



“las divergencias entre la teoría de la declaración y de la confianza desaparecen sólo cuando se recuerda que ambas apuntan hacia el respeto que merecen las expectativas de quién recibe la declaración, (...) a la exaltación del deber ético fundamental de ser fieles a la palabra dada.”

164 Error y Tutela de la confianza: directrices dogmáticas para la calificación de la reconocibilidad del error*

Eric Palacios Martínez**

I. INTRODUCCIÓN: ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO DEL DENOMINADO SISTEMA DE INEFICACIAS NEGOCIALES. POSICIÓN DENOMINATIVO – TERMINOLÓGICA.

Antes de examinar la problemática del error y la confianza en nuestro ordenamiento, me parece oportuno puntualizar algunas cuestiones con respecto a lo que se conoce como el sistema general de ineficacias de los negocios jurídicos.

Los negocios jurídicos están destinados a producir efectos jurídicos, pues éstos son uno de los principales instrumentos utilizados a efectos de conseguir tutela jurídica para los intentos prácticos de los particulares. Sin embargo, es claro que, para la concesión de los efectos jurídicos correspondientes al tipo y a la función negocial es necesario que el ordenamiento jurídico califique positivamente el intento práctico para lo cual se exige la presencia de ciertos componentes de validez y eficacia, lo que de no verificarse puede dar lugar a una situación o hecho de ineficacia.¹

* Dedicatoria: Hace ya algunos años, con ocasión de mi primer artículo de investigación, abordé, con las limitaciones inherentes a un estudiante, el tema de la reconocibilidad del error en el Código Civil Peruano, contando con el apoyo de mi eterno maestro, ahora físicamente desaparecido, Lizardo Taboada Córdova, a quién, como testimonio de mi admiración y aprecio, le dediqué dicho trabajo. Ahora, pasados unos años, éste discípulo, pretende ampliar el tema de investigación, e intentar, siempre bajo la dirección intelectual del maestro, plantear algunas directrices teórico dogmáticas del error en nuestro derecho positivo utilizando las construcciones desarrolladas por la doctrina más coherente - la cual no necesariamente es la más moderna - pues el tema ha sido realmente “congelado” a los anteriores avances en los estudios contemporáneos, generales o específicos sobre la teoría general del negocio jurídico. Nuestro compromiso, sin embargo, es no renunciar a la posible enunciación de nuevas perspectivas que pudieran surgir en lo concreto.

A la memoria de Lizardo Taboada Córdova, de quién me honro en considerarme su único discípulo directo, están dedicados los aportes que pueda realizar en las líneas siguientes, siendo sumamente grato materializar ello en la Revista Foro Jurídico de nuestra Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde conocí a mi maestro y donde éste se sintió siempre espiritualmente vinculado como alumno y profesor hasta el momento de su sensible fallecimiento.

** Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefe de la Oficina Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Cabe anotar que existe un posicionamiento bastante fuerte en el sentido de subsumir a nivel doctrinal a la figura de la irrelevancia negocial – la que ha desplazado a la propia idea de inexistencia negocial – la que encontraría sustento en el argumento según el cual la valoración en términos de validez/invalididad tiene como presupuesto necesario y obligado la relevancia jurídica del interés evidenciado en el hecho. Así SCALISI, Vincenzo *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 627. Desde nuestro punto de vista, no existe mayor contradicción entre los planteamientos esbozados en tanto consideramos que la calificación

Como es evidente, la eficacia es el objetivo del ordenamiento jurídico respecto de los negocios jurídicos; es una situación perfecta, por cuanto lo que se busca es que los particulares puedan satisfacer sus más variadas y múltiples necesidades, a través de regulaciones privadas de intereses que proyectadas y configuradas por los sujetos que intervienen en su celebración sean merecedoras de tutela jurídica, materializada a través de la concesión de los efectos que coadyuven a la satisfacción de las necesidades que originaron el intento práctico.

Sin embargo, como ya se advirtió, a veces nos encontramos ante hipótesis concretas en las que los negocios jurídicos no producen sus normales efectos jurídicos -en vista de la valoración de estructura y función tipológica abstracta- sea en forma originaria, tanto por una deficiencia estructural como por una contravención a una norma imperativa que puede o no contener al llamado orden público o a las buenas costumbres, sea en forma sobreviniente a su celebración.

En todos estos supuestos, lo reiteramos, nos encontramos frente a supuestos de ineficacia negocial, si se quiere entendida en un sentido amplio.

De esta manera, puede señalarse que los negocios eficaces son tanto aquellos que nunca han producido efectos jurídicos o que, habiéndolos producido, dejan de generarlos posteriormente por la utilización de una causal estructural determinada, como aquellos que pierden eficacia por la aparición de una causal sobreviniente a la celebración del mismo negocio.

Existen pues dos tipos de ineficacia negocial: la ineficacia originaria, denominada también ineficacia por causa intrínseca o ineficacia estructural, y la ineficacia funcional, denominada también por causa extrínseca. Los supuestos de ineficacia funcional son todos aquellos en los cuales un negocio jurídico que venía produciendo normalmente efectos jurídicos, deja de generarlos posteriormente por la aparición de una causal sobreviniente a la celebración del negocio jurídico. Los supuestos típicos de ineficacia funcional son la revocación, resolución, inoponibilidad, incluyendo algunos autores incluso a la rescisión. Sin embargo, debe señalarse que en el caso de la rescisión, su equiparación a los casos de ineficacia fun-

cional es bastante discutible pues la causal es coetánea a la celebración del negocio jurídico a la par de existir rasgos sintomáticos que la aproximan a la invalidez concretamente en lo que concierne a los denominados vicios de la voluntad; ello, a pesar de lo que señalaba mi desaparecido maestro,² en el sentido de considerar a la rescisión como un supuesto de ineficacia funcional.

Por el contrario, en los supuestos de ineficacia originaria, el negocio o no produce nunca efectos jurídicos o deja de producirlos retroactivamente, por lo que los efectos jurídicos generados se podrían denominar como provisorios. La ineficacia originaria se presenta, como se ha señalado reiteradamente, en dos supuestos: la nulidad y la anulabilidad, recibiendo ambas el nombre genérico de invalidez en el Código Civil peruano. Consiguientemente, existen dos supuestos de invalidez en el sistema jurídico nacional: la nulidad y la anulabilidad, debiendo quedar claramente establecido que el sistema nacional no reconoce sistemáticamente la categoría de *inexistencia*. Más allá de algún supuesto aislado que no puede servir de sustento infalible para sostener lo contrario, máxime si se considera la permanente imprecisión a la que nos tiene acostumbrados el legislador peruano³. Debe quedar pues estrictamente establecido que en nuestro sistema jurídico existen únicamente los supuestos de nulidad y de anulabilidad; los que bien pueden agruparse bajo los parámetros de la invalidez, tomada como un límite a la autonomía privada y pensada por algunos en vinculación estricta con las normas inderogables o principios inviolables⁴, otros más bien conectan el binomio validez - invalidez con la valoración del interés negocial⁵, mientras que existen quienes han intentado definir a la invalidez como una sanción que golpea el acto de autonomía privada que presenta en vía originaria una o más anomalías respecto al modelo legal, suficientes para provocar una valoración negativa por parte del ordenamiento, relacionándola así con la teoría del tipo o *fattispecie negocial*.⁶ Desde nuestro particular punto de vista debemos precisar como todas las maneras de enfocar al fenómeno en cuestión podrían ser resumidas acudiendo a la denominada “estructuralidad” como criterio determinante y distintivo de la invalidez, tomada, en general, dentro del perfil patológico

de relevancia jurídica del interés tiene una connotación netamente anterior - y actúa como un presupuesto de actuación - a la lógica del sistema de ineficacias negociales: el ordenamiento califica el intento práctico pero con las reglas suministradas desde fuera del propio ordenamiento, las mismas que han sido reconocidas por éste ante el imperativo de no perder su inherente y necesaria vinculación con el plano social.

