

# *El consentimiento y la declaración de voluntad en la doctrina general del contrato*

**Lizardo Taboada Córdova**

Abogado. Profesor de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

## **1. EL CONSENTIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.**

Sabido es por todos que la incapacidad natural es un supuesto de nulidad del acto jurídico, contemplado en el primer inciso del artículo 219 del Código Civil, por ser un supuesto de ausencia de manifestación de voluntad, por no existir la voluntad de declarar, por faltar la voluntad del acto externo; es decir, por no existir una declaración de voluntad negocial al no haber conducta declaratoria, por faltar uno de sus aspectos fundamentales, cuál es la voluntad de declarar conformada por la voluntad del acto externo en que consiste la conducta declaratoria y el conocimiento del valor declaratorio de dicha conducta. Pues bien, el objetivo de este trabajo consiste en examinar el requisito de la incapacidad natural en materia de la doctrina general del contrato, para saber si esta incapacidad constituye o no un supuesto de nulidad contractual, habida cuenta que el contrato es la especie más importante de acto jurídico, o lo que es lo mismo dentro de nuestro Código Civil, la especie más importante de negocio jurídico.

Como es lógico, si la incapacidad natural es un supuesto de nulidad del acto jurídico por falta de manifestación de voluntad, teniendo en cuenta que la manifestación de voluntad es el elemento fundamental del supuesto de hecho negocial, debemos también examinar si dicha incapacidad natural es también causal de nulidad en materia contractual. La pregunta se hace necesaria e imprescindible en la medida que la declaración de voluntad no es elemento del contrato, sino del acto jurídico, por cuanto el elemento fundamental del contrato es el consentimiento, que según algunos es la coincidencia de dos o más declaraciones de voluntad y,

según otros, la declaración conjunta de una voluntad común. Quedando en evidencia que el consentimiento, asúmase cualquiera de las dos anteriores posiciones, se encuentra íntimamente vinculado con el concepto de la declaración o manifestación de voluntad del acto jurídico, este estudio se hace imprescindible a fin de poder establecer si la incapacidad natural dentro del Código Civil peruano debe ser considerada como una causal de anulabilidad de los contratos, o como una causal de nulidad o de inexistencia de los mismos. En este sentido, consideramos que la forma más adecuada para iniciar este estudio es referirnos a los artículos del nuevo Código Civil en materia de contratos, parte general, que pueden estar vinculados con el consentimiento.

En primer lugar, debe señalarse como premisa fundamental el artículo 1351 del Código Civil, que contiene una definición del contrato como categoría jurídica abstracta, en el sentido que el mismo es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Evidentemente, cuando el artículo en mención se refiere al acuerdo de dos o más partes, a nuestro entender no está aludiendo a las voluntades internas de las mismas, sino a las respectivas declaraciones de voluntad de dos o más partes contratantes. Decimos evidentemente, por cuanto si el negocio jurídico, que puede ser unilateral, bilateral o plurilateral, está conformado siempre por una, dos, o más declaraciones de voluntad, es evidente que el contrato, que es el acto jurídico bilateral o plurilateral con contenido patrimonial, debe estar conformado por dos o más declaraciones de voluntad, ya que en el mundo del Derecho, en cualquier supuesto del negocio jurídico, sea unilateral o bilateral, con o sin

contenido patrimonial, lo que produce efectos jurídicos no es nunca la voluntad interna sino la voluntad declarada, ya que, como lo hemos indicado anteriormente, el negocio jurídico es un supuesto de hecho cuyo elemento fundamental es la declaración de voluntad, a la cual la ley le atribuye efectos jurídicos, en concordancia con el efecto práctico buscado por las partes, o por el agente, en caso de tratarse de un acto jurídico unilateral. Siendo esto así, mal podría decirse, desde nuestro punto de vista, que el artículo 1351 está referido a las voluntades internas coincidentes de las partes contratantes, por cuanto es evidente que, en la medida que el contrato es un negocio jurídico, el mismo tiene que estar conformado necesariamente por dos o más declaraciones de voluntad de las dos o más partes contratantes. Por esta razón, en nuestro concepto el contrato implica declaraciones de voluntad de dos o más partes que sean coincidentes.

Este concepto de que el contrato está conformado por las declaraciones de voluntad de las partes contratantes y no por sus respectivas voluntades internas, está confirmado también, a nuestro entender, por la primera parte del artículo 1361 del Código Civil, que nos señala en forma bastante clara que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Esto significa que de acuerdo al Código Civil peruano lo que produce obligaciones, es decir, los efectos jurídicos derivados del contrato, no son las voluntades internas coincidentes de las partes contratantes, sino las voluntades declaradas coincidentes de las mismas. La segunda parte del artículo 1361, como es sabido por todos, señala en forma expresa que se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Aparentemente, esta segunda parte está estableciendo la presunción, que admite prueba en contrario, de que las declaraciones de voluntad de las partes contratantes deben coincidir a su vez con las voluntades internas de las mismas partes, de forma tal que pudiera señalarse o entenderse que, de acuerdo al Código Civil peruano, las voluntades internas coincidentes de las partes contratantes son también un elemento del contrato. En otras palabras, sobre la base de la segunda parte de este artículo, podría pensarse que para el Código Civil peruano es requisito indispensable para la existencia del contrato no sólo la existencia de las voluntades declaradas coincidentes, sino también las voluntades internas coincidentes.

