es determinante de aquel efecto. El efecto perseguido es siempre la modificación, o la conservación, de una determinada situación; más exactamente, la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, o de un derecho subjetivo, o de un estatus, en cuanto reconocidos válidos por el Ordenamiento Jurídico. Estos actos se llaman negocios jurídicos y son los que más importa estudiar por su frecuencia y por la compleja disciplina que les es propia. Aquí, sin embargo, es necesario advertir inmediatamente que es normal una cierta separación en el tiempo entre el nacimiento del negocio y su eficacia.
- b. Actos que consisten en la inmediata realización de una voluntad (denominados actos reales, o efectuales, o materiales, o no negociales, o comportamientos); esos actos no consisten en declaraciones de voluntad. Aquí no hay diferencia de tiempo entre la producción del acto y su efecto, ya que la voluntad que anima al acto está dirigida a la obtención de un efecto material inmediato; y tampoco tiene relevancia el que sea conocido de otro el efecto que se sigue del acto. La categoría de que tratamos es importante prácticamente, porque –de ordinario– no se aplican a estos actos las normas sobre la capacidad, sobre la forma y sobre la publicidad, que son propias de los negocios jurídicos.

⁹⁹ Cfr. MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho civil y comercial; Vol. II; Doctrinas Generales; Biblioteca Clásicos del Derecho Civil y Comercial; Editorial Oxford; México, 2003; Pág. 377 ss.

- c. Existen otros actos, también ellos consistentes en declaraciones de voluntad dirigidas a la obtención de un determinado efecto, pero cuya característica es que produzcan, al mismo tiempo, otro efecto particularmente relevante, el cual, sin embargo, nace por virtud de ley, sin que sea necesaria a tal objeto la voluntad del sujeto, a la que, por tanto, no se toma en consideración. Tales declaraciones de voluntad no son negocios jurídicos. A ellos conviene la calificación de actos jurídicos *stricto sensu*; no se les aplican, de ordinario, los principios de los negocios jurídicos.
- d. Se denominan actos jurídicos debidos aquellos que se realizan en cumplimiento de una obligación, por constricción, y no ya por la libre elección de sujeto. Los mismos concurren en materia de cumplimiento de las obligaciones, pero no exclusivamente en este campo (por ejemplo, también en materia de cumplimiento de obligaciones de derecho familiar)¹⁰⁰.

1.3. La doctrina del acto jurídico en el Código Civil nicaragüense

Dejamos expresado en párrafos anteriores que nuestro Código Civil no ha sistematizado la teoría general del acto jurídico, sino que se refiere a ella al tratar de las normas generales sobre las obligaciones y los contratos. El Código no emplea, por de pronto, la expresión acto jurídico, sino “acto” o “actos y contratos” o “acto celebrado” o “actos ejecutados” o “convenciones de los particulares”, y todas estas expresiones se encuentran especialmente al tratar “De las obligaciones y Contratos” (Libro III). De modo que, atendida la denominación de este Libro, deberíamos entender que sus disposiciones se refieren normalmente al contrato y no al acto jurídico en general. Más aun: hay un Capítulo (IV) dentro del Título (VII) que concierne formalmente sólo a los contratos; se denomina: “De la interpretación de los contratos”, y en su articulado sólo se habla de “contratantes”, “contratos” y “convención”.

¹⁰⁰ Ídem. 377.

No obstante, entendemos que una interpretación restringida sería errónea, pues las disposiciones del Libro III que hablan de “contratos” de “actos” o de “convenciones de los particulares” son de aplicación general. Y aun este Título VII, que tanto por su denominación como por su articulado pareciera limitarse sólo a los contratos, debe aplicarse a la interpretación de cualquier acto jurídico. Por otra parte, el legislador se refiere a “actos y contratos”, como puede observarse, verbigracia, en el Capítulo de la Nulidad y Rescisión donde se habla de “acto o contrato” en la casi totalidad de sus diecinueve artículos. En otros términos: el legislador ha reglamentado la teoría general de los actos jurídicos al consignar los principios generales del contrato; pero este defecto de construcción técnica lo suple el Código refiriéndose constantemente a los “actos y contratos” en la mayoría de los artículos pertinentes del Libro III.

1.4. Derecho comparado

Según expone LEÓN HURTADO, los Códigos inspirados en el Código Civil francés tratan casi siempre la teoría general de los actos jurídicos entremezclada con la teoría general del contrato. Otras legislaciones modernas como el Código Civil alemán, el Código suizo, el brasileño y otros, reglamentan en un capítulo determinado todo lo concerniente al acto jurídico, ya que es una materia de aplicación general. La falta de sistematización acarrea a veces repeticiones inútiles, o dudas sobre la extensión con que deba aplicarse una disposición¹⁰¹.

Sirva pues la anterior explicación histórica para comprender por qué nuestro Código Civil inserta la balumba de disposiciones genéricas referente al acto jurídico en el respectivo Libro III.

¹⁰¹ Vid. LEÓN HURTADO, Avelino: La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos; Primera Edición; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, 1952; Pág. 19.

1.5. El contrato: delimitación del concepto

Convenimos plenamente con la opinión de LUIS MUÑOZ al decirnos que el valor científico y práctico de la teoría del contrato es reconocido por la pluralidad de los tratadistas; y es que la elaboración de aquella permite ofrecer criterios y orientaciones inapreciables, además de la ventaja metodológica que supone para el jurista si es certeramente construida¹⁰².

Concebida en los términos anteriormente expuestos, nos adentramos a develar el significado semántico del término contrato. Según entiende PUIG BRUTAU, la palabra contrato puede emplearse en sentido amplísimo, como acuerdo de voluntades mediante el cual los interesados se obligan para los fines más diversos. En este caso, la palabra sería de aplicación tanto en el Derecho privado como en el público e incluso en el internacional. Es necesario, por consiguiente, restringir su concepto para que corresponda al grupo de normas que en los ordenamientos jurídicos modernos constituyen el Derecho contractual. En sentido más preciso, el contrato es toda convención o acuerdo de voluntades por el que se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas de contenido patrimonial y que se encuentran al alcance de la autonomía privada¹⁰³.

Con criterio aun más estricto, la palabra contrato hace referencia al acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que se crean, modifican o extinguen relaciones pertenecientes al Derecho de obligaciones. En este sentido se ha dicho que todo contrato es un negocio jurídico bilateral, pero que no todo negocio jurídico bilateral es un contrato. El contrato, propiamente existe cuando la voluntad de cada una de las partes actúa en consideración a un interés opuesto o distinto del que impulsa a la otra. Los contratantes persiguen intereses opuestos que se armonizan mediante su acuerdo de voluntades¹⁰⁴.

¹⁰² Vid. MUÑOZ, Luis: Teoría General del Contrato; Primera Edición; Cárdenas Editor y Distribuidor; México, 1973; Pág. 1 ss.

¹⁰³ Cfr. PUIG BRUTAU, José: Fundamentos de Derecho Civil; Tomo II; Vol. I; Doctrina General del Contrato; Tercera Edición; BOSCH, Casa Editorial, S.A.; Barcelona, 1988; Pág. 10.

¹⁰⁴ Según ha dicho ESPÍN CÁNOVAS, el contrato cumple una importante función social en la cooperación humana para satisfacer las más variadas necesidades. A lo largo de la historia, desde la primitiva permuta

1.6. La noción de contrato en el Código Civil nicaragüense

Nuestro Código Civil vigente, soslayando el brocardo *omnis definitio in iure periculosa est*; consagra en el Arto. 2435 una definición poco técnica de contrato: "... acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o aclarar entre las mismas un vínculo jurídico"¹⁰⁵.

Apartándonos de la definición legal apuntada, sépase que por el contrato puede constituirse, modificarse o extinguirse cualquier relación patrimonial¹⁰⁶. Del contrato no nacen solamente relaciones obligatorias a las que se reconoce efectos jurídicos limitados a las partes contratantes; en efecto, de algunos contratos (por ejemplo, de la compraventa, de la constitución convencional del usufructo, etc.), se deriva la transferencia o la constitución de verdaderos derechos reales¹⁰⁷.

anterior a la aparición de la primera moneda (*pecus*) hasta las actuales y complejas figuras contractuales, se han ido moldeando muy variados tipos de contrato, de los que unos tienden a permanecer y otros van adaptándose a cada época. La historia de la contratación va unida insoslayablemente a la evolución de la humanidad. Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, Diego: Manual de Derecho Civil Español; Vol. III; Obligaciones y Contratos; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1983; Pág. 354.

¹⁰⁵ Según señala CUADRA ZAVALA, falta en esta definición la palabra **disolver** que contiene el Código Civil italiano. Cfr. CUADRA ZAVALA, Joaquín: Anotaciones al Código Civil de Nicaragua; Editorial Hispamer; Managua, 2004; Pág. 886. Por su parte BENDAÑA-GUERRERO, al referirse al Arto. 1321 del Código Civil italiano de 1942 que define al contrato como: "El acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o **extinguir** entre sí una relación jurídica patrimonial", señala que esta definición ha adoptado un amplio criterio que abarca a los contratos constitutivos, que son la mayor parte: los modificativos y resolutorios o liberatorios. Cfr. BENDAÑA-GUERRERO, Guy: Estudio de los Contratos; Ediciones de la Universidad Americana, UAM; Managua, 2001; Pág. 9.

¹⁰⁶ Según expone ALBERTO TRABUCCHI, a través del contrato podrán regularse también intereses extra patrimoniales: intereses tutelados, por ejemplo, por una cláusula penal. Cfr. TRABUCCHI, Alberto: Instituciones de Derecho Civil; Vol. II; Obligaciones y Contratos; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1967; Pág. 163.

¹⁰⁷ En una recta interpretación jurídica, el contrato de compraventa genera el derecho de exigir la entrega de un determinado bien. Ponemos esto de manifiesto porque debe recordarse que en nuestro sistema jurídico perviven dos sistemas contrapuestos en cuanto a la adquisición de los derechos reales: el sistema del título y el modo y el sistema consensualista. Esta realidad se puede ejemplificar acudiendo a los siguientes artículos que evidencian la profunda raigambre consensualista: Arto. 616 C.: "Todo individuo es libre de disponer de sus propiedades sin restricción alguna, por venta, donación, testamento o cualquiera otro título legal...". Arto. 2540 C.: "La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado". En cuanto al sistema de adquisición a través del título y el modo, ponemos de manifiesto los siguientes artículos: Arto. 1434 C.: "La acción de reivindicación nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, y en virtud de ella, el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentre en posesión de ellas". Arto. 3936 C.: "Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces, lo mismo que el de las naves, por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad...". Según refiere Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, la compraventa –en el derecho español– es un contrato

El instrumento contractual, por el que las partes, actuando en su propio interés, fijan el punto de encuentro de intereses opuestos (compraventa) o concurrentes (contrato de sociedad), representa el medio más adecuado para obtener el ideal de la colaboración voluntaria. El contrato, así, es un vehículo relevante que expresa el dinamismo de la vida colectiva, que se desarrolla, precisamente, a través de acuerdos entre los sujetos. El derecho reconoce la obligatoriedad de los pactos y fija sanciones que tengan por fin el que los sujetos jurídicos respeten el resultado de un libre acuerdo: *quod prius est libertatis postea fit necessitatis*. El *stare pactis* por el que los contratantes unilateralmente no pueden liberarse de las obligaciones asumidas en el contrato, es una necesidad de la colaboración (El Arto. 2479 C. establece: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales); los sujetos deben observar igualmente los mandatos de la ley (voluntad del Estado o heteronomía), y los preceptos que ellos mismos hubieran establecido voluntariamente (autonomía privada)¹⁰⁸.

Finalmente, podemos definir el contrato como la convención generadora de obligaciones o bien el acuerdo de las voluntades de dos o más partes destinados a crear obligaciones¹⁰⁹. Cabe destacar –según señala ALESSANDRI RODRÍGUEZ– que sólo son contratos las convenciones que crean obligaciones. El acto jurídico que no las crea, aunque sea bilateral, no lo es. La tradición, por ejemplo, es una convención, porque requiere el concurso de las voluntades del tradente y del adquirente; pero no es contrato, porque no crea obligaciones. De lo dicho resulta que el contrato es un acto jurídico, porque lo genera la voluntad

de carácter consensual, en el sentido de que se perfecciona por el mero consentimiento, y productor de obligaciones. Dice al efecto el Arto. 1450 del Código Civil español que es obligatoria para ambos contratantes si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni una ni otro se hayan entregado. Por tanto, otorga únicamente a las partes el derecho a exigir el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones. Para la adquisición del dominio por el comprador se necesita que, además del contrato, concorra la tradición de la cosa vendida. (Ver artículo 609 y 1095 del Código Civil español). Cfr. Díez-PICAZO, Luis- GULLÓN, Antonio: Sistema de Derecho Civil; Vol. II; Novena Edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2005; Pág. 257.

¹⁰⁸ Vid. TRABUCCHI, Alberto: Instituciones de Derecho Civil; Vol. II; Obligaciones y Contratos; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1967; Pág. 164.

¹⁰⁹ Nuestro Código Civil afirma el doble efecto del contrato, “efecto obligatorio” (creador de obligaciones) y “efecto real” (traslativo de derechos reales).

humana y está destinando a producir efectos jurídicos; es un acto bilateral o convención, porque, para generarse, requiere el concurso de las voluntades de dos o más partes, y es una clase especial de convención, porque sólo tiene por objeto crear obligaciones¹¹⁰.

1.7. Diferencia entre contrato y convención

Según señalan COLIN y CAPITANT, el Arto. 1101 del Código Napoleón¹¹¹ parece aventurarse a distinguir el contrato de la convención, hacer de ésta el género y de aquél la especie. En efecto, se reserva algunas veces el nombre de contrato para las convenciones que tienen por objeto originar o transmitir un derecho, derecho de crédito o derecho real. “La especie de convención, que tiene por objeto formar alguna obligación, es la que se llama contrato”. Las convenciones que no constituyan contrato serán, pues, los acuerdos de voluntades destinados a modificar o extinguir derechos, como la novación o el pago. Pero esta distinción entre los contratos y las convenciones sólo tiene un interés de terminología; las mismas reglas generales se aplican a unos que a otros. Y hasta en algunos casos el Código emplea indiferentemente una u otra expresión¹¹².

En sentido similar, ALESSANDRI RODRÍGUEZ señala que no es lo mismo contrato que convención. La convención es el género y el contrato la especie.

Todo acuerdo de voluntades, cualquiera que sea su objeto, ya consista en crear, modificar, conservar, transferir, o extinguir un derecho, es convención. Sólo es contrato la convención creadora de obligaciones. Todo contrato es necesariamente una convención; pero no toda convención es contrato. Por esto, en una acepción más restringida, la voz convención se emplea para referirse a los actos jurídicos bilaterales que no tengan por objeto crear obligaciones. El Código Civil chileno identificó ambas expresiones porque el contrato es la más frecuente

¹¹⁰ Vid. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: De los contratos; Editorial Jurídica de Chile; sf. Pág. 4.

¹¹¹ “El contrato es un convenio por el cual una o más personas se obligan para con otra u otras a dar, a hacer, o a no hacer alguna cosa”.

¹¹² Vid. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H.: Curso elemental de Derecho Civil; Tomo Tercero; Teoría General de las Obligaciones; Instituto Editorial Reus; Madrid, 1960; Pág. 568.

de las convenciones y porque prácticamente la distinción entre contrato y convención no tiene mayor importancia, pues uno y otra se rigen por las mismas reglas generales¹¹³.

1.8. Naturaleza jurídica del contrato

Según refiere la doctrina jurídica más en forma, el contrato es un negocio jurídico bilateral puesto que se integra de dos partes (cada una con una sola o varias personas) que declaran su respectiva voluntad con la finalidad que la norma indica (consentir en obligarse para dar alguna cosa, prestar algún servicio o abstenerse de realizar algo). Pero el contrato no se identifica con los negocios jurídicos bilaterales, puesto que hay negocios de esta clase que no son contratos (por ejemplo, el matrimonio), si bien el contrato es siempre un negocio jurídico bilateral, caracterizado por venir regido por principios y normas peculiares (así el principio de autonomía privada), además de aquellas que son comunes a todos los negocios de la misma clase (por ejemplo, los vicios del consentimiento)¹¹⁴.

En sentido semejante, cabe anotar que frente a la concepción genérica que asimila el contrato y le identifica con cualquier negocio jurídico bilateral o plurilateral, se propugna por la doctrina un concepto más exacto y restrictivo, que generalmente se reduce al negocio jurídico bilateral creador de obligaciones. Y dando un paso más en la delimitación de su concepto, parte de la doctrina alemana, exige además que sea de contenido patrimonial. Así lo observaba agudamente PÉREZ SERRANO cuando se refería al contrato como instituto meramente patrimonial el cual se configura como organismo de conjunción entre intereses distintos, pero sólo para provecho y servicio de la comunidad¹¹⁵.

¹¹³ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: De los contratos; Editorial Jurídica de Chile; sf. Pág. 4.

¹¹⁴ Vid. SANTOS BRIZ, J., SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., GONZÁLEZ POVEDA, P., MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., PAZ RUBIO, J.M.: Tratado de Derecho Civil; Teoría y Práctica; Tomo III; Derecho de Obligaciones; Editorial Bosch; Barcelona, 2003; Pág. 206.

¹¹⁵ Cfr. ALFONSO DE COSSIO, Manuel; LEÓN-CASTRO, José: Instituciones de Derecho Civil: Parte General, Obligaciones y Contratos; Tomo I; Segunda Edición; Editorial Civitas, S.A., 1991; Pág. 411 ss.

1.9. Los elementos del contrato en la doctrina¹¹⁶

Convenimos con la opinión de DE CASTRO al decir que el distinguir los elementos del negocio jurídico interesa para responder a las preguntas: ¿qué valor tiene cada uno de ellos, respecto a la existencia o validez del negocio?, ¿qué significado les corresponde, cuando se trata de la eficacia del negocio? Prácticamente, la cuestión importa cuando se trata de afirmar o de negar ante los tribunales la validez o la ineficacia del negocio. La doctrina, por su parte, se ha esforzado en analizar la realidad social en que consiste el supuesto de hecho del negocio. Por último, se ha considerado el negocio en su aspecto de regla negocial, para separar, según su origen, los efectos atribuidos al negocio¹¹⁷.

La doctrina distingue tres clases de elementos del negocio: esenciales, naturales y accidentales. Son esenciales (*essentialia negotii*) aquellos necesarios para que exista cualquier negocio o un tipo determinado de negocio, sin los cuales no puede existir. Naturales (*naturalia negotii*) son los elementos que normalmente acompañan al negocio por ser conforme a su naturaleza; se les sobreentiende aunque no se expresen, pero las partes pueden excluirlos voluntariamente por no ser necesarios para que exista el negocio. Accidentales (*accidentalialia negotii*) son los que no son ni necesarios para que exista el negocio, ni normalmente se

¹¹⁶ Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis y A.A.V.V.: Elementos de Derecho Civil; Volumen Primero; Segunda Edición; Derecho de Obligaciones; Parte General; Teoría General del Contrato; Editorial Dykinson; Madrid, 2000; Pág. 358. PUIG BRUTAU, José: Fundamentos de Derecho Civil; Tomo II; Vol. I; Doctrina General del Contrato; Tercera Edición; BOSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1988; Pág. 37. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Curso de Derecho Civil; El Negocio Jurídico; Editorial Tecnos; Madrid, 1969; Pág. 24. DÍEZ-PICAZO, Luis: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Vol. I.; Introducción-Teoría del Contrato; Quinta Edición; Editorial Civitas; Madrid, 1996; Pág. 143. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: Sistema de Derecho Civil; Vol. II; Novena Edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2005; Pág. 39. BETTI, Emilio: Teoría General del Negocio Jurídico; Traducción de A. Martín Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; s/f; Pág. 97. MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial; Doctrinas Generales; Vol. 2; Editorial Oxford; México, D.F., 2003; Pág. 405. TRABUCCHI, Alberto: Instituciones de Derecho Civil; Tomo II; Obligaciones y Contratos; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1967; Pág. 167. SANTORO PASSARELLI, F.: Doctrinas Generales del Derecho Civil; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1964; Pág. 152. ORTIZ-URQUIDI, Raúl: Derecho Civil; Parte General; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1977; Pág. 273. VARGAS PACHECO, José María: Doctrina General del Contrato; Editorial Juricentro; Pág. 25. BRENES CÓRDOBA, Alberto: Tratado de los Contratos; Sexta Edición; Editorial Juricentro; Pág. 56. BENDAÑA-GUERRERO, Guy: Estudio de los Contratos; Ediciones de la Universidad Americana, UAM; Managua, 2001; Pág. 39.

¹¹⁷ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico: El Negocio Jurídico; Introducción de Juan Vallet de Goytisolo; Editorial Civitas, S.A.; Madrid, 1985; Pág. 53.

entienden contenidos en él, pero por voluntad de las partes pueden añadirse al negocio: de estos elementos accidentales tres son de especial importancia: condición, término y modo¹¹⁸.

Solamente los elementos esenciales pueden llamarse requisitos del negocio. Pueden ser estos requisitos esenciales, comunes a todos los negocios, o especiales, que son los típicos de una determinada especie de negocio, como el precio en la compraventa. Los requisitos esenciales y comunes a todos los negocios son fundamentalmente dos: la declaración de voluntad y la causa o fin; algunos autores destacan también el objeto y la forma. En cuanto a los elementos naturales son efectos derivados de las normas dispositivas, que, por tanto, producen su efecto por su propio carácter normativo, si bien, en cuanto pueden ser eliminadas por la voluntad contraria negocial, en uso de la autonomía privada de las partes, han ocasionado la construcción doctrinal usual de considerar dichas normas como elementos naturales del negocio¹¹⁹.

Finalmente, los elementos accidentales son simplemente el ejercicio de la autonomía privada; a diferencia de los elementos naturales en que la autonomía volitiva se revela negativamente, suprimiendo efectos de las normas dispositivas, en los accidentales se muestra esa autonomía de modo positivo al incorporar al negocio efectos que no están previstos en la regulación legal de ese tipo negocial. Podemos, por tanto, resumir esta tradicional clasificación de los elementos afirmando que, mientras los esenciales son los requisitos del negocio jurídico (generales o especiales), los naturales y accidentales expresan, de vario modo, la esfera de autonomía de voluntad del individuo en la celebración del negocio¹²⁰.

¹¹⁸ ESPÍN CÁNOVAS, Diego: Manual de Derecho Civil Español; Vol. I; Parte General; Octava Edición; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1982; Pág. 510.

¹¹⁹ *Íbidem.* 511.

¹²⁰ *Ídem.* 511.

1.10. Los elementos esenciales del contrato en el Código Civil nicaragüense

Como es bien sabido, nuestro Código Civil constituye un facsímile *ad litteram* de otros cuerpos normativos aquilatados con mayor prolijidad. Iniciaremos el desenvolvimiento del acápite propuesto trayendo a colación lo preceptuado por el Arto. 2447 C. el cual establece que para que haya contrato se requiere el consentimiento de los contratantes y el objeto que sea materia del contrato¹²¹.

Sin pretender hacer un estudio enjundioso –ya que la obra no lo permite– sobre el elemento causa, entendemos que una es la causa de la obligación y otra la causa del contrato. En este sentido, AUBRY y RAU sostienen que la causa de la obligación es la consideración que lleva a una parte a obligarse, en tanto que la causa del contrato es el móvil que determina a esa parte a contratar. No debemos soslayar que el Código Napoleón –y los inspirados en él, incluido el nuestro– surge de las bases anteriores proporcionadas por DOMAT Y POTHIER y de ellas, el legislador francés, al elaborar el Código, consideró a la causa (la causa de la obligación, que no es la misma que la causa del contrato) como uno de los elementos esenciales del contrato. Así expresamente lo dice el artículo 1108 (Código Napoleón) que a la letra reza: “Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención: el consentimiento de las parte que se obliga; su capacidad para contratar; un objeto cierto que forma la materia del compromiso; una causa lícita de la obligación”¹²².

En sentido semejante, DÍEZ-PICAZO sostiene que la inicial confusión entre causa de la obligación y causa del contrato es fruto de la confusión entre *contractus* y *obligatio contracta*. Sin embargo –prosigue el citado autor–, debemos tratar de deslindar ambos conceptos: causa de la obligación y causa del contrato o, en general, del negocio jurídico. Causa de la obligación o *causa debendi* es el fundamento jurídico de la existencia de una deuda, entendida como deber jurídico

¹²¹ Según sostiene enfáticamente CUADRA ZAVALA, nuestro Código siguió en esto al Código español, aunque para algunos contratos exige la forma como requisito consustancial. Cfr. CUADRA ZAVALA, Joaquín: Anotaciones al Código Civil de Nicaragua; Editorial Hispamer; Managua, 2004; Pág. 893.

¹²² Cfr. ORTIZ-URQUIDI, Raúl: Derecho Civil; Parte General; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1977; Pág. 350.

de realización de una prestación; es lo que justifica el deber de prestación. Pues bien, el fundamento justificativo de un deber de prestación es un supuesto de hecho o *species facti* a la cual el Ordenamiento Jurídico liga la obligación. Causa es el hecho constitutivo de la obligación, la fuente de la obligación¹²³.

Nuestro Código Civil establece en el Arto. 1872 que aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, y es lícita, mientras el deudor no pruebe lo contrario. El Arto. 1873 C. establece que la obligación será válida, aunque la causa expresada en ella sea falsa. En este punto, nuestro Código difiere con el Código chileno el cual en su Arto. 1113 establece: “La obligación sin causa, o sea, con causa falsa, o con causa ilícita, no puede tener ningún efecto”. Nosotros entendemos que el Arto. 1113 del Código chileno incurre en la confusión de asemejar la falta de causa con la idea de causa falsa, cuestiones totalmente diferentes. Finalmente, nuestro Arto. 2436 C. establece: “Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, se requiere, para las que nacen del contrato, el consentimiento, y que se cumplan las solemnidades que la ley exija”. De la exégesis de los artículos expuestos, podemos extraer que los elementos esenciales para la validez de los negocios en nuestro derecho son: consentimiento, objeto, causa y la forma en los supuestos determinados de manera taxativa por la norma.

1.11. Crítica de la teoría general de los elementos del negocio jurídico

Según señala CASTÁN TOBEÑAS, la teoría general de los elementos del negocio jurídico –ciertamente muy antigua y generalizada– adolece de inconvenientes graves, que justifican haya sido dicha construcción abandonada por muchos romanistas y civilistas modernos. En realidad, agrupa la teoría clásica conceptos jurídicos profundamente diversos. Los llamados elementos esenciales lo son de constitución del negocio, y merecen la denominación de requisitos del mismo. Los

¹²³ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Volumen Primero; Introducción, Teoría del Contrato; Quinta Edición; Editorial Civitas; Madrid, 1996; Pág. 234.

naturales y accidentales, en cambio, se refieren al contenido y efectos del negocio: no son otra cosa que las consecuencias que el acto está destinado a producir, sea de pleno derecho, sea a consecuencia de las convenciones particulares de las partes¹²⁴.

En este mismo sentido se alza la autorizada opinión de DE CASTRO quien refiere que la doctrina, que ya mostrara sus reservas respecto la clasificación, hoy en general la critica y la abandona. Con razón se ha señalado su incorrección lógica, ya que para cada grupo se utiliza diverso criterio. Los elementos esenciales no se refieren siquiera a los del negocio en general, sino a los de cada tipo (según su causa) de negocio; los llamados elementos naturales no son elementos o requisitos, sino que consisten en los efectos atribuidos por las leyes o normas dispositivas; en fin, los accidentales, que ya son elementos (esenciales también para su eficacia) no del negocio en general, sino de cada negocio en concreto¹²⁵.

