

La celebración del Contrato por Medio de Subasta

Hugo Forno Flórez

Abogado, Profesor auxiliar de la PUC

Un interesante y discutido procedimiento de formación del contrato es el que tiene lugar a través del mecanismo de la subasta o remate. Este procedimiento guarda estrecha relación con la oferta al público respecto de la cual nuestro código ha adoptado una posición muy conservadora, y acaso esa misma posición ha ejercido evidente influencia en la configuración de la estructura de la subasta en el Código Civil, según tendremos ocasión de explicar más adelante.

Normalmente en la subasta el subastador propone públicamente la celebración de determinado contrato de acuerdo a un pliego de condiciones (que suele denominarse convocatoria, edicto o proclama) entre las cuales se establece un precio mínimo por debajo del cual no se aceptan posturas, así como la indicación que el contrato se formará con el autor de la postura más favorable¹. Es evidente que si mediante la subasta no se intenta vender sino comprar, el precio base establece el límite por sobre el cual no se admiten posturas.

La convocatoria puede dirigirse a personas determinadas, en cuyo caso se trata de una declaración recepticia; pero siempre serán varios los destinatarios porque se pretende provocar entre múltiples interesados una competencia que permita celebrar el contrato en las mejores condiciones posibles. Por ello es mucho más frecuente que la convocatoria se haga al público en general en cuyo caso la declaración es no recepticia.

Es particularmente importante adelantar que las subastas o remates judiciales (y también las administrativas), en la medida en que tengan carácter forzoso no son contratos, aún cuando la apariencia exterior

de las mismas sea idéntica o similar a la subasta voluntaria.

El carácter forzoso de los remates judiciales o administrativos suprime la libertad de contratar que es pilar de la contratación privada y determina la inexistencia de un verdadero contrato. Se trata entonces de un acto cuya estructura externa es similar a la de un contrato y acaso produce también similares efectos pero no es un contrato². Esta conclusión que permite distinguir dos fuentes distintas de la relación jurídica, una contractual y otra heterónoma, no es extraña al código. El Art. 1366 CC. distingue al contrato de la subasta pública entendiéndolo por tal, lógicamente, a la subasta forzosa.

El mayor problema que plantea a la doctrina el tema de la subasta es el relativo a la configuración de su estructura, debido a que el proceso formativo de la subasta implica la emisión de, por lo menos, tres tipos de declaraciones de voluntad, a saber: a) La convocatoria o anuncio de la subasta que es una declaración que por lo general se hace al público y en la que, como se ha dicho líneas arriba, se establece el llamado precio base y demás condiciones que regirán la subasta; b) La o las posturas que son las declaraciones que formulan los interesados que concurren a la subasta; y c) La adjudicación de la buena pro al autor de la postura más favorable.

La dificultad consiste en tratar de encuadrar la estructura de la subasta dentro de los esquemas tradicionales de la formación del contrato, es decir, de la oferta y de la aceptación. Esto ha llevado a algún autor a sostener la imposibilidad de asimilar ambos procedimientos y a concluir que el mecanismo de la subasta constituye un medio autónomo de contratación³.

1. De la Puente, Manuel. **Estudios sobre el Contrato Privado**. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1983

2. De la Puente, Manuel. Op. cit., T. I. Pág. 66 y sgts.

3. Díez-Picazo, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. Editorial Tecnos, Madrid, T. I. Pág. 204. Sin embargo, por la forma en que este autor explica la subasta podría encuadrarse dentro de una de las corrientes que asimilan la estructura de la subasta al esquema tradicional de formación del contrato constitucional por la oferta y la aceptación.

Quienes admiten la asimilación de la subasta al esquema de oferta y aceptación (en este sentido se pronuncia casi unánimemente la doctrina) han elaborado fórmulas que puedan clasificarse en tres corrientes de opinión. La primera fue admitida por el código de Alemania Federal (BGB) en su parágrafo 156⁴ y ha sido patrocinada entre nosotros por Manuel de la Puente⁵ con argumentos tan sólidos que han servido de sustento para incorporarla como solución legislativa en nuestro código (art. 1389). Según esta corriente la publicación de la subasta tiene naturaleza de una invitación a ofrecer, de manera que las posturas de quienes acceden a la invitación son las ofertas y la adjudicación que se otorga al autor de la postura más favorable constituye la aceptación que cierra el ciclo de formación del contrato.