En nuestro concepto, el artículo está mal planteado por las siguientes razones:

a) La problemática de la discrepancia entre la voluntad interna y voluntad declarada elaborada por la teoría general del negocio jurídico, no está referida al

contrato sino al negocio jurídico, y en cualquier caso de negocio jurídico, unilateral, bilateral o plurilateral, está referida siempre a la discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada respecto a una sola declaración de voluntad o, mejor dicho, respecto a cada una de las declaraciones de voluntad que puedan conformar un determinado negocio jurídico. Dicho de otro modo, cuando se estudia la teoría de la discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada, se está aludiendo a la declaración de voluntad de cada una de las partes en un negocio jurídico bilateral o plurilateral.

Se trata pues de la discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada respecto de la propia declaración de voluntad, no de la declaración de voluntad ajena o de la otra parte, en el supuesto de un negocio jurídico bilateral o plurilateral.

Siendo esto así, en cualquier supuesto de negocio jurídico bilateral o plurilateral, la problemática de la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, y las respectivas teorías que se han elaborado sobre el particular, bien se trate de la teoría de la voluntad, de la declaración, confianza o de la responsabilidad, no buscan resolver el problema de si existe o no coincidencia entre las voluntades internas de las dos o más partes contratantes y sus respectivas voluntades declaradas, sino que buscan únicamente resolver el problema que se presenta cuando la declaración de voluntad de una de las partes o de todas ellas discrepen de sus propias voluntades internas.

Por ello no es claro y consideramos, también, que no es correcto establecer, como lo hace la segunda parte del artículo 1361, que la declaración expresada en el contrato responde a la común voluntad de las partes contratantes.

b) De igual modo, en nuestro concepto el artículo está mal planteado, por cuanto no se señala tampoco cuál es la sanción en caso se llegara a probar que no existe coincidencia entre la voluntad común de las partes y la declaración expresada en el contrato.

c) En nuestro concepto, aun cuando el artículo debiera estar referido a la coincidencia entre la voluntad interna de cada una de las partes contratantes y sus respectivas voluntades declaradas, tampoco entendemos la necesidad de un artículo como este, ya que es perfectamente conocido que en el contrato, como en cualquier otro negocio jurídico, la voluntad declarada debe coincidir siempre con la voluntad interna, ya que justamente el contrato, como todo otro negocio jurídico, es el instrumento abstracto que otorga el ordenamiento jurídico a los sujetos de derecho para que puedan establecer libremente relaciones jurídicas que los lleven a satisfacer sus necesidades dentro de una determinada sociedad. Lo que queremos expresar es que no hay ninguna necesidad de establecer en alguna norma del

Código Civil lo que constituye un principio fundamental de la teoría del negocio jurídico, en el sentido que la declaración de voluntad debe coincidir con la voluntad interna del declarante. Más aún si la segunda parte del artículo 1361 no establece la sanción aplicable en caso de probarse la no coincidencia entre ambas voluntades.

En conclusión, la segunda parte del artículo 1361, en nuestro concepto, está referida equivocadamente a que debe existir una coincidencia entre la voluntad común de las partes y sus respectivas declaraciones de voluntad, ya que como lo hemos explicado anteriormente, debe existir siempre una coincidencia entre la voluntad interna propia del sujeto y su propia declaración de voluntad, no pudiendo hablarse jamás de coincidencia o discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada respecto a la declaración de voluntad de la otra parte, en los negocios jurídicos bilaterales.

Además de ello, debe tenerse en cuenta que los únicos casos de discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada son, según la opinión predominante, la simulación, el error obstativo y la reserva mental, y para algunos otros la declaración hecha en broma; de forma tal que no existe tampoco una única sanción para los casos de discrepancia señalados.

En nuestro entender, la intención del legislador peruano al plantear la segunda parte del artículo 1361, ha sido la de establecer que las voluntades internas coincidentes de las partes contratantes constituyan también el consentimiento del contrato, razón por la cual se señala que la declaración expresada debe responder a la voluntad común. Vale la pena remarcar, desde nuestro personal punto de vista, que la única intención o interpretación posible de la segunda parte del artículo 1361 del Código Civil, guardando total simetría con la primera parte cuyo sentido es bastante claro, sin admitir duda de ninguna clase, es que las voluntades internas coincidentes de las partes contratantes forman parte también del consentimiento del contrato, conformado por las voluntades declaradas coincidentes a tenor de la primera parte del mismo artículo 1361. Cuestión distinta es determinar si este intento del legislador ha fracasado o no. Más aun debe también determinarse si este intento de la segunda parte del artículo 1361 guarda total concordancia con la primera parte del mismo artículo. Sin embargo, como ya lo hemos explicado, por las razones inmediatas anteriormente expuestas, este intento ha sido desafortunado e incluso contradicho por la primera parte del mismo artículo, que dispone en forma clarísima que lo que produce los efectos jurídicos en un contrato son las declaraciones de voluntad de las partes contratantes, cuando se señala que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Esta primera parte del artículo 1361 no admite ninguna

duda, es evidente que con este enunciado se está señalando que en materia contractual lo que produce efectos jurídicos son las declaraciones de voluntad coincidentes de las partes contratantes.