En cuanto a los elementos naturales, refiere DOMINGUES DE ANDRADE (citado por GUZMÁN GARCÍA); no obstante existir esta categoría –elementos naturales–, identificada por la doctrina tradicional como los efectos que los negocios jurídicos producen sin necesidad de estipulación correspondiente y que pueden ser excluidos por cláusula en contrario, su determinación se considera inapropiada. Siguiendo esta idea, manifiesta CARIOTA FERRARA (citado por GUZMÁN GARCÍA) que esta nomenclatura por su conceptualización, peca de error, siendo verdaderamente una *contradictio in terminis* atribuir la calificación de elemento a lo que constituye una consecuencia. En puridad, los elementos de esta categoría son inexistentes. A lo que en verdad sería lícito, por razones lógicas, atribuir un apelativo de natural, es a los efectos que, no siendo de carácter esencial, las

¹²⁴ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José: Derecho Civil Español, Común y Foral; Octava Edición; Tomo Primero; Introducción y Parte General; Volumen Segundo; Teoría de la Relación Obligatoria; Instituto Editorial Reus; Madrid, 1952; Pág. 486.

¹²⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: El Negocio Jurídico; Introducción de Juan Vallet de Goytisolo; Editorial Civitas, S.A.; Madrid, 1985; Pág. 54.

partes que en el negocio intervienen pueden, a voluntad, dejarlos fuera del mismo¹²⁶.

Por otra parte, los elementos accidentales son aquéllos que por la mera voluntad de las partes pueden acompañar a un determinado contrato, tales elementos pueden ser: la condición, el término y el modo. Estos son pues, elementos que introducidos por las partes, modifican el contenido o los efectos del negocio, con la virtualidad de constituirse en verdaderos elementos del negocio, sólo en cuanto son dispuestos como partes integrantes del contrato, y en razón de ello se despojan de la accidentalidad que les caracteriza, para concretarse en la realidad jurídica negocial. Conviene tener en cuenta el acertado razonamiento de CARIOTA FERRARA (citado por GUZMÁN GARCÍA) al decirnos que resulta un tanto dudoso hablar de una categoría de elementos accidentales del negocio jurídico, por cuanto constituyen situaciones sometidas a la voluntad de los negociantes, en razón de lo cual, pueden o no, ser tenidos en cuenta en la confección del negocio. Mas esa precisa nota distintiva produce la pendencia de que puedan convertirse en elementos esenciales, toda vez que de ellos se haga depender la validez del negocio, sea por las partes o bien por el mismo ordenamiento. Esto es que si algún elemento, por voluntad de las partes se eleva al carácter de imprescindible para la eficacia del negocio, entonces, no podría constituirse como esencial, en razón de que los elementos de este tipo – esenciales– están dispuestos ineludiblemente, por virtud del ordenamiento, puesto que él estipula normativamente los elementos que deben integrar el negocio, y en tal razón aún cuando se tuviese la intención de otorgarles la categoría de esenciales éstos no merecerían tal calificación¹²⁷.

¹²⁶ Cfr. GUZMÁN GARCÍA, J.J. – HERRERA ESPINOZA, J.J.: Contratos Civiles y Mercantiles; Colección Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Centroamericana; Primera Edición; Managua, 2006; Pág. 38.

¹²⁷ *Ibidem.* 39.

Concluimos pues, abrazando la opinión de GUZMÁN GARCÍA al recalcar que la moderna doctrina del Derecho civil, ha considerado esta clasificación de elementos como desacertada puesto que mezcla, artificiosamente, criterios distintos, a la par de confundir en algún caso elemento con efecto. Ahora bien, en el intento de elaborar una teoría general del contrato, aplicable tanto a los típicos como a los atípicos, se pueden diferenciar estos requisitos comunes, denominados elementos esenciales para su tratamiento en esta sede, en el entendido que se acompañan de otros que conforman cada contrato particularizado, y que tienen la misma importancia. Así pues, se puede concluir que lo que en realidad importa sobre lo que se denomina “elementos”, son los denominados “elementos esenciales”, que tal y como determina nuestro Código está integrado por el consentimiento, el objeto y la causa¹²⁸.

1.12. El negocio jurídico¹²⁹

¹²⁸ Íbidem. 40.

¹²⁹ El término negocio jurídico (traducción del alemán “*Rechtsgeschäft*”) se debe como lo fundamental de su dogmática a la doctrina alemana del siglo XIX. El vocablo “*negotium*” se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo Derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico. Por ello, no se introduce directamente en la ciencia jurídica, sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico; entonces se empleará la frase negocio jurídico para nombrar un tipo especial de actos jurídicos (“*negotium contractum*”, “*sinallagma*”). Lo ocurrido parece fue lo siguiente. La división del Derecho de GAYO, “*omne ius quo utimur, vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones*” (D. 1, 5, 1), se entendió referida a las personas, las cosas y las acciones procesales. A mediados del siglo XVI algunos autores, preocupados por la sistemática jurídica, pensaron que el término acciones debería considerarse usado en el sentido de actos o hechos humanos (Connano, 1557; Pedro Gregorio de Tolosa, 1587). Desarrollando esta idea, ALTHUSIO (1617) trata, en la parte general de su sistema, del “*negotium symbioticum*” (de cooperación humana) como “*factum civile*” o negocio de este mundo, al que caracteriza como “actividad humana que precede al establecimiento de los derechos”. La doctrina posterior, al menos la que se ocupa de Derecho natural y de Derecho público, irá utilizando, cada vez con más frecuencia, los términos de acto humano, declaración y negocio, al tratar de las promesas y contratos (Enrique y Samuel Cocceio, Heineccio, Vinnio), los que ya no tardan en pasar al lenguaje jurídico común. Citándose las obras de NETTEBLADT (1748, 1772) como difusoras del empleo y de la traducción de “*actus juridicus seu negotium juridicum*” en la frase alemana de negocio jurídico (“*ein rechtliches Geschäft*”).

La consagración del negocio jurídico como término técnico y figura básica de la dogmática del Derecho privado, se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica (Hugo, Heise, Thibaut, Savigny). Puede destacarse como decisiva la obra de Savigny, que utilizando como sinónimos los términos declaración de voluntad y negocio jurídico, estudia unitaria y detalladamente la problemática del negocio jurídico; cuya distinción respecto del concepto de acto jurídico resultará desde entonces evidente. De modo que, ya en la primera mitad del siglo XIX, el concepto de negocio jurídico puede considerarse

Nuestro Código Civil –a diferencia de otros– no trata el negocio jurídico de manera técnica y sistemática; inclusive en una recta apreciación, podemos aseverar que nuestro legislador desconoce la fisonomía propia del instituto referido. En algunas disposiciones, por ejemplo, en el Título XIII del Título Preliminar del Código Civil hay algunos visos que pudiera tenerse como germen de un desarrollo *a posteriori*: “Las disposiciones de una ley relativas a cosas o **negocios**¹³⁰ **particulares**,...”, empero, no sucede así.

generalmente recibido en las doctrinas alemana, austríaca y hasta en la belga de la época (*Warkoenig*). La legislación tarda algo más en utilizarle, pero pronto el Código Civil de Sajonia, de 1863, lo recoge y lo define, como concepto técnico, diciendo: “un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica”.

La fuerza expansiva de la ciencia alemana supera, incluso, a la influencia que en política tuviera el Estado alemán desde Bismarck. En la ciencia jurídica, ella todavía aumenta con la publicación del Código Civil. En su libro primero, parte general, se modifica la división de Gayo y se le sustituye por la de personas, cosas y negocios jurídicos, y a este tercer apartado se le atribuye la parte del león; recogiendo en él lo mejor de las enseñanzas del pandectismo. Este ejemplo de regulación legislativa no ha sido seguido, salvo alguna excepción (como arts. 81-158 C. c. brasileño; arts. 127-239 C.c. griego), pero la doctrina de casi todos los países del continente europeo ha acogido el concepto y hasta buena parte de la dogmática alemana sobre el negocio jurídico; pasando además el término de negocio jurídico al texto de algunas leyes (p. ej., art. 859 del C. c. austríaco reformado; artículos 33-35 C. obl. Suizo). En contraste con esta acogida, ha podido señalarse la de la doctrina francesa como de franca resistencia a recibir el concepto de negocio jurídico. Ella se ha mantenido fiel al uso tradicional del término acto jurídico (siguiendo a Grocio y Domat); más, sobre todo, le ha detenido una dificultad léxica, la imposibilidad de utilizar la frase “*affaire juridique*” para traducir la alemana negocio jurídico (con la que ya chocaron los traductores de Zachariae). En los últimos años se ha procurado utilizar el término “*acte juridique*” con el significado restringido de negocio jurídico, diciéndose (así, Planiol, Mazeaud, Roubier) que se emplea para designar la operación jurídica (“*negotium*”) y no su prueba (“*instrumentum*”). En la doctrina española, los autores no se apresuraron en aceptar el concepto de negocio jurídico. No correspondía a nuestra tradición jurídica –escribe DE CASTRO– y no resultaba necesario. Además, los textos legales empleaban las palabras “negocio” y “negocios civiles” en su sentido ordinario de asunto y de asuntos sometidos a decisión judicial (arts. 1248, 1735 C.c.; art. 267 L.O.P.J.; art. 51 L.E.C.). Valverde, amigo de novedades, será quien primero postula y defiende la recepción de dicho término. Sánchez Román, por el contrario, estima “no acertada ni ventajosa la nueva nomenclatura” y se atiene a la “clásica y antigua” de acto jurídico. De Diego, aunque no repugna aludir al negocio jurídico, prefiere como término clasificatorio el de “acto jurídico en sentido técnico”; serán después sus discípulos, los autores de su propia escuela, y con ellos Castán, los que, al fin, harán que arraiguen término y concepto de negocio jurídico. Uso que puede hoy considerarse firmemente consolidado; se le emplea de ordinario en las sentencias de los tribunales (comp. P. ej., S. 17 octubre 1932, 23 de mayo de 1935) y se han vulgarizado al extremo de encontrarse, incluso, en disposiciones ajenas al Derecho privado (p. ej., la Ley de Reforma Tributaria, art. 24, distingue entre acto y negocio jurídico). Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico: El Negocio Jurídico; Introducción de Juan Vallet de Goytisolo; Editorial Civitas, S.A.; Madrid, 1985; Pág. 19 ss.

¹³⁰ Sin lugar a dudas, el legislador nicaragüense atribuye al término negocio una noción común ajena a la meramente jurídica. Y es que *negotium*, según el Diccionario Ilustrado Latino-Español significa ocupación, trabajo, negocio, asunto molesto, actividad política o particular. Cfr. Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español-Latino; Prólogo de D. Vicente García de Diego; Sexta Edición; Publicaciones y Ediciones SPES, S.A.; Barcelona, 1962; Pág. 321.

Amén de lo manifestado en el párrafo anterior, nosotros convenimos con HANS HATTENHAUER que la teoría del negocio jurídico es parte integrante de la teoría del acto jurídico. Como se sabe, los términos jurídicos “persona” y “cosa” son conceptos totalmente independientes. Para que el hombre –sujeto de derecho– entre en relación de derecho con otros hombres y pueda usar las cosas en su provecho, se necesita un tercer macro concepto, que la doctrina y algunos cuerpos legales modernos denominan “negocio jurídico”, y debe originar indefectiblemente la conexión entre personas y cosas. Así enunciado, el negocio jurídico es una declaración de voluntad privada, orientada a la producción de un resultado que, según el Ordenamiento Jurídico, tiene lugar porque es querido. La esencia del negocio jurídico reside en la manifestación de una voluntad orientada a producir efectos jurídicos, y en que el dictamen del Ordenamiento Jurídico, al recoger dicha voluntad, hace efectiva en el seno del mundo jurídico la figura legal deseada. Así, la delimitación aplicada al concepto de negocio jurídico conduce a una categoría especial de actos jurídicos¹³¹.

Ahondando en la gestación *ius-filosófica* del negocio jurídico, muy acertada es la contribución de ESPÍN CÁNOVAS al manifestar que dicha figura es obra de los pandectistas alemanes, que generalizando los efectos comunes a diversas figuras jurídicas como el contrato, el testamento, etc., han creado una teoría general de las mismas, en las que se estudian los fenómenos más importantes que pueden darse respecto a todas esas figuras y los elementos que las constituyen. Esta labor conceptualista ha encontrado consagración legislativa en el Código alemán, que recoge la teoría del negocio jurídico, como algunos otros códigos modernos (brasileño, soviético, portugués de 1966). Pero, como es natural, los Códigos más antiguos, entre ellos el nuestro (se refiere al Código Civil español), desconocen el concepto y el término de negocio jurídico. Explicación esta que también sirve para comprender mejor nuestra realidad civil legislativa¹³².

¹³¹ Cfr. HATTENHAUER, Hans: Conceptos Fundamentales del Derecho Civil; Introducción histórico-dogmática; Primera Edición; Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1987; Pág. 63 ss.

¹³² ESPÍN CÁNOVAS, Diego: Manual de Derecho Civil Español; Vol. I; Parte General; Octava Edición; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1982; Pág. 504.

En este orden de opiniones, conviene apuntar que la doctrina jurídica se ha esforzado –y es a nuestro parecer cuestión laudable– en hallar un concepto que dentro de la infinita gama de actos jurídicos separe y englobe todos aquellos que muestran en común el rasgo de estar dirigidos a la obtención de un fin práctico por medio del libre juego de la autonomía privada. La finalidad de este intento ha sido la de confeccionar una teoría general aplicable a todos los actos de aquel carácter, como instrumento técnico muy ventajoso para el estudio de cada uno de ellos. Este es simplemente el origen de la teoría del negocio jurídico. Como se acaba de afirmar –escribe DE ANGEL YAGÜEZ – el negocio jurídico es un concepto estrictamente técnico creado por los juristas para uso científico. Empero, con ello no se quiere decir que los negocios jurídicos no tengan existencia real. Claro es que la tienen, por ejemplo un testamento o un contrato, que son negocios jurídicos. Lo que queremos manifestar es que la teoría del negocio jurídico constituye una abstracción técnica cuyas reglas son aplicables por igual a actos tan diferentes entre sí, desde otros puntos de vista (económico, sociológico, etc.), como son el testamento, el contrato o cualquier otra figura negocial¹³³.

Inquiriendo en la fisonomía del negocio jurídico, CASTÁN TOBEÑAS sostiene que en el ámbito extensísimo de los hechos jurídicos figura, en contraposición al grupo de los hechos naturales, el de los hechos humanos voluntarios o actos jurídicos, y dentro de éstos, en su subgrupo de los actos lícitos aparece, frente a la categoría un tanto indefinida de los simples actos de derecho, la figura destacadísima y más perfilada de los negocios jurídicos. La importancia de ellos en la técnica y la vida del Derecho privado es extraordinaria. Representan los negocios jurídicos el imperio de la voluntad de los particulares en las relaciones jurídicas, y su juego es tan grande que la parte mayor y más importante de las relaciones de derecho que entre los hombres se constituyen tienen por causa el negocio jurídico. “Así como la autonomía de la voluntad individual en el Derecho privado –escribe DUSI– es la

¹³³ El negocio jurídico, digámoslo una vez más, es un concepto teórico. Pero no constituye una abstracción despegada de la realidad social. Con el concepto de negocio jurídico se satisface la necesidad de dar cauce a la iniciativa individual, permitiendo a la persona orientar sus intereses en la dirección y con la finalidad que ella misma juzgue más convenientes. Cfr. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo: Una Teoría del Derecho, Introducción al Estudio del Derecho; Sexta Edición, revisada y puesta al día; Editorial CIVITAS, S.A.; Madrid, 1993; Pág. 354 ss.

regla general, así también la categoría de los negocios jurídicos es, entre los demás hechos humanos, particularmente numerosa e importante¹³⁴.

En cuanto al fin –escribe ALBALADEJO–, que con el negocio se persigue es, regular los propios intereses jurídicos. Pero ello como regla general, pues también hay negocios jurídicos encaminados, como excepción, a la regulación de los intereses ajenos. Por ejemplo, el negocio representativo. Sin embargo, conviene advertir que hay una serie de consecuencias mediatas que pueden afectar a terceros y que sería equivocado considerar como prueba de que habitualmente los negocios jurídicos producen sus efectos en la esfera de los que no intervienen en ellos. Por ejemplo, si en virtud de un negocio se adquiere a *non domino*, el titular del derecho adquirido cesa de serlo por haberse convertido en titular el adquirente a *non domino*. Pero no es que el negocio sea eficaz respecto de aquél, sino que siendo el efecto del mismo sólo la adquisición de éste, tal adquisición tiene, a su vez, como consecuencia, la pérdida del derecho por el anterior titular¹³⁵.

Cabe ahora observar qué papel desempeña en el ámbito jurídico la institución del negocio: representa la solución a un problema práctico paralelo a aquél que se resuelve con la figura del derecho subjetivo privado. Ambos (derecho y negocio) están al servicio de la libertad y de la autonomía privada, pero con finalidades esencialmente distintas, ya que cada uno de ellos representa la solución de una diferente cuestión, si bien sean éstas correlativas y complementarias. El derecho subjetivo cumple una finalidad estática de conservación y tutela. El negocio jurídico, por el contrario, tiene una finalidad dinámica, de iniciativa y renovación. Con el derecho subjetivo resuelve el Ordenamiento Jurídico el problema de proteger los intereses privados tal como los encuentra constituídos en el ordenamiento económicosocial que tutela. Con el negocio jurídico soluciona el de ofrecer a la iniciativa individual el modo de desplegarse y actuar, modificando la

¹³⁴ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José: Derecho Civil Español, Común y Foral; Octava Edición; Tomo Primero; Introducción y Parte General; Volumen Segundo; Teoría de la Relación Obligatoria; Instituto Editorial Reus; Madrid, 1952; Pág. 464.

¹³⁵ Vid. ALBALADEJO, Manuel: El Negocio Jurídico; Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia; Editada por José M. BOSCH. Barcelona, 1958; Pág. 37.

posición de aquellos intereses, según las directrices que los particulares mismos juzguen más convenientes¹³⁶.

En conclusión, hemos llegado a ver qué sea el negocio, siguiendo el camino descendente: hecho, hecho jurídico, acto jurídico, negocio jurídico. El primero que no produce efectos jurídicos, el segundo que los produce, el tercero que –además de producirlos– procede de la voluntad humana, el cuarto que –además de producirlos y de proceder de la voluntad humana– los produce porque son queridos, ya que el agente tiende, al realizarlo, precisamente a producirlos. Para el Derecho, en el primero nada es relevante, en el segundo lo es la fenomenicidad (resultado exterior), en el tercero lo es la fenomenicidad y la voluntariedad (del acto), en el cuarto lo son la fenomenicidad, la voluntariedad (del acto), y el propósito (del agente). Es decir, que en el negocio jurídico, a la voluntariedad del acto hay que añadir la declaración de voluntad, ya que el acto precisamente consiste en declarar una voluntad¹³⁷.

¹³⁶ Ídem. 37.

¹³⁷ En este sentido, el fenómeno que se nos ofrece en la declaración es, el de un trascender el pensamiento de sí mismo y volverse expresión objetiva, dotada de vida propia, perceptible y apreciable en el mundo social. Y puesto que el resultado del acto es tal que se concreta siempre en la mente ajena, acudiendo ora a la sola conciencia, ora a la voluntad también, la declaración está, por su naturaleza, conscientemente destinada a ser conocida por otros y a hacerles notorio un determinado contenido; un acto, por tanto, que se dirige necesariamente a otros. De ello es consecuencia que no es concebible una declaración sin destinatario que más pronto o más tarde deba tomar conocimiento de ella; sólo que el destinatario podrá ser tanto determinado e inmutable como indeterminado y mudable y el conocimiento podrá ser tanto inmediato como retardado; pero el que se produzca no podrá faltar sin que el acto cese de tener su efecto, y pierda así toda trascendencia social. Cfr. BETTI, Emilio: Teoría General del Negocio Jurídico; Traducción de A. Martín Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; s/f; Pág. 99 ss.

Capítulo III

1. La eficacia del contrato

Convenimos con la opinión de GUZMÁN GARCÍA al conceptuar que: “La eficacia contractual es el producto más excelente de lo jurídico, dentro del derecho privado. Es la consecuencia que la ley dispone a favor del acuerdo de voluntades cuando ha cumplido las prescripciones legales, a través de tal consecuencia, la tutelabilidad legal que el Estado ha prometido dispensar es una facultad subjetiva de las partes contratantes, y así, tienen, normativamente la capacidad de reclamar a través de la vía estatal, las prestaciones comprometidas a través del contrato, incluso contra la voluntad del agente afectado con la reclamación. La eficacia es entonces la dotación de certeza de cumplimiento del contenido total del contrato”¹³⁸.

Prosiguiendo con el desenvolvimiento del tema emprendido, manifestamos que el efecto directo e inmediato de todo contrato es producir obligaciones, en el sentido tanto de constituir las, como de modificar las ya existentes, como de extinguirlas. Pero, además, de un modo indirecto o mediato puede originar otras consecuencias jurídicas, que pueden constituir incluso el objetivo fundamental del contrato. Por lo demás, el contenido obligacional del contrato, dependerá de la voluntad de las partes conforme al principio de autonomía privada consagrado en el artículo 2437 del C, y además obliga, conforme lo dispuesto en el artículo 2480 C, no sólo a lo expresamente pactado, sino a las demás consecuencias que se deriven conforme a la equidad, el uso o la ley. Sólo en cada caso podrán concretarse estos deberes complementarios que exceden de las expresas estipulaciones¹³⁹.

¹³⁸ Vid. GUZMÁN GARCÍA, J.J. – HERRERA ESPINOZA, J.J.: Contratos Civiles y Mercantiles; Colección Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Centroamericana; Primera Edición; Managua, 2006; Pág. 127.

¹³⁹ En sentido similar SANTOS BRIZ, J., SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., GONZÁLEZ POVEDA, P., MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., PAZ RUBIO, J.M.: Tratado de Derecho Civil; Teoría y Práctica; Tomo III; Derecho de Obligaciones; Editorial Bosch; Barcelona, 2003; Pág. 290 ss.

Verificada la exposición pretérita, conviene proseguir con la exégesis que desarrolla el sistema de nuestro Código civil en cuanto al tópico abordado. Efectivamente, el capítulo III del Libro tercero de nuestro Código civil ofrece normas acerca de la eficacia de los contratos en los diversos aspectos en que la exige el mismo sistema del Código. De aquí surgen inexorablemente dos circunstancias de trascendental importancia en material contractual: la integración del contrato y el principio de relatividad. Sin embargo, no debe soslayarse que es ésta una materia de las complejas si las hay por la dificultad en la formulación de las reglas generales abarcadoras de todas las situaciones posibles, y porque suele confundirse el efecto relativo del contrato con la oponibilidad de sus efectos a terceros¹⁴⁰.

En cuanto a la integración del contrato, deviene importante recordar lo referido por DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS cuando expresan que con el contrato se instaura entre las partes un precepto de autonomía privada que puede denominarse *lex privata*. Esto es lo que quiere decir nuestro Arto. 1836 C cuando dispone: “Las obligaciones que nacen del contrato, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos” y el Arto. 2479 C cuando reglamenta que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...”. No obstante, debemos preguntarnos cuál es el contenido de esa *lex privata*. Según lo preceptuado por el Arto. 2480 C, los contratos obligan tanto a lo que se exprese en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según su naturaleza. Como se observa, no

¹⁴⁰ Nótese que algunos Códigos Civiles confunden el efecto de los contratos con el de las obligaciones; esta confusión puede observarse, p. ej. En el Título XII del Libro IV, Arts. 1545 y siguientes del Código chileno bajo el epígrafe precisamente “Del efecto de las obligaciones”, materia a la cual se refieren la mayor parte de los preceptos de dicho título, aunque limitados a las obligaciones contractuales. Jurídicamente, importa no confundir los efectos del contrato con los de la obligación, pues son cosas diversas. Los efectos del contrato son justamente el conjunto de derechos y obligaciones que de él emanan; desde el punto de vista del acreedor, los efectos de la obligación son el conjunto de derechos de que goza para obtener su cumplimiento, y desde el punto de vista del deudor, la necesidad jurídica en que se encuentra de cumplirla. El error del Código chileno tiene una explicación histórica evidente, pues proviene del francés, que incurrió en igual equivocación por seguir a Pothier. Cfr. ABELIUK MANASEVICH, René: Las obligaciones; Tomo I; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, 1993; Pág. 96.

posee el precepto una función interpretativa del contrato, sino integradora de su contenido y reglamentadora u ordenadora (“obligan”)¹⁴¹.

Como podemos atisbar, el Arto. 2480 C manifiesta primeramente y de forma categórica la vigencia del precepto de autonomía privada creado, que ha de respetar obviamente las normas imperativas establecidas al efecto. Seguidamente, invoca a la equidad, que en este caso sería tanto una fuente de normas obligatorias para las partes, a deducir del principio que impone la obligación de comportarse leal y honestamente en el tráfico, y módulo del ejercicio de los derechos y facultades que nacen del contrato. Los usos también integran la relación negocial, y están aludidos genéricamente. La última remisión que hace el Arto. 2480 C. para integrar la relación contractual es a la ley: aquí es dispositiva, pues la norma imperativa no integra el contenido del contrato; es éste el que ha de respetarla ante todo¹⁴².

Oportunamente, PLANIOL y RIPERT señalan que el Código Civil francés expresa enérgicamente la fuerza del contrato –el Código Civil nicaragüense no constituye una excepción, así se preceptúa en los Artos. 1836, 2479, 2480 C.– lo que significa que la observancia del contrato se impone a las partes, como las leyes, y ninguna de ellas puede sustraerse sin consentimiento de la otra. Nótese, sin embargo que esto no quiere decir que el contrato sea una ley y que su mala interpretación por parte de los jueces, haga procedente la casación. Por lo demás, existe una *condicio sine qua non* para que los contratos tengan esta fuerza obligatoria: es necesario que estén legalmente formados. La ley no puede prestar su apoyo a ninguna convención que prohíba y que sea ilícita¹⁴³.

No obstante la opinión transcrita, en cuanto a la procedencia del recurso extraordinario de casación, nosotros acogemos la opinión de ARÍSTIDES SOMARRIBA quien sostiene enfáticamente que constituye punto de suma

¹⁴¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: Sistema de Derecho Civil; Vol. II; Novena Edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2005; Pág. 85.

¹⁴² Ídem. 85.

¹⁴³ Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: Derecho Civil; Editorial Harla; Biblioteca Clásicos del Derecho; Pág. 865.

importancia éste de saber si infringido un contrato por el Tribunal de Instancia, procediera el recurso de casación en el fondo basado en la causal décima de nuestro Arto. 2057 Pr., o como dicen los expositores franceses, “*si la infracción de la ley del contrato origina el recurso enunciado*”. No debemos disfrazar la importancia de semejante cuestión, dada la variabilidad de opiniones al respecto. Un contrato –expresan algunos autores–, es la manifestación de la intención de las partes contratantes, es propiamente un hecho; su esclarecimiento es asunto exclusivo de los jueces de fondo pues no corresponde a la Corte Suprema entrar en el terreno de éstos. No procede combatir extraordinariamente la falsa interpretación de un hecho, y agregan, la infracción del contrato-norma no autoriza para interponer el recurso en cuanto al fondo por infracción de ley sustantiva¹⁴⁴.