La segunda corriente de opinión se presenta como netamente contrapuesta a la que se acaba de exponer. Fue defendida por algunos juristas clásicos⁶ pero más recientemente ha sido revitalizada por modernos y autorizados autores⁷. Según esta tesis el anuncio de la subasta (convocatoria) es una verdadera y propia oferta (al público); la postura de cada interesado constituye la aceptación capaz de formar el contrato en la medida en que no sobrevenga oportunamente una postura (aceptación) más favorable para el proponente (subastador).

Finalmente la tercera corriente que pertenece a Messineo⁸ puede calificarse como una posición híbrida que se amolda a veces a la primera corriente y a veces a la segunda. Según esta tesis la publicación de la subasta es una verdadera oferta (al público) siempre que exista un solo postor (aceptante) cuya postura no varíe los términos de la propuesta de modo que se adjudique la buena pro por el precio base. En esta hipótesis la postura constituye la aceptación, con lo cual se adopta la segunda corriente. Pero si se producen sucesivas posturas que superan el precio base, entonces la publicación de la subasta se transforma en una invitación a ofrecer, las posturas

en ofertas y la adjudicación en aceptación. Se adopta en este segundo supuesto la tesis perteneciente a la primera corriente.

Haciendo un análisis de las tesis expuestas, en primer término pensamos que debe descartarse la tercera corriente. Según se ha tenido la ocasión de exponer, dicha tesis acepta en principio la segunda corriente con lo cual admite que la publicación de la subasta es una oferta y la postura la aceptación toda vez que se trate de un sólo postor cuya postura se haga por el precio base establecido en la convocatoria.

Se afirma que el aspecto peculiar y más significativo de la figura consiste en que la subasta está orientada a provocar entre los interesados una competencia (puja) cuyo vencedor se determinará en función de quien haga la mejor postura y por ello los elementos del contrato, que están fijados en la convocatoria, son susceptibles de modificarse. Si esto ocurre y se suceden varias posturas, éstas vienen a ser contraofertas porque modifican los términos de la oferta original (convocatoria) y luego la adjudicación de la buena pro al mejor postor viene a ser la aceptación. Según Messineo, estas sucesivas posturas determinan además que la convocatoria deje de tener su original naturaleza de oferta para convertirse en una invitación a ofrecer⁹.

En primer lugar puede replicarse que una oferta no queda transformada en una invitación a ofrecer por el hecho de que su destinatario emita una contraoferta; o sea una nueva oferta, ya que esto es un aspecto extrínseco a la oferta original que en nada altera su sustancia. La calificación de una declaración como oferta depende de si cuenta con los requisitos necesarios para adquirir esa naturaleza¹⁰.

Sin embargo, el aspecto más criticable de esta teoría, que es el que nos obliga a desecharla, consiste en considerar erróneamente que las posturas son contraofertas cuando superan el precio base.