Confirma además nuestro entendimiento, en el sentido que el contrato como todo negocio jurídico está conformado únicamente por las voluntades declaradas y no por las voluntades internas, lo señalado en el artículo 1359 del Código Civil, que nos dice textualmente que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones aunque la discrepancia sea secundaria. Como es obvio, cuando este artículo se refiere a las estipulaciones, no se está refiriendo a las voluntades internas, sino a las voluntades declaradas de las partes contratantes; estableciéndose de esta forma muy claramente que para la existencia del consentimiento y por ende del contrato, lo que se requiere es una total y perfecta coincidencia entre voluntades declaradas, quedando al margen las voluntades internas de cada una de las partes, las cuales en caso de discrepar con sus respectivas voluntades declaradas, podrían ocasionar la anulabilidad del contrato por error obstativo.

Debe recordarse que mientras el error obstativo constituye un supuesto de discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada respecto de la propia declaración de voluntad, el disenso constituye a nuestro entender, una causal de nulidad del contrato por no existir coincidencia entre las voluntades declaradas de ambas partes. Evidentemente, el artículo 1360, del mismo Código Civil no le quita valor a nuestra argumentación, por cuanto el mismo está concebido en el supuesto que las partes hubieran acordado reservar alguna estipulación, señalando dicho artículo que en esos casos el contrato será válido siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, en cuyo caso opera retroactivamente.

Adicionalmente, debe señalarse lo dispuesto en el artículo 1373, según el cual el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, señalándose pues en forma rotunda que lo que conforma el consentimiento son las voluntades declaradas de cada una de las partes contratantes y no sus respectivas voluntades internas.

En nuestro concepto no puede hablarse de voluntades internas coincidentes, no sólo porque las mismas no forman parte del contrato como de ningún otro negocio jurídico, sino porque materialmente es imposible establecer si las voluntades internas de dos partes contratantes son o no coincidentes, ya que el ser humano está incapacitado para conocer los pensamientos de sus semejantes en la medida que no sean expresados o manifestados; es por ello mismo que el artículo 1359 afirma que no hay contrato mientras las partes no

estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

Finalmente, tenemos el artículo 1376 que señala que la aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta. De este artículo es necesario destacar la referencia a que la aceptación oportuna que no sea conforme a la oferta equivale a una contraoferta. Justamente la aceptación oportuna que no sea conforme a la oferta equivale a una contraoferta, que no da lugar al consentimiento de las partes contratantes, porque el consentimiento implica coincidencia de voluntades declaradas y si la aceptación, aun cuando sea oportuna no sea conforme a la oferta, no puede dar lugar al consentimiento, por no ser coincidente con la declaración de voluntad de la otra parte contratante. En otras palabras, desde nuestro punto de vista, este artículo nos confirma también el concepto que de acuerdo al Código Civil peruano, el consentimiento está conformado por las declaraciones de voluntad coincidentes de las dos o más partes contratantes y no por sus respectivas voluntades internas.

---

*“ Esta primera parte del artículo 1361 no admite ninguna duda, es evidente que con este enunciado se está señalando que en materia contractual lo que produce efectos jurídicos son las declaraciones de voluntad coincidentes de las partes contratantes ”*

---

El único artículo de la parte general del contrato del Código Civil que puede interpretarse en forma distinta es el artículo 1362, que nos dice en forma expresa que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, en la medida en que esta norma hace referencia a la común intención de las partes.

Sin embargo, esta norma no constituye la excepción al principio consagrado en el Código Civil peruano de que el contrato está conformado por las declaraciones de voluntad de las partes contratantes, por cuanto la común intención de las partes a que hace

referencia debe entenderse en el sentido de la común intención evidenciada o expresada en el contrato a través de las declaraciones de voluntad.

En conclusión, por todo lo anteriormente expuesto, desde nuestro punto de vista debemos señalar que el contrato de acuerdo al Código Civil peruano y por ende el consentimiento, implica la coincidencia de las voluntades declaradas de las partes contratantes; no siendo necesario en modo alguno la coincidencia de sus respectivas voluntades internas.