- 2 Nos referimos al profesor Lizardo Taboada Córdova. Para el desarrollo de las ideas antedichas en el marco de la disciplina del Código Civil son de consulta “obligatoria” por lo menos dos de sus principales obras, me refiero a La causa del negocio jurídico, Editorial Grijley, Lima, 1996 y Acto jurídico, negocio jurídico y contrato Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002.
- 3 Nos referimos, por ejemplo, al artículo 1438° del Código Civil donde expresamente se alude a la “existencia” y “validez” del contrato como contenido de la garantía del cedente frente al cesionario. Es claro que en este supuesto la mención a la “existencia” se entiende referida directamente al soporte de verificación sobre el que se apoya el contrato.
- 4 Cfr. GALLO, Paolo Diritto Privato, quarta edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 511, donde expresamente señala que “las partes en el concluir de un contrato, si bien son tendencialmente libres, no pueden violar normas inderogables de ley o estar en contraste con principios inviolables del ordenamiento; en caso contrario el contrato puede ser inválido”.
- 5 Cfr. SCALISI, Vincenzo Invalidità e ineficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità ahora en Categorie e istituti del Diritto Civile. Nella transizione al postmoderno. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 628. Es particularmente interesante el siguiente párrafo “La pareja validez/ invalidez está dirigida por tanto a resolver el fundamental problema cognoscitivo - que no es sólo de naturaleza gnoseológica; sino, por el contrario, esencialmente axiológica-práctica - de saber si un interés negocial relevante tiene o no legitimación positiva para constituir punto de enlace de efectos jurídicos, la capacidad de producir efectos estables y definitivos; no la diversa cuestión de la producción en curso de desarrollo de tales efectos (que, por el contrario, se identifica con el diverso campo teórico: eficacia sí, eficacia no)”.
- 6 NAVARRETTA, Emanuela - Invalidità, inefficacia e rimedi contrattuali in AAVV Diritto Privato, parte prima, UTET, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 2003, p. 328.

del momento estático del negocio jurídico⁷; sin perjuicio de reconocer, desde el perfil aplicativo, que el fenómeno de la invalidez supone una reacción negativa del ordenamiento frente a determinadas transgresiones de normas fundamentales (imperativas) llamadas a encauzar el ejercicio de la autonomía privada, debiendo distinguirse entre las normas que involucran la exigencia de observar ciertos requisitos “legales” de aquellas que, llamadas en general *ius cogens*, tienen como contenido el *Diktat* ético – político del Estado en el que se pueden reconocer diversos grados en su disciplina concreta.

No podemos dejar de establecer como, al lado de los criterios mencionados, la invalidez (ineficacia estructural) se caracteriza por estar informada por el denominado Principio de legalidad. Las causales de invalidez son de carácter legal, es decir, establecidas e impuestas por la ley, no pudiendo ser generadas por la autonomía privada de los particulares. Ello no debe confundirse con que, en materia de nulidad, las causales pueden considerarse tácita o implícitamente contenidas en las normas jurídicas o en las bases del sistema jurídico en general, bien se trate del orden público, de las buenas costumbres o de normas imperativas que no contengan ninguno de dichos conceptos. Es obvio que la doctrina y la jurisprudencia no pueden crear causales de invalidez.

Debe quedar claro que lo expresado para la invalidez tiene perfecta aplicación en lo que respecta a la materialización del mecanismo de tutela dispuesto para el *error relevante*: la anulabilidad. Así es preciso no confundir la posible intromisión de la autonomía privada en lo que concierne a neutralizar la utilización de la causal de anulabilidad – vía confirmación - con la negada posibilidad de intervención privada en la generación de ésta última, disquisición que encuentra consistencia apreciando la diferente connotación del interés tutelado.

Sentada la idea acerca de lo que constituye el sistema general de ineffectancias, abordaremos la figura del error, ahora

una de las menos seriamente estudiadas en nuestro medio⁸; siendo tal vez el principal propósito del presente trabajo discutir en torno a su coherencia sistemática – en el ámbito de la regulación en nuestro ordenamiento a efectos de no entrar en contradicción con los lineamientos y principios generales vigentes, o, en todo caso, ofrecer justificación suficiente para entender su asimilación en el Libro del Acto Jurídico tomado por algunos como voluntarista (volveremos más adelante sobre el particular).

En suma, en estas líneas no pretendemos dar una respuesta acabada, pero sí brindar algunos puntos de acercamiento para tratar de encontrar una respuesta, al menos preliminar o intuitiva⁹, pero coherente en torno a las consecuencias de la disciplina del error asumida por nuestro ordenamiento.

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA DISCIPLINA DEL ERROR Y SU RELACIÓN INMANENTE CON LA ADOPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA CONFIANZA

El tema del error presenta una relevancia trascendental en el campo de la actuación de la autonomía privada (cuando ella se destina a la regulación, en un plano de horizontalidad, de intereses propios), puesto que del tratamiento del error, puntualmente en lo que concierne a su relevancia – que no sólo es una cuestión de política legislativa - dependerá la posibilidad que el negocio jurídico pueda perder sus efectos - de acuerdo a nuestro ordenamiento - en virtud de ser declarado nulo por una causal de anulabilidad especie de la llamada ineffectancia estructural o invalidez. En otros términos, verificando la presencia de un error *relevante* (lo que de plano, aún tomando partido por las teorías voluntaristas más recalitrantes, relegaría la importancia del elemento subjetivo-interno, llámese voluntad) podrá establecerse, a nivel de estructura, la perpetuación o la pérdida de los efectos típicos de origen negocial.

7 Es importante en este punto, ya que el presente trabajo no versa sobre la invalidez, consultar el trabajo del profesor MORALES HERVIAS, Rómulo Contrato inválido en Estudios sobre teoría general del contrato, con prólogo de Giovanni B. Ferri, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, pp. 519 y ss.