Otros autores sostienen, que existe un viejo principio plasmado en todas las legislaciones y en la nuestra, particularmente en el Arto. 2479 C., que expresa: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. ¿Qué valor tiene –preguntaba VIJIL LEJARZA–, el Arto. 1545 del Código Civil chileno al expresar que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes? ¿Importa este artículo una ley? ¿Es simplemente una figura retórica, una declaración especulativa del legislador, una manera de decir como pretenden algunos? Los términos lacónicos del artículo dejan ver la fuerza que el legislador atribuyó a los contratos; pues quiso mantenerles toda su eficacia, hasta equiparar la validez del vínculo que el contrato lleva consigo a una ley; no son un modo de comparar los contratos con las leyes, sino la expresa declaración de que participan, en su caso, de la misma naturaleza¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Para los sostenedores de la opinión expuesta, la mala interpretación y violación de un contrato probado en juicio y admitida por ende su eficacia (decimos probado, porque es regla jurídica que los contratos y hechos que no pueden probarse no existen legalmente), solamente pueden ser objeto de la censura de la casación por la vía de los numerales séptimo y octavo del Arto. 2057 Pr., y no por las causales que estamos comentando. Vid. SOMARRIBA, Arístides: Casación en el Fondo; Tesis para optar al título de Doctor en Derecho; León-Nicaragua, 1947; Pág. 56.

¹⁴⁵ Íbidem. 57.

Nosotros admitimos en todas sus partes el razonamiento acabado de transcribir, y agregamos que si el acuerdo legalmente celebrado, demostrado plenamente en juicio y admitida su eficacia, fuera factible de que los Tribunales de Instancia pudieran tergiversarlo e interpretarlo a su manera, vendríamos a caer en el absurdo jurídico de que las obligaciones contenidas en él serían letra muerta, con lo que se llevaría la perturbación al orden social. Además, la ley civil sustantiva no es más que supletoria de la voluntad de las partes, de tal modo que sólo en defecto de esta última, puede llegarse a aplicar. (Excepcionando sí, aquellas disposiciones que interesan al Orden Público, que no pueden ser derogadas por las convenciones privadas). Por consiguiente, si el convenio es ley para los contratantes, deben estos cumplir con las obligaciones que les impone como si fueran ellas determinadas por un mandato del legislador; y la sentencia que aceptando su validez, desestima sin embargo un derecho claramente manifestado en el, infringe el Arto. 2479 C., y la ley del contrato mismo¹⁴⁶.

Hecha la anterior prevención, nos será utilizable tener en cuenta que nuestro Código Civil prescinde definir lo que debe entenderse por seguridad jurídica¹⁴⁷; sin embargo, haciendo un análisis hermenéutico podemos deducir fácilmente que dicho principio constituye uno de los pilares fundamentales sobre el cual se vertebra la recia figura del *ius civile*. En este punto, el Arto. 2438 C. estima que:

¹⁴⁶ Ídem. 57.

¹⁴⁷ Con razón escribe PECES-BARBA MARTÍNEZ que cuando se hace normalmente una reflexión sobre la seguridad se suele plantear, partiendo de ella, una fundamentación del poder. El caso más claro en la historia de la cultura jurídica y política moderna es el de HOBBS. Debemos saber que el núcleo de la fundamentación de los derechos es la idea de libertad que facilita el desarrollo de la libertad de elección y permite alcanzar, en la vida social, la autonomía o libertad moral. De aquí que la seguridad jurídica complementa y refuerza a la libertad. En este sentido, se debe entender la formulación de FULLER, cuando se refiere a la seguridad como “la moral que hace posible el Derecho”. Así explicada, la seguridad supone la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, que pretende eliminar el miedo y favorecer un clima de confianza en las relaciones sociales, entre los seres humanos que intervienen y hacen posible esas relaciones. Es el *minimum* existencial que permite el desarrollo de la dignidad humana y hace posible la vida, el mantenimiento de esa vida con garantías y la posibilidad de una comunicación con los demás, sin sobresaltos, sin temor y sin incertidumbres. Finalmente, conviene saber que la seguridad jurídica actúa en tres grandes dimensiones como principio de organización, podemos hablar de seguridad jurídica en relación con el poder, en relación con el mismo Derecho o, por fin, con la sociedad. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: Curso de Derechos Fundamentales; Teoría General; Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado; Madrid, 1999; Pág. 245-259.

“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”¹⁴⁸.

Resta hacer referencia al principio de relatividad. Cabe señalar que el Arto. 1165 del Código francés señaló expresamente que las convenciones no surten efectos sino entre las partes contratantes. No hay declaración exactamente igual en nuestro Código, pero el Arto. 2479 lo señala de paso al decir que el contrato es una ley “para los contratantes”. Por lo demás, es éste un principio básico y fundamental del derecho y constituye un axioma jurídico indiscutible: *res inter alios acta, aliis neque prodesse potest*. Sobre este aspecto, ESCOBAR FORNOS anota que los contratos sólo producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos. Este es el principio de relatividad de los contratos consagrado en nuestro Código Civil en los Artos. 1836, 2479 y 2439 inc. 1. No obstante, no sólo a los herederos afecta el contrato, sino también a los sucesores a título particular de las partes. Verbi gratia: a). El legatario de un inmueble hipotecado por su causante, queda obligado por el contrato hipotecario; b). El comprador de un inmueble hipotecado, queda afectado por la hipoteca; c). El cesionario del crédito hipotecario, queda vinculado a lo estipulado en el crédito cedido. La doctrina denomina a los sucesores de las partes, ya sean a título universal o particular, terceros relativos. Estos terceros entran a la relación jurídica de las partes con posterioridad a la celebración del contrato¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Conviene no perder de vista lo que la doctrina denomina cláusula *rebus sic stantibus*. “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”. En la doctrina y práctica forense medievales se desarrolló el principio de que en los contratos de ejecución continuada o de tracto sucesivo, debía de considerarse siempre sobreentendida la cláusula *rebus sic stantibus*, por virtud de la cual cuando se produjese un cambio importante en la situación existente, a la celebración del contrato, pudiese pedirse su resolución por la parte para quien resultase excesivamente gravoso. Dicho principio no fue recogido por las codificaciones civiles del pasado siglo y nuevamente planteado el problema por la doctrina ante los grandes cambios producidos a consecuencia de la primera guerra mundial, ha tenido un gran desenvolvimiento en la doctrina, aunque a veces con diversas modalidades que dan lugar a otras teorías; p. ej.: Desaparición de la base del Negocio, error en la valoración de la ejecución contractual, falta de equivalencia de las prestaciones, falta de causa funcional, riesgo imprevisible. Vid. ESPÍN CÁNOVAS, Diego: Manual de Derecho Civil Español; Vol. III; Obligaciones y Contratos; Sexta Edición; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1983; Pág. 417.

¹⁴⁹ Cfr. ESCOBAR FORNOS, Iván: Derecho de Obligaciones; Editorial Hispamer; Segunda Edición; Managua, 2000; Pág. 103.

Escudriñando en la idea del citado autor, consideramos oportuno reflexionar en cuanto a lo sostenido por PLANIOL y RIPERT quienes evocando a POTHIER enuncian claramente la doble regla que limita el efecto de un contrato a la vez en cuanto a las cosas y en cuanto a las personas: “Las convenciones solamente producen efectos respecto a las cosas que han sido su objeto, y sólo entre las partes contratantes”. Como puede notarse, aquí impera en toda su plenitud la idea de la relatividad contractual¹⁵⁰.

Prosiguiendo con la exposición del punto que nos ocupa, la relatividad de los contratos –escribe TRABUCCHI– encuentra franca aplicación, a propósito de los efectos del contrato, el brocardo tradicional de *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*. De aquí pues que entendamos por relatividad del contrato la limitación de los efectos contractuales a los sujetos contratantes. Sépase que en los antiguos textos legales se decía que los contratos tenían efecto únicamente respecto de los contratantes y de sus herederos y causahabientes; hoy día, tal frase se estima superflua. Los herederos, como continuadores de la personalidad jurídica de este causante, se subrogan en todas las relaciones patrimoniales de este último (en todos sus derechos y créditos contractuales, salvo que se derivasen de un contrato estrictamente personal, como el mandato). Los causahabientes, o sucesores a título particular, se subrogan en la posición patrimonial de su cedente y, por tanto, asumen los efectos del contrato en base al cual éste adquirió el derecho¹⁵¹.

Se sigue el criterio del interés y no el de la participación en la formación de la voluntad contractual; por ello, el representado no es tercero, sino verdadera parte del contrato: *qui facit per alios facit per se*. Permítasenos una distinción

¹⁵⁰ Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: Derecho Civil; Editorial Harla; Biblioteca Clásicos del Derecho; Pág. 866.

¹⁵¹ Nótese que bajo este aspecto, se comprende la significación de la distinción entre el contrato que instituye un derecho real –v.g. una servidumbre–, en cuya virtud, se producen consecuencias inherentes a la situación jurídica de la cosa, oponible a todos los sucesivos titulares, y el contrato generador de un derecho personal. Este último, por lo general, produce efectos sólo entre las partes, y en las relaciones con los adquirentes de su derecho si es que la parte estaba autorizada a transferirlo. Cfr. TRABUCCHI, Alberto: Instituciones de Derecho Civil; Tomo II; Obligaciones y Contratos; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1967; Pág. 189.

fundamental entre efectos directos y efectos reflejos, o consecuencias; solamente los primeros, que son los generalmente queridos por las partes, no trascienden. En esta distinción entre efectos directos y consecuencias indirectas se encuentra el problema más delicado de la relatividad del contrato¹⁵².

En este punto, conviene saber que el concepto civil de tercero viene referido, aunque no definido, en el Arto. 2439 de nuestro Código Civil, al decirnos: “Los contratos sólo producen efectos entre las partes que lo celebran y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, ya por su naturaleza, ora por pacto o por disposición de la ley. Este artículo realmente viene a precisar los efectos que los contratos producen entre las partes contratantes y sus herederos. Pero al precisar esos efectos entre las partes alude implícitamente a la figura del tercero. Los contratos producen efecto respecto de las partes contratantes, pero no respecto de terceros. Esto es lo que en realidad viene a decir dicho artículo. Conforme al mismo artículo, son partes contratantes aquellas que intervienen como otorgantes en el mismo y sus herederos. El concepto de tercero es inducido en forma negativa: es tercero el que no es parte en el contrato. Teóricamente se acude a esta figura de tercero para poder diferenciar la sucesión y la transmisión. En la transmisión el adquirente es *tercero* en las relaciones sobre la misma, mientras que en la sucesión es *parte*, ya que adquiere todos los derechos y obligaciones del *de cuius*, es decir, se subroga lisa y llanamente en la posición jurídica de su antecesor.

Así demostrado, nosotros entendemos que la denominación técnica de tercero es la referida a toda persona extraña al contrato. Por esta razón, CHICO Y ORTIZ y BONILLA ENCINA refieren que el *poenitus extranei* es el tercero en general o tercero simple de que nos habla la doctrina, que es aquel que no tiene relación alguna con las partes contratantes. El completamente extraño a la relación contractual. Sobre ellos solamente pesa el deber pasivo de abstención o respeto

¹⁵² Ídem. 189.

de la relación jurídica creada, y si ésta es la creación de un derecho real, vienen a ser el sujeto pasivo indeterminado en dicha relación¹⁵³.

Por su parte –apunta ESPÍN CÁNOVAS–, los contratos típicos producen sus peculiares efectos, que se estudian en relación con cada uno. Pero cuando se habla en general de la eficacia del contrato, se alude a aquellos efectos que normalmente producen todos. Estos efectos, generales a todo contrato, pueden reducirse fundamentalmente a los dos siguientes: a) Entre las partes, el contrato es irrevocable, es decir, vincula a ambas partes con fuerza de ley, sin que quepa el desistimiento unilateral de ninguna de ellas. b) Frente a terceros, el contrato es inoperante, es decir, no les favorece ni les perjudica, porque el contrato tiene eficacia relativa, limitada a las partes y a sus herederos. (Véase Arto. 2439 C.).¹⁵⁴

Esta clasificación de efectos es adoptada plenamente por GULLÓN BALLESTEROS quien manifiesta que DÍEZ-PICAZO sistematiza esa eficacia de la siguiente forma:

- a) *Eficacia constitutiva*. Entre las partes, como consecuencia del negocio, surge una relación jurídica que antes no existía. Por ejemplo, la relación de seguro como consecuencia del contrato de seguro; la relación conyugal como consecuencia de la celebración del matrimonio.
- b) *Eficacia modificativa*. El negocio, incidiendo sobre una relación jurídica preexistente, altera el esquema de la estructura o del contenido de la misma; produce una variación, un cambio. Por ejemplo, el pactar un aplazamiento de la deuda; se estipula como objeto del pago otro distinto del pactado, etc.
- c) *Eficacia preceptiva*. El negocio establece o determina el conjunto de deberes, cargas, poderes, derechos subjetivos, facultades, etc., que las partes van a ostentar en virtud de la relación jurídica que entre ellas existe o pueda existir en el futuro. El negocio representa entonces la regla

¹⁵³ Vid. CHICO Y ORTIZ, José María y BONILLA ENCINA, Juan Francisco: Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral; Tomo Primero; Segunda Edición; Madrid, 1967; Pág. 258.

¹⁵⁴ Vid. ESPÍN CÁNOVAS, Diego: Manual de Derecho Civil Español; Vol. III; Obligaciones y Contratos; Sexta Edición; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1983; Pág. 415.

ordenadora del régimen jurídico de esta relación. Por ejemplo, se pacta el deber jurídico de A de proporcionar a B el disfrute de una finca; el de pagarle una suma en un tiempo determinado; el poder de B de hacer obras en la finca, etc.

- d) *Eficacia extintiva*. Se presenta este tipo de eficacia cuando, como consecuencia del negocio, desaparece y deja de existir la relación jurídica que entre las partes se hallaba establecida. Por ejemplo, mutuo disenso.
- e) *Eficacia preliminar o previa*. Junto a este repertorio de tipos de eficacia, que pueden llamarse eficacia definitiva del negocio, cabe pensar en una eficacia preliminar o previa, para designar los efectos que en un supuesto negocial complejo (verbigracia, negocio de formación progresiva, negocio sometido a condición, etc.), se producen cuando han aparecido algunos, no todos, elementos del tipo negocial.
- f) *Eficacia declarativa del negocio*. El negocio consta o aclara la existencia o el significado de la relación jurídica existente entre las partes. Este tipo negocial recibe el nombre de negocio declarativo o negocio de fijación¹⁵⁵.

1.1. Excepciones al principio de relatividad de los contratos

Es principio antiquísimo que toda regla tiene su excepción. De ahí pues que existen contratos que producen efectos con relación a personas que no han intervenido en su celebración. Verbi gratia: la convención colectiva de trabajo, pues afecta a los obreros de una empresa, aunque no hayan intervenido en su celebración; la estipulación a favor de un tercero; y el contrato a cargo de un tercero¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Vid. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Curso de Derecho Civil; El Negocio Jurídico; Editorial Tecnos; Madrid, 1969; Pág. 157 ss.

¹⁵⁶ Cfr. ESCOBAR FORNOS, Iván: Derecho de Obligaciones; Editorial Hispamer; Segunda Edición; Managua, 2000; Pág. 104.

1.2. Eficacia del contrato respecto a terceros

Al precisar quiénes son partes en el contrato ha quedado igualmente determinado quiénes son terceros. En principio podemos decir que terceros son todos los que no han intervenido como partes contratantes. De ahí que sólo entre las partes contratantes produce el contrato efectos vinculantes, y los que no han intervenido como partes no pueden quedar afectados en sus derechos y obligaciones: *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*¹⁵⁷. Esta es la idea que subyace en el párrafo primero del Arto. 2439 C., el cual dentro de su parte conducente establece: “Los contratos sólo producen efectos entres las partes que lo celebran y sus herederos...”.

Sin embargo, siguiendo la opinión de DÍEZ-PICAZO (citado por PUIG BRUTAU), “el contrato, una vez que ha sido realizado, penetra, puede decirse, en el mundo de la realidad jurídica y se instala en él”. La alteración resultante del contrato es una realidad que, en principio, no podrá desconocerse, sin perjuicio de que no deba afectar a los derechos y obligaciones de los terceros. Son cosas muy distintas los efectos entre las partes contratantes y su oponibilidad frente a los terceros¹⁵⁸.

1.3. Efectos del contrato respecto a los terceros en general

Nadie puede quedar obligado sin su propia voluntad de obligarse; de igual modo, nadie adquiere derechos sin que conste de alguna manera su aceptación. Lo contrario sería injusto porque significaría que nadie podría considerarse verdaderamente dueño de su patrimonio¹⁵⁹. Sin embargo, una cosa es adquirir derechos y obligaciones directamente del contrato, que es una cosa que sucede

¹⁵⁷ Vid. PUIG BRUTAU, José: Fundamentos de Derecho Civil; Tomo II; Vol. I; Doctrina General del Contrato; Tercera Edición; Bosch, S.A., Barcelona, 1988; Pág. 249.

¹⁵⁸ *Ibidem*. 250.

¹⁵⁹ Nuestro Código Civil en su Arto. 2440 establece taxativamente: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado, o sin que tenga por la ley su representación legal”. “El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

exclusivamente *inter partes*, y otra que el contrato no sea una nueva realidad que aparece entre las circunstancias legales que rodean a los terceros. A éstos les afectará ante todo el deber jurídico de no interferir o impedir el cumplimiento del contrato. Los contratantes podrán exigir que el contrato celebrado sea reconocido siempre que les interese (oponibilidad del contrato); los terceros, por su parte podrán exigir que este nuevo elemento de la realidad legal reúna determinados requisitos de autenticidad y publicidad para que deban tenerlo en cuenta (inoponibilidad del contrato)¹⁶⁰.

La “oponibilidad” del contrato a los terceros, dice DÍEZ-PICAZO (citado por PUIG BRUTAU), “es un efecto normal del negocio jurídico siempre que las partes hayan cumplido la carga de dar a su negocio la publicidad y el carácter fehaciente que el Ordenamiento Jurídico exige”. En cambio, cuando se trata de que los terceros tienen interés, no en desconocer, sino en utilizar el contrato frente a quienes lo han celebrado, carecen de razón de ser las limitaciones que se hallan establecidas para la oponibilidad. Como expone el citado autor: “La posibilidad de hacer jugar el negocio jurídico frente a sus autores no es un problema de publicidad, sino de prueba”¹⁶¹.

1.4. Teoría de la inoponibilidad

Siguiendo la opinión de MEZA BARROS, podemos definir la inoponibilidad como “la ineficacia, respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico”. Puesto que el contrato no liga sino a los contratantes, parece ocioso que el legislador se preocupe de proteger a los terceros. Pero la gama de los terceros es variada y su respectiva situación radicalmente diversa. Los sucesores a título universal de las partes, sus herederos, no son propiamente terceros y, salvo excepciones, les afectan activa y pasivamente las consecuencias del contrato celebrado con el causante.

¹⁶⁰ Vid. PUIG BRUTAU, José: Fundamentos de Derecho Civil; Tomo II; Vol. I; Doctrina General del Contrato; Tercera Edición; Bosch, S.A., Barcelona, 1988; Pág. 250.

¹⁶¹ Ídem. 250.

Igualmente clara es la situación de los terceros extraños –*penitus extranei*–. El contrato no les afecta y serían inoficiosas las medidas de protección que se adoptaran a su respecto¹⁶².

Sin embargo, las referidas medidas de protección se justifican respecto de los terceros que suelen ser alcanzados por los efectos del acto jurídico; tales serían los sucesores a título singular de las partes y sus acreedores. Estas medidas de protección consisten en la observancia de ciertas reglas de forma y de fondo para que el acto sea oponible a terceros. La inobservancia de estas reglas determina que el acto no sea oponible. Plenamente eficaz entre las partes, no empecerá a terceros, como si no se hubiera celebrado. Pero la inoponibilidad, en tal caso, tempera el rigor de la nulidad. El acto es nulo entre las partes, pero plenamente eficaz respecto de terceros¹⁶³.

En cuanto a los efectos de la inoponibilidad, se traducen en que el acto no puede perjudicar a terceros, pero sí aprovecharles. La protección de terceros se logra privando al acto de los efectos que le sean perjudiciales, pero sólo en la medida en que les perjudiquen. Pero se concibe que el tercero pueda tener interés en aprovechar de los efectos del acto o de la nulidad. Nada obsta para que reporte el consiguiente beneficio y renuncie a la inoponibilidad. Finalmente, cabe mencionar que la inoponibilidad se extingue por diversas causas. La inoponibilidad de forma se extingue por el cumplimiento de las formalidades omitidas. Se extingue la inoponibilidad por la renuncia del tercero, ya que mira a su personal interés. La inoponibilidad se extinguirá por prescripción en todos aquellos casos en que debe hacerse valer como acción; las excepciones son generalmente imprescriptibles y, en consecuencia, no se extinguirá por la prescripción la inoponibilidad que deba hacerse valer de este modo¹⁶⁴.

¹⁶² Cfr. MEZA BARROS, Ramón: Manual de Derecho Civil; Tomo I; Octava Edición; Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997; Pág. 41.

¹⁶³ *Íbidem*. 42.

¹⁶⁴ *Íbidem*. 49.

1.5. Inoponibilidad y nulidad

Concretamente difiere la inoponibilidad de la nulidad en que no ataca el acto mismo sino sus efectos. El acto es válido, produce efectos entre las partes, pero tales efectos no alcanzan a los terceros. Por su parte, la nulidad destruye el acto *erga omnes*; la inoponibilidad, entre tanto, deja subsistente el acto en la medida en que no lesiona a terceros¹⁶⁵.

1.6. El contrato en favor de tercero

En el Derecho romano –refiere MAZEAUD– una obligación no puede surgir sino entre las mismas personas que cumplen con ciertas formalidades. Pero el principio según el cual la obligación no puede compeler sino a los que hayan participado en su formación, subsistió pese a la aparición de los contratos consensuales; la encontramos expresada también en la codificación justiniana en Inst. JUSTINIANO, 3, 19, 4: “*nemo alteri stipulari potest*”. Esto significa que las estipulaciones a favor de un tercero estaban privadas de efecto: no hacían que naciera ninguna acción a favor del estipulante ni a favor del tercero. Empero, llegados a la época clásica, la práctica, sin negar la legitimidad de la regla misma, intentó eludirla indirectamente. Más adelante llegó a admitirse directamente, en algunos casos excepcionales, la validez y la eficacia de la estipulación a favor de un tercero¹⁶⁶.

Inquirido en el contenido normativo del párrafo primero del Arto. 2439 C., fácilmente se observa que el legislador civil determina con suprema claridad que los contratos sólo producen efectos entre las partes contratantes. No obstante lo anteriormente referido, el párrafo segundo del artículo que traemos a colación dispone: “Si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiere hecho saber su aceptación al

¹⁶⁵ Íbidem. 50.

¹⁶⁶ Cfr. MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN: Lecciones de Derecho Civil; Parte Segunda; Vol. III.; Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones; Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires- Argentina, 1959; Pág. 61 ss.

obligado antes de que aquella haya sido revocada”. De esta manera, podemos decir que nuestra ley civil contempla la figura del contrato a favor de tercero.

PUIG BRUTAU adopta plenamente la definición que consagra CASTÁN TOBEÑAS quien conceptúa el contrato en favor de tercero de la manera que sigue: “Se aplica en la doctrina moderna la denominación de contratos o estipulaciones a favor de tercero a aquél vínculo que se da cuando se estipula que una de las partes contratantes realizará una prestación en provecho de un tercero extraño a la conclusión del contrato y que no esté representado en él, pero que a virtud de esta estipulación queda incorporado al contrato como acreedor de esa prestación¹⁶⁷.”

En este punto, según lo concibe el insigne civilista suizo VON TUHR, el contrato a favor de tercero constituye una importante excepción al principio de que los contratos sólo surten efecto respecto a las personas que intervienen en su celebración. Esta excepción se justifica por el hecho de que los contratos de que se trata no imponen deberes al tercero, sino que le confieren solamente derechos, derechos que, si no le interesan, será libre para no ejercitar o abandonar. En Derecho romano, –apunta el citado autor– la posibilidad de contratos a favor de terceros tenía un reducidísimo radio de acción; en Derecho común fue elevada a principio y las legislaciones modernas lo proclaman con carácter general¹⁶⁸.

En forma conclusiva podemos decir –siguiendo la idea de SANTORO PASSARELLI– que conforme al límite en que el negocio puede favorecer a los terceros, se establece –y ello es el resultado de una larga evolución histórica– que el contrato a favor de terceros, consentido siempre que el estipulante tenga interés en ello, hace sí adquirir por sí sólo al tercero el derecho contra el promitente, pero el tercero puede rechazar beneficiarse del derecho y el estipulante revocar la atribución, al menos hasta que el tercero declare que quiere aprovecharse de la

¹⁶⁷ PUIG BRUTAU, José: Fundamentos de Derecho Civil; Tomo II; Vol. I; Doctrina General del Contrato; Tercera Edición; Bosch, S.A., Barcelona, 1988; Pág. 261.

¹⁶⁸ Cfr. VON TUHR, A.: Tratado de las Obligaciones; Tomo Segundo; Reimpresión de la Primera Edición; Traducido del alemán y concordado por W. ROCES; Editorial Reus, S.A.; Madrid, 1999; Pág. 197.

estipulación, con la consecuencia de que en tal caso la atribución queda, en principio, en favor del estipulante¹⁶⁹.

1.7. Los contratos en daño de tercero

Dentro del cuadro de excepciones al principio general de la eficacia relativa del contrato y como uno de los supuestos en que un contrato puede producir efectos en relación con los terceros, pueden situarse los llamados “contratos en daño de terceros”. Se alude con esta denominación a las hipótesis en que al celebrar un contrato, y precisamente a causa de su celebración, los contratantes ocasionan un daño a una tercera persona. El daño es la violación de un derecho subjetivo concreto. Así, por ejemplo, los acuerdos contractuales que violen un pacto de exclusiva, cuando el concedente de la misma contrata dentro de la zona asignada con un contratante distinto del exclusivista, que es el que tenía derecho de vender, por ejemplo, sus productos dentro de aquella zona¹⁷⁰.

Admitidos ya sin discusión por la doctrina y jurisprudencia el deber de respetar las situaciones jurídicas ajenas (obligacionales o reales), es evidente la posibilidad de que un contrato las lesione cuando uno de los contratantes es sujeto pasivo de ellas. La responsabilidad en que incurre el que es parte en el segundo contrato y sujeto pasivo del derecho subjetivo lesionado es clara: responsabilidad contractual por incumplimiento¹⁷¹.

¹⁶⁹ Cfr. SANTORO PASSARELLI, F.: *Doctrinas Generales del Derecho Civil*; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1964; Pág. 289.

¹⁷⁰ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*; Vol. II; Novena Edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2005; Pág. 91.

¹⁷¹ Ídem. 91.

1.8. El contrato a cargo de un tercero

Según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, se denomina también promesa de hecho ajena, y es aquella estipulación por la que una parte se obliga frente a la otra a que un tercero se obligará a darle alguna cosa o prestarle algún servicio o a un *non facere*. El promitente queda obligado a la obtención de un resultado, y no se libera probando que ha empleado toda la diligencia posible para conseguirlo. Asume, en realidad, frente al que recibe su promesa, el riesgo de que el tercero no se obligue, indemnizando entonces los daños y perjuicios que la insatisfacción del interés del promisario ha producido. Es, en otras palabras, una prestación de garantía la que asume el promitente frente al promisario. El promitente queda liberado de su obligación cuando el tercero acepte cumplir respecto del promisario, y también cuando ese tercero ha muerto o devenido incapaz para realizar lo que aquél prometió antes de que haya aceptado. El promitente, salvo estipulación en contrario, no es fiador del tercero, no responde de que, después de haberse obligado con el promisario, cumplirá su obligación¹⁷².

1.9. El contrato por persona a designar

Es aquel contrato, normalmente de compraventa, opción o promesa bilateral de compra y venta, en el que uno de los contratantes, que llamamos estipulante, se reserva la facultad de designar en un momento posterior y dentro del plazo al efecto prefijado o susceptible de fijación, a una tercera persona (el designado), que en el momento de la celebración es desconocida o ha quedado indeterminada, quedando con ella ligada la otra parte que llamaremos promitente. Según lo manifiesta DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS este tipo de contratos en el Derecho español no están sometidos a regulación de donde se deduce su atipicidad¹⁷³.