Como ya lo hemos indicado en repetidas oportunidades, esto no constituye ninguna novedad, ya que de acuerdo a la teoría general del negocio jurídico, aplicable al contrato, es claro que lo que produce efectos jurídicos en el mundo del Derecho son las declaraciones de voluntad y no las voluntades internas. De esta manera, se comprueba que al ser el consentimiento la coincidencia de las voluntades declaradas de las partes contratantes, deberá exigirse para la validez del contrato todos los requisitos concernientes a la estructura de la declaración de voluntad negocial. Sin embargo, es necesario examinar la figura de falta de consentimiento, es decir, el denominado disenso, a fin de establecer si guarda o no alguna vinculación con la figura de la capacidad e incapacidad natural. Por ello, la segunda parte de este trabajo estará destinado al estudio del disenso en la doctrina general del contrato y dentro del Código Civil peruano.

## 2. EL DISENSO DENTRO DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO.

La doctrina francesa y un gran sector de la doctrina sudamericana consideran que el disenso es un supuesto de error obstativo, posición que no compartimos en la medida que, desde nuestro punto de vista, el error obstativo o error en la declaración es un supuesto de divergencia inconsciente entre voluntad interna y voluntad declarada respecto de una sola declaración de voluntad que se presenta cuando un sujeto declara inconscientemente una voluntad distinta de su voluntad real o voluntad interna, figura que como es evidente no guarda vinculación con la falta de consentimiento o disenso, desde el punto de vista que hemos adoptado, en el sentido de estar conformado por las declaraciones de voluntad coincidentes de las partes contratantes. Dicho de otro modo, desde nuestro punto de vista, la posición de la doctrina francesa y un gran sector de la doctrina sudamericana, seguidora de la francesa, según la cual el disenso es un supuesto de error obstativo, no nos parece convincente ni aceptable en la medida que se entienda que el consentimiento es la coincidencia de las voluntades declaradas de las partes contratantes y no así de sus voluntades internas, además que el error en

la declaración está referido a una declaración de voluntad y no a su relación con la de la otra parte contratante.

Por otro lado, la doctrina alemana y un gran sector de la doctrina italiana consideran que el disenso es un supuesto de error sobre la declaración de la otra parte, que da lugar a una falta de coincidencia entre las voluntades declaradas de las partes contratantes. Con esta posición teórica es perfectamente válido distinguir el disenso del error obstativo, pues mientras el segundo es un caso de discrepancia inconsciente entre la voluntad interna y voluntad declarada respecto a la propia declaración de voluntad, en el primer caso la voluntad interna de cada una de las partes contratantes coincide con sus respectivas voluntades declaradas, sólo que dichas voluntades declaradas no son coincidentes entre sí, ya que debido a un error las partes no se han entendido adecuadamente, a pesar de creer haber coincidido. El disenso es pues, como ya lo hemos mencionado con insistencia, un error respecto a la declaración de voluntad de la otra parte, pero no es bajo ningún supuesto un caso de discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada. Por ello es que decimos que no se debe confundir disenso con error obstativo, sino por el contrario deben distinguirse nítidamente ambas figuras. Distinción que sólo se logra, desde nuestro punto de vista, con la posición de la doctrina alemana y un gran sector de la doctrina italiana.

Es por ello precisamente que la doctrina del negocio jurídico no considera al disenso dentro de los cuatro casos de discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada anteriormente mencionados.

Ahora bien, habiendo determinado que de acuerdo al Código Civil peruano el consentimiento, por ende el contrato, está conformado por las declaraciones de voluntad de las partes contratantes y no por sus respectivas voluntades internas, y habiendo establecido nuestro punto de vista sobre el concepto del disenso, distinguible perfectamente del concepto del error obstativo que el Código Civil denomina error en la declaración, debemos determinar el concepto del disenso dentro del Código Civil peruano y su correspondiente sanción legal, esto es, establecer si el disenso en el Código Civil peruano está referido únicamente a la falta de coincidencia entre voluntades declaradas, o si está también referido a la falta de coincidencia entre voluntades internas; y en segundo lugar determinar también si esta figura es una causal de anulabilidad, de nulidad, o de inexistencia del contrato.

Respecto al concepto del disenso dentro del Código Civil peruano, nuestro punto de vista es que el mismo no puede equipararse en modo alguno a la figura del error obstativo, por las razones de orden conceptual que hemos indicado anteriormente con insistencia, pues resulta bastante claro que mientras el

error obstativo está referido a la declaración de voluntad de una parte contratante, esto es, al negocio jurídico bilateral o también unilateral, razón por la cual se ha regulado bajo el título de los vicios de la voluntad, dentro del libro del Acto Jurídico, el disenso es una figura privativa de los contratos, que podría también ser eventualmente de aplicación en forma analógica a los negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales.

En otras palabras, de acuerdo a nuestro Código Civil es bastante claro que no se puede identificar la figura del disenso con la del error obstativo como lo hace la doctrina francesa, por la sencilla razón que el Código Civil peruano, siguiendo al Código Civil italiano, en su artículo 208 contempla la figura del error obstativo o error en la declaración dentro del libro del Acto Jurídico, como un supuesto de discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada; y como es obvio la figura del disenso no es aplicable a todos los negocios jurídicos sino únicamente al contrato y por analogía al negocio jurídico bilateral, lo que determina que dicha figura no pueda estar contemplada o regulada dentro de las normas del acto jurídico, sino dentro de las normas correspondientes a la parte general del contrato.