Por el contrario, es motivo de reflexión, y como no, profunda preocupación, la carencia de posición y confusión evidenciada en la obra de ESPINOZA ESPINOZA, Juan - El acto jurídico negocial primera edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2008; donde se define a la invalidez como “una patología de los elementos esenciales del negocio por presentarse un vicio en la manifestación de la voluntad (error, dolo, intimidación y violencia)” (p. 484) afirmación que resulta incompleta, confusa y contradictoria en cuanto se refiere sólo a los supuestos de “vicios en la manifestación de la voluntad” luego de haberse aludido en general a los elementos “esenciales” del negocio, a lo que cabría preguntarse si no existen hipótesis de invalidez por contravención de normas imperativas o por defectuosidad (incluida la ilicitud) de otros componentes estructurales diversos a la manifestación de la voluntad como se constata en el propio sistema normativo; por demás, es lamentable la confusión que, líneas más abajo, el autor deja entrever al identificar a la invalidez con la irregularidad, y que, en parecer propio, tiene como origen la cita inconexa y promiscua de autores que no tienen posiciones concordantes en un afán de proyectar una visión panorámica, a la vez siempre ecléctica, lo que al final de cuentas termina siendo perjudicial para el perfil mínimo que una obra que verse sobre el negocio jurídico debe guardar. La única manera de abordar el estudio del negocio jurídico es acudiendo al método dogmático – es decir con orden, lógica y coherencia sistemática – por lo que es preocupante el enfoque asumido por el autor citado. Es obvio que lo dicho se extiende a la obra entera citada líneas más arriba donde se demuestra desconocer los lineamientos fundamentales que todo estudioso del negocio jurídico debe asumir. Volveremos a comentar críticamente la aludida obra, más no al autor, a propósito del error, máxime cuando ella es tomada por muchos como una novedad apreciable y un ejemplo a seguir en lo que se refiere al tratamiento del negocio jurídico.

8 El único autor nacional que le dio, en su momento, un tratamiento profundo a la temática del error fue el profesor Lizardo Taboada Córdova, pudiendo constatarse ello en sus obras Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil (obra compilatoria), compilación y presentación de Rómulo Morales Hervias, Grijley Editores, Lima, 2006; y Acto Jurídico, negocio jurídico y contrato, Grijley Editores, Lima, 2002, obra a la que me he referido con anterioridad.

9 Esto no supone que nuestra parte renuncie al método dogmático que siempre ha utilizado, sino más bien reconocer la complejidad y confusión que se tiene en nuestro Código Civil, producto de una insensata importación normativa, es decir una mezcla de principios y normas de diversas codificaciones muchas veces antitéticas entre sí. De allí que nos extrañe la afirmación de varios “juristas” sudamericanos que visitan algunas universidades del país cuando indican que nuestro Código Civil es un “ejemplo a seguir”.

Es importante considerar que la postura que se tenga con respecto al error, y sobre todo con relación a sus requisitos de relevancia (necesarios para conseguir el otorgamiento del instrumento de tutela plasmado en la acción de anulabilidad), no supone siempre una toma de posición también frente al propio concepto de negocio jurídico asumido por el intérprete, en tanto el aceptar que eventualmente el negocio pueda perder sus normales efectos debido a una patología en la formación del elemento subjetivo no implica una contradicción en el sistema negocial cimentado sobre bases estrictamente objetivas¹⁰. Es una cuestión de oportunidad de tratamiento que perfectamente puede ser explicado sin desvirtuar los principios que inspiran las concepciones objetivas del negocio jurídico, como más adelante demostraremos detenidamente.

No obstante lo dicho se debe advertir que el problema lógico – constructivo que plantea el error es vital para resolver convenientemente la antítesis existente entre la exigencia de una tutela de la voluntad, tal y como lo planteaban las doctrinas voluntaristas, frente a la confianza del o de los destinatarios de la declaración, en el sentido expuesto no muy recientemente por las doctrinas objetivas. El error, como bien lo ha señalado uno de los autores más reconocidos en dicha materia, es uno de los hechos relevantes para el negocio que son especialmente significativos ante los dos principios opuestos¹¹, cabe directamente decir, el principio de la voluntad frente al principio de la confianza, el que ha sido tomado, en este punto, como representativo de las teorías objetivas que, en su conjunto, valoran el comportamiento de los sujetos de acuerdo a los parámetros de la buena fe¹². En suma, se trata de la confrontación entre el elemento interno y el elemento externo del negocio. Con tal perspectiva, se deja de lado la inadecuada impostación, efectuada por parte de la doctrina italiana, según la cual el acogimiento de la teoría de la confianza excluiría absolutamente a la de la responsabilidad; lo que se hace patente cuando se ha afirmado que el “criterio” –así se le denomina– de la confianza – tutela del destinatario de la declaración – de por sí no excluye el “criterio” de la responsabilidad que podría operar en dos modos:

- a) (a favor del declarante): consintiendo la anulación de la declaración (no obstante la irreconocibilidad del error) cuando el error sea excusable;
- b) (a favor del destinatario): prohibiendo al declarante caído en error la impugnación de anulabilidad (aún siendo reconocible) cuando subsista culpa por haber permitido la formación de la declaración defectuosa.¹³

Lo que en el fondo se señala es la posibilidad de valorar el *comportamiento integral* de todas las partes involucradas en el contrato (negocio).

Es sintomático que uno de los puntos de máxima emergencia de la teoría declaracionista, y de la prevalencia de la tutela de la confianza sobre el dogma de la voluntad, nos referimos a la reconocibilidad, *se torne unitario, en lo que corresponde a propósito de la disciplina del error, y en particular del error en la declaración o en su transmisión*¹⁴ (asimilado, al menos parcialmente, en el artículo 208 del Código Civil) en los casos en que esta categoría de error, se refiera a la naturaleza del acto – negocio-, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración hubiese sido transmitida inexactamente por quién estuviere encargado de hacerlo (*error en la transmisión*). Tal elaboración se encuadra, como bien se ha dicho, sobre el fondo de un fenómeno más general, consistente en la superación de la concepción voluntarista del negocio jurídico – contrato (visto como una voluntad generadora de consecuencias jurídicas), y en el prevalecer de la teoría declaracionista, en base a la cual el elemento esencial de la *fattispecie* contractual está representado por la congruencia exterior de las declaraciones¹⁵; pudiendo considerarse incluso como la manifestación más concreta de la superación de la tradicional distinción entre error vicio y error obstativo; que como ya conocemos, tenía como principal consecuencia la diferenciación del tipo de invalidez correspondiente a cada uno de ellos: el error vicio (o dirimente), resultante de una viciosa formación de la voluntad, según se decía, acarrea la anulabilidad del negocio en virtud de que se habría afectado su componente subjetivo; el error obs-

10 El argumento puede ser planteado de diversa manera en desmedro de las teorías voluntaristas: el hecho que se asuma que no todo error sino sólo un error relevante sería sustento para convertirse en causal de anulabilidad podría querer decir que la voluntad no es omnipotente y, por lo tanto, no poder ser considerada como un factor esencial del negocio.

11 PIETROBON, Vittorino - El error en la teoría del negocio jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado - Editorial Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1971, p. 6.

12 Ello en tanto se advierte que es una proyección totalmente abandonada por la doctrina el intentar ceñirse al significado literal de las palabras como lo propugnaba en términos estrictos la teoría declaracionista.

Ahora bien, para efectos de demostrar la equiparación principista entre la teoría de la declaración y de la confianza, es necesario señalar la relación existente entre los criterios de interpretación (que sirven a su vez para establecer su validez o invalidez, una de cuyas causales es el error), y el fundamento de los efectos del negocio, o, en otros términos, entre lo que justifica la eficacia vinculante del negocio y el instrumento utilizado para determinar los efectos producidos por el acto negocial concreto. Si la teoría declaracionista, tiene como eje central la declaración del sujeto, y la teoría de la confianza, apunta a la protección de aquel estado subjetivo, siempre que se revele a través de circunstancias externas, se hace patente que la diferencia entre ambas teorías tiende a desaparecer, al menos en lo que concierne a nuestro estudio.