¹⁷² Ídem. 91.

¹⁷³ Íbidem. 92.

Inicialmente, la relación se establece por el contrato entre el promitente y el estipulante. Una vez hecha la elección, el estipulante sale de la escena jurídica y ocupa su lugar el designado o elegido. La elección debe ser notificada al promitente, y aceptada por el designado (a menos que el estipulante haya celebrado el contrato con un poder previo de representación suyo, que le autoriza a obrar por su cuenta, no también en su nombre). Finalmente, determinante resulta que el designado posea la capacidad necesaria para celebrar el tipo de contrato al que accede. Si la elección no se hace, o se hace en términos que no son los acordados entre el promitente y el estipulante, éste es el que quedará definitivamente obligado¹⁷⁴.

1.10. La irrevocabilidad del contrato

La irrevocabilidad del contrato, típico efecto personal del mismo, deriva de su obligatoriedad para los contratantes (Artos. 1836, 2439 y 2479 del C.).

Únicamente por *mutuo disenso* puede tener lugar una revocación de aquél, ya antes de comenzar a producir efectos, ya una vez producidos, liquidándose éstos a tenor del Arto. 2437 C., es decir, según determinen los interesados, siempre que no contraríen las leyes, la moral o el orden público. Aparte del mutuo disenso, norma general aplicable a todos los contratos siempre que no jueguen intereses de orden superior que lo impidan, para ciertos contratos y situaciones hay casos particulares de revocación de sus efectos, entre los que podemos mencionar: la facultad resolutoria en los contratos bilaterales (Arto. 1885 C.), la resolución o la modificación del contrato por circunstancias sobrevenidas (teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* y análogas). Para algunos contratos en particular se prevé la revocación de sus efectos, así en los supuestos de la revocación de donaciones por ingratitud (Arto. 2793 C.), en los de desistimiento unilateral permitido en el mandato, la sociedad, etc. Estos últimos, más que excepciones a la irrevocabilidad del contrato, pueden considerarse casos de regulación legal de sus efectos.

¹⁷⁴ Ídem. 92.

Capítulo IV

1. Anormalidades del negocio jurídico

Técnicamente hablando, la figura del negocio jurídico se acoge por el Ordenamiento para que produzca sus efectos peculiares, y con ese fin realizan los sujetos los negocios concretos. Empero, éstos no siempre producen los efectos que les son propios. Por esta sencilla razón se les califica de ineficaces, aunque den lugar, como suele ocurrir con frecuencia, a otros efectos distintos de los típicos negociales. En ocasiones el negocio es eficaz, pero no cuenta frente a terceros; es decir, las cosas, para éstos, se hallan como si no hubiese negocio. Este concepto se expresa de muy distintas maneras. Así se dice que es ineficaz frente a terceros, o irrelevante para éstos, o inoperante, o que no puede invocarse ante ellos, o que les es inoponible. Omisión hecha del acierto en la terminología que se escoja, el concepto que se quiere expresar es el antedicho¹⁷⁵.

En el sentido que venimos desarrollando, conviene tener en cuenta la opinión de DE CASTRO al decirnos que los conceptos de eficacia e ineficacia son correlativos; de modo, que sería lógico pensar que cada forma o intensidad de ineficacia habría de ser la resultante inmediata del valor dado a la carencia, defecto o vicio de los distintos elementos de cada negocio jurídico. Sin embargo, no sucede así, porque el Derecho atiende a otras consideraciones que no son las de la lógica. De esta manera, podrá verse la imposibilidad de una dogmática *a priori* de la ineficacia. La doctrina general de la ineficacia tiene por ello otro contenido. La técnica jurídica ha ido perfilando una serie de tipos de ineficacia y son a ellos a los que se refieren las disposiciones legales, de modo expreso o tácito. De aquí, que la doctrina de la ineficacia de los negocios jurídicos se centre en precisar los caracteres y alcance de cada uno de los prefijados tipos de

¹⁷⁵ Cfr. ALBALADEJO, Manuel: El Negocio Jurídico; Editorial Bosch; Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia; Barcelona, 1958; Pág. 395 ss.

ineficacia; sin pretender determinar cuáles sean sus supuestos. Estudio éste que corresponde al de cada figura jurídica¹⁷⁶.

En este punto, persiguiendo un esquema didáctico, deviene importante referirnos sobre la terminología del instituto que tratamos. La doctrina no ha llegado a un acuerdo unánime sobre la distinción de los tipos de ineficacia y su correspondiente rotulación. En buena parte –señala DE CASTRO–, ello resulta de la carencia de una exacta terminología legal y de la polivalencia semántica de las voces empleadas. Así, por ejemplo, la distinción usual entre invalidez e ineficacia se ha criticado, en base de que el no valer y el no tener efectos jurídicos viene a ser prácticamente lo mismo; la contraposición de la inexistencia a la nulidad se ha censurado, con la observación de que lo nulo no es más que lo inexistente para el Derecho; hasta la tradicional clasificación de los contratos ineficaces en nulos y anulables se ha rechazado, con la afirmación que la anulabilidad es tan solo la manifestación procesal de la nulidad. *Contrario sensu*, hay quienes piensan que debe atenderse a la variedad de las figuras de ineficacia con nuevos términos, como los de anulabilidad absoluta, nulidad relativa e inoponibilidad. En fin, también se encuentran autores que proponen la sustitución de los antiguos términos por otros nuevos, como los de anomalías, irregularidades, ineficiencia, deformidad, inutilidad e irrelevancia. No parece necesario detenerse en estas discusiones sobre terminología. Bastará por el momento una escueta referencia a los términos más usuales, para después pasar al estudio de los tipos de ineficacia regulados por el Código Civil¹⁷⁷.

En nuestra incipiente doctrina nacional, descollan algunos autores; entre ellos: BENDAÑA GUERRERO, ESCOBAR FORNOS, GUZMÁN GARCÍA, ORTEGA AGUILAR y PLATA LÓPEZ quienes se adentran en el tratamiento de la materia aludida refiriéndose concretamente a la nulidad en sus dos aspectos: absoluta y

¹⁷⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: El Negocio Jurídico; Introducción de Juan Vallet de Goytisolo; Editorial Civitas, S.A.; Madrid, 1985; Pág. 461 ss.

¹⁷⁷ *Íbidem*. 462.

relativa; siguiendo con ello llanamente el sistema descrito por nuestro Código Civil¹⁷⁸.

1.1. La ineficacia de los negocios en el Derecho romano

Convenimos con IGLESIAS al decir que por ineficacia de los negocios se entiende su carencia de efectos jurídicos. Así entendida, la ineficacia puede asumir dos formas: *nulidad –negotium nullum, nullius momento–*, cuando la falta de vigor del negocio se produce por sí misma, esto es, sin dar lugar a que nazca a vida y sin que sea menester que por alguien se pida que en tales términos se declare, y *anulabilidad*, cuando el negocio, teniendo existencia jurídica, adolece de un vicio o defecto que puede servir de base a las partes para pedir su impugnación¹⁷⁹.

Faltan en el Derecho romano –expresa el citado autor– normas fijas o seguras acerca de la ineficacia de los negocios y de los casos en que ésta puede producirse. Distintos y hasta contrapuestos son los principios que sobre la materia rigen en Derecho civil y en Derecho honorario, y ni por la jurisprudencia clásica ni por el derecho posterior se llegó a la formulación de una teoría general. Casos de nulidad radical, *ipso iure*, son los siguientes:

- a) Imposibilidad de la prestación.
- b) Contenido inmoral.
- c) Infracción de norma legal.
- d) Imposibilidad de la condición.
- e) Falta de capacidad jurídica o de obrar, aun cuando las personas *in potestate patris* podían realizar negocios válidos para el *paterfamilias*.

¹⁷⁸ Para una observación detallada vid. BENDAÑA GUERRERO, Guy: Estudio de los contratos; Ediciones de la Universidad Americana; Primera Edición; Managua, 2001; Pág. 90. ESCOBAR FORNOS, Iván: Derecho de Obligaciones; Tomo II; Primera Edición; Managua, 1989; Pág. 174 ss. GUZMÁN GARCÍA, J.J. – HERRERA ESPINOZA, J.J.: Contratos Civiles y Mercantiles; Colección Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Centroamericana; Primera Edición; Managua, 2006; Pág. 129 ss. ORTEGA AGUILAR, Rafael: Tratado Elemental de Obligaciones; Primera Edición; s/f; Pág. 271 ss. PLATA LÓPEZ, Francisco: Nulidad y Rescisión; Tesis Doctoral; Universidad Nacional; León, Nicaragua, C.A., 1956.

¹⁷⁹ Cfr. IGLESIAS, Juan: Derecho Romano; Décimo tercera Edición; Editorial Ariel; Madrid, 2001; Pág. 114 ss.

- f) Vicios o defectos formales.
- g) Vicios de la voluntad.

Los negocios anulables tenían existencia jurídica, según hemos dicho antes, pero los vicios de que adolecían daban fundamento para pedir su ineficacia. Así, v. gr., era factible impugnar el testamento que infringe el régimen de la legítima, por medio de la *querela inofficiosi testamenti*¹⁸⁰.

1.2. Las nulidades en el Derecho Romano

Convenimos plenamente con LUTZESCO cuando afirma inequívocamente que es al Derecho romano a quien corresponde el legítimo orgullo de servir de punto de partida a todo estudio histórico, y no sólo por ser el origen de casi todas las instituciones jurídicas que se remontan hasta él, sino porque sólo a través de la historia es como mejor puede descubrirse la evolución y las razones que han justificado las transformaciones operadas en el transcurso de los siglos, ya que solamente por el estudio del pasado, labor de profundidad y reflexión, puede trazarse mejor la trayectoria del presente. Para la teoría de las nulidades, más particularmente, el Derecho romano es la clave o al menos la piedra de toque, aunque sus elementos no hayan constituido propiamente un sistema¹⁸¹.

En torno al antiguo Derecho romano –escribe LUTZESCO– domina una atmósfera pesada, oscura y poco accesible a las investigaciones científicas. Las famosas XII Tablas, rehechas mal que bien, gracias a los elementos que se han encontrado dispersos en las diversas obras de los clásicos, constituyen la única fuente. Forzados, pues, a examinar su simple y fría silueta, nos engañaríamos: sólo hallaríamos un enunciado empírico de algunos principios rudos e inmutables, de los cuales lo menos que puede decirse es que estaban hechos a la medida de una sociedad que aun no había salido de las cavernas primitivas, pero que por eso

¹⁸⁰ Íbidem. 115.

¹⁸¹ Vid. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 57 ss.

mismo tienen todavía el mérito de provocar, de engendrar una propensión espiritual que no tardara en dar al mundo el sistema jurídico más completo¹⁸².

Conviene saber que desde el punto de vista del derecho contractual, la teoría del acto jurídico nace bajo los auspicios del formalismo, vinculada en un principio al *nexum* y a la *mancipatio* y enriquecida después por la *stipulatio*, la *dictio dotis* y la *acceptilatio verbis*. En todos estos casos el formalismo tenía un carácter extremadamente rígido, reducido en ocasiones al enlace de algunas palabras, complicado frecuentemente con la participación de todo un cortejo de testigos instrumentales, agravado otras por los ritos de un ceremonial terminado ordinariamente con la pronunciación de la fórmula: *uti lingua nuncupassit ita ius esto*¹⁸³.

Si ello es así, ¿qué pensar de la teoría de las nulidades? Nosotros propendemos a creer que mientras el acto jurídico sólo puede surgir del encadenamiento de las palabras; en tanto que los ritos más variados, los gestos simbólicos y palpables son las únicas condiciones necesarias para la formación del vínculo obligacional, no puede hablarse de la noción de las nulidades, ya que la sanción civil está lejos todavía de separarse de la sanción penal, situación que durará mientras la interpretación permanezca en poder de los pontífices. Además, del hecho mismo de que todo el efecto de la relación jurídica resultara de la pronunciación de la fórmula arriba enunciada y de la participación de los testigos, es fácil deducir que la nulidad sólo podía aparecer con la concepción material del acto jurídico, es decir, con la aparición del acto escrito, lo que sucede cuando la interpretación abstracta del derecho cede el lugar a la interpretación adecuada a la fluidez del

¹⁸² *Íbidem*. 58.

¹⁸³ Según sostiene MOMMSEN, en un primer momento, los convenios entre particulares no engendran por sí mismos título alguno a la intervención del poder público. El acreedor no tiene más seguridad que la buena fe del deudor. Es con la evolución del Derecho romano cuando excepcionalmente se conceden acciones en materia de venta (*mancipatio*) y de préstamo (*nexum*). Vid. MOMMSEN, Theodor; *Historia de Roma*; Vol. I, Desde la Fundación de Roma hasta la caída de los reyes; Ediciones Turner; Madrid, 1986; Pág. 228-229. En sentido similar, IHERING estima que el contrato en Derecho romano se eleva de grado en grado, pasando de la forma más elemental a la más perfecta, sin saltar ningún grado intermedio. Vid. IHERING, Rudolf Von; *El fin en el Derecho*; Editorial Heliasta; Buenos Aires-Argentina, 1978; Pág. 134.

medio social, es decir, el día en que los jurisprudentes lograron imponer su autoridad¹⁸⁴.

De esta manera nos adentramos en el análisis de las nulidades en el Derecho romano clásico. Es oportuno no soslayar que el derecho romano se inspiró siempre en la organización política, de la cual fue en cierta forma uno de los medios más poderosos para hacer sentir hasta los confines del territorio, la soberanía de Roma. Baste recordar que el rancio *ius civile* era aplicable solamente al *civis*: era en cierta forma, la muralla de la sociedad dominante, mejor dicho, la armadura de protección de la antigua aristocracia. Debemos agregar que las numerosas conquistas por una parte, y el crecimiento de la población por otra, el ritmo de la vida comercial no podía dejar de producir efectos sobre la actividad política. Por esta razón al fin de la República el orden jurídico cuenta no un novel órgano encargado de asegurar el respeto de las leyes, nos referimos al Pretor¹⁸⁵.

Dicho esto, nos falta bosquejar los rasgos característicos del acto jurídico, empezando por afirmar que no obstante la atención dedicada por el derecho romano a la mayoría de sus instituciones, por curiosa paradoja, descuidó el análisis de la teoría del acto jurídico; omitió presentarla en un cuerpo distinto, prefiriendo el estudio de conjunto, fijar o dar algunos elementos en ocasión del estudio de cada acto separadamente. Esto no quiere decir, sin embargo, que a través de su evolución no se puedan encontrar bosquejos de algunos principios generales, expresados ya por el *ius civile*, por el *ius gentium*, o por el *ius praetorium*. Queremos emprender esta tarea en las líneas siguientes, con el fin evidente de despejar mejor a continuación, el alcance y orden de las ineficacias¹⁸⁶.

Debemos hacer notar que la voluntad llegó a intervenir reduciendo, cada vez más, el esplendor de la autoridad del formalismo, tomó el rango de las condiciones de fondo y de los contratos de buena fe al amparo del *ius gentium*. Después, poco a poco se vuelve en contra aun de los contratos de estructura eminentemente

¹⁸⁴ LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 58.

¹⁸⁵ *Íbidem*. 59.

¹⁸⁶ *Íbidem*. 61.

formalista, desplazando a veces la forma al campo de la prueba, situándose en la mayoría de los casos al lado de ésta. Pero el *nexum*, la *stipulatio*, la *dictio dotis*, y la *acceptilatio verbis*, conservaron los lineamientos tradicionales. Por lo demás, la decadencia de la forma hizo surgir otro elemento: toda obligación sólo producirá efectos, a condición de que esté vinculada a un objeto determinado, lícito, jurídica y físicamente posible, en el cual tenga interés el acreedor. A esto cabe agregar que la protección de los incapacitados y de la libre expresión de la voluntad de quien se obliga, abrieron la puerta a las condiciones relativas a la validez del acto jurídico, de modo que en esta forma se llegaron a crear dos series de condiciones: la causa y la capacidad de las partes contratantes que el derecho estricto toma del *ius gentium*, y la ausencia de dolo y de violencia, que serán respetados al amparo del *ius praetorium*¹⁸⁷.

De esta manera surgen las sanciones que derivan ineluctablemente de no respetar estas condiciones, empero, habrá que distinguir entre las ineficacias nacidas del *ius civile*, las creadas por el *ius praetorium* y la originadas por el derecho consuetudinario para formarnos cabal conocimiento del asunto que abordamos.

1.3. Ineficacias del *ius civile*

Para comprender las ineficacias del *ius civile* debe saberse que en los contratos de buena fe como en los formales, el consentimiento llegó a ser la piedra de toque. La opinión de PEDIUS lo demuestra categóricamente: *nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habet in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*. Esta nueva orientación tiene consecuencias verdaderamente revolucionarias para la teoría de las nulidades. El acto solemne, aun regularmente otorgado desde el punto de vista del *ius civile*, se declara nulo si falta el acuerdo de voluntades de las partes. Inversamente, el acto nulo por su forma, pero que tenga el *consensus*

¹⁸⁷ *Íbidem*. 62.

válidamente expresado, no será totalmente ineficaz, porque dentro de los límites de lo posible, bien puede producir los efectos de un *pactum conventum* en que la intención de las partes está dominada por la *exceptio doli generalis* y algunas veces, también por la *actio prescriptis verbis*¹⁸⁸.

También a propósito del consentimiento el derecho romano clásico hizo aparecer las nulidades fundadas en el error. Tomando su fuerza, al principio, en el *ius gentium*, el error se impuso rápidamente entre las fuentes más importantes de las ineficacias, tanto en el campo de los contratos de buena fe, como en el de los de derecho estricto. Podemos extraer algunas consecuencias, entre ellas; siempre que el error afecte al *negotium*, por faltar el consentimiento de las partes, no se hará esperar la desaparición del vínculo jurídico. A manera de ejemplo, citamos el caso en que el error recaiga sobre la naturaleza del contrato: tal es la donación que el donatario conceptúa un simple préstamo. Al lado del error sobre el *negotium*, debe situarse el *error in corpore* y el *error in persona*; en una y otro casos el elemento intelectual no existe, porque *non videntur quid errant, consentire*. Por esto la nulidad absoluta será inevitable. De todos modos, después de esta época, la voluntad va a constituir para siempre, elemento esencial de la formación del vínculo obligatorio y por lo mismo, la principal fuente de la teoría de las ineficacias¹⁸⁹.

Paralelamente a esta línea discreta y a la vez potente que ha trazado el derecho clásico al consensualismo, aquel se ha esforzado por determinar la esfera de los objetos que pueden estar en el comercio jurídico, partiendo del principio de que, de una manera general, todas las cosas son susceptibles de servir para la satisfacción de los intereses privados. De este modo, las *res extra commercium* modestamente se agruparán en el campo de la excepción en que se encuentran dos grandes capítulos: el primero y más importante consagrado a la imposibilidad legal, al objeto jurídicamente imposible; el otro, destinado a la imposibilidad física, al objeto que por su naturaleza no puede ser ejecutado. El capítulo de las

¹⁸⁸ Íbidem. 63.

¹⁸⁹ Íbidem. 64.

imposibilidades jurídicas comprende en especial, las *res religiosa o sacra* y las cosas afectas a la utilidad pública, y a las que deben agregarse la prohibición de vender a los hombres libres y la prohibición impuesta a los funcionarios de comprar las cosas que se encuentran en la provincia donde ejercen su función. La sanción será en todo caso la nulidad absoluta. En cuanto a las imposibilidades físicas, manifestadas sea por una ejecución que llegó a ser ilusoria por la naturaleza del objeto mismo, sea porque su objeto hubiera desaparecido, la nulidad destruye la obligación. Esto es lo que nos dice la célebre fórmula: *impossibilia nulla est obligatio*¹⁹⁰.

Respecto de la causa debemos decir desde luego, que no presentaba ningún interés para el derecho de las obligaciones del período antiguo, por la sencilla razón de que en esta época, el formalismo había atribuido al acto jurídico, una estructura eminentemente abstracta; la forma se bastaba a sí misma, el juez no tenía necesidad, pues, de entrar a la investigación del fondo de la obligación¹⁹¹.

En líneas conclusivas, diremos algunas palabras sobre las condiciones imposibles, inmorales o ilícitas, en que el motivo ha jugado un papel preponderante en caso de haber sido conocido por las dos partes contratantes. Pero desde el punto de vista de la sanción hay que distinguir. Sin negar la existencia del principio de que, tanto para los contratos de derecho estricto como para los de buena fe, la condición imposible provoca la nulidad, no se dejará de crear un régimen de favor para las obligaciones a título gratuito; los contratos a título oneroso quedan sometidos a la nulidad absoluta, o mejor dicho, a la nulidad total. Como se observará, este cuadro de las ineficacias del *ius civile* se cierra con las causas de la incapacidad. Continuando con esta idea, podemos decir que se encuentran en

¹⁹⁰ *ibidem*. 66.

¹⁹¹ Como quiera que sea, en la época clásica la causa se incluía entre las condiciones necesarias para la validez de las obligaciones. Hacemos notar sin embargo, que en su origen no tenía el sentido que se le atribuye actualmente, sino que después, a propósito de la estipulación ignominiosa, de la estipulación fundada en un fin inmoral, del pacto ilícito, se coloca al lado de las nulidades de orden civil. Además JULIANO Y POMPONIO nos hablan de la falsa causa o más bien de la obligación sin causa, como en el caso del comprador que ha comprado su propia cosa sin saber que ya era propietario. Quien desee profundizar en ello Vid. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 67 ss.

el plano superior las incapacidades totales –*qui fari non potest*–, en este grupo están enumeradas el *furiosus* y el *infans*. En el segundo se encuentran las incapacidades parciales, reservadas al *pupillus*, al pródigo y a la mujer sujeta a tutela¹⁹².

1.4. Ineficacias Pretorianas

El derecho civil, a excepción del error, había ignorado los vicios del consentimiento. Esta fue la ocasión del Pretor para poner en marcha toda la teoría de la voluntad; tomando a la inversa el formalismo, se contentó primero con el reconocimiento de los contratos consensuales, reservándose las sanciones necesarias para asegurar su respeto. Antes de abordar el estudio de los medios que sirvieron de piedras angulares al edificio del derecho pretorio, digamos algunas palabras sobre las principales causas que determinaron los puntos de partida de la tarea del pretor. En el sentido anunciado, se sabe que las bases primordiales de su actividad fueron el dolo y la violencia: éstos son los datos fundamentales de su razonamiento, las directrices que marcaron el plan de su obra¹⁹³.

Nosotros entendemos que la violencia fue considerada bajo un doble aspecto: la violencia material –*la vis atrox*–, y la simple coacción moral –*la vis compulsiva*–. En cuanto al dolo, según la definición de CICERÓN, tiene por finalidad “simular una cosa y hacer otra”. LABEÓN por su parte –con mayor pretensión– nos dice que el dolo es “todo acto contrario al uso de las gentes honestas y destinado a inducir a error o engañar a alguien”. Conviene hacer notar que el dolo se aplicó primeramente a los actos jurídicos pero su íntima vinculación con la noción de moral y de equidad, aumentó su importancia y su esfera se ensanchó enormemente, sobre todo después de la creación de la *exceptio doli generalis* que tenía por fin mantener una atmósfera general de buena fe en torno al comercio

¹⁹² Íbidem. 68.

¹⁹³ Íbidem. 71.

jurídico. En el decir de LUTZESCO esto se tradujo por los glosadores en la distinción entre dolo principal y dolo incidental¹⁹⁴.

En cuanto al procedimiento pretorio argumentamos que dio prueba, no sólo de cierta sutileza, sino también de cierta jerarquización en la forma en que debían emplearse sus medios. Se empezó por la *exceptio*, procedimiento sencillo y rápido, concedido al deudor a fin de rechazar el cumplimiento exigido por el acreedor, en caso de que la obligación estuviera viciada; se pasó después a la *actio*, cuyo principal fin era permitir al deudor repetir lo que injustamente había pagado: *actio reipersecutoria* y en segundo lugar condena penal. Finalmente, la *restitutio in integrum* fue concedida a título completamente excepcional, para cuando hubieran sido agotados todos los recursos.

No debemos obviar ciertas acciones que constituyeron en buena medida el antecedente de las nulidades; entre ellas mencionamos:

a) *Exceptio doli y metus causa*

Sabido es que las excepciones eran concedidas ya *cognita causa* para cada caso particular, con vista a cada demanda presentada al Pretor, ya para comprender los casos de interés general como la *exceptio quod metus causa*, la *exceptio doli* o la *exceptio doli generalis*. En todo caso, en materia de actos jurídicos, es probable que la intervención del Pretor haya empezado por la excepción que constituiría así, el primer eslabón de sus sanciones¹⁹⁵.

¹⁹⁴ LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 71.

¹⁹⁵ Según dice LUTZESCO, de todas las excepciones, la de dolo, precisamente la *exceptio doli generalis*, ha jugado un papel preponderante. En efecto, algunas veces sin suponer ningún dolo efectivo, resistía, se oponía y destruía toda pretensión injusta, toda demanda contraria a la equidad. Sin embargo, sea que se trate de la excepción de dolo, sea que se trate de la excepción destinada a destruir la demanda del acreedor, lo que interesa es que la excepción produce los efectos de una cuasi-nulidad. Cfr. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 72 ss.

b) *Actio doli y quod metus causa*

Importante resulta saber que las dos acciones sólo eran concedidas en defecto de cualquier otro medio, lo que hacía que tanto una como otra se refirieran, casi exclusivamente, a la materia de los contratos de derecho estricto; los contratos de buena fe tenían, en todo caso, su acción *ex contractu*.

Según hace notar ULPIANO, la *actio doli* se puede intentar en contra de un deudor que posea mayoría de edad, *contrario sensu*; la *restitutio in integrum* se puede solicitar en caso de que el deudor sea menor de edad¹⁹⁶.

c) *La restitutio in integrum*

Fuera de las acciones que por virtud de un procedimiento muy complicado no siempre daban el resultado deseado, el Pretor contemplaba su protección con la *restitutio in integrum*. No creemos oportuno en este estudio hacer una profunda referencia en cuanto a la esencia de la acción que exponemos, nos limitaremos a exponer brevemente sus efectos.

Prima facie esta cuestión carece de sentido. Sin embargo, un análisis más profundo nos demuestra que, dirigida contra una o varias consecuencias del acto celebrado entre deudor y acreedor, podía llevar a resultados diferentes, según la decisión del Pretor y según la naturaleza del contrato¹⁹⁷.

En efecto, el Pretor podía escoger una de estas dos vías: recurrir a su *imperium* y ordenar la restitución; o bien, entregar simplemente al beneficiario la fórmula de una acción cuando la información recibida no le pareciera convincente. En el primer caso todo era muy rápido, pero con el grave inconveniente de no tener un carácter definitivo, pues el Pretor no estaba impedido de dar curso a otra demanda y revocar la resolución anterior. Ejemplo parecido nos proporciona CICERÓN, en el caso "*Pro Flacco*". En el segundo caso, el procedimiento era un poco más complicado. Un vendedor, por ejemplo, que habiendo perdido todo recurso acude al Pretor y solicita de él la restitución de los bienes que le han sido arrebatados. El

¹⁹⁶ *Íbidem.* 73.

¹⁹⁷ *Íbidem.* 75.

Pretor en lugar de decretar la restitución, se contenta con cumplir las formalidades de la fase *in iure* y entrega el *iudicium rescisorium* sobre el cual va a resolver el juez¹⁹⁸.

1.5. Ineficacias creadas por el Derecho consuetudinario

Al lado del *ius civile* y del *ius pretorium*, el derecho romano reconocía una fuente más –el derecho consuetudinario–, nacida de la asimilación espontánea entre la práctica jurisprudencial y las corrientes configuradas por la opinión pública. La *querela inofficiosi testamenti* constituye un ejemplo¹⁹⁹.