Cosa distinta hubiera sucedido si el Código Civil peruano no hubiera legislado la figura del acto jurídico sino únicamente la del contrato, al igual que el Código Civil francés y todos los códigos que han seguido su modelo. En este supuesto, hubiera sido más fácil confundir ambas figuras. No obstante lo cual consideramos que, aun cuando no se hubiera legislado sobre el acto jurídico, desde un punto de vista conceptual, siempre hubiera sido perfectamente posible distinguir ambas figuras por las razones antes expuestas.

Por todo ello, en nuestra opinión, teniendo en cuenta principalmente que el Código Civil peruano regula expresamente esta vez la figura del error obstativo, es perfectamente posible distinguir dicha figura del disenso.

No obstante debemos determinar, y ello no es tan claro, si el disenso dentro del Código Civil peruano constituye únicamente un supuesto de discrepancia o no concordancia entre voluntades declaradas, o también entre voluntades internas.

Como es sabido, ninguna norma del Código Civil define el disenso; sin embargo, podemos determinar su concepto y estructura sobre la base del concepto de contrato incorporado en el mismo Código Civil, ya que si el disenso o disenso es lo opuesto al consentimiento, podremos determinar su estructura sobre lo opuesto al concepto del consentimiento dentro del Código Civil peruano.

Como ya hemos analizado en el primer punto del presente capítulo, a nuestro entender el consenti-

miento, por ende el contrato, dentro del Código Civil, está conformado únicamente por las voluntades declaradas coincidentes de las partes contratantes y no por sus respectivas voluntades internas, de forma tal que lo que da lugar al nacimiento de obligaciones no es nunca la llamada voluntad común, sino las voluntades declaradas totalmente coincidentes de las partes contratantes intervinientes en un determinado contrato.

Siendo esto así, es claro también que habrá disenso de acuerdo al Código Civil peruano cuando las declaraciones de voluntad de las partes contratantes no sean coincidentes entre sí.

Evidentemente, habrá disenso manifiesto cuando las partes contratantes sean conscientes de que sus declaraciones de voluntad no son coincidentes entre sí; y habrá disenso oculto cuando las partes han creído que sus declaraciones de voluntad coincidían, cuando realmente no eran coincidentes entre sí, disenso oculto que se produce por un error sobre la declaración de voluntad de la otra parte.

De acuerdo al Código Civil peruano, a pesar de la coincidencia de las voluntades declaradas no hay coincidencia de voluntades internas. Supongamos por ejemplo que una de las partes tiene como voluntad interna vender la casa X y declara efectivamente vender la casa X, mientras que la otra parte, el comprador, tiene la voluntad interna de comprar la casa Y y por error obstativo sobre la identidad del objeto declara comprar la casa X. En ese supuesto, desde nuestro punto de vista habría consentimiento de las partes contratantes por cuanto las declaraciones de voluntad son coincidentes entre sí al estar referidas a la casa X. Sin embargo, a pesar de haber consentimiento, el contrato sería anulable por error obstativo del comprador, ya que en forma inconsciente ha declarado una voluntad distinta a su verdadera voluntad interna. En otras palabras, en nuestro concepto cuando las voluntades internas de las partes contratantes no sean coincidentes entre sí, no puede hablarse de disenso, sino únicamente de error obstativo, sancionándose por ello mismo el contrato no con nulidad, sino con la anulabilidad, por el hecho de haber asimilado el Código Civil el error obstativo a la figura del error dirimente. Cuestión distinta es que estemos de acuerdo o no con la sanción impuesta por el Código Civil al error obstativo. Sin embargo, lo real y cierto es que el error obstativo en el sistema jurídico nacional es causal de anulabilidad por expresa disposición del artículo 208, concordado con el artículo 201.

En conclusión, a nuestro entender el disenso se produce únicamente cuando las declaraciones de voluntad de las partes contratantes no son coincidentes entre sí, ya que en los casos en que las voluntades internas no sean coincidentes ello será consecuencia no

del disenso sino del error obstativo o error en la declaración. Y el error obstativo dentro del Código Civil peruano es causal de anulabilidad, no de nulidad.

En lo que respecta a la sanción legal que corresponde al disenso dentro del Código Civil peruano resulta obvio que no es la anulabilidad, por cuanto la figura del disenso no es asimilable a la del error obstativo según se ha indicado anteriormente.

Resta determinar si dicha sanción debe ser la nulidad o la inexistencia del contrato. Para ello debemos determinar, en primer término, si el Código Civil peruano reconoce la inexistencia como una de las causales de ineficacia del acto jurídico.

Como es sabido, la doctrina del negocio jurídico establece que el mismo puede verse privado de efectos jurídicos, por una causal coetánea a la formación del mismo negocio jurídico o por una causal sobreviniente.