13 SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio - Il contratto in Trattato di Diritto Civile dirigido por Rodolfo Sacco, terza edizione, UTET, 2004, t. I, p. 500.

14 Es la idea recientemente expuesta por ROSSELLO, Carlo - L'errore nel contratto en Il Codice Civile. Commentario fondato e già diretto da Piero Schlesinger e continuato da Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 5.

15 SCOGNAMIGLIO, Renato - Contributo alla teoría del negocio giuridico, seconda edizione, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli 1969, pp. 42 y ss. (hay traducción al castellano efectuada por Leysser León titulada Contribución a la teoría del negocio jurídico, publicada por Grijley Editores (Lima, 2004).

tativo (o error en la declaración), por el contrario, implicaba por lo demás, según se decía, una ausencia de voluntad, por lo que, en la lógica de los voluntaristas, era indiscutible la necesidad de que se le declare como nulo.

Las consideraciones antedichas abren innumerables inquietudes teóricas, con consecuencias prácticas, que deben ser resueltas para configurar los perfiles aplicativos del error en nuestro Código Civil, teñidos casi siempre de valoraciones subjetivas que es preciso superar, estableciendo claramente los principios que la inspiran y los criterios aptos para lograr la coherencia dentro del propio concepto y disciplina del negocio jurídico, tal y como ha sido enfocado en nuestro ordenamiento jurídico. Cabe advertir que, incluso en la realidad europea, actualmente se revitaliza la teoría del error vinculándolo con otros temas clásicos, olvidados - para variar - en nuestro medio, como la presuposición o la responsabilidad precontractual conectada a los deberes de información en las tratativas. Estos últimos han sido vistos como un eficaz instrumento de prevención respecto a la formación de contratos viciados de error y a sus consecuencias, llamadas por algunos, *diseconómicas* (referidas a su negatividad de carácter económico).

Para ello propenderemos a establecer anteladamente cual es, mas allá de las apariencias y las contradicciones artificiales “descubiertas” por los que siguen aún el voluntarismo, el principio general acogido por nuestro ordenamiento para luego, con los horizontes claros, proceder a la construcción de la teoría del error en el Código Civil en forma sistemática y coherente. Se pretende lograr una armonía en la aplicación de la normativa concreta, utilizando los marcos teóricos suministrados por la doctrina científico-jurídica más lúcida sin lo que nuestro estudio podría, como muchos aparecidos recientemente en nuestro contexto e incluso en el contexto doctrinal europeo, ser calificado estrictamente como intuitivo o casuístico, es decir, sin el rigor técnico que todo trabajo de investigación serio debe tener. Aspiramos, no sólo a satisfacer la necesidad de contar con un útil instrumento para tener claridad sobre algunos de los temas controvertidos antes mencionados, sino también, sobre todo en nuestro medio, a disipar equívocos sugiriendo en lo posible soluciones congruas y racionales.

III. EL PRINCIPIO (TEORÍA) DE LA CONFIANZA. TEORÍAS EN TORNO AL VALOR DE LA VOLUNTAD O LA DECLARACIÓN EN LA DOCTRINA DEL NEGOCIO JURÍDICO. LOS FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA Y SUS FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS

Una de las cuestiones fundamentales que se han debatido intensamente, desde distintos puntos de vista, es, a mi parecer, la prevalencia de un principio negocial que pueda ser satisfactoriamente verificado en toda la teoría general del negocio jurídico; el mismo que, por una exigencia de orden sistemático, debe servir para resolver coherentemente todos los problemas que se puedan plantear en la *aplicación* del ordenamiento positivo particular a partir del cual se ha extraído y construido concretamente. Ya he señalado antes y en otro trabajo que la discrepancia fundamental en la construcción de la teoría general del negocio jurídico es atribuible a la antítesis, eventualmente existente entre sustancia y apariencia, es decir, entre voluntad y declaración¹⁶, o, en otros términos, entre el elemento externo y el elemento interno del negocio. Indudablemente puede existir un matiz de orden extrajurídico en el tema (me refiero a la ideología)¹⁷ que puede haber confluído a otorgar, en cierto momento histórico particular, preferencia a alguna de las directrices teóricas planteadas en dicho momento.

Eco de la importancia de ésta tarea de orden primario, en la que radica la propia coherencia de las construcciones teóricas, es la elaboración de una serie de teorías, destinadas a sustentar en cada ordenamiento particular, o, la existencia de un principio voluntarístico o, en general, de un principio objetivo, que tiendan a la explicación de los posibles conflictos de aplicación en cada sistema. Por una suerte de “influencia” positivista¹⁸, no nos interesa mucho analizar el debate doctrinal producido en la doctrina alemana e italiana, como reflejos de las consecuencias que se pueden hacer derivar de la adopción de una de las teorías acotadas, puesto que ello antes se ha desarrollado con bastante detalle¹⁹. Bástenos con señalar solamente el núcleo lógico de cada una de ellas y sus principales consecuencias.

16 PALACIOS MARTINEZ, Eric - “La reconocibilidad del error en el Código Civil Peruano” en Themis, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Epoca, N° 24, Lima, 1992, pp. 101 y ss, estudio ahora ampliado en el conjunto de ensayos intitulado “Contribución a la teoría del negocio jurídico” Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 135 y ss.

17 Para el punto es importante consultar la obra fundamental de VARRONE, Claudio - Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1972.

18 Derivada directamente de la transcripción casi literal de buena parte del articulado del Código Civil Italiano de 1942 en los libros de acto jurídico, contratos y sucesiones (testamentos) de nuestro Código Civil, lo que, por decir lo menos, es el origen de muchas de las contradicciones existentes en su interior, las mismas que deben de ser resueltas utilizando los principios rectores que se extraen de las normas fundamentales de nuestro sistema, acompañado de una reflexión acerca de las características centrales del mismo.

19 En términos generales, con referencia al problema de la interpretación de la ley LARENZ, Karl Metodología de la Ciencia del Derecho. Traducción de la edición alemana de 1960 efectuada por Enrique Gimbernat Ordeig Ediciones Ariel, Barcelona, 1966, pp. 250 y ss.; y específicamente con respecto al negocio jurídico FLUME, Werner - El negocio jurídico, traducción del alemán de José María Miquel Gonzáles y Esther Gómez Valle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 83 y ss. Ver también las obras de SCOGNAMIGLIO, Renato - Contributo alla teoria del negozio giuridico, seconda edizione, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli 1969, p. FERRARA, Francesco - La simulación de los negocios jurídicos, traducción del italiano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, pp. 19 y ss. y de DISTASO, Nicola - La simulazione dei negozi giuridici. Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 1960, pp. 6 y ss. Para una reseña breve y puntual ver DE CASTRO Y BRAVO, Federico - El negocio jurídico. Editorial Civitas, Madrid 1985, pp. 58-60.