4. El parágrafo 156 del BGB establece que "En una subasta el contrato sólo se perfecciona por la adjudicación".
5. Op. cit., pág. 211. Esta tesis también la suscribe Barassi, Ludovico. **La teoría Generale Delle Obligazioni**. Giuffré. Milano, 1964, Vol. II, pág. 73.
6. Entre ellos sólo hemos leído directamente a Giorgi, Jorge. **Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno**. 1910, Vol. II, pág. 205, quien sin embargo manifiesta ciertas dudas.
7. Ver: Mirabelli, Giuseppe. en **Commentario del Codice Civile, Dei Contratti in Generale**. UTET. Torino, 1980, pág. 108, nota 11, Osti, Giuseppe. **Scritti Giuridici**. Giuffré. Milano, 1983. T. II, pág. 841. Barbero, **Sistema del Derecho Privado**. EJE. Buenos Aires, 1967, T. I, pág. 473. Bianca, Massimo. **Diritto Civile**. Giuffré. Milano, 1984. T. III, II Contratto, pág. 254 y sgts. Scognamiglio, Renato, en **Commentario del Codice Civile**, a cura de Scialoja y Branca, **Del Contratti in Generale**. Zanichelli, Bologna, 1970, pág. 198-199. Albaladejo, Manuel. **Derecho Civil**. Bosch. Barcelona T. II, Vol. I, pág. 393, nota 2.
8. Originalmente Messineo era partidario de la primera corriente que se ha expuesto, así se observa en **Doctrina General del Contrato**. EJE. Buenos Aires, 1952. T. I., pág. 320-321. Esta es una obra traducida de la obra "**Doctrina Generale del Contratto**", que fue escrita por el autor en 1947 y reeditada posteriormente. Mucho tiempo después, el autor reformula su posición y la plasma en otras obras como en la **Enciclopedia del Diritto**; Ver esta posición especialmente en el **Tratatto di Diritto Civile e Commerciale**, diretto de Cicu e Messineo. Giuffré, 1973. Vol. XXI, T. I., pág. 324.
9. Messineo, F. II Contratto ... cit., T. I., pág. 324.
10. Scognamiglio, R. Op. cit. pág. 198.

Si la razón de considerar contraofertas a las sucesivas posturas es que éstas modifican el contenido original de la oferta constituida por la convocatoria y por ello ésta se convierte en invitación a ofrecer, el argumento pierde toda su fuerza si puede demostrarse que la oferta original no es modificada por las sucesivas posturas. A este respecto se ha explicado, que contrariamente a cuanto sostiene esta corriente, tal modificación en realidad no se produce pues la convocatoria -y la propia razón de ser de la subasta- determina que el contrato ha de celebrarse con el autor de la mejor postura. De ello se sigue que el precio indicado en la convocatoria es sólo una referencia, un precio límite por debajo (o sobre) del cual no se aceptan posturas (que por otro lado son las que dan sentido a la subasta); aquellas que superan el precio base no implican ciertamente una modificación en la oferta¹¹ sino que están plenamente conformes con ella. Poner un precio base en la convocatoria significa declarar, querer por lo menos ese precio o uno mejor.

La primera corriente también puede someterse a serias críticas. El principal argumento en que ella reposa consiste en que la adjudicación es una manifestación de voluntad, pues mediante ella el subastador pone en conocimiento de los postores que la última postura es la que vale, de tal manera que la postura del postor no puede constituir la aceptación del contrato desde que requiere un nuevo pronunciamiento del subastador (ja adjudicación), o sea del hipotéticamente negado oferente. La adjudicación consiste en la aceptación de la postura más favorable¹². En el fondo lo que se sostiene es que como en la subasta la adjudicación es la última declaración que se emite y la aceptación es igualmente la última declaración en la formación del contrato, la adjudicación tiene que ser la aceptación.

El argumento posee -no puede negarse- una lógica evidente. Nosotros admitimos que la adjudicación es siempre una manifestación de voluntad y que mediante ella se pone en conocimiento de los postores que la última postura es la que vale. Pero de aquí no puede concluirse que por ello la adjudicación es la aceptación. El proponente realiza en efecto una nueva manifestación de voluntad pero no formula una aceptación sino que se limita a comprobar cual ha sido la postura más favorable, o sea, declara que no se ha producido otra en mejores condiciones, y que por consiguiente el contrato se ha perfeccionado con el autor de tal aceptación¹³.

Nada impide que en cualquier proceso de contratación normal, quien asumió el rol de proponente emi-

ta una declaración después que la aceptación haya dado origen al contrato. Así, por ejemplo, el vendedor que acaba de conocer la aceptación del destinatario de su oferta (el comprador) le remite una comunicación informándole que ha tomado conocimiento de la aceptación y que, por lo tanto, el contrato se ha perfeccionado. Nadie podría sostener que esta ulterior declaración de quien fue proponente ha transformado las declaraciones previas de modo que la aceptación se convierte en propuesta y aquella última declaración del proponente en aceptación.