La *querela inofficiosi testamenti* puede situarse en la época imperial, su virtualidad vinculante radica en que toda desheredación sin causa, y por consiguiente, contraria a la afección natural de los padres para sus hijos, no producía efecto alguno; con la facultad que el desheredado podía demandar la apertura de la sucesión *ab intestato*. Intentada originariamente –la *querela*– en la misma forma que la *petitio hereditatis* y siguiendo la misma ruta que el procedimiento *in sacramentum*, la *querela* obtiene en el procedimiento formulario y en el extraordinario, cierta independencia en la fase preliminar de la *petitio hereditatis*²⁰⁰.

En resumen, nosotros creemos que la querela es, al lado de la restitución, la segunda fuente de la que proviene en toda su amplitud, la nulidad como noción estrictamente jurídica. Podríamos decir inclusive, que de ella ha surgido principalmente la teoría de la nulidad en el campo de las instituciones del orden

¹⁹⁸ Debemos mencionar que si en el fondo se llega siempre a hacer abstracción del acto considerado desde el punto de vista del Derecho civil y a decidir la restitución recíproca de todo lo que las partes se han dado; si, pues, se considera el acto como no celebrado y se le priva de todos sus efectos jurídicos, desde el punto de vista de los órganos que ordenaban la restitución debe distinguirse entre la resolución dictada como último recurso por el Pretor mismo (a la cual los intérpretes de la Edad Media llamaban *iudicium rescidans*, aunque esta terminología no haya sido conocida ni por el derecho clásico ni por el derecho del Bajo Imperio), y la resolución pronunciada por el juez a consecuencia del *iudicium rescisorium* que le había entregado el Pretor. Cfr. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 76.

¹⁹⁹ *Íbidem.* 77.

²⁰⁰ *Íbidem.* 79.

jurídico. Presentado en sus orígenes, como todo lo que tiene como misión destruir una relación contractual, un carácter muy confuso –lo que ha provocado interminables discusiones en torno a su verdadera naturaleza jurídica–, adquirió poco a poco el lugar que le correspondía en la gama de las sanciones que tienen por finalidad destruir los efectos normales de los actos contrarios a la ley, a la equidad o a la moral²⁰¹.

1.6. Las nulidades en el Derecho del Bajo Imperio

Hemos estudiado los principales lineamientos de las ineficacias creadas por el derecho clásico, fáltanos poner de relieve la contribución del derecho romano post-clásico y más particularmente del derecho de JUSTINIANO. De entrada debemos reconocer que el derecho clásico no sufrió grandes modificaciones. Un visible espíritu de tradición acompañó siempre sus instituciones. Nadie, absolutamente nadie se atrevió a tocar el pensamiento de los jurisconsultos de la época clásica, cuyo trabajo es tan sólido, apoyado por las sanciones de una experiencia comprobada por luengo tiempo y constantemente esclarecida por las obras de sus mejores intérpretes. Por eso se prefirió admirarlos.

No obstante lo aseverado anteriormente, sería erróneo creer que el derecho post-clásico no creó absolutamente nada. Sin atender a la íntima estructura del derecho clásico, se esforzó por hacer obra de depuración de cuanto fue condenado por el cambio de las costumbres, como labor de suavización y adecuación a fin de facilitar ya la comprensión, ora la distribución de la justicia. De todas maneras, el resultado de estas modestas innovaciones no carece de importancia desde el punto de vista del problema de las ineficacias. En efecto, sea que se trate de la substitución del procedimiento formulario por el procedimiento extraordinario; sea que se trate de la supresión de la prístina distinción de las leyes según su sanción, o ya de la importancia considerable que se atribuye al elemento volitivo, el sistema

²⁰¹ Cfr. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 80.

de las nulidades se vuelve cada día más sólido. Va más al fondo de las realidades jurídicas, en una palabra, la teoría de las nulidades sale de la confusión en que se hallaba, para conjugarse armónicamente con el acto jurídico mismo²⁰².

El cambio, o más bien, la generalización del procedimiento extraordinario se produce durante el reinado del Emperador CONSTANTINO y tuvo consecuencias verdaderamente revolucionarias. Las dos fases del proceso *–in iure e in iudicium–*, desaparecen y la dirección del mismo se concreta en manos del juez de la provincia. Este tiene, pues, una doble competencia: en primer lugar su antigua competencia civil, y en segundo, la que le proviene del *ius pretorium*. Para captar las consecuencias de esta reforma, basta recordar el papel que desempeñaba el Pretor en los procesos de restitución en la época clásica; su autoridad usurpaba muy a menudo la decisión del *iudex*. Pero ahora, cuando el juez se ha convertido en el único titular del proceso, precisamente del proceso de restitución, es fácil comprender por qué la acción rescisoria llega a la consagración definitiva del concepto de nulidad, a medida que la fusión de los dos dominios jurídicos *–civil y pretorio–* se realizaba²⁰³.

En fin, el derecho post-clásico es, inclusive, ventajosamente aclarado por los preceptos de la moral *–precisamente por la influencia del Cristianismo–*, y del derecho natural. De esta manera la teoría de las obligaciones y con ella la de las nulidades, se atenúan constantemente por la acción de la buena fe y la equidad que tuvieron una vez más el incomparable privilegio de ser la palanca de todo el derecho contractual. Después de estas diferentes observaciones de orden general, dirijamos una mirada sobre el aspecto de las nulidades en sí mismas. Y es que la desaparición del antiguo dualismo civil-pretorio lleva a la teoría de las nulidades a una nueva concepción que puede resumirse en la creación de los grandes grupos de ineficacias: las nulidades absolutas y las nulidades relativas; cada una con una esfera más o menos grandes, según la importancia de la irregularidad del acto jurídico²⁰⁴.

²⁰² Íbidem. 88.

²⁰³ Íbidem. 89.

²⁰⁴ Íbidem. 90.

1.7. Nulidades absolutas y nulidades relativas

Las fuentes de las nulidades absolutas son siempre las mismas: la ley, y de una manera general, las buenas costumbres: *pacta quae contra leges, constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est*. En cuanto a la noción en sí misma, la Constitución del Emperador TEODOSIO la aclara: “ningún efecto –dice la Constitución–, debe concederse ni a los pactos, ni a los convenios, ni a los contratos, cuando su objeto haya sido prohibido por la ley... porque lo que se hace contra la ley es, no solamente inútil, sino radicalmente nulo aunque el legislador no haya previsto casos en particular”, y agrega la Constitución; “serán igualmente nulas las consecuencias, las ejecuciones de los pactos, de los convenios y de los contratos hechos contra las leyes”²⁰⁵.

Sin embargo, no debe creerse que el derecho del Bajo Imperio haya seguido con intransigencia la vía de la nulidad absoluta, porque bajo la influencia verosímil del derecho griego, se mostró a veces, más dispuesto a probar la sanción transaccional de la nulidad relativa. En efecto, ocurrió a menudo que sobre las ruinas del acto brutalmente afectado de nulidad absoluta, surgieran deplorables iniquidades. Y puesto que el derecho post-clásico, trató más que cualquier otro, de realizar y conjugar su obra con las reglas de la moral, no dudó en sacrificar las sanciones inherentes al carácter autoritario de las leyes. Por esto cada vez que se halla probada la buena fe, la nulidad absoluta se doblega bajo el peso de la protección y cede el lugar a la nulidad relativa²⁰⁶.

Finalmente, el campo de las nulidades relativas, reservado antes especialmente a la competencia del Pretor, adquiere a la vista de los post-clásicos un aspecto más homogéneo en que el dolo, la violencia y la inficiencia del testamento, constituyen los primeros medios de protección reservada exclusivamente a las

²⁰⁵ *Íbidem*. 91.

²⁰⁶ No obstante, se respetó íntegramente la nulidad absoluta de los actos cuya ejecución estuviera vinculada a la realización de un condición imposible –*si digito coelum tingerit*–, y para los actos cuya eficacia dependiera de una condición potestativa. Cfr. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 91.

víctimas. En este orden de ideas, la noción de nulidad relativa se aclara también bajo el desarrollo de la acción rescisoria, estructurada sobre el antiguo *iudicium rescisorium* que había preconizado el procedimiento formulario para los procesos de la *restitutio in integrum*²⁰⁷.

1.8. Corolario

Luego de la breve exégesis acometida, expuesta con la mayor precisión que nos fue posible, creemos al igual que PLANIOL y RIPERT que la teoría de las nulidades es una de las menos claras que hay en el Derecho civil. Sin embargo, debería ser muy sencilla, y poseía esta sencillez perfecta en los primeros tiempos del Derecho romano; el acto nulo no existía desde el punto de vista de la ley; no tenía existencia ni producía efectos jurídicos; no había nada porque *quod nullum est, nullum produxit efectum*²⁰⁸.

En este orden de cosas, la materia de las nulidades comenzó a complicarse bajo el Imperio Romano, gracias al Derecho pretoriano. Como el Pretor no podía anular por sí mismo los actos que el *ius civile* declaraba válidos, concedía, sin embargo, una especie de reparación tan plena como podía hacerlo, mediante un procedimiento particular: la *restitutio in integrum*. Se decía que un menor, por ejemplo, era restituido o que se rescindía el contrato celebrado por él (*restituere, rescinditur*). Este procedimiento –que entra en la categoría general de las acciones– fue, con la excepción del dolo, uno de los dos grandes medios que el Pretor empleaba en su lucha contra el Derecho civil. Desde ese momento hubo en el Derecho romano dos modos de que un acto fuese nulo: la nulidad civil, que se producía *ipso iure*, automáticamente, y, paralelamente, la nulidad pretoriana, que

²⁰⁷ Íbidem. 93.

²⁰⁸ Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: Derecho Civil; Editorial Harla; Biblioteca Clásicos del Derecho; Pág. 54 ss.

suponía el ejercicio de una *actio* judicial, y que sólo se realizaba plenamente por virtud de sentencia judicial²⁰⁹.

Como quiera que sea, debemos decir que el derecho romano clásico a pesar de haber sufrido la influencia del *ius gentium*, permaneció fiel, al espíritu autoritario de la sanción tradicional: la nulidad absoluta. Si se quiere comprender la esencia de la nulidad romana, debe dirigirse una mirada aunque sea rápida sobre la sanción que afectaba al acto ilícito, al acto realizado contra la ley, o para emplear la fórmula consagrada en esa época, al acto hecho en fraude a ley. Advirtamos desde luego que por un curioso y admirable dogmatismo jurídico el derecho romano clásico distinguía, desde el punto de vista de la sanción, si se atiende a la opinión de ULPIANO, tres clases de leyes: las *leges perfectae*, sancionadas por la nulidad; las *leges minusquam perfectae*, sancionadas simplemente con una pena pecuniaria; y en fin, las *leges imperfectae* para las cuales no se había previsto sanción alguna, en razón –intuimos nosotros– de consideraciones probablemente políticas²¹⁰.

²⁰⁹ Ídem. 54.

²¹⁰ Es, pues, únicamente en materia de leyes perfectas, en las que se estableció la nulidad en el cuadro de las instituciones jurídicas, y se admite generalmente que en este grupo deben citarse la *Lex Ciceria*, la *Lex Voconia*, la *Lex Cornelia de adpromissoribus*, la *Lex Falcidia*, la *Lex Aebutia* y la *Lex Fufia Caninia*. Estas son las únicas leyes que tuvieron a nuestro entender un carácter verdaderamente prohibitivo. Cfr. LUTZESCO, Georges: *Teoría y práctica de las nulidades*; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 82. Modernamente, inspirado en doctrinas romanas, N. KORKOUNOV divide los preceptos del derecho en cuatro grandes grupos, desde el punto de vista de sus sanciones: *leges perfectae*, *leges plus quam perfectae*, *leges minus quam perfectae* y *leges imperfectae*. Nosotros, en franca atención al tema que abordamos nos detendremos en el análisis de las *leges perfectae* que son aquellas cuya sanción consiste en la inexistencia o la nulidad de los actos que las vulneran. Dícese que tal sanción es la más eficaz, porque el infractor no logra el fin que se propuso al violar la norma. Algunas veces el acto violatorio es considerado por la ley como inexistente para el derecho, lo que equivale a privarlo de consecuencias jurídicas; otras, puede engendrar ciertos efectos, pero que existe la posibilidad de nulificarlos. De esta realidad toman parte los autores de derecho civil distinguiendo tres grados de invalidez: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa. Del análisis anterior deducimos que el acto inexistente es aquel que no ha podido formarse en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia. Falta al acto alguna cosa de fundamental, alguna cosa que es, si se puede hablar así, de definición. Semejante acto carece de existencia a los ojos de la ley; es una apariencia sin realidad, la nada. La ley no se ocupa de él. No había, en efecto, por qué organizar la teoría de la nada. A diferencia del acto inexistente, el acto nulo reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero se encuentra privado de efectos por la ley. De ello deducimos que la nulidad absoluta es la que ataca a los actos que se ejecutan materialmente en contravención a un mandato o a una prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, es decir, de orden público. Finalmente, representamos la nulidad relativa como una medida de protección que la ley establece

Queda por saber si la nulidad operaba de pleno derecho o por intervención del juez. Esta es la cuestión más delicada y sin paradoja alguna, la más sencilla; es una cuestión delicada en el sentido de que su apreciación ha provocado muchos comentarios que en razón del misterio que envuelven a veces las instituciones romanas, han sido, muy a menudo, erróneos; es una cuestión sencilla desde el punto de vista de la estructura rígida y desprovista de complicaciones inútiles, que es rasgo esencial del derecho romano. En efecto, cuando se sabe con cuanta precisión trata este derecho de delimitar el cuadro de todas sus instituciones; con cuanta claridad se esfuerza por trazar la trayectoria de todas sus reglas jurídicas; con cuanta atención sus órganos judiciales se esfuerzan por vigilar la aplicación de la ley y por implantar su espíritu en las realidades de la vida; cuando se sabe que toda pretensión jurídica fundada sobre un acto afectado de nulidad debía pasar necesariamente por los ojos del Pretor, se comprende fácilmente que la nulidad absoluta podía, sin duda alguna, operar de pleno derecho²¹¹.

1.9. Las nulidades en el Antiguo Derecho Francés

El período bárbaro comprendido entre los años 481 y 987, tiene la doble característica de la confusión y la incertidumbre. Confusión, puesto que a la amalgama de los pueblos, se superpone la amalgama de las leyes; incertidumbre, por cuanto que, a pesar de todas sus pretensiones de originalidad, las leyes de los bárbaros no pueden resistir a la dominación del espíritu jurídico romano. Ocurre frecuentemente, en efecto, que en la misma provincia el franco vive bajo la autoridad de su ley, el visigodo no quiere renunciar a la suya, mientras que los galo-romanos, tras el escudo de los vencidos, se acogen siempre a la protección de la ley romana²¹².

a favor de personas determinadas. Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho; Séptima Edición Revisada; Editorial Porrúa; México, 1956; Pág. 89.

²¹¹ Cfr. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 83.

²¹² *Ibidem*. 95.

Dentro del periodo circunscrito, podemos ubicar algunas manifestaciones de ineficacias; entre ellas: las ineficacias de las Leyes Personales de los Galo-Romanos, las ineficacias en las Leyes de los Bárbaros, las ineficacias de las Leyes en los Francos. Todas ellas constituyen el prístino reflejo de un Derecho francés en vía de desenvolvimiento. De manera conclusiva apuntamos que el Derecho de la época bárbara presenta comúnmente un triple aspecto: una primera imagen bien impresa, con rasgos bien claros y propios de un cuadro casi perfecto –el Derecho romano–; una segunda imagen confusa, desproporcionada y en que los rasgos son difícilmente reconocibles –el Derecho visigo-burgundo–; finalmente, una última imagen desvanecida, ruda y remota –el Derecho de los francos–, cuya característica es la resistencia contra toda inmixción, contra toda influencia romana. En tanto que persista esta resistencia permanecerá cerrado el cuadro estrecho y simple de sus instituciones empíricas; será necesario esperar que un pueblo salga de su estado psicológico tan impregnado de ideas íntimamente ligadas a su estructura personal, para comprender que la realidad de la vida es más poderosa que cualquier decisión por fuerte que sea, sobre todo cuando trata de cerrar el paso al progreso²¹³.

1.10. Las ineficacias en el Derecho del período feudal

En cuanto al momento histórico abordado, es acertado referir con rotunda gravedad que el período feudal sustituye las leyes personales imperantes de la época bárbara por las leyes territoriales. Diremos también, que durante este período, la Iglesia se esfuerza por alimentar un tímido espíritu de unificación, bajo la égida del Derecho canónico, que poco a poco trata de infiltrar su autoridad en la materia de las obligaciones. La auténtica expresión de lo legal está dada por la existencia del Derecho consuetudinario quien tiene el aspecto de un verdadero mosaico. De esta manera se conforma una época que protagonizó una falta de leyes provistas del sello oficial creando así un estado casi anárquico, en que el

²¹³ Cfr. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 101.

simple paso de una provincia a otra era suficiente, no sólo para darse cuenta de los fundamentos de un nuevo orden jurídico, sino también de la incertidumbre que reinaba. Por esto, nosotros somos muy consientes que al estudiar la evolución de no importa qué institución jurídica, la investigación de los detalles es muy a menudo engañosa.

Sea cual fuere la postura adoptada por el estudioso en torno a la época que abordamos, lo cierto es que para comprender a cabalidad el carácter del lenguaje, la severidad de las sanciones y las modificaciones aportadas, conviene conservar la antigua distinción netamente romana de nulidades absolutas y relativas. La explicación antedicha sirve para denotar que la esfera de las nulidades absolutas sigue dividida todavía en tres sectores: el de lo que se hace contra la ley, –o más bien contra las costumbres–; el de lo que se hace en fraude a la ley, y el de lo que es contrario a las buenas costumbres. Podemos deducir de lo anteriormente apuntado, sin riesgo alguno de incurrir en equívocos; que la nulidad absoluta es la sanción porque no sólo el lenguaje usado nos lleva, inevitablemente, a esta conclusión, sino, sobre todo, porque encontramos los caracteres de la nulidad absoluta: su efecto de pleno derecho y su imprescriptibilidad. Siguiendo con el desarrollo de la idea que antecede, traemos a colación el siguiente brocardo que nos da plena razón: *non confirmantur tractu temporis quod ab initio non subsistat*; de aquí es indudable que la nulidad del antiguo derecho consuetudinario es imprescriptible²¹⁴.

En conclusión, cabe argumentar que el espíritu del Derecho romano resucitado y reforzado por la legislación justiniana que había penetrado profundamente en Francia en el Siglo XII por las obras de los glosadores, está presente siempre en la teoría del acto jurídico y en la de las ineficacias. Nótese, empero, que a partir de la redacción oficial de las *Coutumes* comienza la gran ofensiva antirromanista cuyo resultado final será el predominio de una nueva fórmula verdaderamente revolucionaria para nuestra investigación: en Francia no hay recurso de nulidad. Es aquí según nuestro entender que la teoría de las nulidades se complica para

²¹⁴ *Íbidem.* 107.

siempre, generando las deformaciones legislativas adoptadas por los Códigos decimonónicos.

1.11. El Derecho escrito y la teoría de las nulidades

Dentro de este período comúnmente se suelen agrupar las siguientes tendencias que influirán sobre el estudio y entendimiento de las nulidades: a). Las nulidades en el Brachylogus y el Petrus; b). Las nulidades en la obra de IRNERIO y sus discípulos; c). Las nulidades según BARTOLO y su escuela; y d). Las nulidades según la opinión de los dialécticos franceses.

a) Las nulidades en el Brachylogus y el Petrus

El Brachylogus y el Petrus, son las únicas obras que han tenido el valor de afrontar las leyes bárbaras. Su mérito es tanto más grande, cuanto que sobre las ruinas del viejo Derecho romano clásico, impregnado, aquí y allá, por las tímidas reformas de los post-clásicos, consiguieron resucitar aunque de una manera imperfecta, un derecho más joven, más claro y profundamente penetrado de un sentido perfecto de la realidad. De aquí, importante resulta conocer que las nulidades absolutas se expresan de una manera constante por el vocablo *inutile*: *Inutile pactum est, unde nec actio nec exceptio nascitur*. De ello se infiere que no es necesaria la declaración del juez, quien, por otra parte no puede ser requerido, ya que en todo caso está proscrito recurrir a la acción. En cuanto a las nulidades relativas siguen conservando, en todo caso, sus cuatro causas: el dolo, la violencia, la minoridad y la inoficiosidad. En este punto, debemos hacer notar que los textos, al hablar de la violencia, reconocen a la restitución un triple efecto: llega principalmente a la rescisión del contrato; obliga en segundo lugar, al acreedor a restituir el precio; ordena en fin al deudor, restituir la cosa recibida. En consecuencia, en el campo de las nulidades relativas no hay modificaciones: los

antiguos modelos conservan sin dificultades las líneas del pasado y se dirigen discretamente con los mismos caracteres hacia el porvenir²¹⁵.

b) Las nulidades en la obra de Irnerio y sus discípulos

En primer lugar se presenta la cuestión de la ley, de su importancia en el campo jurídico de la sociedad y como corolario, la sanción que de ella se desprende. Frente a estos tópicos, la concepción de IRNERIO no es clara, oscila en la misma confusión que la de los clásicos; confunde frecuentemente lo que es contrario a la ley con lo que se hace en fraude a la misma, y la confusión se extiende igualmente en lo relativo a la sanción²¹⁶.

En cuanto a las nulidades relativas, no encontraremos grandes innovaciones. La Escuela de Bolonia no rebasa el cuadro de sus predecesores, se conforma simplemente con introducir un poco de orden. No es sorprendente, pues, que el dolo, la violencia y la lesión constituyan causas distintas para solicitar, al lado de la minoridad e inoficiosidad, la sanción de la rescisión, inclusive en los contratos de derecho escrito. Según entendemos, IRNERIO fija la atención sobre la que caracteriza la nulidad relativa: la posibilidad de ratificar los actos que no son nulos en su origen: *inmo confirmatur posteriori consensu quod ab initio ratum non erat*. Concluiremos argumentando que la obra de IRNERIO y sus discípulos no es, pues, una obra de revolución. El problema de las nulidades es muy difícil, su construcción es demasiado débil para resistir el peso de una crítica severa y reposada, la naturaleza de sus elementos es muy variada para no impresionar la prudencia de los maestros de la Escuela de Bolonia. Por esta razón prefirieron sondear únicamente los aspectos superficiales, dejando los más profundos a otros

²¹⁵ *ibidem*. 112.

²¹⁶ Es ilustrativo lo que refiere P. DE FONTAINES cuando dice expresamente que todo contrato celebrado contra la ley o las costumbres del país, así como contra las ordenanzas del señor "nada vale". A su vez, el *Livre de Justice et plet* establece que todo lo que se hace contra la ley no obliga. Respecto al fraude a la ley, sólo un párrafo se nos transmite por el *Conseil* de P. DE FONTAINES y confirmado por el *Livre de Justice et plet*; el fraude existe cuando respetando el texto de la ley, se quiere, por medios indirectos, eludir su espíritu.

espíritus más temerarios, más ambiciosos, más ávidos de penetrar los misterios de la filosofía jurídica romana²¹⁷.

c) Las nulidades según los Bartolistas

Hemos venido diciendo que el Derecho romano fue objeto de numerosas críticas por parte de los comentaristas por su proverbial inflexibilidad ante la perpetua multiplicación y cambio impuesto por las necesidades que cada día se presentan en el desenvolvimiento normal de la sociedad. Nadie ha tenido, sin embargo, el valor de hacer una crítica abierta. Ha sido necesario esperar el buen sentido jurídico y el gran espíritu realista de BARTOLO para ver al Derecho romano sujeto a la prueba de adaptación que reclamaban las nuevas realidades sociales. Si BARTOLO y su escuela estuvieron bien orientados es cosa que no debe preocuparnos. Puede inclusive afirmarse en lo que concierne a su contribución al problema de las nulidades absolutas y relativas, que ambas están referidas a la idea de sanción. Pero a este respecto hay una notable innovación que no podemos soslayar: en tanto que la nulidad absoluta fija sus bases sobre consideraciones de utilidad pública, la nulidad relativa se dirige ineludiblemente a la noción de la sanción-favor concedida a una persona o a un grupo de personas, limitativamente determinadas²¹⁸.

Siguiendo la idea de BARTOLO decimos que la nulidad absoluta es el medio de coerción destinado a asegurar el respeto de las leyes en que la prohibición afecta al interés general, o para usar su expresión, a la utilidad pública. De esta manera puede corroborarse que la nulidad absoluta opera de pleno derecho. Nótese, sin embargo, que hay casos, en que la nulidad no puede operar *per se*: en efecto, existen actos que tienen toda la apariencia de regularidad. Ante estos actos, el espíritu práctico de BARTOLO no dudó en encontrar una solución: dice que en tales casos aunque el menosprecio de la ley no sea manifiesto, el acto no es

²¹⁷ Cfr. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 116.

²¹⁸ *Ibidem*. 119.

menos vulnerable, porque afirma que la parte lesionada escudándose tras la protección de la ley, podrá siempre recurrir al juez a fin de iniciar la instancia del *ius dicendi nullum*. Ciertamente, esta interesante innovación no carecerá de eco en Francia, a pesar de la introducción de las cartas de rescisión²¹⁹.

En cuanto a la nulidad relativa, vinculada siempre a las mismas causas –dolo, violencia, minoridad y lesión–, reviste cada vez más, el aspecto de favor legal, pero de un favor que no tiene el carácter exclusivo que se le atribuye actualmente, ya que ante los contratos de buena fe, da lugar, frecuentemente a la nulidad absoluta. Para llegar a este resultado, BARTOLO hace un razonamiento muy sencillo: en un contrato de buena fe la clave de la obligación es el consentimiento, o más bien, el acuerdo de las partes. Ahora bien, el dolo sobre la causa misma del contrato, el dolo que es tan grave que sin él no se habría contratado, engaña un error sobre la razón principal del consentimiento mismo, lo que hace que en este caso no se pueda decir que hay consentimiento. En consecuencia, el vínculo obligatorio, no puede engendrarse. Por esta razón, el único recurso que puede poner en evidencia el vicio que afecta la voluntad es la rescisión, la cual opera por medio de la restitución. En fin, conviene no olvidar que para los bartolistas, como para todos los intérpretes de la Edad Media, el problema de la anulación judicial gravita en torno a la restitución²²⁰.

d) Las nulidades según los dialecticos franceses

Los comentarios de los doctores de la Escuela de Bolonia no tardaron en penetrar en Francia, donde hallaron la misma acogida que en Italia. Pero su autoridad poco tiempo después fue sustituida por las obras de BARTOLO y sus discípulos que continúan siendo estimadas en virtud de que su interpretación está inspirada, sobre todo, en las necesidades impuestas por la multiplicación cotidiana de los negocios. Ante esta doble perspectiva, los dialecticos franceses prefirieron –

²¹⁹ *Íbidem.* 121.

²²⁰ *Íbidem.* 122.

prudentemente— seguir un camino intermedio: sin descuidar lo que tenía claramente el sello romano y sin sumarse al grupo de los reaccionarios — parafraseando a CUJAS—, representados por la escuela de BARTOLO, y oscilando ya hacia unos, ya hacia otros, constantemente rodearon sus trabajos de la ambición que crea en silencio, del deseo manifiesto que anima la claridad, de la prudencia que evita las deficiencias. Por esta razón, en lugar de agitar inútilmente la materia de las nulidades cuyo campo de aplicación estaba bien definido, o de tratar de hacer discriminaciones innecesarias entre sus causas, se esforzaron, más bien, por poner en evidencia el alcance que hay que conceder a cada elemento del acto jurídico²²¹.