La teoría voluntarista sostiene que el sustento de la eficacia atribuida al negocio reside en la voluntad del declarante, la que también sirve para establecer, tanto en el aspecto cuantitativo como en el cualitativo, cuales son los efectos que específicamente se van a atribuir a la declaración de voluntad, utilizando sus propios términos, a que dieron vida los privados. Sobre esto se debe acotar que el voluntarismo encuentra su expresión más patente en la vertiente que incorpora la idea de que a la voluntad se le debe reconocer la virtud de producir efectos en el mundo jurídico, encontrando el origen de esta “virtud” en una atribución que realiza el ordenamiento jurídico, a partir de la cual se efectúa un examen de los *hechos psicológicos* a fin de trazar perfectamente el contenido negocial; por ello, se le ha denominado a esta vertiente como la *concepción psicológica del voluntarismo*. En lo que respecta a los casos de divergencia entre voluntad y declaración, se debe aclarar que según la teoría voluntarista, no es que la voluntad interna produzca por sí sola efectos jurídicos, sino que frente a un caso de discrepancia entre la voluntad y la declaración, debe prevalecer la voluntad interna, invalidándose el negocio jurídico formado únicamente en base a la declaración. Dicho de otro modo, para la teoría voluntarista, la voluntad interna no es, ni ha sido, ni será nunca un elemento del negocio jurídico, por cuanto éste es, en esencia y únicamente declarada. Sin embargo, según esta teoría, si la declaración discrepa de la voluntad interna el negocio jurídico debe invalidarse ya que la declaración de voluntad debe de transmitir la voluntad interna del sujeto²⁰. Así, esta teoría, ya en general, al sustentarse *in genere* en la exaltación de la voluntad interna, nunca explicó la validez del negocio bajo reserva mental porque en él falta la voluntad, ni la del contrato celebrado con el denominado error en los motivos, pues en él tampoco se quiso lo que se declaró²¹; ya que, si se siguieran lógicamente y estrictamente sus lineamientos, la carencia de voluntad debería determinar ineludiblemente la inexistencia del negocio, y consecuentemente la carencia total de efectos negociales. En este orden de ideas, aún cuando luego se admite que la voluntad tiene valor sólo en tanto dicho valor esté reconocido por el ordenamiento positivo, se adopta la idea de que a tal reconocimiento el ordenamiento se encuentra constreñido, hasta el punto de no poder sustraerse al mismo, por lo que su intervención se dirige únicamente a proteger y garantizar la seguridad y el cumplimiento de las decisiones *voluntarias*, de por sí vinculantes, permitiendo de este modo una interpretación que se vincula directamente a las reglas superiores de justicia²².

De la última idea esbozada puede extraerse una idea trascendental que sirve para establecer las bases fundamen-

tales del dogma de la voluntad: *en la mentalidad de los voluntaristas está siempre presente la idea que recurrir a la voluntad obedece a la necesidad de justicia en las relaciones privadas*.

Dentro de este punto de vista es bastante discutible el criterio utilizable para discernir la “voluntad efectiva” de los sujetos intervinientes en la formación o conclusión del negocio, máxime cuando los sujetos discrepan sobre el contenido ejecutable que se habría creado a través de su declaración, la que, en términos reales, podría verse inoperativa frente a una eventual discordancia con el sustrato volitivo que le habría dado origen. De ello se desprende que la justicia a la que se pretende llegar se hace obsoleta o virtual, es decir, desprovista de una predictibilidad, siquiera aproximada, pues al no encontrarse apoyada sobre una base objetiva genera incertidumbre en las soluciones que se planteen en cada supuesto concreto.

Es más, el voluntarismo nunca fue coherente, al menos en nuestro parecer, con el esquema del supuesto de hecho al que recurre casi la totalidad de la doctrina especializada, básicamente la alemana y la italiana. Así claramente, clarísimamente, se ha señalado que el esquema *fattispecie/efecto* en el que la doctrina suele hoy descomponer la norma jurídica – escribe Natalino Irti – se revela incompatible con el lenguaje del voluntarismo: la voluntad privada determina y produce el efecto, *no ya en cuanto fattispecie contenida en una norma jurídica*, sino en cuanto fuerza originaria, capaz, por sí misma, de constituir, regular extinguir relaciones jurídicas. El negocio no es una entre las *fattispecies* previstas y disciplinadas por la ley, sino una fuente originaria de efectos frente a los cuales la ley esta llamada a tomar posición²³. De allí la inadmisibilidad de propender al voluntarismo en la actual teoría general del Derecho, al menos en los términos en que esta es planteada por la doctrina dominante.

Es de interés el indicar como del dogma de la voluntad descendían a su vez dos consecuencias ulteriores: por un lado, la desvaloración de los remedios equitativos, como, por ejemplo, la rescisión del contrato por lesión y la cláusula *rebus sic stantibus*, que no son contempladas por las dos principales codificaciones del siglo XIX, vale decir aquella francesa y alemana; y, por otro lado, el gran énfasis puesto sobre el entero problema de los vicios del consenso, error, dolo, y violencia y, sobretodo, el gran desarrollo sufrido por el instituto del error. Si, en efecto, la entera disciplina negocial rotaba en torno al dogma de la voluntad, se concebía que la condición necesaria y suficiente a los fines de validez del acto negocial, y en particular del contrato, estaba constituida por la efectiva voluntad de las partes de efectuar aquel intercambio. La presencia de un vicio del consenso, y en particular

20 Son las enseñanzas de mi maestro TABOADA CÓRDOVA, Lizardo - Acto jurídico, negocio jurídico y contrato Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002, p. 375.

21 El artículo 205° del Código Civil señala en forma bastante restrictiva, frente a la posibilidad de la invalidez, específicamente la anulabilidad, que “el error en los motivos sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte”, lo que supone, según nuestro criterio, dejar totalmente de lado la relevancia de la voluntad interna para dilucidar la invalidez del negocio, pues al requerir que la misma sea expresamente declarada, y aún mas, conocida por la otra parte, se atiende directamente a la declaración del sujeto que incurre en error y no a su voluntad.

22 PIETROBON, op. cit. p. 61.

23 IRTI, Natalino - *Letture bettiane sul negozio giuridico* Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 6.

de un error, podía minar hasta las propias bases de la construcción edificada, haciendo venir a menos aquellos que aparecía como el requisito más importante de la convención; vale decir la efectiva voluntad de intercambio²⁴. Sobre la segunda consecuencia nos detendremos luego en vista de aclarar como la doctrina del error, ha cambiado sus matices, al principio netamente involucrados con la teoría voluntarista, como se ha visto, para dar paso a una fundamentación objetiva. Una voluntad concreta o hipotética, no sostenida por una declaración adecuada, no sólo no puede producir sus efectos, mas ni siquiera bastar para privar sin más a la declaración de los efectos de que parece capaz. Esto significaría desconocer que el ordenamiento jurídico ve precisamente en la declaración el momento culminante y esencial de la autonomía privada, la cual sólo gracias a la declaración consigue actuar en el espacio y tiempo²⁵; y es que la cuestión fundamental acerca del significado y el valor de una declaración no consiste en inferir, de la actitud asumida, una voluntad interior presunta, en mayor o menor medida hipotética, y que en el caso particular podría incluso estar ausente; de lo que se trata es, más bien, de evaluar dicha actitud según el tenor objetivo de la coherencia que rige la vida de relación, y de comprobar si ella, según las apreciaciones sociales, puede ser interpretada lógicamente, o no, en otro sentido, que sea distinto de aquel sentido denotativo de una estructura vinculante de ciertos intereses. Sólo según ese tenor objetivo, y ya no a través de deducciones hipotéticas de una voluntad presumible, se aclara el carácter de negocio jurídico²⁶.