Lo cierto es que la sucesiva declaración de quien fue proponente no modifica la estructura del contrato, que quedó formado tan pronto como el oferente tomó conocimiento de la aceptación del destinatario. Podría sostenerse ciertamente, que la última declaración de quien fue oferente en el ejemplo propuesto es una declaración que no tiene relevancia jurídica y que podría haberse omitido sin alterar la formación del contrato, cosa que no ocurre con la declaración de adjudicación en la subasta. Pero si bien es cierto que la declaración de adjudicación tiene indudable relevancia jurídica (como la tendría en nuestro ejemplo la última declaración del oferente si hubiese sido pactada en un contrato preliminar), no puede de ello deducirse que tiene naturaleza de aceptación. Un segundo ejemplo lo suministra nuestro propio código en el segundo párrafo del art. 1376. En este caso, cuando un oferente recibe una aceptación tardía (o no conforme a la oferta) puede no obstante considerarla como aceptación eficaz con tal que avise sin demora al aceptante. Este aviso a cargo del oferente es también una declaración contractual, y es además absolutamente relevante y necesario para la formación del contrato, pero no es una aceptación. Las declaraciones contractuales deben juzgarse por su estructura y función y aunque debe admitirse que el supuesto del segundo párrafo del art. 1376 es excepcional no puede dejar de reconocerse que nos permite apreciar una hipótesis en la cual el oferente tiene que emitir una nueva declaración para que pueda formarse el contrato sin que por ello el declarante deje de ser oferente y sin que esa declaración sea una aceptación. Igual ocurre con la declaración de adjudicación, que a pesar de ser la última declaración en el esquema de la subasta, no es sin embargo la aceptación ya que tiene un contenido y cumple una función diferente, pero es siempre necesaria dentro del sistema de la subasta.

Puede finalmente agregarse otra objeción que es, en nuestra opinión definitiva. La aceptación de un contrato implica el ejercicio de la autonomía privada, o sea, de un poder atribuido a un sujeto, y como tal,

11. Scognamiglio, Renato. Op. cit. pág. 198. Mirabelli, Guiseppe. Op. cit. pág. 108 nota 11.

12. De la Puente, Manuel. Op. cit. T. I., pág. 211.

13. Scognamiglio, Renato. *Comentario ... cit.*, pág. 198. Cossio, Alfonso de. *Instituciones de Derecho Civil*. Alianza Universidad Textos. Madrid, 1977. T. I., pág. 259.

ese poder tiene siempre una doble manifestación; una manifestación positiva que se ejerce precisamente aceptando la oferta y una segunda manifestación, también directamente derivada de ese poder, que es una manifestación negativa, o sea, la otra cara de la misma medalla y que se ejerce a través del rechazo de la oferta, esto es, la renuncia al poder de aceptación¹⁴. Siendo dos caras de la misma medalla se aprecia que cuando no es posible la aceptación es absurdo pensar en una declaración de rechazo, de la misma manera en que es un acto inútil la aceptación cuando no es posible el rechazo¹⁵. El reconocimiento legislativo de la manifestación negativa de este poder de aceptación (a través del rechazo) se tiene en los arts. 1381 y 1758 CC. Pero el subastador no tiene la posibilidad de rechazar las posturas válidas, pues debe imperativamente adjudicar la buena pro al autor de la mejor postura válida, lo cual determina que la adjudicación no sea realmente la aceptación. Por estas razones nosotros nos inclinamos a pensar que la adjudicación no constituye la aceptación.

Resta por analizar tan sólo la segunda corriente según la cual la convocatoria a la subasta sería una oferta al público, la postura más favorable la aceptación que forma el contrato y que se verifica mediante la adjudicación de la buena pro, que sirve además para determinar el límite después de cualquier otra aceptación es extemporánea.