En el primer caso, estamos hablando de la ineficacia estructural, llamada también invalidez, mientras que en el segundo de la ineficacia funcional, de la cual son supuestos la resolución, la rescisión, la revocación, la caducidad, la inoponibilidad, entre otros.

A su vez, la invalidez puede ser de dos clases: nulidad y anulabilidad; en ambos casos el negocio jurídico se ve privado de efectos jurídicos por una causal existente al momento de la celebración del negocio. Sin embargo, en la nulidad la ineficacia es consecuencia de la carencia de algún elemento o requisito del negocio, o cuando el contenido del mismo contraviene normas imperativas o inspiradas en el orden público o en las buenas costumbres, mientras que la anulabilidad supone que el negocio está afectado de algún vicio en su estructura, como son el dolo, la violencia, el error, etc.

Habiendo descartado la anulabilidad como sanción legal que corresponde al disenso, resulta bastante claro que la aplicable es la nulidad, porque en los casos de disenso falta el consentimiento de las partes contratantes, que es el elemento fundamental del contrato, y como ya lo hemos indicado anteriormente los casos de nulidad suponen, entre otros, la ausencia de un elemento del negocio jurídico, en este caso la ausencia del consentimiento como elemento del contrato.

Siendo esto así, resulta evidente que el contrato en el cual falte el consentimiento de las partes contratantes por existir disenso será nulo *ipso jure*; además de ello debe tenerse en cuenta que el contrato nulo por disenso no producirá ninguno de los efectos jurídicos que en abstracto debía producir ni respecto de las partes contratantes ni respecto de los terceros.

Habiendo determinado que la sanción correspondiente es la nulidad y no la anulabilidad, debemos precisar también si es correcto establecer que el disenso puede ser considerado como una causal de inexistencia

del contrato. Para ello es necesario determinar si la inexistencia existe dentro del Código Civil peruano.

Como es sabido, la categoría de la inexistencia fue creación de la doctrina francesa, que no ha aceptado nunca la nulidad de los contratos sin norma legal expresa, de forma tal que para ellos cualquier contrato que carezca de algunos de sus elementos esenciales y no esté sancionada expresamente su nulidad por dicha razón, no será sino inexistente. Modernamente, este concepto se ha cuestionado enormemente, por cuanto la doctrina del negocio jurídico acepta sin discusión alguna que hay dos tipos de nulidad: las expresas que son aquellas que vienen expresamente establecidas por alguna norma jurídica, llamadas también nulidades textuales y las tácitas o virtuales, que son aquellas que se producen cuando el negocio jurídico contraviene una norma imperativa, por ejemplo, el matrimonio celebrado entre dos personas del mismo sexo es nulo por nulidad virtual, por contravenir el artículo 234° del Código Civil, que señala en forma bastante clara que el matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella. De acuerdo a la doctrina francesa por el contrario el matrimonio por dos personas del mismo sexo no puede ser nulo sino inexistente, pues consideran que no hay nulidad sin texto, esto es, que no hay nulidades virtuales.

El Código Civil peruano de 1984, al igual que el Código de 1936 no ha contemplado la figura de la inexistencia, razón por la cual el artículo 219 considera como causales de nulidad supuestos en los cuales el acto jurídico carece de algún elemento o componente de su estructura.

En tal sentido, no puede señalarse bajo ningún punto de vista que el disenso sea una causal de inexistencia dentro del Código Civil peruano, tratándose únicamente de una causal de nulidad del contrato.

Sin embargo, resta establecer si el disenso es una causal de nulidad textual o una causal de nulidad virtual. Evidentemente, el disenso no está incluido dentro de las causales de nulidad del acto jurídico consideradas expresamente dentro del artículo 219 del Código Civil, por la sencilla razón que el disenso es una causal de nulidad privativa de los contratos, aplicable en todo caso por analogía al negocio jurídico bilateral o plurilateral sin contenido patrimonial, pero de ninguna manera aplicable al negocio jurídico unilateral, con o sin contenido patrimonial; y como es evidente las causales de nulidad del acto jurídico, entre las cuales no está el disenso, tienen que ser aplicables a todos los actos jurídicos, sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales.

En este sentido, debe quedar claramente establecido que el disenso no está considerado dentro de ninguno de los supuestos del artículo 219 del Código Civil aplicables al acto jurídico.

¿Existe alguna norma del Código Civil peruano que establezca expresamente que la falta de coincidencia de las voluntades declaradas da lugar a la nulidad del contrato?

La norma que más se acerca a este significado la constituye el artículo 1359 antes estudiado, que determina que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria. No obstante lo cual, en nuestro concepto, esta norma no establece que será nulo el contrato en el que las partes no hayan coincidido en sus declaraciones de voluntad, por cuanto lo que el artículo 1359 señala es que para que exista contrato las declaraciones de voluntad de las partes contratantes deben ser completamente coincidentes, aunque la discrepancia sea secundaria.