Se ha alegado que el voluntarismo ha sido ridiculizado injustamente queriéndose acaso insinuar que los que no compartimos sus directrices desconocemos su verdadera esencia negando la intrínseca naturaleza de acto voluntario inherente al negocio jurídico. Así se olvida que la discusión no recae sobre el carácter de acto voluntario, que todo negocio debe tener, sino sobre la función de la voluntad, sobre el puesto que a la voluntad debe asignársele en la estructura de un hecho social, como se le toma a la autonomía privada en la vida de relación. No se puede negar que en la normalidad de los casos el particular declare o haga lo querido, se niega solamente que la voluntad se encuentre en el negocio en un primer plano y que la concordancia de los efectos jurídicos con la función o razón (causa) del negocio, deba ella misma ser querida, como se pretende cuando se postula una voluntad individual dirigida a los efectos jurídicos; no debe olvidarse que al momento de la conclusión (celebración)

del negocio el proceso volitivo debe haber, normalmente, ya recorrido su *iter* y logrado su meta definitiva: se ha agotado y concretado en una forma determinada, y los efectos son determinados por el orden jurídico en conformidad con la función del negocio. En síntesis, la voluntad pertenece a la génesis del negocio – y se ubica en un plano de segundo orden - pero no al contenido del acto de autonomía privada, donde se inserta la autorregulación de intereses en un plano de primer orden, como hecho social sobre el que recae la calificación del ordenamiento²⁷.

Por su parte, la teoría declaracionista, se encuentra con el problema de los casos en los que una declaración intrínsecamente correcta no se considera suficiente para la validez absoluta del negocio y en los que el defecto de la voluntad determina *ipso facto* la ineficacia negocial, siendo ejemplos claros el negocio celebrado *jocandi* causa, el simulado, y el concluido con error obstativo.

Esta insuficiencia conceptual, yo diría de construcción, de ambas teorías lleva a la doctrina a buscar soluciones de atemperamiento, teniendo ello como consecuencia la creación de las teorías de la responsabilidad y de la confianza, enmarcándose la primera, en sus originales propuestas, dentro del deber de hablar claro, por lo que incluso resulta plenamente reconducible y conexas al principio de autorresponsabilidad; centrándose la segunda en la valoración de la apariencia de la declaración, es decir, valorando objetivamente si ésta es capaz de generar una confianza en los terceros que tienen conocimiento de su contenido vinculatorio (criterio objetivo).

Es más, esto podría conllevar al requerimiento de reconstruir la entera teoría general del negocio jurídico, en tanto se reconoce que no es la voluntad, ni siquiera la declaración en abstracto, la que está en la raíz del derecho, sino la *vida humana*, con todos sus valores prácticos, y si se considera, además, que estos valores pueden evidenciarse en el campo de la experiencia jurídica, no sólo a través de la voluntad, sino también en virtud de actitudes no-voluntarias, e incluso inconscientes del hombre, resulta forzada la consecuencia de que *es necesario rebacer la clasificación de los fenómenos jurídicos en función de este aspecto de los mismos, que es axiológico, o mejor aun, «axiológico-práctico*. En cada clase de hechos, que no sea artificialmente construida, no puede faltar jamás una específica consideración de los intereses humanos en función de los cuales la clase asume relevancia para el derecho²⁸.

24 GALLO, Paolo - I vizi del consenso in Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno, tomo primo, I contratti in generale al cuidado de Enrico Gabrielli, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1999, p. 424.

25 Son las palabras, aún vigentes, del recordado SANTORO-PASSARELLI, Francesco - Doctrinas generales del Derecho Civil, traducción de la séptima edición italiana de Dottrine generali del diritto civile, publicada por Jovene Editore (Napoli, 1962) efectuada por Agustín Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p.168. Existe una reimpresión de la novena edición italiana con nota de actualización legislativa, publicada también por Jovene Editore, Napoli, 1997.

26 BETTI, Emilio - Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico en Teoría general del negocio jurídico. Cuatro estudios fundamentales, traducción y edición al cuidado de Leysser León, con presentación de Giovanni Battista Ferri, ARA Editores, Lima, 2001, p. 40.

27 Así BETTI, Emilio - Teoria generale del negozio giuridico, reimpresión corregida de la segunda edición con introducción de Giovanni B. Ferri y al cuidado de Giuliano Crifó, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, p. 58.

28 FALZEA, Angelo - Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1997, vol II, dogmatica giuridica, p. 774 – 778, quién postula la concepción del negocio jurídico como acto programático, postura que nos parece asimilable a la concepción preceptiva, pues el punto de partida es el mismo: el interés. El negocio como mecanismo de concreción de la autonomía privada (regulación interna) contrapuesto a la heteronomía (regulación externa) encuentra pleno asidero y apoyo en la constatación de su estricta conexión a los intereses humanos.

Es interesante recoger, a título ilustrativo, la opinión de un conocido autor italiano – al que todos los ahora investigadores hemos estudiado en las aulas –, según el cual, si bien la voluntad y su manifestación son esenciales al negocio jurídico, el principio de la voluntad está limitado por el de responsabilidad combinado con otro, el de la confianza. La misma razón determinante del principio de responsabilidad, que es la necesidad de proteger a los terceros, fija su límite: es preciso que los otros hayan confiado y podido confiar, es decir, confiado sin culpa en el comportamiento ajeno²⁹. Lo interesante de la afirmación del conocido jurista italiano, es que, a partir de ella, se puede entrever la confluencia de las teorías de la autorresponsabilidad y de la confianza en su rechazo, como ya lo expresamos, a los cimientos de la teoría voluntarista, antes que a la declaracionista, siendo clara, en tal sentido, la equiparación principista entre la teoría de la declaración y de la confianza y, por añadidura, a la de responsabilidad; en tanto responden a patrones objetivos tanto en lo que concierne al fundamento de eficacia como al criterio de interpretación a utilizar en lo concreto.

Sentadas estas bases aproximativas, es oportuno internarse en las directrices teóricas de la teoría de la confianza, deteniéndonos, en cada momento, en la normativa del Código a fin de verificar su indiscutible presencia y discrepar de todo intento, destacando uno no tan recientemente publicado³⁰, que se dirija a sustentar el voluntarismo en nuestro ordenamiento positivo en materia civil.

La identificación entre el criterio de interpretación y el fundamento de la eficacia del negocio - metodología que, al igual que en la teoría voluntarista, supone la aceptación del esquema dogmático - es el punto de partida de la teoría de la confianza. Desde se debe advertir que la solu-

ción unitaria para tal efecto es distinta. Reservemos para más adelante nuestro posicionamiento como una suerte de conclusión en la reflexión que ahora se ofrece.