En primer lugar debe aclararse que la convocatoria es una oferta (al público) siempre que reúna los requisitos propios de toda oferta, o sea, que sea autosuficiente en el sentido que exprese todos los elementos del contrato que se propone, o al menos, la forma de determinarlos; y que se emita con una seria intención de contratar por parte del subastador.

Es cierto que como indica Messineo, la convocatoria sólo contiene un precio base y tiende a suscitar posturas que mejores ese precio base e incluso, a veces, algunos otros aspectos del contrato. Pero eso no significa que la oferta no sea autosuficiente o que al mejorar el precio base esté modificando la oferta. La autosuficiencia no exige que en la oferta deban agotarse todos los puntos sobre los que recaerá el consentimiento de las partes sino que la oferta debe ser suficiente para que integrada con la aceptación y sin necesidad de un nuevo pronunciamiento del oferente, haya acuerdo en todos los aspectos del contrato.

Por eso no existe ningún inconveniente para que el oferente remita a la determinación del destinatario

(aceptante) ciertos aspectos del programa contractual. Ahora bien, si se trata de elementos esenciales debe indicarse dentro de qué límites puede desenvolverse la determinación del destinatario de manera que el oferente está aceptando por anticipado la determinación que haga el destinatario dentro de los parámetros fijados.

Esto es precisamente lo que ocurre en el caso de la subasta, en la que el oferente (subastador) fija en la convocatoria un precio base que es el precio mínimo e indica a los destinatarios que ellos fijen el precio a partir de esa base de modo que el licitador admite de antemano el precio que se fije sobre la base indicada. Es por eso que si se mejora el precio base no puede en ningún caso considerarse que se modifica la oferta y como en la medida en que la postura no sea inferior al precio base (límite impuesto por el subastador), no se requiere una aceptación porque ya fue otorgada en la convocatoria, tampoco puede en este caso afirmarse que la convocatoria (oferta) no es autosuficiente.

Es evidente que si el subastador se reserva en la convocatoria el derecho a elegir entre los postores o a rechazar cualquier postura, entonces deberá entenderse que no está haciendo una oferta, pero este no es el caso usual.

Ahora bien, ¿cómo puede explicarse que se sucedan en el tiempo varias aceptaciones y qué suerte van corriendo las anteriores respecto a las sucesivas? La respuesta menos satisfactoria es la que cree ver en cada aceptación la formación de un contrato suspensivo o resolutoriamente¹⁶ condicionado al advenimiento de una declaración de aceptación más favorable. Esta explicación no ha merecido mayor acogida en la doctrina¹⁷.

Los más conspicuos partidarios de la corriente que ahora analizamos enseñan que en la subasta, la oferta (convocatoria) establece que el contrato quedará concluido con quien realice la postura más favorable y en consecuencia la eficacia de cada aceptación (postura) sólo se produce si dentro del plazo de la subasta no es mejorada por otra¹⁸.

Como ya se ha anticipado, la declaración de adjudicación cumple en la subasta dos funciones de relevancia que, sin embargo, no la convierten en aceptación. Tiene por objeto fijar el término después del cual ya no se admiten aceptaciones de modo que las que se realicen luego de la adjudicación son extemporáneas. O sea que la adjudicación marca el

14. Ferri, Luigi. **Lezioni sul Contratto**. Zanichelli, Bologna, 1987, pág. 94.

15. Ferri, Luigi. Op. cit. pág. 96.

16. Pacchioni, Giovanni. **Diritto Civile Italiano**. CEDAM. Padova, 1939. Parte Seconda, Vol II, pág. 119.

17. Scognamiglio, Renato. Commentario ... cit. pág. 199.

18. Mirabelli, Giuseppe. Op. cit. nota 11, pág. 108. Scognamiglio, Renato. Commentario ... cit., pág. 198.

límite de tiempo para poder formular las posturas (aceptaciones). La segunda consiste en comprobar cual ha sido hasta ese momento la mejor postura declarando que el contrato se ha formado con el autor de la misma.

No podemos compartir entonces la solución adoptada por el código en relación a la subasta que como se ha dejado establecido líneas arriba, admite la tesis de la primera corriente de opinión incorporándola en el art. 1389.