Evidentemente, podría también servirnos como norma para obtener la nulidad del contrato por disenso el artículo 1376, también examinado anteriormente que señala que la aceptación oportuna que no sea conforme a la oferta equivale a una contraoferta, ya que interpretando *a fortiori* dicha norma podría señalarse que si la aceptación oportuna que no es conforme a la oferta equivale a una contraoferta, no dando lugar al consentimiento, con mayor razón no habrá contrato cuando la oferta oportuna sea completamente distinta a la aceptación, aun cuando las partes crean por error haber coincidido.

Sin embargo, estas dos interpretaciones de estos dos artículos de la parte general del contrato, a nuestro entender, no son del todo convincentes, ya que

en ninguno de los dos casos se sanciona expresamente con nulidad el contrato en el cual no haya consentimiento por no haber coincidencia entre las declaraciones de voluntad de las partes contratantes.

A nuestro entender, el disenso puede sancionarse como causal de nulidad del contrato, bajo la modalidad de una nulidad virtual, por contravención del artículo 1351 del Código Civil, ya que si dicho artículo señala en forma expresa que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, es evidente que será nulo el contrato en el cual no se haya producido ese acuerdo por contravenir abiertamente el artículo 1351 del Código Civil, que es a nuestro entender una norma de carácter imperativo, pues en materia contractual sólo da lugar al nacimiento de relaciones jurídicas patrimoniales el acuerdo, esto es, las voluntades declaradas coincidentes de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

En conclusión, a nuestro entender, el disenso es una causal de nulidad del contrato configurado bajo la modalidad de nulidad virtual sobre la base del artículo 1351 del Código Civil. Nulidad virtual que se encuentra consagrada en el inciso octavo del artículo 219 del Código Civil peruano en concordancia con el artículo V del Título Preliminar del mismo código.

Imaginemos por un momento que siguiendo a la doctrina francesa, identifiquemos el disenso con el error obstativo. De ser así, la sanción al disenso sería dentro del Código Civil peruano la anulabilidad y no la nulidad, por la sencilla razón que el Código Civil peruano ha asimilado el error obstativo al error dirimente, sancionando ambas figuras con la anulabilidad del acto jurídico. Ello no sólo sería contraproducente sino también completamente incorrecto, por cuanto en los casos de disenso no existe el consentimiento de las partes contratantes, no pudiendo dar en consecuencia dicho contrato nulo lugar a la producción de ningún efecto jurídico.

### **3. LA CAPACIDAD NATURAL COMO REQUISITO DE VALIDEZ DEL CONTRATO.**

Pues bien, habiendo examinado a profundidad el concepto del consentimiento y del disenso en materia contractual dentro del Código Civil, corresponde ahora examinar si la capacidad natural es un requisito de validez del contrato y por ende si la incapacidad natural es un supuesto de nulidad contractual.

Luego del análisis que hemos efectuado en los puntos anteriores sobre el consentimiento, podemos señalar que el concepto del mismo está referido a la coincidencia de las declaraciones de voluntad de las

partes contratantes, es decir, a la coincidencia de las voluntades declaradas y no así de las voluntades internas. Sin embargo, como es evidente, el concepto mismo de consentimiento presupone el de la capacidad natural, en la medida que se trata de la coincidencia de dos declaraciones de voluntad, debiendo estar cada una de dichas declaraciones perfectamente formadas. Y ello sólo es posible en la medida en que cada una de las partes contratantes haya manifestado conscientemente su voluntad, pues si resulta que existe coincidencia en las voluntades declaradas, pero la voluntad declarada de una de las partes es producto de la pérdida de discernimiento de dicha parte producto de una causa pasajera, no existirá verdadera declaración de voluntad, sino únicamente en apariencia, en la medida que no habrá existido una voluntad de declarar de la parte afectada al no existir la voluntad del acto externo respecto de dicha parte contratante.

En otras palabras, la capacidad natural, o lo que es lo mismo, actuar con discernimiento, es un requisito de validez del contrato previo a la formación del consentimiento, en la medida que el mismo es producto de la coincidencia de dos declaraciones de voluntad: la oferta y la aceptación. Si resulta que una de las declaraciones de voluntad contractuales es producto o consecuencia de la incapacidad natural de una de las partes, aun cuando fueran coincidentes las declaraciones de voluntad no habrá efectivo consentimiento, pero no como consecuencia de la existencia de un disenso entre las partes, sino por la incapacidad natural de una sola de las mismas.

De esta manera, resulta claro que la capacidad natural no sólo es un requisito de validez del contrato, como de todo acto jurídico, sino que es un requisito ajeno y previo a la existencia del consentimiento. Más bien, la capacidad natural es uno de los presupuestos del contrato necesario para la existencia del consentimiento.

Pues bien, sabiendo ya que la capacidad natural es un requisito del contrato, distinto a la capacidad legal y al mismo consentimiento, pero base de su formación y existencia, corresponde ahora determinar si en los supuestos de incapacidad natural estaremos frente a un supuesto de disenso. Es decir, debemos ahora preguntarnos si la incapacidad natural tiene existencia independiente en materia contractual o si se trata de un caso más de disenso por no existir efectivamente coincidencia de voluntades de las partes contratantes.