Asentado que nos encontramos frente a un principio negocial, cuya existencia he sustentado en otros trabajos³¹; el mismo que, en forma lata, tiende a la protección del estado de confianza de los destinatarios de una declaración de voluntad y que, en tal orden de ideas, se impone una carga de autorresponsabilidad en el declarante; lo primero que hay que efectuar es remarcar que realmente la contraposición entre el elemento interno y externo del negocio se refleja en el plano dogmático-doctrinal entre voluntad y buena fe. Las divergencias entre la teoría de la declaración y de la confianza desaparecen sólo cuando se recuerda que ambas apuntan hacia el respeto que merecen las expectativas de quién recibe la declaración, a la necesidad de dar certeza a las relaciones jurídicas, y a la exaltación del *deber ético fundamental de ser fieles a la palabra dada*³², en síntesis, ambas se fijan, en lo que concierne a la adopción de un criterio de interpretación objetivo, más en la expresión que en la intención que le ha dado vida. Y es que casi no hay ningún autor, incluso en la doctrina alemana, que plantee una rígida adhesión a la expresión literal o al significado literal de las palabras (*Deutungsprinzip*), sino más bien existe una remisión a las reglas de la Buena Fe. Sobre el fundamento de la eficacia del negocio es sencillo darse cuenta que tal fundamento común se concreta en su expresión externa en el ambiente jurídico social.

Sin embargo, podemos especificar que para la teoría de la confianza el criterio de interpretación se configura indagando, como ya se dijo, la expresión externa del negocio, materializando tal idea, en la influencia que sobre los alcances del negocio tienen las normas positivas que exi-

29 CARIOTA FERRARA, Luigi - El negocio jurídico Editorial Aguilar, Madrid, 1956, p. 134.

30 Ver por todos el trabajo de LEON HILARIO, Leysser - Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos en Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil Italiano, ARA Editores, Lima, 2002, pp. 815 y ss. Resulta interesante el esfuerzo del autor por darle nueva vida a interpretaciones tradicionales, casi siempre de índole literal, de ciertas normas del Código Civil las que, por influjo del avance doctrinal - apoyado en la constatación de la realidad social - han sido superadas. Así, cuando se arguye que la definición contenida en el artículo 140° constituye la prueba irrefutable de la consagración de la teoría voluntarista se deja de lado la importancia de los principios para el logro de un sistema armónico de mandatos normativos que permita adoptar soluciones no contradictorias ante la problemática social que se pueda presentar en un caso concreto. Así la definición anotada se contrapone directamente, al menos en su matiz histórico, con la regulación del error de la que justamente trata el citado autor, y que es en verdad la “consagración” del principio de la confianza dentro del ámbito negocial, más bien contractual, de lo que se desprende la necesidad de efectuar una armonización en la tarea aplicativa sin necesidad de propiciar una modificación legislativa. Lamentablemente el legislador peruano no ha tenido conciencia de las consecuencias de acoger, por un lado, un concepto de “acto” jurídico” apoyándose en un irrelevante respeto de corte reverencial a su formación de corte francés, y de efectuar, por otro, el traslado del texto de una norma ajena que, a pesar de ser superficialmente “acomodada”, contradice esencialmente el sentido de la definición acotada, pero que resulta más compatible con otras normas extraídas de legislaciones extranjeras.

31 Así en un no tan reciente trabajo La conversión y la nulidad del negocio jurídico (con prólogo de Lizardo Taboada Córdova), ARA Editores, Lima 2003, pp. 19 y ss. he sustentado la existencia de principios negociales, en los términos siguientes: “En el conocimiento jurídico los principios son de naturaleza monovalente (solo valen en el ámbito de determinada ciencia), y por ello su aplicación se restringe estrictamente al campo del Derecho. Así tenemos a los denominados «principios generales del derecho», verdades fundantes de un sistema u ordenamiento jurídico, concebidos como aquellos elementos de carácter lógico y ético del Derecho, que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos, condicionando y orientando la comprensión del ordenamiento jurídico. No todos los principios tienen la misma amplitud. El ordenamiento jurídico se distribuye en niveles o estratos normativos que corresponden a diversas secciones de la realidad social. Cada sección presupone principios generales que se constituyen como las directrices que aseguran la unidad lógica de cada una de estas; habrá entonces principios del Derecho Civil, del Derecho Procesal, del Derecho del Trabajo, etc.; y más específicamente del Derecho de Familia, del Derecho Cambiario, y porque no decirlo principios de la teoría general del negocio jurídico: principios negociales”. En esta órbita tenemos al denominado principio de la confianza, el que se encuentra consagrado principalmente en nuestro ordenamiento, a través de la normativa en materia de error (Arts. 201° y ss. del Código Civil), contando así con un apoyo dogmático innegable. Su contenido es materia de desarrollo en las líneas siguientes del texto principal.

32 Este deber es totalmente negado por el análisis económico del derecho, cuyos seguidores se han preguntado incluso cuando sería bueno incumplir (se entiende intencionalmente, es decir con dolo) un contrato, analizando, casi casuísticamente, para tal efecto, la eficiencia de tal decisión sobre el plano de las atribuciones prometidas entre las partes. En nuestro parecer la respuesta a tal interrogante es nunca es bueno incumplir un contrato.

gen a las partes negociales una conducta en armonía con la Buena Fe³³; mientras que el fundamento de eficacia se centra, como también se ha dicho, en la expresión externa, la que encuentra reflejo en la utilización del poder de *autonomía privada* otorgado a los particulares, y que resulta ser propiamente el fundamento de eficacia compatible con el criterio de interpretación objetivo del negocio.

Como ya se expresó líneas más arriba la esencia de la crítica al dogma de la voluntad, que se materializa en la construcción de la teoría de la confianza - a la que también se le puede denominar como dogma, al ser un producto de la dogmática, pero no del dogmatismo - consiste en atacar la idea de que la realización de la voluntad corresponde a la realización de la justicia, *que un negocio jurídico querido necesariamente sea también un negocio justo*. Y es que incluso los mismos autores voluntaristas, motivados por razones de índole metajurídico, siempre intentaron limitar los alcances de sus aplicaciones lógicas, específicamente recurriendo al criterio de la equidad³⁴. La utilización de la equidad es de tal intensidad que, en casi ningún caso, se puede hallar algún tratamiento que suponga la realización integral de la construcción voluntarista. Parece intrínsecamente un contrasentido que las teorías voluntaristas tiendan a tomar un criterio de alcance objetivo.

Dicho esto veamos cuál es el contenido del denominado principio de la confianza.

172

Técnicamente, referirse a la confianza implica hablar de protección de un estado subjetivo, pero para esbozar adecuadamente un concepto de confianza se necesita delimitar el objeto sobre el que recae esta protección; es decir, la concreción material que merece el otorgamiento de tutela jurídica. A tal finalidad, no basta definir la confianza como la tutela de un estado subjetivo, porque si bien dicha definición estaría en armonía con la etimología del término, resulta demasiado amplia, yo diría ambigua, para pretender un significado jurídico bien encuadrado, conduciendo a conclusiones vagas y, por ello mismo, inaceptables. En el concepto se podrían incluir una serie de fenómenos muy diversos, designados con términos distintos, como confiar (una persona o una cosa a alguien), fiarse (de un hecho no ocurrido), etc. Así la *protección de un estado subjetivo* de confianza es característica de un gran número de disposiciones: basta recordar, junto a la regla de conocibilidad del error y la disposición que impone el comportamiento de Buena Fe en la negociación, celebración y ejecución de los contratos (art. 1362 C.C.) ya

aludidas en su contenido, las propias normas relativas a la buena fe en la posesión (arts. 907, 908, 914 C.C.) y las disposiciones en que la ley otorga protección a la buena fe dando relevancia a la denominada apariencia jurídica (arts. 1223 y 194 C.C.). Y, a pesar de la diferencia que media entre todos estos supuestos, en algunas ocasiones se ha afirmado, como se ha puesto de manifiesto, que todas las disposiciones encaminadas a tutelar un estado subjetivo pueden ser reunidas en un mismo principio, por lo que se podría argüir que tienen un fundamento común, el que, por esta circunstancia, resulta difícil de precisar.