Sin embargo, es curioso que en la exposición de motivos elaborada por el autor del artículo¹⁹ se indique como concordancia de aquel precepto el art. 689 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles que regula precisamente la subasta o remate judicial. Dejando a salvo que, como hemos dicho, el remate judicial no es un contrato, es interesante anotar que el remate judicial adopta en la ley procesal la estructura sustentada por la segunda corriente que nosotros hemos compartido y no la que ha sido acogida por el código. Esto es indiscutible por lo menos en el caso de remate de inmuebles, naves, alhajas y valores al portador porque el inciso 4 del art. 702 de ese código indica con claridad que "En el día y hora designados para la venta, se comienza por la lectura de la relación de bienes y condiciones de la subasta; se publican las posturas que sucesivamente se hagan; y terminará el acto por lo menos una hora después de abierto, cuando agotada la competencia en las pujas quede de manifiesto la mejor postura". Como puede apreciarse, el procedimiento de subasta concluye en este caso cuando se produce la postura más favorable y no con la adjudicación.

Es discutible más bien el caso del remate al martillo del que se ocupa el art. 706 del mismo código, cuyo inciso 5º hace referencia a las "ofertas admisibles" y agrega que se "adjudicará la cosa al mejor postor". Sin embargo, creemos que el término oferta no está usado aquí en su sentido técnico de propuesta de contrato y la adjudicación cumple el rol que hemos explicado al exponer la segunda corriente en torno a la estructura de la subasta.

Pero aún asumiendo como hipótesis (negada) que la tesis recogida en nuestro código civil fuera la más apropiada, tampoco podríamos avalar el tenor con que se ha redactado el artículo 1389. Según él, la convocatoria es una invitación a ofrecer, las posturas son las ofertas y la adjudicación es la aceptación. Existe un error que se encuentra en el segundo párrafo según el cual "La obligatoriedad de cada postura cesa desde que se formula otra mejor". Como es sabido, la obligatoriedad de una oferta (que viene a

ser la postura en la tesis adoptada por el código) sólo significa que ésta es irrevocable, es decir, que su autor no puede dejarla sin efecto. Sin embargo, cuando una oferta obligatoria deja de serlo, esto no quiere decir que sólo por ello deje de ser oferta o pierda su eficacia, de manera que una oferta que deja de ser obligatoria puede, no obstante, ser aceptada, salvo que caduque o sea revocada, casos éstos en los cuales la oferta no puede ya ser aceptada pero no porque no sea obligatoria sino porque ha caducado o ha sido revocada.

Tal como está redactado el art. 1389, las posturas sucesivas tienen por efecto eliminar la obligatoriedad de las posturas precedentes pero no su eficacia, es decir, que según el texto se mantendrían como ofertas no obligatorias (revocables), de lo que resulta que los postores, cuando se produce una postura mejor, podrían revocar sus posturas (o no hacerlo) pero si no lo hacen, sus ofertas subsisten, lo cual significa que cualquiera de ellas puede ser aceptada por el destinatario, aún cuando ya existan posturas mejores. Pero todos sabemos que en la subasta el contrato se forma con el autor de la mejor postura válida lo cual impide que el subastador pueda adjudicar una postura inferior; y esto no sólo es el objeto de la subasta sino que, además, resulta siempre de los términos de la convocatoria.

La razón de ser de toda oferta es la de poder dar lugar a la formación del contrato si la aceptación del destinatario se produce. Es por eso que toda oferta tiene virtualidad de poder ser aceptada por el destinatario y no es concebible una declaración que tenga naturaleza jurídica de oferta contractual pero que no pueda ser, en absoluto, aceptada. Y esto es lo que ocurriría si se considera que la postura (oferta) sigue siendo una oferta eficaz pues sólo pierde su obligatoriedad.