El problema se presenta, nuevamente, dependiendo de cuál sea nuestra posición respecto del disenso. La explicación es la siguiente:

a) Si decimos que el disenso es consecuencia de la no coincidencia de las voluntades internas de las partes contratantes, no habrá duda alguna que la incapacidad

natural se confundirá con el disenso, o en otros términos, que los casos de incapacidad natural se confunden con los casos de disenso, por cuanto es evidente que si en un aparente contrato existe coincidencia de voluntades declaradas, siendo una producto de una aparente declaración de voluntad por haberla emitido el sujeto privado de discernimiento por una causa pasajera, en vez de causal de nulidad por incapacidad natural sería suficiente con sancionar la nulidad por disenso al existir discrepancia entre las voluntades internas de las partes contratantes, por no existir voluntad interna de una de las partes al no existir declaración de voluntad por falta de la voluntad de declarar de una de ellas.

Dicho de otro modo, en vez de construir e invocar la incapacidad natural, bastaría con invocar y alegar la falta de consentimiento, al no existir declaración de voluntad de una de las supuestas partes contratantes.

b) Por el contrario, si partimos de la premisa que el consentimiento es únicamente consecuencia de la coincidencia de las voluntades declaradas, podremos distinguir los casos de disenso de los casos en los cuales no exista consentimiento, no por no existir coincidencia entre las voluntades declaradas, sino por no existir una de las declaraciones de voluntad contractuales al no haber sido emitida ninguna voluntad justamente por encontrarse el sujeto privado de discernimiento por una causa pasajera.

En efecto, esta segunda solución nos permitiría distinguir adecuadamente los supuestos de disenso, en los cuales las dos declaraciones de voluntad de las partes contratantes existan perfectamente, no siendo sin embargo coincidentes entre sí, de los casos en los cuales, aun cuando exista una coincidencia externa, no exista verdadero consentimiento, justamente por no existir, sino en apariencia, una de las declaraciones de voluntad que forman el consentimiento.

Pues bien, desde nuestro punto de vista, esta segunda solución es la correcta, en la medida que optamos por una solución adecuada respecto del disenso como falta de coincidencia entre las voluntades declaradas de las partes contratantes, pues si optamos por entender el disenso como falta de coincidencia entre las voluntades internas, nos sería imposible distinguir el disenso de los supuestos de incapacidad natural.

Como ya lo hemos explicado en los dos puntos anteriores, desde nuestro punto de vista, el consentimiento es consecuencia de la coincidencia de las voluntades declaradas de las partes contratantes; y el disenso, es decir, la falta de consentimiento, es producto de la no coincidencia de dichas voluntades declaradas, siendo desde nuestra óptica ajenas al concepto de consentimiento

o no la coincidencia o no de las voluntades internas de las partes contratantes.

Siendo ello así, no existirá duda alguna en que en los casos en que una de las supuestas partes contratantes haya declarado su aparente voluntad privada de discernimiento por una causa pasajera, no habrá disenso, sino que no existirá contrato y por ende tampoco consentimiento, no por disenso, sino por incapacidad natural.

Esto significa, en consecuencia, que la nulidad de un contrato puede ser producto del disenso cuando existan las dos declaraciones de voluntad contractuales no coincidentes entre sí o cuando no exista una de dichas declaraciones de voluntad contractuales precisamente por no existir discernimiento. Dicho de otro modo, una cosa es la falta de consentimiento por disenso y otra distinta la falta de consentimiento por incapacidad natural de una de las partes contratantes. En los casos de disenso, la ausencia de consentimiento es consecuencia de la no coincidencia de voluntades declaradas y en los casos de incapacidad natural la ausencia de consentimiento será producto de no haberse perfeccionado una de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes por no existir voluntad de declarar.

La sanción del disenso es, como ya se ha expuesto, fruto de una nulidad virtual referida al artículo 1351 concordado con el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil y el artículo V del Título Preliminar, mientras que la sanción de la incapacidad natural es consecuencia de la nulidad expresamente señalada en el primer inciso del artículo 219 del Código Civil por nulidad ante ausencia de manifestación de voluntad de una de las supuestas partes contratantes.

#### 4. CONCLUSIÓN.

La incapacidad natural en materia contractual es un supuesto de nulidad completamente distinto al del disenso. Cuando hay disenso existen las dos declaraciones de voluntad contractuales, perfectamente formadas, sólo que no existe coincidencia entre las mismas por ser discrepantes sus voluntades declaradas y por ende no existe consentimiento, siendo nulo el contrato; y en los casos de incapacidad natural, no existe consentimiento y por ende es también nulo el contrato, pero por no existir una de las declaraciones de voluntad contractuales al ser la misma consecuencia de una pérdida de discernimiento por una causa pasajera.

La capacidad natural es, pues, un presupuesto del consentimiento y por ende un requisito de validez del contrato distinto al consentimiento. 𐆆