En esta época el *negotium* enriquece su vocabulario con la fórmula tomada de BARTOLO —que hasta la actualidad es el punto de apoyo del acto formalista—: *forma dat esse rei*. A su vez el consensualismo encuentra una fórmula del mismo valor que en ocasiones privará sobre la primera: trátase del principio que nos transmite LOYSEL: “*solus consensus obligat*”. Como quiera que sea, la nulidad absoluta sigue vinculada a su prístino lenguaje: *nullus, inutilis, nullum ipso iure, nullius momento sunt*, términos más o menos sugestivos, resumidos en la fórmula observada por todos: *nullum ab initio*. A este propósito, hay que rendir homenaje a los dialécticos franceses que supieron apropiarse una terminología verdaderamente romana²²².

Finalmente, creemos interesante saber cuál era la concepción de los dialécticos sobre la rescisión antes de la Ordenanza de 1510 que entrañó innegablemente el desplome de la soberanía del Derecho romano. GUY DE LA PAPE nos dice que hay que distinguir en la *praxis* judicial francesa entre el rescindente y el rescisorio. Estas dos fases del procedimiento de rescisión lo encontramos también en una materia ajena a la teoría de la anulación, a propósito de la rescisión de la usucapión que puede afectar los bienes de quien al servicio del ejército, tiene la desgracia de caer prisionero en las filas del enemigo y durante su ausencia, un

²²¹ Íbidem. 123.

²²² Íbidem. 125.

tercero ha obtenido la prescripción de sus bienes. Vuelto a su país una vez libre podía recuperar su fortuna gracias al *iudicio rescindens et rescisorium*, que reduciendo a la nada la posesión del adquirente, aún de buena fe, llegaba finalmente a restituir al antiguo propietario en el ejercicio de sus derechos. ¿En qué consiste el *iudicium rescindens* y cuáles son el fin y los resultados del *iudicium rescisorium*? Por el *iudicium rescindens* se obtiene la rescisión propiamente dicha del contrato en que el consentimiento ha sido obtenido por dolo o error, sin olvidar, se entiende, las obligaciones que lesionen al menor. Por el *iudicium rescisorium* que nunca puede intentarse en primer lugar, la obligación rescindida tendrá por objeto la restitución de las cosas que las partes han cambiado recíprocamente. Es obvio que si el contrato no ha sido ejecutado, no hay razón para intentar la segunda fase²²³.

Concluimos haciendo notar que la acción de rescisión adquirió mayor importancia cuando el Derecho romano perdió su supremacía. Porque después de la Ordenanza de 1520 se extendió también a los actos afectados de nulidad absoluta. La solicitud de las cartas de rescisión, cada vez que se quería recurrir a la protección de la ley romana, marcó el principio de la crisis final del Derecho romano. Su decadencia se debió no sólo al deseo creciente de poner al pueblo francés bajo la autoridad de sus leyes nacionales, sino en gran parte al hecho de que, empezando por BARTOLO se olvida cada vez más, el verdadero sentido de los textos romanos, se da rienda suelta a su interpretación más liberal y tratando de rejuvenecerlo se olvida, con o sin razón, el secreto de su supremacía de antes —la disciplina, que le ha dado sin excepción, los lineamientos de su orden jurídico—, este es el verdadero presagio de la muerte que se aproxima.

²²³ *Íbidem*. 126.

1.12. El Derecho canónico y el problema de las nulidades

Siguiendo con la exposición del asunto que nos ocupa, somos conscientes que para tener un cuadro completo, no podríamos ignorar la contribución del Derecho canónico. Convenimos plenamente que este sistema jurídico –canonista– gozó de menor consideración y sin embargo ocupa un lugar muy importante en la formación de la teoría de las nulidades. No trazaremos un cuadro completo sobre todos los trabajos filosóficos que se esforzaron por elucidar sus secretos, sin comprobar en qué medida influyó sobre el aspecto moral del acto jurídico, pero sí queremos poner de relieve los medios que contribuyeron de una manera más o menos directa, a la comprensión del problema de las nulidades. Desde luego reconocemos que el Derecho canónico imprimió al acto jurídico un aspecto más moral, una eficacia más cercana a la justicia y a la equidad. Hizo, por así decirlo, lo que el *ius gentium* hizo respecto del Derecho romano²²⁴.

Mucho más interesantes son las innovaciones del Derecho canónico destinadas a frustrar las aplicaciones del derecho privado. Porque si con el juramento promisorio considerado como un medio independiente, la Iglesia cree ser conciliadora, hay una cuestión que sólo afecta tangencialmente al derecho positivo. Si por el contrario, el juramento se agrega a un contrato civil con el fin de garantizar mejor su ejecución, en otros términos, si procura confirmar y reforzar la obligación civil, implica una mezcla que podría entrañar consecuencias con relación al derecho privado, y, entonces, el problema cambia totalmente. De aquí

²²⁴ El pensamiento canonista pone en boga el juramento promisorio que puede conceptuarse como un contrato perfecto desde que pasa por el tamiz de las palabras consagradas –*per Deum iuro et sic me Deus adiuvet*–; y después, produce principalmente una obligación para con Dios y accesoriamente una obligación frente al acreedor. De aquí podemos deducir que si el deudor no cumplía su obligación, incurría en una doble pena: era castigado, desde luego por Dios, porque al no respetar su juramento cometía un pecado, y era castigado en segundo lugar, por el mismo acreedor que podía perseguirlo en ejecución ante los tribunales eclesiásticos. Y si agregamos que estas obligaciones eran imprescriptibles, se comprenderá por qué los acreedores lo aceptaban. Hasta aquí no hay nada alarmante. Nadie está obligado a tener más confianza en la palabra evangélica que en la letra de la ley civil. Pero, precisamente por su simplicidad, por la rapidez y sobre todo por la seguridad de la que había surgido, el juramento toma cada día la delantera a los contratos de derecho positivo. La consecuencia más grave era que los tribunales laicos perdían gran parte de su competencia. De esta manera, el Derecho canónico alentado por el creciente reconocimiento que recibía en todos sentidos, se aventura y sostiene la doctrina de que el juramento es, en sí, aun más fuerte que la ley. Cfr. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 128.

surge una cuestión interesante: ¿puede el juramento hacer desaparecer el vicio? o mejor estructurado ¿puede absorber en su condena o en su fórmula al vicio que desde el punto de vista civil, se opone rotundamente a la eficacia del acto jurídico? En una palabra, el juramento confirmativo ¿puede hacer fracasar las sanciones de la ley?

Obviamente, la respuesta dependerá del punto de vista en que uno se coloque; afirmativa si admitimos la tesis canonista, negativa si preferimos la doctrina del derecho positivo. Y es que el Derecho canónico sostiene, en efecto, que aun en los casos del juramento-confirmativo, la obligación nacida del juramento es la única que debe tenerse en cuenta, porque el contrato civil sólo tiene un carácter eminentemente accesorio. Esto nos conduce a pensar que la nulidad del contrato no tiene ninguna importancia porque la obligación encuentra su fuerza en la fuerza misma del juramento. A su vez, el derecho privado es portavoz de una tesis completamente diversa: para éste el contrato es el fundamento; la verdadera fuerza de la obligación, constituye lo principal, en tanto que el juramento es el complemento, lo accesorio; en consecuencia, si el contrato es nulo, el juramento confirma la nada y no se le puede tener por eficaz²²⁵.

En conclusión, sostenemos que el juramento no puede influir en nada en los contratos nulos. En estos la prohibición legal fundada en el interés general, goza de una legitimidad que se encuentra por encima de reglas postuladas por el Derecho canónico, su campo de acción es, en cierta forma, una zona infranqueable, y si el Derecho canónico intenta invadirla, se expone a probar una vez más, cuán frágiles son sus virtudes. Esto nos conduce a reconocer que aun cuando por sí mismo el Derecho canónico no ha contribuido al esclarecimiento de la teoría de las nulidades, ha tenido al menos el mérito de suscitar la discusión en torno a la naturaleza y al fundamento de la ley, y de abrir el combate en torno a la importancia que hay que atribuir a las disposiciones prohibitivas; en una palabra, ha provocado, mantenido y facilitado la obtención de la noción del ilícito. Reconocemos igualmente, que su iniciativa fue aun más provechosa para el

²²⁵ *Íbidem.* 130.

aspecto moral del derecho contractual; efectivamente, sea por la noción de causa, sea por la acción directa de la noción del justo precio, o por la atención especial que pone sobre el efecto del consentimiento, ayudó sobremanera a la comprensión de la teoría del acto jurídico. Hecha pues esta mirada retrospectiva, se comprobará sin esfuerzo que la teoría de las nulidades continúa todavía con dificultad su infortunado destino.

1.13. Las nulidades en los autores del siglo XVI

Aunque sometido a la discreción de las cartas de rescisión y a pesar del esfuerzo de DUMOULIN, D'ARGENTRÉ, COQUILLE, PAPON y de tantos otros, el Derecho romano ejerce todavía su soberanía bajo los lineamientos que había trazado ya a las fuentes, ya a la naturaleza jurídica de las nulidades. Podemos decir que el asunto de las nulidades queda reducido a su antigua estructura y cada comentarista se refiere a ellas con prudencia y esforzándose simplemente por darles un aspecto más o menos francés, por imprimirles, al mismo tiempo y en cierta medida, el sello de su contribución personal, muchas veces a riesgo de incurrir en confusiones y contradicciones²²⁶.

Analizando el contenido ideológico de la época abordada, develamos que impera una reacción manifiesta que propugna la abolición de la terminología romana. En efecto, sin pretensión alguna de justificar acontecimientos históricos, nosotros entendemos que es por el vocabulario como se llega a nacionalizar una institución jurídica. Encontramos, pues, en lugar de la nulidad *ab initio* que antes expresaba la nulidad absoluta, toda una serie de vocablos, o más bien, una serie de adjetivos, cada vez más poderosos: DUMOULIN nos muestra su preferencia por el de nulidad "*precisa y perpetua*", D'ARGENTRÉ prefiere el de nulidad "*ex publicis causis*" para testimoniar su respeto a la teoría de BARTOLO; IMBERT consagrará, modestamente encubierta, la nulidad *de derecho*, en tanto que

²²⁶ Vid. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 135.

COQUILLE volviendo su mirada a las obra anteriores se decide firmemente por el de nulidad "*precisa y absoluta*". En cuanto a la nulidad relativa, como lo desean todos, se vincula a un término confuso: la nulidad causativa, porque –dice COQUILLE–, "cesa cuando la causa de ella cesa"²²⁷.

Finalmente, creemos conveniente abordar lo relativo a si la nulidad precisa y perpetua opera de pleno derecho, o por el contrario es preciso que se declare judicialmente. En este punto, el Derecho consuetudinario rechaza enérgicamente el sistema romano que había asignado a las nulidades absolutas una aplicación automática. Estamos completamente de acuerdo en que había en éste, una sanción verdaderamente conforme al espíritu cerrado de la disciplina romana en que la ley era la emanación directa de la voluntad del Estado. Pero el Derecho consuetudinario no puede aceptar tal concepción, y no puede hacerlo, no sólo porque siente una fuerte aversión hacia todo lo que lleve el sello del poder romano, sino porque, en primer lugar, concibe la ley como la manifestación de la voluntad nacional, y en segundo, y sobre todo, porque ve en la forma de hacer operar la nulidad por sí misma, una especie de anarquía jurídica²²⁸.

1.14. Las nulidades según los autores del siglo XVII

Puede asegurarse que terminada la obra de redacción y reforma de las costumbres, el mundo jurídico del Siglo XVII, modera mucho la marcha de las investigaciones. Da la impresión de que todo espíritu de iniciativa se limita respetuosamente al análisis de sus textos, en que se encuentra el ambiente de cosa sagrada; en la misma medida los estudios teóricos del siglo precedente agotaron en cierta forma la materia, y por ello esta larga expectativa, su reedición se sucede con un ritmo muy rápido. Pero esto no es todo. El menor auge del derecho consuetudinario parece deberse a otra causa de mayor importancia: el

²²⁷ Íbidem. 136.

²²⁸ Íbidem. 141.

renacimiento romanista marcado por la contribución de la Escuela Histórica, encabezada por CUJAS²²⁹.

Como quiera que sea, sostenemos categóricamente que el siglo XVII se caracteriza por el escaso número de nombres ilustres. Salvo aquellos que se inspiraron en el Derecho romano –DESPEISSES, MORNAC, AUTOMNE y FRANCOIS–, la mayoría se limitó a comentar las resoluciones de los Parlamentos, si bien el nombre de DOMAT, el único dotado de gran ambición creadora, domina todo el pensamiento jurídico de este período. Desgraciadamente, lo decimos desde luego, inclusive él no pudo escapar a la influencia de CUJAS, abandonando el camino de sus predecesores y por ello, las ideas que expone sobre la teoría de las nulidades están a veces rodeadas de una incertidumbre desconcertante a pesar de su claridad de exposición y de su atractivo estilo²³⁰.

Finalmente, en el mismo orden de ideas, conviene señalar la resurrección de la máxima de CICERÓN –*quod nullum est, nullum producit efectum*–. Aunque íntimamente vinculada a la nulidad, la máxima es remozada, no para imprimirle el carácter de sanción, sino simplemente para expresar la amenaza que pesa sobre el acto nulo o si se prefiere, sobre los efectos queridos por las partes. En lo que concierne a la esfera de la rescisión, debemos decir que conserva las mismas divisiones: el campo de las “nulidades de derecho”, es decir, de las nulidades absolutas de origen romano, y el campo de las causas que le han sido reservadas por la Ordenanza de 1535²³¹.

²²⁹ Debe hacerse notar que el pensamiento de la Escuela Histórica se opone encarnizadamente a las tendencias renovadoras expuestas y practicadas por los bartolistas, profesando con una habilidad inusitada el retorno a los textos romanos, a los verdaderos textos romanos anteriores a BARTOLO. No debe olvidarse que la reacción se produce en el siglo XVI, pero no logra ejercer gran influencia sobre sus contemporáneos, a pesar de la autoridad de CUJAS. En cambio, su obra prueba su gran fecundidad durante los siglos siguientes disminuyendo frecuentemente el fervor de quienes trataron de prodigar su admiración a las ideas de BARTOLO. Cfr. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 146.

²³⁰ Ídem. 146.

²³¹ Íbidem. 150.

1.15. Las nulidades según los autores del siglo XVIII

Hemos dicho que el siglo XVI se inicia con la ofensiva consuetudinaria y el XVII se sentía mejor dispuesto a guardar la calma de la reflexión y la expectativa. El siglo XVIII inicia su actividad con una poderosa manifestación de colaboración y reconciliación. Se da plena cuenta de que la dominación del Derecho romano no podía ser quebrantada, por haberse comprendido la parte más importante del derecho positivo: la teoría de las obligaciones en que el pensamiento de Roma ha impuesto definitivamente su espíritu. De esta suerte se verá desfilar, en casi todas las obras, el cortejo completo de las fases romanistas comenzando por el Derecho romano clásico, pasando por el Derecho de JUSTINIANO, por la contribución de la Escuela Irneriana, en la que el nombre de ACCURSIO no dejará de llevar la corona de elogios de CUJAS, hasta las discriminaciones imperecederas que BARTOLO hizo para distinguir las prohibiciones legales según el interés que les haya servido de fundamento. Hechas pues estas introductorias, trataremos de destacar los lineamientos esenciales de la teoría de las nulidades tal cual nos es presentada por los precursores del Código Napoleón, y de una manera tan completa como sea posible, a fin de determinar en qué medida fue adoptada por los redactores del Código²³².

De la nulidad absoluta podemos decir que encierra el amplio concepto de la prohibición relativa al interés público. Y es que el adjetivo “absoluta” es, en efecto, un término suficientemente amplio para comprender todos los aspectos del interés general. Advertimos sin embargo, que casi siempre la nulidad absoluta va acompañada de un atributo complementario: se dice ordinariamente que la nulidad absoluta es una “nulidad de pleno derecho”. De aquí con justa razón, –como lo sostuvo BOUHIER– que podrá ser válidamente intentada “por toda clase de personas”. Por lo que a su duración se refiere, la nulidad absoluta es imprescriptible puesto que su propio fundamento –el interés público–, no puede estar sujeto a los límites de una duración cualquiera. Por otra parte, la regla

²³² Cfr. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 152.

catoniana no hará esperar su aparición para ser felizmente aplicada: *quod nullum est ab initio, tractu temporis convalescere non potest*²³³.

En cuanto a la nulidad relativa, la protección del interés privado está confiada a la nulidad respectiva, o si empleamos la enfática expresión de BOURJON, a la nulidad relativa. La nulidad relativa tiene pues, como misión sancionar todas las prohibiciones de favor; debe servir a los protegidos para reparar sus faltas, para condenar las maniobras de que han sido objeto por parte de las personas de mala fe, para corregir las injusticias de que han sido víctimas, para evitar los riesgos y perjuicios inherentes a su experiencia. Es necesario decir que por su carácter personal, la nulidad relativa no puede ser invocada más que por las personas a quienes la ley expresamente la concede. Únicamente en su provecho ha sido creada, y en vista de su situación especial se ha adoptado la prohibición²³⁴.

Para nuestro estudio, es sumamente importante lo concerniente al procedimiento de anulación. A este propósito hacemos notar desde luego que la nulidad relativa puede intentarse por dos medios de anulación: para las nulidades de origen consuetudinario se establece la acción de nulidad propiamente dicha, para las nulidades de Derecho romano, sin tomar en cuenta el carácter que se les ha atribuido y por las causas previstas en el artículo 46 de la Ordenanza de 1510, se da la acción de rescisión. La diferencia esencial que las distingue consiste en que, para las nulidades de las Costumbres, no era necesario proveerse de cartas de rescisión, en tanto que para el dolo, la violencia, la lesión, el error y para las nulidades romanas eran indispensables las cartas, y por esta circunstancia se llamaban “nulidades de derecho”²³⁵.

²³³ *Íbidem.* 154.

²³⁴ *Íbidem.* 160.

²³⁵ Conviene notar que la teoría de las nulidades ha conservado siempre dos clases de sanciones según que se trate de una ley de utilidad pública o de una ley relativa al interés privado. No podemos obviar que la nulidad a través de su evolución histórica siempre ha apoyado su fuerza en la idea de sanción, destinada a asegurar el respeto a la ley. Este paralelismo de orden íntimo entre la naturaleza de la ley y la naturaleza jurídica de la nulidad, nos ha dejado entrever sus rasgos característicos: la nulidad y la ley son la expresión del Poder Público, y por lo mismo, la duración de una y otra es ilimitada ya que tiene por fin defender el interés de la sociedad. En cuanto al Derecho francés, a diferencia del Derecho romano, se esforzó cada vez más por elaborar una concepción más simple, más clara, más eficaz. Inspirada desgraciadamente, en un

1.16. La nulidad y la rescisión en el Código Civil nicaragüense de 1867²³⁶

El Libro IV en su Título XX trata de la nulidad y la rescisión como uno de los modos de extinguir las obligaciones. Efectivamente, el Arto. 1681 consignaba la definición siguiente: “Es nulo todo acto o contrato, a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para que tenga valor, según su especie, y la calidad o estado de las partes”. Como se puede observar, ya existe en esta definición la variedad de significaciones que se le atribuyen al vocablo contrato. Consecuentemente con la exposición legal iniciada, el Arto. 1682 establece expresamente que la nulidad puede ser de dos tipos, a saber: nulidad absoluta y nulidad relativa. En cuanto a la primera –nulidad absoluta–, es producida por la existencia en la confección del contrato de un objeto o causa ilícita, así como la producida por la omisión de alguno de los requisitos que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a su naturaleza, y no a la calidad o estado de las personas que intervienen en ellos. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

espíritu de reacción contra lo que no llevara el sello francés, se ha prestado a transacciones que cuadran mal con la inteligencia del francés. Rebasando el principio de la acción de rescisión con la previa obtención de las cartas de rescisión, y conservando al mismo tiempo una acción de nulidad sin cartas del Príncipe, provocó el más grande desarrollo en el juego de las nulidades. Como quiera que sea, en víspera de la publicación del Código Napoleón, el esquema de la teoría de las nulidades, es según lo hemos visto, muy claro, por lo que pueden destacarse fácilmente todos los elementos de su configuración. Los redactores del Código no han tenido más que inspirarse en ellas y repetirlas automáticamente sin preocuparse de su origen. Nos parece, sin embargo, muy curioso que no quisieron usar el lenguaje de los comentaristas y de la práctica de los negocios. La tradición había impuesto la etiqueta de “nulidad absoluta” y de “nulidad radical” para las nulidades derivadas de una ley fundada en preocupaciones de utilidad pública. Ahora bien, el Código no quiere usar dichas fórmulas; usa en cambio, las fórmulas aparecidas en el Siglo XVII: “nulo y sin ningún efecto” o “nulo de pleno derecho”. La explicación debe buscarse en el espíritu de tradición que es uno de los rasgos característicos del francés. Finalmente afirmamos que desde el punto de vista histórico, la teoría de los actos inexistentes, fuera de algunas leves semejanzas sostenidas por el Derecho romano, nada tiene de común con la teoría de las nulidades. Cfr. LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades; Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A., México, 1945; Pág. 163.

²³⁶ Con la promulgación de este Código –escribe el egregio MODESTO BARRIOS–, Nicaragua prosigue una fecunda evolución, sustituyendo la antigua balumba de disposiciones ininteligibles unas, deficientes otras, desacordes y aun contradictorias, por preceptos claros, concisos, concordantes, en orden lógico dispuestos y propendiendo en todo a la unidad. Vid. Prólogo de Modesto Barrios a la obra de SELVA, Buenaventura: Instituciones de Derecho Civil nicaragüense; Tipografía de Managua; Managua, 1883.

Cualquiera otra especie de vicio produce inexorablemente nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato²³⁷.

La nulidad absoluta persigue *ope legis* un interés público, interés que como se expreso en párrafos anteriores tiene su justificación en el respeto de la ley. Por esta sencilla razón, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez de oficio, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto por el que ha ejecutado el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que le invalidaba; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público, en el interés de la moral, y de la ley, y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años. *Contrario sensu*, la nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez, sino a pedimento de parte interesada, ni puede ser alegada por el Ministerio Público, ni por otros individuos que aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso del tiempo o por la ratificación de las partes²³⁸.

Importa saber que la nulidad –absoluta– pronunciada por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidos al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo, con tal que la nulidad no sea por lo ilícito del objeto o de la causa del contrato, en cuyo caso no puede repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas. También da acción reivindicatoria contra terceros poseedores. Finalmente, debe saberse que el plazo para pedir la rescisión dura cuatro años, que se cuentan en el caso de violencia, desde el día en que esta hubiere cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato; en el caso de la incapacidad legal, desde el día en que haya cesado esta incapacidad²³⁹.

²³⁷ Esta determinación nos induce a pensar que la nulidad relativa como categoría eminentemente sustantiva carece de procedimientos propios para hacerse valer judicialmente y tiene –en estas circunstancias– que acudir a la rescisión como remedio procesal para su protección legal.

²³⁸ Vid. Artos. 1683, 1684, 1466, 2259 y 2260 del Código Civil de 1867.

²³⁹ En cuanto a las personas jurídicas, ideales o morales, que por ficción a los menores tengan derecho para pedir la declaración de nulidad, se les duplica en cuatrienio y se cuenta desde la fecha del contrato. Lo dicho se entiende cuando las leyes especiales no hayan designado otro plazo. Así las acciones concedidas a los

1.17. La ineficacia del contrato en el Código Civil de 1904

Nuestro Código Civil vigente adolece de un tratamiento sistemático en cuanto a la temática que abordamos. La cuestión se complica aún más al encontrarse en el aludido cuerpo normativo incoherencias conceptuales que atentan directamente con la seguridad jurídica que buscan los operadores del derecho. Como se notará, el aludido cuerpo normativo atribuye una polivalencia semántica que puede observarse en algunas de sus disposiciones: Arto. 2455 Es **anulable el contrato...**, Arto. 2457 También es **anulable el contrato...**, Arto. 2465... no es bastante para **anular el contrato**. Arto. 2467 El error sobre la persona sólo **invalidará el contrato...**, Arto. 2476 Es **nulo el contrato...**

De lo anteriormente descrito, sostenemos con DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que la ineficacia es, ante todo, una sanción. Si por sanción entendemos la reacción del Ordenamiento Jurídico ante una infracción, se comprende enseguida por qué la ineficacia se sitúa dentro del repertorio de sanciones que el orden jurídico aplica al negocio jurídico irregular²⁴⁰. La

acreedores para rescindir los contratos hechos en su perjuicio por los deudores, prescriben en un año contado de la fecha del acto o contrato. Cfr. SELVA, Buenaventura: Instituciones de Derecho Civil nicaragüense; Tipografía de Managua; Managua, 1883; Pág. 316.

²⁴⁰ Opinión contraria manifiesta SANTIAGO NINO al referir que se ha discutido expresamente acerca del carácter que tiene la nulidad jurídica, y, en especial, si ella puede concebirse razonablemente como una sanción jurídica. La cuestión se ha planteado en conexión con el concepto de norma jurídica, la individualización de las entidades denotadas por ese concepto y la variedad admisible de tales normas jurídicas: si se adopta una teoría como la del KELSEN, según la cual el contenido distintivo de cada norma es un acto de sancionar, entonces el reconocimiento de las reglas que estipulan nulidades como normas jurídicas autónomas dependerá de que se conciba a la nulidad como una sanción. Paradójicamente, el propio KELSEN responde negativamente a esta pregunta, sobre la base de su identificación de las sanciones con actos coactivos y el rechazo de la idea de que la nulidad sea un acto coactivo, y sostiene, en consecuencia, que las normas que disponen nulidades no son normas autónomas sino parte de otras normas que prescriben sanciones. HART por su parte, niega también que la nulidad sea una sanción, principalmente porque, a diferencia de las genuinas sanciones que parecen accesorias de prescripciones que tienen un sentido independiente de ellas, la supresión hipotética de la sanción prevista en una norma hace perder sentido a toda la norma (*exempli gratia*: si a una norma que dispone la nulidad de un testamento se le suprimiera esa nulidad, parecería que el contenido de esa norma se diluye completamente). No obstante, HART no considera que el hecho de que la nulidad no sea una sanción impida considerar autónomas a las normas que la disponen, ya que no acepta la teoría de KELSEN acerca del contenido uniforme de toda norma jurídica. Frente a esta perplejidad hay algunos autores que han sugerido que estas normas son del tipo de las que KANT llamaba "imperativos hipotéticos" y VON WRIGHT califica de "reglas técnicas": o sea son juicios condicionales cuyo antecedente menciona un cierto deseo o propósito ("si quieres hacer un testamento válido...") y cuyo consecuente indica un medio para satisfacer ese deseo ("...entonces debes celebrarlo ante testigos"). Nótese sin embargo, que existe una diferencia fundamental entre las reglas

irregularidad del negocio jurídico es una cierta disconformidad entre el negocio tal y como es previsto por el Ordenamiento Jurídico –tipo negocial– y el negocio tal y como ha sido realizado –negocio real, realidad negocial–. Esta discrepancia entre la realidad y la tipicidad negocial entraña una infracción, puesto que, por hipótesis, la norma jurídica ordena el más perfecto ajuste entre ambas categorías²⁴¹.

Cabe denotar que el espíritu que late en la opinión anteriormente transcrita es un directo reflejo de lo sostenido vivamente por autores clásicos de la envergadura de RIPERT y BOULANGER quienes sostenían enfáticamente que la ineficacia es el medio de asegurar el respeto de la ley. Es el medio práctico de que dispone la ley para asegurar el respeto de su autoridad. Evidentemente, no podría impedir que los sujetos de derecho trasgrediesen sus mandatos, cuando celebran actos jurídicos: la libertad individual, el secreto de los negocios, la dejan provisionalmente impotente ante las negativas de obediencia. Fuera de esto, la ley está expuesta constantemente al riesgo de ser eludida²⁴².