A decir verdad, cuando se produce una postura mejor, la postura precedente caduca²⁰, se extingue o pierde eficacia y poco importa señalar que pasa con su fuerza vinculante toda vez que si no existe oferta no puede haber obligatoriedad. El código debió señalar entonces y así debe interpretarse este párrafo, que la postura caduca cuando se formula otra mejor, lo cual deberá tenerse en cuenta para futuras reformas.

Otra cuestión que suscita el interés de la doctrina y que tiene indudablemente importancia práctica es la relativa a la validez de las posturas. ¿Qué pasa, -se pregunta De la Puente- si la postura más favorable fuera anulada? ¿Recobraría vigencia o eficacia la postura anterior? El acto anulable produce sus efectos en tanto no se le declare nulo por sentencia judicial. Esto lleva a concluir a De la Puente²¹ que como

19. Arias-Schreiber, Max. Código Civil, **Exposición de Motivos y Comentarios**, Compiladora; Delia Revoredo, Tomo II pág. 50-51.

20. De la Puente, Manuel. Op. cit. T. I., pág. 212.

21. De la Puente Manuel. Op. cit. T. I. pág. 212.

la postura anulable surge para los efectos del Derecho, este sólo hecho determina que la postura anterior quede extinguida, por lo cual la anulación posterior de la postura mejor no puede reactualizar algo que ya dejó de existir. La conclusión de De la Puente es válida dentro del contexto en que la formula. El maestro De la Puente escribió la obra que citamos bajo el imperio del Código Civil de 1936 cuyo artículo 1126 sancionaba que los actos anulables "...sólo se tendrán por nulos desde el día en que quede ejecutoriada la sentencia que los invalide..." Sin embargo, actualmente el código ha dado un giro en torno al efecto que produce la sentencia que invalida los actos anulables, sancionando la retroactividad de la misma. En tal sentido, a partir de la vigencia del código de 1984, el acto anulable es nulo desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declara (art. 222, 1er párrafo). Consecuentemente la postura que es anulada pierde efectos **ex tunc**, como si nunca se hubiera formulado, lo cual debe determinar necesariamente que la anterior postura cuya extinción se produjo por efecto de la postura anulada recobre plena vigencia. Con mayor razón el mismo comentario sirva para las posturas nulas (nulidad absoluta).

No creemos sin embargo, que desde el punto de vista práctico sea conveniente admitir que la postura anterior a una postura anulada (o declarada nula) es válida y su autor puede recibir la adjudicación. Consideramos que la invalidez de una postura adjudicada produce la invalidez del contrato en su conjunto y que para proceder a una nueva adjudicación debe procederse a realizar una nueva subasta. Piénsese en lo absurdo que sería si después de tres o cuatro años el subastador le adjudica la buena pro a un postor que participó en una subasta en esa época, alegando que la postura siguiente fue declarada nula judicialmente y que por ello la suya es la que vale. En realidad, las posturas, que serían ofertas dentro de la tesis del código, tienen un plazo de vigencia que está en función de la duración de la subasta y por ello caducan una vez que se produce la adjudicación.

Otro aspecto controvertido en el ámbito de la subasta es el que gira en torno a las posturas ficticias. ¿Qué ocurre cuando el propietario de un bien que se va a vender a través de una subasta realiza posturas ficticias por intermedio de un testafarro con el propósito de elevar el precio de la venta? Para responder a la cuestión se ha hecho un distinguo: si el testafarro actuó en nombre propio y los otros postores, así como el subastador suponían que lo hacía así, la adjudicación debe hacerse al testafarro. Si se sabe o existe motivo legítimo para presumir que el testafarro actuaba como tal, como nadie puede comprar lo propio, la

oferta tendría objeto jurídicamente imposible y sería, por lo tanto, nula²².

En primer término debemos aclarar que el testafarro siempre actúa en su propio nombre, aunque en interés o por cuenta ajena. Si actúa en nombre e interés propios, no hay testafarro. Lo que sí puede ocurrir es que sea o no evidente o conocible para los demás participantes de la subasta que el testafarro tenga y esté actuando en la subasta con esa calidad. Esta circunstancia, sin embargo, no cambia la realidad de los hechos, y no vemos por lo tanto como puede modificar los efectos de la postura del testafarro. Es indiscutible que nadie pueda comprar lo propio, principio que también se aplica a la subasta y que determina que una postura que tenga tal objeto es nula por obtener un objeto jurídicamente imposible.