En este sentido, es oportuno señalar y resaltar la equivocación común en la que cae la doctrina tradicional al confluir en un solo principio (llamado, anti técnicamente, de la Buena Fe, de la apariencia, o de la confianza) todas las hipótesis de protección de un estado psicológico de confianza en la validez o en los efectos de un acto realizado³⁵. En vista a esta necesaria aclaración de los alcances del principio de la confianza, nos parece pertinente hacer la distinción entre confianza y Buena Fe, y entre, confianza y apariencia jurídica, estableciendo previamente cual es su ámbito de actuación.

Presupuesto de toda indagación que se realice en torno a la teoría de la confianza es aclarar que ésta está pensada para las figuras contractuales que comportan sacrificios y ventajas recíprocos y que, desde el perfil político, sirve para facilitar la circulación de los bienes al proteger a la parte en aquellas hipótesis en las cuales la falta de producción o la eventual eliminación de los efectos del contrato, a más de sacrificar de manera inequitativa el interés de los sujetos que obraron sin culpa y de Buena Fe, podría obstaculizar un desenvolvimiento eficiente y dinámico de los cambios mercantiles³⁶.

La incorporación del principio de la confianza a un determinado ordenamiento implica aceptar que, si ante una declaración negocial, se suscita una opinión razonable en el sentido de que es compromisoria, se debe optar por su vinculatoriedad, siendo irrelevante jurídicamente que ella sea el producto de una apreciación subjetivamente inexacta. Incluso se ha afirmado la existencia de un *riesgo* asignado al declarante que sirve para no obstaculizar aquellas iniciativas que tengan motivo justificado para fundarse en el aspecto objetivo del contrato estipulado³⁷.

Con estos lineamientos centrales pueden efectuarse las distinciones requeridas.

33 PIETROBON, op. cit. p. 85.

34 Cabe señalar que según nuestro criterio el recurrir a la idea de la equidad, sustentando o complementando al dogma de la voluntad a fin de cimentar la idea de la equiparación entre negocio querido y negocio justo, es parte de la tendencia de contractualización de la teoría del negocio jurídico que ha sido la idea generadora de varios de los grandes problemas de construcción que se reflejan directamente contra la coherencia y sistemática de la figura negocial y que, como no, han sido utilizados para negar su oportunidad como único paradigma de referencia de los actos de regulación privados. La expresión conceptual de la utilización de la equidad como atemperamiento a la teoría voluntarista se concreta en materia de error en la imposición del requisito de la excusabilidad, que bien pensada, puede ser conectada a la autorresponsabilidad en lo que concierne a oponer los efectos negociales derivados de una actividad declarativa a quién la generó, omitiendo tomar las medidas idóneas para que ella pueda ser estrictamente entendida en el sentido deseado por el declarante.

35 SACCO, Rodolfo "Voz Affidamento" en Enciclopedia del Diritto, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958, vol I, p. 661.

36 BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo - Derecho Civil, Hechos y actos jurídicos, reimpresión de la primera edición, traducción de Fernando Hinestrosa de la obra Diritto Civile, editado por la Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, Tomo I, Volumen 2, p. 605.

37 SANTORO-PASSARELLI, Francesco - Doctrinas generales del Derecho Civil Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 145.

La distinción entre confianza y Buena Fe radica en que la primera puede ser expresión tan sólo de una Buena Fe objetiva (en la medida en que se acoge la distinción entre buena fe subjetiva y objetiva, marcándose así la diferencia entre buena fe en la tutela de la posesión y la Buena Fe en los actos del tráfico jurídico respectivamente). Por ello, la confianza puede contraponerse a la Buena Fe en sentido amplio, como un principio que despliega su efecto tan sólo en el mismo tráfico jurídico. Tal razonamiento trae, como consecuencia práctica inmediata, que *la confianza se deba configurar sobre la base de circunstancias objetivas* por las exigencias del propio tráfico jurídico. En otras palabras, aceptar que la confianza mantiene identificación con la Buena Fe objetiva, implica que su valoración sea realizada en torno a verificar si la situación de hecho planteada es objetivamente idónea para suscitar una confianza en los sujetos que podrían ver afectados sus intereses ante la vinculatoriedad jurídica que se les presenta.

Para diferenciar el principio de la confianza del principio de la apariencia jurídica, se dice que este último se refiere generalmente a la tutela de una situación jurídica que corresponderá a la aparente titularidad de un derecho, en particular de aquel derecho que es objeto de un acto de disposición³⁸, mientras que el principio que nos interesa tiende a proteger la confianza en un hecho relevante para la formación del supuesto de hecho relevante para la formación, a su vez, de un supuesto de hecho apto para otorgarle dinámica a una autorregulación de intereses privados (negocio jurídico). En otras palabras, la apariencia protege a ciertos sujetos con *aparentes* titularidades ya adquiridas, mientras que la confianza tiende a la protección

en la formación de una *fattispecie negocial* que podrá dar lugar a situaciones jurídicas subjetivas que normalmente se expresan en determinadas titularidades.

De lo dicho, se podría afirmar que el principio de la confianza opera en el ámbito donde existe un proceso de formación de alguna autorregulación de una o más esferas de intereses. Por ello es, en principio, aplicable a todo negocio jurídico donde haya un intercambio de atribuciones patrimoniales, como ya anteriormente se ha expresado, dejando a salvo la posibilidad de examinar su aplicabilidad de alguna forma, en la medida en que nos encontremos ante un negocio jurídico unilateral mortis-causa (testamento)³⁹.

Así, el principio de la confianza es expresión de la consecuente aplicación de la prevalencia del aspecto social en lo que concierne el ámbito de la autonomía privada a partir de la cual se generan las *fattispecies* negociales.

La separación conceptual realizada, aunque preliminar, entre las teorías de la confianza, de la apariencia y de la Buena Fe, en cuanto al campo en la que cada una se aplica, hará más claro un examen independiente de la regla de conocibilidad del error -como requisito de relevancia del propio error- es decir, diferenciada nítidamente de criterios extraños a su naturaleza sustancial que nos pueden conducir a conclusiones equivocadas. En otras palabras, considerar como el correcto entendimiento de la disciplina del error - a través de la conocibilidad - conlleva su necesaria armonización con los parámetros de línea de la teoría de la confianza según los hemos pretendido describir hasta aquí.

38 FALZEA, Angelo "Voz Apparenza" en Enciclopedia del Diritto, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958, T. II, p. 685

39 SANTORO-PASSARELLI, Francesco - Doctrinas.... Op. cit. p. 192, donde se afirma la distinción del alcance de la teoría de la confianza según se trate de negocios intervivos o mortis causa.