Deteniéndonos en el anterior planteamiento, traemos a colación la acertada opinión de GARCÍA MAYNEZ cuando decía que a diferencia de las leyes naturales, que expresan relaciones indefectibles, las normas no se cumplen de manera ineluctable. Esta característica no deriva de las normas mismas, sino de la índole de los sujetos a quienes se encuentran destinadas. Los juicios normativos perderían su significación propia si las personas cuya conducta rigen no pudiesen dejar de obedecerlas. Toda norma hállase necesariamente referida a seres libres, es decir, a entes capaces de optar entre la violación y la obediencia. Con razón se

técnicas usuales (como “si quieres poner el motor en marcha, debes hacer girar la llave de contacto”) y las reglas que disponen nulidades: las primeras reflejan una relación fáctica, generalmente de causa a efecto, que es independiente de la misma regla; *contrario sensu*, las normas jurídicas “nulificadoras” establecen ellas mismas esa relación. La existencia de esa relación independiente –que se describe a través de lo que VON WRIGHT denomina “proposición anankástica”– parece ser esencial para distinguir a una regla técnica de una prescripción, ya que, si no tuviéramos en cuenta ese dato, casi cualquier prescripción podría concebirse como una regla técnica. Vid. SANTIAGO NINO, Carlos; *La validez del Derecho*; Editorial Astrea; Buenos Aires, Argentina, 1985; Pág. 198.

²⁴¹ DÍEZ-PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*; Vol. I; Undécima Edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2005; Pág. 543 ss.

²⁴² Vid. RIPERT, Georges – BOULANGER, Jean: *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de PLANIOL*; Tomo I; Parte General; Ediciones La Ley; Buenos Aires, 1963; Pág. 451 ss.

ha escrito que si los destinatarios de un imperativo lo acatasen fatalmente, dejaría de ser regla de conducta, para transformarse en ley de la naturaleza²⁴³.

1.18. La nulidad y la rescisión en el Código Civil actual

El Libro III de nuestro vigente Código Civil en su Capítulo XV hace un tratamiento imperfecto y confuso sobre la nulidad y la rescisión²⁴⁴. De manera semejante que el Código anterior; el legislador civil inserta el apartado que referimos dentro de los modos de extinguir las obligaciones. Juzgamos oportuno mencionar aquí lo que en su momento refirió el notable legista GARCÍA GOYENA cuando hacía las observaciones preliminares a la sección décima del capítulo quinto del Proyecto de Código Civil español donde imputa confusión e impropiedad de lenguaje al Código francés en materia de nulidad²⁴⁵.

Prosiguiendo con el desenvolvimiento del asunto que nos ocupa, debemos subrayar que nuestro Código Civil no define lo que es nulidad, únicamente se limita a enumerar los supuestos *–numerus clausus–* en que existe nulidad

²⁴³ Vid. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho; Séptima Edición; Editorial PORRÚA, S.A.; México, 1956; Pág. 5 ss.

²⁴⁴ Según explicaba ESCRICHE, la nulidad designa a un mismo tiempo el estado de un acto que se considera como no sucedido, y el vicio que impide a este acto el producir su efecto. Hay nulidad absoluta y nulidad relativa: aquella es la que proviene de una ley, sea civil o criminal, o cuyo principal motivo es el interés público; y ésta es la que no interesa sino a ciertas personas. No ha de confundirse la nulidad con la rescisión. Hay nulidad cuando el acto está tocado de un vicio radical que le impide producir efecto alguno; ya sea que no se haya ejecutado con las formalidades prescritas por la ley, como en el caso de que no asista en un testamento el competente número de testigos; ya sea que se halle en contradicción con las leyes o las buenas costumbres; ya sea en fin que se haya celebrado por personas a quienes no puede suponerse voluntad. Hay rescisión, cuando el acto, válido en apariencia, encierra sin embargo un vicio que puede hacerle anular, si así lo pide alguna de las partes, como por ejemplo, el error, la violencia, el dolo, una causa falsa, la menor edad, etc. La nulidad se refiere generalmente al orden público, y no puede por tanto cubrirse entonces con la ratificación ni con la prescripción; de modo que los tribunales deben pronunciarla por la sola razón de que el acto nulo no puede producir ningún efecto, sin detenerse a examinar si las partes han recibido o no han recibido lesión. La rescisión, por el contrario, puede cubrirse por la ratificación o el silencio de las partes; y ninguna de estas puede pedirla sino probando que el acto le es perjudicial o dañoso. Más a pesar de estas diferencias que existen en las cosas, se emplean a veces indiferentemente las expresiones de nulidad y rescisión; y suelen suscitarse algunas cuestiones sobre si tal o cual acto es nulo por su naturaleza o necesita rescindirse. Vid. ESCRICHE, Joaquín: Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia; París, 1851; Pág. 1285.

²⁴⁵ Vid. CUADRA ZAVALA, Joaquín: Anotaciones al Código Civil de Nicaragua; Editorial Hispamer; Managua, 2004; Pág. 799.

absoluta y nulidad relativa. Así pues, el Arto. 2201 establece concretamente que existe nulidad absoluta en los actos o contratos en los siguientes supuestos:

1. Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia.
2. Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene.
3. Cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces.

En cuanto al contenido del Arto. 2202 C., este determina que existe nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos en los siguientes casos:

1. Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular.
2. Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige, teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes.
3. Cuando se ejecutan o celebran por personas relativamente incapaces²⁴⁶.

En este orden de ideas, tratando de conceptualizar lo que en puridad es nulidad, traemos a colación la acertada opinión de EMILIO BETTI cuando expresa que es nulo el negocio que, por falta de algún elemento esencial, es inepto para dar vida a aquella nueva situación jurídica que el Derecho apareja al tipo legal respectivo, en conformidad con la función económico-social que le es característica; aunque acaso pueda producir alguno de los efectos correspondientes, u otros distintos, de carácter negativo o contradictorio. *Contrario sensus*, denominamos anulable al negocio que, aun no careciendo de los elementos esenciales del tipo y hasta originando la nueva situación jurídica que según el Derecho acompaña a aquél,

²⁴⁶ Conviene mencionar que las expresiones nulidad absoluta y nulidad relativa, son las más comúnmente empleadas en la práctica para distinguir las dos especies de nulidades. Sin embargo, estas expresiones son mal empleadas porque hacen referencia a un carácter secundario; sería mejor decir nulidad de pleno derecho y simple anulabilidad, que hacen cabal alusión a la fundamental diferencia, de la cual se derivan todas las otras consecuencias. Para mayor abundamiento sobre el tema Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: Derecho Civil; Editorial Harla; Biblioteca Clásicos del Derecho; Pág. 56 y ss.

puede –tras la reacción de la parte interesada– ser removido con fuerza retroactiva o *ex tunc* y considerado como si nunca hubiere existido²⁴⁷.

En nuestra doctrina nacional, ningún autor define concretamente lo que es nulidad relativa. Como prueba fehaciente de la anterior aseveración, ORTEGA AGUILAR, siguiendo la opinión de CABANELLAS manifiesta una conceptualización insuficiente al decir que la nulidad relativa es la que ha de ser alegada y probada para surtir efectos de invalidación. La nulidad relativa, que, en el fondo no es sino la anulabilidad, puede ser cubierta por la confirmación, porque sus defectos no son substanciales en absoluto, ni de orden público inexcusable. Por su parte, ESCOBAR FORNOS conceptúa la nulidad y rescisión como una pena civil contra los que quebrantan las disposiciones legales. En consecuencia, como pena que es, sólo existe en virtud de la ley y no puede ser creada por el Juez²⁴⁸.

1.19. La figura de la rescisión

No sin razón alguna el célebre MIRABELLI abre su estudio monográfico con estas célebres palabras: “Todo lo que se puede decir de la rescisión del contrato se reduce a una triple desanimadora proposición negativa: no se sabe cómo ha nacido, no se sabe lo que ella sea, no se sabe para qué sirve”.²⁴⁹

²⁴⁷ La nulidad surge aquí sólo por efecto de sentencia (constitutiva), cuando un interesado tome la iniciativa de hacerla pronunciar por el Juez, como consecuencia de los vicios que al negocio afectan. La anulabilidad corresponde a deficiencias del negocio menos graves que las que producen la nulidad. En general, podemos decir que la anulabilidad se presenta cuando falte un presupuesto de validez, o bien, cuando un elemento esencial del negocio se halle simplemente viciado, mientras que se tiene nulidad sólo cuando un elemento del negocio está, precisamente, ausente. Por esta razón, la anulabilidad se deriva de la falta de capacidad o de legitimación. Se produce, en cambio, nulidad, por la falta de forma constitutiva del negocio o de acuerdo en el contrato, por la ausencia o ilicitud de la causa, por la inidoneidad del objeto, por la contravención del precepto del negocio a normas imperativas de la ley. Cfr. BETTI, Emilio: Teoría General del Negocio Jurídico; Traducción de A. Martín Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; s/f; Pág. 353 y ss.

²⁴⁸ Vid. las obras de ORTEGA AGUILAR, Rafael: Tratado Elemental de Obligaciones; Anotaciones recopiladas por Noel A. Rivera Gadea, Rubén Altamirano Altamirano, Heberto Rodríguez Aráuz; s/f; Pág. 273, ESCOBAR FORNOS, Iván: Derecho de Obligaciones; Primera Edición; Tomo II; Managua, 1989; Pág. 175 ss.

²⁴⁹ MIRABELLI: La rescissione del contratto citado por DE CASTRO Y BRAVO, Federico: El Negocio Jurídico; Introducción de Juan Vallet de Goytisolo; Editorial Civitas, S.A.; Madrid, 1985; Pág. 517.

Efectivamente, DE CASTRO refiere que la anulabilidad ha sido tachada de ilógica, la rescisión por su parte será considerada figura sin propio sentido y sin justificación. La doctrina ha pensado que su distinción de la anulabilidad se debe a un capricho del azar, a la exigencia administrativa en Francia de “*lettres de rescisión*”, para anular ciertos actos y contratos. De ello, lo cierto es que el término de rescisión se utiliza en un principio con toda la amplitud que permite su significado latino (deshacer, anular), y que será modernamente, al distinguirse y precisarse técnicamente las figuras de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa, cuando se recurre al viejo e indeterminado término de rescisión para designar con él un mecanismo de ineficacia, que no podía incluirse bien en ninguna de aquellas dos figuras²⁵⁰.

La especialización del término rescisión –escribe DE CASTRO– respecto del de la anulabilidad parece traer su origen de su aplicación a los casos de lesión en la venta y en la partición y a la restitución en favor del menor. Supuestos en los que ya no podía hablarse de nulidad y en los que cabía que no se deshiciera del todo lo hecho en virtud del contrato, sino que se limitase a lo que bastase para evitar el daño. De ahí que se vaya dejando de usar el término de rescisión para los casos en que se podía emplear el más técnico de nulidad y se reserve el nombre de rescisión para los demás, para los no basados en causa de nulidad. Hechas, pues, estas prevenciones, es conveniente denotar que el Código Napoleón no distingue entre nulidad y rescisión –cuestión seguida por nuestro legislador civil –. A pesar de ello, por influjo de la repetida mención de la rescisión por lesión en el texto de las costumbres o por la conveniencia de designarle de manera diferente, lo cierto es que los autores franceses modernos mantienen el hábito de nombrar como acción de rescisión sólo a la fundada en lesión²⁵¹.

Nos parece sugestivo, además de constituir pábulo y cuestión de *lege ferenda* la precisión aportada por la antigua doctrina española que usó el término de rescisión en su sentido originario y amplio. Los redactores del Proyecto de 1851,

²⁵⁰ Ídem. 517.

²⁵¹ Íbidem. 518.

por el contrario, quisieron sistematizar los tipos de ineficacia, designándolos con nombres adecuados. Se reguló la anulabilidad de los contratos, acentuando su procedencia de la nulidad resultante de estar viciado uno de sus requisitos esenciales; y a ella se le dedica un capítulo especial (Cap. VI, Artos. 1184-1195), bajo el epígrafe “De la nulidad de las obligaciones”. No podían, por tanto, comprenderse en él los supuestos de lesión y fraude de acreedores. De aquí que se decida tratar separadamente “la rescisión de las obligaciones válidas”; lo que se hará relegándola a una sección especial del capítulo destinado a la extinción de las obligaciones. Esta ordenación de materias se valoró entonces como una mejora importante respecto al Código francés²⁵².

En este mismo orden de ideas, algunas legislaciones modernas no abandonan la distinción entre anulabilidad y rescisión de las obligaciones, aunque cambia y mejora su colocación y respectivo significado. La rescisión no se entiende ahora como una causa de extinción de las obligaciones, sino que, llevada al título dedicado a los contratos, se le coloca en el capítulo anterior al de la nulidad, como un tipo de ineficacia de menor intensidad (Artos. 1290-1299 Código Civil español). Esta elevación o especialización de la rescisión, como un tipo especial de ineficacia, no puede considerarse exclusiva del Código español, pues ha sido también recogida por el Código Civil italiano de 1942²⁵³.

Nuestro Código Civil no define lo que es rescisión, únicamente se limita a expresar cuando existe nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos (Arto. 2202 C.), así mismo, nuestro Código en su Arto. 2562 enfáticamente expresa: “No hay acción rescisoria por lesión enorme”. No obstante, tratando de encontrar el significado de la rescisión cabe mencionar que el Proyecto de 1851 del Código Civil español construye la rescisión como figura independiente, para separarla y contraponerla a la nulidad. De aquí resulta la primera particularidad de la rescisión, aunque ella sea de carácter negativo. La de ser un tipo de ineficacia que no se fundamenta en un vicio de los que pueden anular el negocio. Esta caracterización

²⁵² Ídem. 518.

²⁵³ Ídem. 518.

negativa –manifiesta DE CASTRO– pasa al Código, y con ella se abre la posibilidad de aplicar el mecanismo de la rescisión a los casos más dispares e indeterminados. Así, el artículo 1291 del Código español, después de enumerar en sus cuatro primeros números los contratos rescindibles, en el quinto dice que lo serán: “cualesquiera otros en que especialmente lo determine la Ley”. Esto hace pensar que la rescisión es como un cajón de sastre, en el que se acomodan o pueden acomodarse los supuestos más heterogéneos²⁵⁴.

1.20. Justificación doctrinal

Según explica DE CASTRO, se ha intentado encontrar una justificación sustantiva de la figura de la lesión y, en general, de la rescisión. Desde la glosa, se ha venido viendo en la frase de ULPIANO, “*ipsa res in se dolum habet*”, la referencia a un dolo intrínseco u objetivo; con el que después se señalarán semejanzas respecto a la violencia y el error, acercando así la figura de la lesión a la de los vicios del consentimiento. La doctrina más moderna (CARIOTA-FERRARA, SANTORO PASSARELLI, MIRABELLI) ha destacado, en los casos de lesión, lo desproporcionado de las prestaciones, que se piensa determinará un vicio de la causa o una perturbación de la función de la causa. Teorías todas ellas, que llaman la atención sobre peculiaridades de los distintos supuestos de rescisión²⁵⁵.

Las referidas explicaciones teóricas no se compadecen con el régimen del Código. Los negocios rescindibles se consideran válidamente celebrados, sin adolecer de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley. Son rescindibles para reparar un perjuicio; se protege a una persona para evitarle o indemnizarle del perjuicio. De modo que la acción de rescisión no podrá ejercitarse cuando el perjudicado pueda obtener reparación del perjuicio de otro modo legal. De aquí se deduce la determinación manifestada por el Tribunal Supremo español al decir que la

²⁵⁴ Nuestro Código Civil no tiene ningún artículo semejante al Arto. 1291 del Código español; cuestión esta que acentúa aun más la confusión imperante en materia de nulidades. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico: El Negocio Jurídico; Introducción de Juan Vallet de Goytisolo; Editorial Civitas, S.A.; Madrid, 1985; Pág. 519.

²⁵⁵ *Ibidem*. 520.

rescisión se ha caracterizado como la de un agravio jurídico-económico. (S.T.S. 17 de abril 1943). Podemos decir que la rescisión es también, como la anulabilidad, una figura de ineficacia, en la que el ejercicio de la acción impugnatoria se deja en poder de la persona protegida; pero que, a diferencia de la anulabilidad, no deriva de un vicio del negocio, ni viene a declarar la existencia de éste, sino que se limita a ser un remedio “*in extremis*”, arbitrado para evitarle al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley, pero que se estima especialmente injusto. Cabe, por ello, decir que el negocio rescindible es: un negocio válidamente celebrado, pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley estima especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado²⁵⁶.

Prosiguiendo con la secuencia expositiva, EMILIO BETTI explica que la rescisión se atribuye a la parte respecto al contrato a título oneroso y especialmente al de prestaciones recíprocas, por razón de una grave desproporción entre las prestaciones realizadas o prometidas por una y otra parte –lesión en sentido amplio– cuando aquélla derive, o de un estado de peligro notorio para la otra parte, o de un estado de necesidad del que esta parte contraria se hubiere aprovechado. Sentado, luego, que la ineficacia encuentra su motivo en el perturbado equilibrio de las prestaciones deducidas en el contrato (equilibrio que constituye el ideal de una sana circulación de los bienes y de una fecunda cooperación de las economías y actividades individuales), se comprende

²⁵⁶ En este mismo sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS entienden que la rescisión es la ineficacia sobrevinida de un contrato al cual no le falta ninguno de sus elementos esenciales ni hay vicios en ellos, como tampoco adolece de ausencia de algunos de los presupuestos que su tipo negocial requiere. Pero por razón del perjuicio que supone para determinadas personas, el ordenamiento jurídico concede una acción – acción rescisoria– para hacer cesar su eficacia. Posee como cualidad destacada la de ser un remedio *in extremis*, ya que sólo cabe acudir a su ejercicio cuando no se pueda reparar el perjuicio por ningún otro medio. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio: Sistema de Derecho Civil; Vol. II; Novena Edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2005; Pág. 103.

fácilmente que la rescisión puede ser evitada por la otra parte, ofreciéndose a modificar el contrato en la medida suficiente para reintegrarlo a la equidad²⁵⁷.

Finalmente, en la doctrina nacional, GUZMÁN GARCÍA refiere lo curioso que resulta el sistema normativo de nuestro Código Civil en materia de nulidades, pues parece evidente que el legislador ha confundido las figuras de rescisión con la de la nulidad de tipo relativo. Se puede decir entonces, que la rescisión en nuestro derecho constituye un supuesto de ineficacia cuyos efectos nocivos sobre el contrato no son de tal entidad que imposibiliten la subsanación de los defectos en que ella consiste²⁵⁸.

1.21. La resolución

Nuestro Código Civil en el Libro III, Capítulo IV trata de las obligaciones condicionales. Dentro de la amplia categoría genérica, el Arto. 1878 C., establece que una obligación se reputará condicional cuando su existencia o resolución dependa de un acontecimiento futuro e incierto. Así mismo, la parte *in fine* del citado artículo establece que una obligación es resolutoria cuando verificándose repone las cosas en el estado que tenían, como si la obligación no se hubiere contraído.

Nosotros entendemos que la condición es la modalidad más importante del negocio jurídico y aquella cuya disciplina es más rica. Si se nos pidiese conceptualizar lo que jurídicamente se entiende por condición, diremos con SANTORO PASSARELLI que la condición no sólo es la modalidad por la que la eficacia o la ineficacia del negocio se hacen depender de un acontecimiento futuro e incierto, sino también este mismo acontecimiento. Cuando del acontecimiento se hace depender la ineficacia del negocio la condición se llama resolutoria. Importante resulta no confundir este tipo de condición que podemos tildar de voluntaria con la

²⁵⁷ Cfr. BETTI, Emilio: Teoría General del Negocio Jurídico; Traducción de A. Martín Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; s/f; Pág. 371 ss.

²⁵⁸ GUZMÁN GARCÍA, J.J. – HERRERA ESPINOZA, J.J.: Contratos Civiles y Mercantiles; Colección Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Centroamericana; Primera Edición; Managua, 2006; Pág. 133 ss.

condición legal que es aquella que nace cuando la norma jurídica subordina la eficacia del negocio a la verificación de un determinado acontecimiento. Se habla entonces de condición legal o *condicio iuris* en contraposición a la condición voluntaria, a la que se da comúnmente el nombre de *condicio facti*²⁵⁹.

El Arto. 1885 C., dispone que la condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliera su obligación. En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte respecto de la cual no se ha ejecutado la obligación, tiene la elección, o de obligar a la otra a la ejecución del contrato, si es posible, o de pedir su resolución además del pago de los daños y perjuicios en ambos casos²⁶⁰. Como se observa, el Código presenta la resolución del contrato por causa de incumplimiento por parte del deudor, como el resultado de una condición resolutoria tácita o sobreentendida, cuando es, en realidad, el resultado de una decisión judicial²⁶¹.

En sede doctrinal, cabe apuntar que la resolución es una defensa destinada a tutelar la condición de respectiva igualdad de las partes, no en el acto de la conclusión del contrato, sino en el desenvolvimiento de la relación contractual y, consecuentemente con esta función suya, no se dirige propiamente contra el

²⁵⁹ Cfr. SANTORO PASSARELLI, F.: Doctrinas Generales del Derecho Civil; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1964; Pág. 233 ss.

²⁶⁰ En realidad, —escribe CUADRA ZAVALA— la acción de resolución de los contratos sinalagmáticos no tiene su origen en el Derecho romano, sino en el Derecho canónico. Los canonistas dedujeron la regla de que el contratante que no cumpla su promesa pierde el derecho de exigir del otro la suya: *fraganti fidei non est fides servanda*. Y de esta regla concluyen que el contratante que no podía obtener la ejecución de la prestación de su adversario, tenía el derecho, no solamente de no ejecutar la suya —*exceptio non adimpleti contractus*—, sino también el de demandar la resolución del contrato. Solamente que para obtener esta resolución debía dirigirse a la justicia, pues sólo los tribunales lo podían desligar de su propia obligación. En nuestra ley no se hace alusión a la *exceptio non adimpleti contractus* pero ella existe y se puede extraer por un argumento a fortiori del Arto. 1885 C. Vid. también los Artos. 2593, 2594, 2660 y 2661 C. Cfr. CUADRA ZAVALA, Joaquín: Anotaciones al Código Civil de Nicaragua; Editorial Hispamer; Managua, 2004; Pág. 663 ss.

²⁶¹ Nosotros visualizamos el origen histórico y el alcance de nuestro Arto. 1885 C. amparados en el siguiente razonamiento: en Roma, la idea de la resolución legal del contrato por causa de incumplimiento, no existía. Si una de las partes no cumplía su obligación, la otra no tenía, en un principio, más que un recurso, que era el de obligarle a cumplir por todas las vías legales. De donde nacía un riesgo, en caso de contrato sinalagmático, para el que primero cumplía. Sin embargo, esta regla admitía varias atenuaciones, no nos detendremos en ellas y nos referiremos únicamente a las que continuaron en vigor en el antiguo Derecho francés, las cuales pasaron a nuestro Derecho: la primera, y no volveremos más sobre ella, es la que se refiere a la *exceptio non adimpleti contractus*; la segunda, la *lex commisorie* que era de uso constante que se acabo por sobreentenderla en caso de venta y luego en todos los contratos sinalagmáticos. Vid. Arto. 2666 C.

negocio, sino contra la relación jurídica a que éste ha dado vida. En rigor, –escribe EMILIO BETTI– lo que se resuelve no es el negocio con todos sus efectos, sino la relación contractual, de tal modo que, entre las mismas partes de la relación, pese a que la resolución despliega, por principio, efecto retroactivo, no se extienden sus consecuencias a las prestaciones ya efectuadas en el ámbito de un contrato de ejecución continuada o periódica. *A fortiori*, la ineficacia sobrevenida no perjudica a los terceros que de cualquier forma hayan adquirido derechos de la otra parte contrayente, con anterioridad a la demanda de resolución. Así explicado, la resolución es la extinción sobrevenida de una relación obligatoria que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad o del ejercicio de una acción judicial, que no es, sin embargo, reflejo de una facultad absolutamente libre, sino que tiene que encontrarse fundada en un supuesto previsto legalmente como causa de resolución²⁶².

Finalmente, creemos oportuna la opinión de BRENES CÓRDOBA al decir que no deben confundirse las acciones rescisorias con las resolutorias: aquéllas se refieren a las nulidades relativas, al paso que las últimas a los casos en que con motivo de existir una condición resolutoria explícita o implícita en un acto o contrato, hay lugar a pedir la insubsistencia del mismo, por haberse realizado la condición resolutoria a él referente. De suerte que se rescinde un contrato viciado, se resuelve una compraventa por no haber el comprador satisfecho el precio convenido y realizándose, por lo tanto, la condición resolutoria implícita que para tal caso tiene establecida la ley. En cuanto a los efectos de la rescisión y a los de la resolución una vez declaradas, son los mismos, pues tanto en una como en otra, el acto o contrato desaparece y las cosas vuelven a su estado anterior²⁶³.

²⁶² BETTI, Emilio: Teoría General del Negocio Jurídico; Traducción de A. Martín Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; s/f; Pág. 373.

²⁶³ BRENES CÓRDOBA, Alberto: Tratado de las Obligaciones; Editorial Juricentro; San José-Costa Rica, 1977; Pág. 201. En la doctrina nacional, GUZMÁN GARCÍA abraza opinión semejante visible en Revista de Derecho N° 8 del año 2004, escrito que se intitula: “Ineficacia de los contratos: rescisión y resolución, dos conceptos distintos y un mismo efecto jurídico”.

1.22. La inexistencia

Según explicaba ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, cuando omitimos una condición de existencia, el acto es, ante el Derecho, inexistente. Partiendo de esta idea, la jurisprudencia francesa ha manifestado que se está ante una apariencia²⁶⁴, un mal entendido, ante una tentativa de acto más que ante un acto, y de una tentativa abortada; podríamos explicarlo metafóricamente diciendo que el acto ha nacido muerto y consecuentemente desprovisto de existencia legal. De lo referido anteriormente, podemos decir que la inexistencia es la sanción que tienen los actos celebrados con omisión de uno de los requisitos exigidos para su existencia jurídica. Y, todavía, podemos decir con JOSSERAND, que acto inexistente es aquél que carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de tal manera que no corresponde a la definición genérica que para él da la ley²⁶⁵.

Partiendo de una concepción que goza de mayor actualidad, DE CASTRO refiere que el significado e interés de este término deriva de que su introducción en la técnica jurídica se debe a una necesidad práctica. En la doctrina francesa antigua se había consolidado la regla: “*pas de nullité sans texte*”. Publicado el Código civil francés, se planteó la cuestión de si era válido el matrimonio contraído entre dos personas del mismo sexo. No podía ser calificado de matrimonio nulo, por no haber precepto legal estableciendo esta nulidad. Para salvar tal obstáculo, se dirá que se trata de un “*matrimonium non existens*”. Este mismo criterio se aplicará siempre por exigencias del buen sentido, a la falta de consentimiento en los contratos y, después, en general, a la carencia de requisitos esenciales²⁶⁶.

²⁶⁴ Recuérdese lo que sostuvo KRÜCHMANN, en 1910: “la apariencia lo era todo en el derecho”. Cfr. CHICO Y ORTIZ, José María y BONILLA ENCINA, Juan Francisco: Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral; Tomo Primero; Segunda Edición; Madrid, 1967; Pág. 26.

²⁶⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: Curso de Derecho Civil; Redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H.; Tomo I; Vol. I; Parte General; Tercera Edición; Editorial Nascimento; Santiago-Chile, 1961; Pág. 416.

²⁶⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: El Negocio Jurídico; Introducción de Juan Vallet de Goytisolo; Editorial Civitas, S.A.; Madrid, 1985; Pág. 463 ss.