Sin embargo, en el caso del testafarro, no existe compra de lo propio porque en realidad el testafarro está realizando una operación ficticia, que no existe en la realidad sino sólo en apariencia. Debe observarse que si se produce la adjudicación respecto al testafarro estamos en presencia de una simulación absoluta que resulta nula de pleno derecho (art. 219, inc. 5º CC.). En este orden de ideas, la adjudicación debe producirse respecto de la postura más favorable que se haya realizado con anterioridad a la del testafarro. Pero si la adjudicación ya se produjo respecto de las posturas del testafarro creemos que sólo puede volverse a adjudicar en un nuevo procedimiento de subasta.

Finalmente, en cuanto al ámbito de aplicación, es conveniente recalcar, que como ya se ha enseñado entre nosotros,²³ la subasta es un mecanismo de formación del contrato que puede ser aplicado casi a todos los tipos contractuales en la medida que no sean **intuitu personae**. La subasta se ha utilizado con mayor reiteración en la compraventa de bienes en donde el subastador asume usualmente el rol del vendedor; pero nada impide que el subastador participe como comprador o que se emplee el mecanismo de la subasta para el arrendamiento, el contrato de obra, la permuta, etc.²⁴

Antes de concluir esta exposición, no podemos dejar de manifestar nuestra preocupación por el excesivo laconismo del código en la regulación de una institución como la subasta. Según el propio ponente de esta parte del código, exprofésamente no se incorporaron a la ley otras normas concernientes a la subasta, pues esta figura admite muchas variantes y modalidades que son propias del derecho procesal y de la legislación administrativa²⁵. Precisamente la

22. De la Puente, Manuel. Op. cit. T. I., pág. 213.

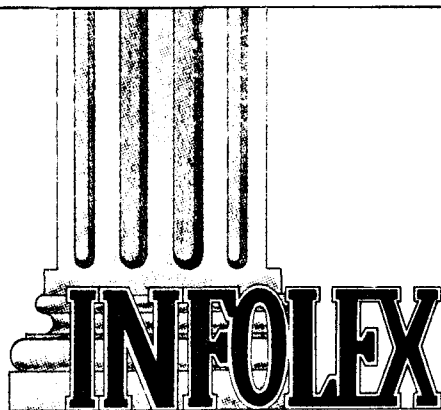
23. De la Puente, Manuel. Op. cit. T. I., pág. 212

24. De la Puente, Manuel. Op. cit. T. I., pág. 212

25. Arias-Schreiber, Max. En Código Civil, Parte III, Tomo VI, **Exposición de Motivos y Comentarios**, pág. 51. También en Exégesis ... cit., pág. 142.

subasta procesal y la administrativa en su inmensa mayoría no son contratos según se ha tenido ocasión de explicar; éstas normas están inspiradas en principios de derecho público, procesal o administrativo y

aún cuando alguna de sus normas podrían eventualmente aplicarse por analogía, hubiera sido deseable que el código regulara con normas sustantivas la institución de la subasta.



Finalmente, la informática está con la ley.

INFOLEX es una novedosa herramienta de trabajo, que permite a estudiantes y profesionales de las leyes tener acceso inmediato, a través de un computador personal, a información ordenada, sumillada y concordada sobre las normas legales promulgadas en el Perú y la jurisprudencia en materia laboral y tributaria.

La Base de Datos computarizada, INFOLEX, es la solución de avanzada tecnología que Cosapi Data y Rey & De los Ríos ponen hoy a su disposición.

Es que la informática... no podía quedar fuera de la ley.



En asociación con
REY & DE LOS RÍOS

Av. Nicolás Arriola 500, Lima 13
Teléfono: 706000 Anexos: 380, 377
Télex 25594 PE FAX 726352
Casilla 4186, Lima 100 - Perú.