Para comprender con suprema lisura la envergadura del instituto que estudiamos, resulta necesario conocer el origen de la teoría de la inexistencia jurídica. Esta teoría fue formulada a principios del siglo XIX por ZACHARIAE, y la expuso a propósito del matrimonio. El autor alemán la fundaba sobre algunas palabras de BONAPARTE, que, en el curso de los trabajos preparatorios, había declarado: “No hay que mezclar los casos en que el matrimonio no existe y aquellos en que puede ser destruido”. A continuación de esa intervención habría sido adoptada la fórmula del artículo 146 del Código civil francés: “No hay matrimonio cuando no hay consentimiento”. En este acto, los autores se encontraron ante una regla que tenía contornos de axioma y según la cual en materia de matrimonio no hay más nulidad que la que la ley expresamente establece²⁶⁷.

No obstante el desarrollo dogmático habido en torno a la teoría que analizamos, no faltan autores que refutan la utilidad práctica de la inexistencia. Algunos expresan –entre ellos MAZEAUD– que la teoría de la inexistencia, además de inútil es inexacta: no hay una noción de inexistencia distinta de la noción de nulidad absoluta; la inexistencia no constituye una nulidad que produzca efectos más completos que la nulidad absoluta, ni que quede fuera, sea en lo que sea, del régimen de esta nulidad. Por esta razón, la Corte de Casación francesa se ha negado a acoger la teoría de la inexistencia²⁶⁸.

Analizando nuestra realidad legislativa, opinamos que deviene importante advertir si nuestro Código Civil distingue la inexistencia de la nulidad absoluta. Ciertamente, en nuestra cultura jurídica son pocos los que con suficiente conocimiento de causa exponen con suprema razón el asunto que tratamos. Para algunos como ESCOBAR FORNOS, nuestro Código Civil regula la inexistencia dentro de la nulidad absoluta. Según su criterio, así se deduce del Arto. 2201 C. ya que dicho cuerpo de leyes sólo regula y distingue la nulidad absoluta y la relativa. De otra parte, dentro de las concisas líneas que consagra GUZMÁN GARCÍA al

²⁶⁷ Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: Derecho Civil; Editorial Harla; Biblioteca Clásicos del Derecho; Pág. 59.

²⁶⁸ Vid. MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN: Lecciones de Derecho Civil; Parte Primera; Vol. III; La Familia, Constitución de la Familia; Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires- Argentina, 1959; Pág. 218 ss.

tratamiento de la inexistencia, podemos avizorar y por tanto nos decantamos a creer que para este autor nuestro Código diferencia la inexistencia de la nulidad absoluta; principalmente por lo dispuesto en el contenido de los Artos. 2436 y 2447 C²⁶⁹.

Nosotros entendemos, partiendo de la idea de ESCOBAR FORNOS, que nuestro Código Civil sólo conoce de nulidad absoluta y relativa, comprendiendo los actos inexistentes entre los actos nulos de nulidad absoluta. Así lo da a entender el Arto. 2201 C. cuando dice: “Hay nulidad absoluta cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia, cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contratos y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene...”, con lo cual quedan englobados todos los requisitos que se exigen, tanto para la validez como para la existencia de los actos jurídicos. De otra parte, argumentamos enfáticamente que nuestro Código Civil no se ha ocupado siquiera de reglamentar los efectos que produce la inexistencia del acto, de manera que los actos que “en doctrina son inexistentes”, entre nosotros son nulos de nulidad absoluta.

Es cierto que hay algunas disposiciones del Código Civil que permiten dar margen a la creencia de que en nuestra legislación civil tiene cabida la teoría de la inexistencia jurídica. Así, el Arto. 1832 C. dispone que para la validez de una obligación son esencialmente indispensables: Consentimiento de los que se obligan, objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación; pues bien, este precepto hace pensar que no puede haber declaración de voluntad sin objeto, y que una declaración sin objeto sería inexistente. Análogo argumento se hace en presencia del Arto. 1872 C., que expresa que: “Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, y es lícita, mientras el deudor no pruebe lo contrario”. Lo cierto es que todas estas disposiciones pueden dar margen para sustentar la teoría de la inexistencia jurídica. Pero llegando al título

²⁶⁹ Vid. ESCOBAR FORNOS, Iván: Derecho de Obligaciones; Primera Edición; Tomo II; Managua, 1989; Pág. 178. GUZMÁN GARCÍA, J.J. – HERRERA ESPINOZA, J.J.: Contratos Civiles y Mercantiles; Colección Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Centroamericana; Primera Edición; Managua, 2006; Pág. 131.

de la nulidad y la rescisión, que es el título en que la ley se encarga de reglamentar los efectos que produce la omisión de los requisitos exigidos para las declaraciones de voluntad, la doctrina de la inexistencia no halla asidero jurídico alguno, porque únicamente distingue y reglamenta la nulidad absoluta y la nulidad relativa, como lo deja en claro los Artos. 2201 y 2202 C. Estos preceptos constituyen a nuestro parecer, el desmentido más convincente a los que sostienen la teoría de la inexistencia²⁷⁰.

Concluimos recordando que la equiparación entre lo nulo e inexistente es antigua y frecuente. Se recoge así el antiguo brocardo *paria sunt non esse vel esse nullum*. La STS de 10 de abril de 1933 sienta el precedente de la manera que sigue: “La inexistencia es una forma de nulidad genérica”²⁷¹.

²⁷⁰ Según hace notar ROJINA VILLEGAS, en el derecho mexicano existe una radical diferencia entre la inexistencia y la nulidad. Su razonamiento es el siguiente: “La validez es la existencia perfecta del acto, la nulidad es la existencia imperfecta del mismo, y que todo acto nulo es un acto existente, que habrá, por consiguiente, una contradicción, no simplemente de derecho positivo, sino de tipo lógico, en quien afirme que un acto es a la vez inexistente y nulo, porque quien afirme que el acto es nulo, está diciendo en otras palabras que es un acto existente; pero que tiene una existencia imperfecta. Los actos nulos, son siempre actos existentes. No habrá posibilidad ya de confundir ni la nulidad absoluta, ni aquella nulidad absoluta de pleno derecho que opera *ipso iure*, ni menos aún la nulidad relativa, con la inexistencia. Por esta razón, el citado autor clasifica los actos existentes en el derecho mexicano, distinguiendo dos tipos de existencia: a) existencia perfecta, denominada validez; b) existencia imperfecta, denominada nulidad. Y en esta existencia imperfecta tenemos grados, diferentes formas de ineficacia del acto, desde la ineficacia absoluta en la nulidad de pleno derecho que opera por ministerio de la ley, que no requiere ser ejercitada por vía de acción o excepción, que el juez debe tomarla en cuenta de oficio, que cumplidos sus requisitos para declararla, el juez tiene siempre el deber de registrarla en su fallo, de establecerla, aun cuando no se haga valer por acción o por excepción; o la nulidad absoluta que requiere declaración judicial y que lógicamente deber ser hecha valer por acción o por excepción; o bien la nulidad relativa que siempre produce efectos provisionales y que sólo serán destruidos cuando se pronuncie por el juez la sentencia de nulidad. Todos estos grados, todas estas formas de nulidad o de ineficacia, pertenecen a la categoría de actos existentes, pero que presentan una existencia imperfecta. *Contrario sensus*, lo que en derecho se llama inexistencia del acto, supone el acto en vías de formación, supone que hubo una posibilidad de que el acto jurídico llegase a nacer. Sólo tiene sentido hablar de la existencia del acto jurídico, no para referirnos a la nada absoluta, pues algo existe, que el derecho califica de acto jurídico inexistente, en tanto que no llegó a cuajar como tal, porque en su proceso de formación faltó un elemento esencial. Habrá entonces una radical diferencia también entre la inexistencia y la nulidad, tomando en cuenta las causas de una y otra”. Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael: Compendio de Derecho Civil; Tomo I; Introducción, Personas y Familia; Vigésima Sexta Edición; Editorial Porrúa; México, 1995; Pág. 127 ss.

²⁷¹ Para mayor abundamiento sobre el tema Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico: El Negocio Jurídico; Introducción de Juan Vallet de Goytisolo; Editorial Civitas, S.A.; Madrid, 1985; Pág. 465.

Conclusiones

1. El Derecho romano es fuente inagotable de nuestro derecho positivo. Ignorarlo en su textura orgánica, vital y espiritual, en la disposición de sus *principia* y en la técnica aplicadora de éstos, lleva a no tener noción cabal de eso que llamamos Derecho. Somos conscientes que en el estudio del Derecho romano, o si se quiere, en su reconstrucción, hay que anteponer los elementos puramente históricos a los simplemente conceptuales. En otro caso, se corre el riesgo de rendir culto a la visión parcial y minuciosa, a la fracción, de suyo ahistórica, y no menos se incide en el peligro de montar un sistema de agrupación mecánica, a fuerza de racional, de los hechos. En fin, si de historia hablamos, conviene significar que todo conviene menos representarla cual almacén de curiosidades arqueológicas. Como conviene, asimismo, estar atento a la hora de periodificarla. Porque la historia es marcha hacia delante, pero desde atrás, y al revés. Curso y redcurso. También lo último, también el retroceso, el re-mirarse en lo acaecido, apremia el discurso de lo histórico. Acción y reacción. Camino por el que se va y por el que se vuelve. Camino que se anda, se desanda y se retorna a andar. Tal es el hecho histórico.
2. Nuestro Código Civil es inexacto en cuanto a la correcta determinación normativa de las instituciones que naturalmente lo componen. Fácilmente se evidencia una privación de acertada técnica legislativa en cuanto a la labor codificadora. Obsérvese la excesiva nomenclatura al referirse al acto jurídico, nomenclatura atiborrada de una sinonimia por demás inexistente. Idéntico fenómeno sucede con el tratamiento de la figura del contrato, nuevamente el Código descansa en errores recurrentes que se canalizan en atribuir idéntico significado a realidades que tienen naturaleza jurídica distinta. Tal es el caso acto jurídico, convenio, convención y negocio jurídico.
3. El tratamiento de la eficacia contractual pone de relieve la acertada articulación contemplada en nuestro Código en cuanto a la materia referida. Hacemos plausible en buena medida el brío acertado de nuestros codificadores; si bien es cierto que en todo el articulado del Código se hace ostentación inmensurable de préstamos legislativos de variada nacionalidad, en lo que toca a la eficacia contractual, independientemente la variedad de fuentes consideradas y admitidas, nuestro legislador

decimonónico supo conjugar armónicamente el espíritu de la norma dando como resultado una acertada reglamentación que más aprovecha que perjudica.

4. Es en el postrero capítulo de nuestro trabajo donde mayores y abundantes patologías registra nuestro Código. Destacamos la sorprendente deficiencia con que nuestro legislador aborda la cuestión de las nulidades haciéndole carecer como sucede en nuestro Derecho de fisonomía y características propias a la par que constituyéndola en materia accesoria. Le denominamos materia accesoria debido a que el legislador erradamente la hace surgir como una forma de extinguir las obligaciones según el designio del lapidario Arto. 2005 inc. 8 C. Ahí empieza a nuestro parecer la complicación y el problema, atribuyéndole características similares a materias diferentes, confiriéndosele sinonimia a términos totalmente opuestos y encasillando en una vigencia indeterminada conceptos antagónicos, tal es el caso de la nulidad relativa denominada erróneamente por nuestro legislador rescisión. Similar situación acaece con la figura de la resolución que es entendida indistintamente como rescisión, y aunque en la práctica; como promulgan muchos autores produzcan los mismos efectos jurídicos, sustantivamente tienen una naturaleza jurídica distinta.

Recomendaciones

1. El Derecho romano debe enseñarse con mayor ahínco porque su importancia continua vigente y se hace indispensable si se pretende dar a entender con precisión y soltura los conceptos que aún perviven en nuestro Código Civil tales como la *obligatio*, el *contractus*, la *hereditas*, etc. Más aun, sucede que desde antaño se ha pretendido, y evidentemente que se ha logrado, elaborar autónomamente la sistemática de las otras disciplinas del Derecho; pero también es cierto que esa autonomía es relativa, porque, quiérase o no, todas, absolutamente todas, tienen que reconocer la influencia en una u otra forma, del Derecho Romano sobre ellas. En fin, un estudio serio sobre Derecho obliga a escudriñar el contenido de esa materia denominada *ratio scripta*.
2. Del segundo capítulo subyace la necesidad de insertar en nuestro Código un tratamiento preciso en cuanto a la teoría del acto jurídico, teoría que constituye el pilar fundamental sobre el cual se vertebra la densa corpulencia de la materia de los contratos. Si en el futuro se piensa en reformas al Código, pues es momento oportuno para poner a tono lo que en el pasado no se supo adecuar y conseguir un laudable cuerpo normativo que además de regir la conducta negocial de los sujetos de derecho sirva para comprender las instituciones de una manera didáctica.
3. Conviene Recalcar que faltan en nuestro Código instituciones que son fruto singular del actuar negocial presente y que por dicha razón no están contenidas en el Código Civil. No obstante, el legislador debe prestar suma atención para no soslayar conductas negociales en boga que en la realidad presente constituyen y diversifican el moderno tráfico jurídico, tal es el caso de las condiciones generales de la contratación, los contratos de adhesión, entre otros.
4. Del postrero capítulo se necesita una reforma sustancial para desvanecer de una vez los confusionismos imperantes en la materia de las nulidades. Apostamos por una reforma sustancial, de raíz que cambie y renueve el panorama jurídico trayendo seguridad jurídica a los operados del Derecho. Somos conscientes que el estudio del problema de las nulidades no es de orden puramente teórico. Su contenido no sólo tiene un aspecto legal, sino también un aspecto práctico derivado de las realidades de la vida de los negocios.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK MANASEVICH, René; Las Obligaciones; Tomo I; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; 1993.
2. ALBALADEJO, Manuel; El Negocio Jurídico; Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia; Editado por José M. Bosch; Barcelona; 1958.
3. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; De los Contratos; Editorial Jurídica de Chile; s/f.
4. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; Curso de Derecho Civil; Tomo I; Vol. I; Parte General; Redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H.; Tercera Edición; Editorial Nascimento; Santiago de Chile; 1961.
5. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; Curso de Derecho Civil; Tomo II; De los Bienes; Redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H.; Segunda Edición; Editorial Nascimento; Santiago de Chile; 1957.
6. ARANGIO RUÍZ, Vincenzo; Instituciones de Derecho Romano; Editorial Depalma; Buenos Aires-Argentina; 1986.
7. BENDAÑA GUERRERO, Guy; Estudio de los Contratos; Ediciones de la Universidad Americana; UAM; Managua; 2001.
8. BETTI, Emilio; Teoría General del Negocio Jurídico; Traducción de A. Martín Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; s/f.
9. BETTI, Emilio; Teoría General de las Obligaciones; Tomo II; Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1970.
10. BETTI, Emilio; Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos; Traducción y Prólogo por José Luis de los Mozos; Editorial Revista de Derecho Financiero; Madrid; 1975.

11. BOBBIO, Norberto; Estudios de Historia de la Filosofía; de Hobbes a Gramsci; Editorial Debate; Madrid; 1985.
12. BOBBIO, Norberto; Teoría General del Derecho; Tercera reimpresión de la Segunda Edición; Editorial Temis S.A.; Santa Fe de Bogotá; 1999.
13. BONNECASE, Julien; Elementos de Derecho Civil; Tomo II; Vol. XIV; Traducción por el Lic. José M. Cajica; Biblioteca Jurídico-Sociológica; México; 1945.
14. BUSTOS PUECHE, José Enrique; Consideraciones sobre la llamada metodología jurídica; en Revista de Derecho Universidad Centroamericana; N° 10; Pág. 11-36.
15. BRENES CÓRDOBA, Alberto; Tratado de los Contratos; Sexta Edición, con un estudio preliminar de Gérard Farjat, Profesor de Derecho de la Universidad de Niza, revisada y actualizada por Gerardo Trejos y Marina Ramírez; Editorial Juricentro; San José, Costa Rica; 2009.
16. BRENES CÓRDOBA, Alberto; Tratado de las Obligaciones; Editorial Juricentro; San José, Costa Rica; 1977.
17. BRUGI, Biagio; Instituciones de Derecho Civil; (Con aplicación a todo el Derecho Privado); Vol. 4; Editorial Oxford; s/f.
18. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental; Actualizado y corregido por Guillermo Cabanellas de las Cuevas; Editorial Heliasta; Buenos Aires, Argentina; 2006.
19. CASTÁN TOBEÑAS, José; Derecho Civil español, Común y Foral; Tomo Primero; Vol. Segundo; Introducción y Parte General, Teoría de la Relación Jurídica; Instituto Editorial Reus; Madrid; 1952.
20. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H.; Curso Elemental de Derecho Civil; Tomo Tercero; Teoría General de las Obligaciones; Instituto Editorial Reus; Madrid; 1960.
21. CUADRA ZAVALA, Joaquín; Anotaciones al Código Civil de Nicaragua; Editorial Hispamer; Managua; 2004.

22. CHICO Y ORTIZ, José María y BONILLA ENCINA, Juan Francisco; Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral; Tomo Primero; Segunda Edición; Prólogo del Excmo. Sr. D. Pío Cabanillas Gallas; Madrid, 1967.
23. DE ANGEL YAGUÑEZ, Ricardo; Una Teoría del Derecho (Introducción al Estudio del Derecho); Sexta Edición, revisada y puesta al día; Editorial Civitas, S.A.; Madrid; 1993.
24. DE CASTRO Y BRAVO, Federico; El Negocio Jurídico; Introducción de Juan Vallet de Goytisolo; Editorial Civitas, S.A.; Madrid; 1985.
25. DE COSSIO, Alfonso, DE COSSIO, Manuel, León-Castro, José; Instituciones de Derecho Civil; Tomo I; Parte General; Obligaciones y Contratos; Segunda Edición; Editorial Civitas, S.A.; Madrid; 1991.
26. Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español-Latino; Sexta Edición; Publicaciones y Ediciones SPES, S.A.; Barcelona, 1962.
27. DIEZ-PICAZO, Luis; Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Volumen Primero; Introducción, Teoría del Contrato; Quinta Edición; Editorial Civitas; Madrid, 1996.
28. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio; Sistema de Derecho Civil; Volumen I; Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica.; Undécima Edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2005.
29. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio; Sistema de Derecho Civil; Volumen II; El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual.; Novena Edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2005.
30. DILTHEY, Wilhelm; Historia de la Filosofía; Editorial Fondo de Cultura Económica; Novena reimpresión de la Segunda Edición; México, D.F., 1996.
31. ESCOBAR FORNOS, Iván; El Código Civil de Bello en Nicaragua; en KELSEN, MARSHALL y BELLO; Textos Seleccionados; Edición Centro de Documentación e Información Judicial (para esta edición) Corte Suprema de Justicia; Managua, 2009.
32. ESCOBAR FORNOS, Iván; Contratos; Tomo I; Managua, Nicaragua; s/f.

33. ESCOBAR FORNOS, Iván; Contratos; Tomo II; Managua, Nicaragua, 1991.
34. ESCOBAR FORNOS, Iván; Derecho de Obligaciones; Tomo I; Managua, Nicaragua, 1987.
35. ESCOBAR FORNOS, Iván; Derecho de Obligaciones; Tomo II; Managua, Nicaragua, 1989.
36. ESCRICHE, Joaquín; Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia; Nueva edición por D. Juan B. GUIM; Librería de Rosa, Bouret y Cía.; París, 1851.
37. ESPÍN CÁNOVAS, Diego; Manual de Derecho Civil español; Vol. II; Parte General; Octava Edición; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1982.
38. ESPÍN CÁNOVAS, Diego; Manual de Derecho Civil español; Vol. III; Obligaciones y Contratos; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1983.
39. GAYO; Institutas; Texto traducido por Alfredo Di Prieto; Quinta Edición; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 1997.
40. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; Introducción al Estudio del Derecho; Séptima Edición, revisada; Prólogo de Virgilio Domínguez; Editorial Porrúa, S.A.; México, D.F.; 1956.
41. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; Curso de Derecho Civil; El Negocio Jurídico; Editorial Tecnos; Madrid, 1969.
42. GUZMÁN GARCÍA, Jairo José; Ineficacia de los contratos; Rescisión y resolución, dos conceptos distintos y un mismo efecto jurídico; en Revista de Derecho Universidad Centroamericana; N° 8; Pág. 233-244.
43. GUZMÁN GARCÍA, Jairo José; Apuntes de Derecho Civil; Derecho de obligaciones; Impresiones Helios, S.A.; Managua; 2006.
44. GUZMÁN GARCÍA, Jairo José – HERRERA ESPINOZA, Jesús Juseth; Contratos Civiles y Mercantiles; Impresiones Helios, S.A.; Managua, 2006.

45. HATTENHAUER, Hans; Conceptos Fundamentales del Derecho Civil; Introducción histórico-dogmática; Editorial Ariel, S.A.; Barcelona, 1987.
46. HERRERA ESPINOZA, Jesús Jusseth; Breve esbozo de la función reguladora de la autonomía privada en la relación laboral; en Revista de Derecho Universidad Centroamericana; N° 5; Pág. 11-20.
47. IGLESIAS, Juan; Derecho Romano; 13ª edición, revisada con la colaboración de Juan Iglesias-Redondo; Editorial Ariel; Madrid, 2001.
48. IHERING, Rudolf Von; El fin en el Derecho; Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires-Argentina; 1978.
49. INSTITUTAS de Justiniano; Edición bilingüe; con una nota previa sobre Justiniano y las Institutas por M. Ortolán; Editorial Heliasta, S.R.L.; Buenos Aires, Argentina; 1976.
50. LACRUZ BERDEJO, José Luis y A.A.V.V.; Elementos de Derecho Civil; Vol. Primero; Parte General, Derecho de obligaciones, Teoría general del contrato; Segunda edición; Editorial Dykinson; Madrid, 2000.
51. LEGAZ LACAMBRA, Luis; Filosofía del Derecho; Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1951.
52. LEÓN HURTADO, Avelino; La voluntad y la capacidad en los Actos Jurídicos; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, 1952.
53. LUTZESCO, Georges; Teoría y práctica de las nulidades, Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1945.
54. MAZEAUD, Henry, Léon y Jean; Lecciones de Derecho Civil; Parte Primera; Volumen I; Introducción al Estudio del Derecho Privado, Derecho objetivo, Derechos subjetivos; Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires; 1959.
55. MAZEAUD, Henry, Léon y Jean; Lecciones de Derecho Civil; Parte Primera; Volumen III; La familia, constitución de la Familia; Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires; 1959.

56. MAZEAUD, Henry, Léon y Jean; Lecciones de Derecho Civil; Parte Segunda; Volumen III; Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones; Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires; 1959.
57. MESSINEO, Francesco; Manual de Derecho Civil y Comercial; Vol. II; Doctrinas Generales; Biblioteca Clásicos del Derecho Civil y Comercial; Editorial Oxford; México, 2003.
58. MEZA BARROS, Ramón; Manual de Derecho Civil; Tomo I; De las fuentes de las obligaciones; Octava Edición; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, 1997.
59. MOMMSEN, Theodor; Historia de Roma; Vol. I; Desde la fundación de Roma hasta la caída de los Reyes; Traducción de A. García Moreno; Prólogo y comentarios en la parte relativa a España de F. Fernández y González; Ediciones Turner, S.A.; Madrid, 1986.
60. MUÑOZ, Luis; Teoría General del Contrato; Cárdenas editor y distribuidor; México, 1973.
61. ORTEGA AGUILAR, Rafael; Tratado elemental de obligaciones; s/f; s/l.
62. ORTIZ-URQUIDI, Raúl; Derecho Civil; Parte General; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1977.
63. PALLARES, Eduardo; Diccionario de Derecho Procesal Civil; Sexta Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1970.
64. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; Curso de Derechos Fundamentales; Teoría General; Con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel LLamas Cascón; Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado; Madrid, 1999.
65. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; Apuntes sobre la nulidad documental en el Derecho Notarial nicaragüense (A propósito del centenario de la Ley del Notariado); Lecciones de Derecho Notarial; Facultad de Ciencias Jurídicas; UCA; Managua, 2009.

66. PLANIOL, Marcelo – RIPERT, Jorge; Tratado Práctico de Derecho Civil francés; Primera Parte; Las obligaciones; Tomo Sexto; Editorial Cultural, S.A.; LA Habana, 1946.
67. PLANIOL, Marcel – RIPERT, Georges; Derecho Civil; Vol. 8; Biblioteca clásicos del Derecho Civil; Editorial Harla; México, 1997.
68. PLATA LÓPEZ, Francisco; Nulidad y Rescisión; Tesis Doctoral; Universidad Nacional; León, Nicaragua, C.A., 1956.
69. POTHIER, Robert Joseph; Tratado de las Obligaciones; Editorial Atalaya; Buenos Aires, Argentina; 1947.
70. PUIG BRUTAU, José; Fundamentos de Derecho Civil; Tomo II; Doctrinas Generales del Contrato; Tercera Edición; Bosch, Casa Editorial, S.A.; Barcelona, 1988.
71. PUIG PEÑA, Federico; Compendio de Derecho Civil Español; Tomo III; Obligaciones y Contratos; Segunda Edición revisada y puesta al día; Editorial Arazandi; Pamplona, 1972.
72. RECASENS SICHES, Luis; Tratado General de Sociología; Quinta Edición (reimpresión de la tercera edición); Editorial Porrúa, S.A.; México, 1963.
73. RIPERT, Georges – BOULANGER, Jean; Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol; Tomo I; Parte General; Ediciones La Ley; Buenos Aires, Argentina; 1963.
74. ROJINA VILLEGAS, Rafael; Compendio de Derecho Civil; Tomo I; Introducción, Personas y Familia; Vigésimo Sexta Edición; Editorial Porrúa; México, 1995.
75. SANTIAGO NINO, Carlos; La validez del Derecho; Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; Buenos Aires, Argentina; 1985.
76. SANTOS BRIZ, J., SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., GONZÁLEZ POVEDA, P., MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., PAZ RUBIO, J.M.; Tratado de Derecho Civil; Teoría y práctica; Tomo III; Derecho de obligaciones; Editorial Bosch, S.A.; Barcelona, 2003.

77. SANTORO PASSARELLI, Francesco; Doctrinas Generales del Derecho Civil; Traducción y concordancias de Derecho español por A. Luna Serrano; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1964.
78. SELVA, Buenaventura; Instituciones de Derecho Civil nicaragüense; Tipografía de Managua; Managua, 1883.
79. SOMARRIBA, Arístides; Casación en el Fondo; Tesis para optar al Título de Doctor en Derecho; León, Nicaragua; 1947.
80. TOUCHARD, Jean; Historia de las Ideas Políticas; Editorial Tecnos; Madrid, 1988.
81. TRABUCCHI, Alberto; Instituciones de Derecho Civil; Vol. II; Obligaciones y Contratos; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1967.
82. VALENCIA ZEA, Arturo; Derecho Civil; Tomo I; Parte General y Personas; Séptima edición; Editorial Temis; Bogotá, Colombia; 1976.
83. VARGAS PACHECO, José María; Doctrinas Generales del Contrato; Editorial Juricentro; San José, Costa Rica, 1984.
84. VILLORO TORANZO, Miguel; Introducción al Estudio del Derecho; Decimoprimer edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1994.
85. VON TUHR, A.; Tratado de las Obligaciones; Traducido del alemán y concordado por W. Roces; Tomo Primero; Reimpresión de la 1ª Edición; Editorial Reus, S.A.; Madrid, 1999.
86. VON TUHR, A.; Tratado de las Obligaciones; Traducido del alemán y concordado por W. Roces; Tomo Segundo; Reimpresión de la 1ª Edición; Editorial Reus, S.A.; Madrid, 1999.
87. WIETHÖLTER, Rudolf; Las Fórmulas Mágicas de la Ciencia Jurídica; Traducción de Miguel Ángel Extreoz; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1991.