

LIBRO DE PONENCIAS DEL VIII
CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

Luis Moisset de Espanés
Felipe Osterling Parodi
Fernando Vidal Ramírez
Mario Castillo Freyre
Guillermo P. Tinti
José Fernando Márquez
Gunther Gonzales Barrón
Roger Vidal Ramos
Juan Enrique Sologuren Álvarez
Guillermo Chang Hernández
Miguel Rojas Ascón

*Libro de Ponencias del
VIIIº Congreso Nacional
de Derecho Civil*



Instituto Peruano de
Derecho Civil



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lima - 2013

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

MIEMBROS ORDINARIOS

Roger Vidal Ramos	Silvia Pareja Zarate
Alan Berrospi Acosta	José Castillo Bocanegra
Jessica López Casas	Melch Núñez Vera
Rocío Paredes Cueva	Emilio Balarezo Reyes
Christian Carrera Balta	Sheila Vidal Ramos
Emely Melendres Gavilán	Daniel León Estrada
Cesar Cortéz Perez	Marco Carmona Brenis

MIEMBROS ASOCIADOS

Ariana Delgado Pinedo	Héctor Josué Verástegui Huaynate
Augusto Gárate Abad	Ximena Alave Arpasi
Guillermo Chang Hernández	Abraham Apaza Coronel
Jhúnior Pasapera Bardales	Bryan Kevin Castillo del Prado
Víctor Céspedes Guzmán	Luis Eduardo Limache Ale
Fernando Jump Figueroa	Edwin Parihuana Serrano
Eloy Calderón Villanueva	Iván Herrera Perez

MIEMBROS HONORARIOS

Felipe Osterling Parodi	Gastón Fernández Cruz
Jorge Avendaño Valdez	Rómulo Morales Hervias
Mario Castillo Freyre	Leysser León Hilario
Fernando de Trazegnies Granda	Mario Reggiardo Saavedra
Fernando Vidal Ramírez	Jorge Beltrán Pacheco
Enrique Varsi Rospigliosi	Maria Elena Guerra Cerrón

LIBRO DE PONENCIAS DEL VIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

Coordinador de la obra: Roger Vidal Ramos

Primera edición, junio de 2013

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso del Coordinador

© Copyright:

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

Jr. Jose de la Torre Ugarte N° 368 – Lince – Lima.

Telfs. 01 - 4216976

ipdc@conadecivil.com – www.ipderechocivil.com – www.conadecivil.com

Impresión y Encuadernación: GRANDES GRAFICOS S.A.C.

Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima – Lima 39 – Perú

Diagramación: Elizabeth Ana Cribillero Cancho

Diseño de carátula: Iván Larco

HECHO EL DEPOSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2013-08644

Tiraje: 2,000 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

ÍNDICE GENERAL

Presentación de la sede del Congreso 2013		
Rafael F. Supo Hallasi.....	7	
 Palabras Liminares		
Mario Castillo Freyre.....	9	
 Prólogo		
Roger Vidal Ramos	13	
 Luis Moisset de Espanés <i>Hechos y actos jurídicos - parte general y relación jurídica en el derecho americano (Evolución histórica)</i>		15
 Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre <i>La novación legal</i>		39
 Fernando Vidal Ramírez <i>La extinción del derecho que nace de una ejecutoria.....</i>		61
 Guillermo P. Tinti <i>Daños al consumidor causados con productos elaborados.....</i>		67

José Fernando Márquez <i>La responsabilidad por daños en la Argentina. Situación actual.</i> <i>La cuestión en el Proyecto de Reformas al Derecho Privado</i>	87
Gunther Hernán Gonzales Barrón <i>La acción reivindicatoria.....</i>	99
Roger Vidal Ramos <i>El Mercader de Venecia y las obligaciones con cláusula penal.....</i>	123
Juan Enrique Sologuren Álvarez <i>El ilícito civil como límite de la autonomía privada y su tratamiento en el</i> <i>Derecho Civil Patrimonial según el Código Civil peruano de 1984</i>	145
Guillermo Chang Hernández <i>Las funciones de la responsabilidad civil:delimitación de la función</i> <i>de responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano.....</i>	169
Juan Miguel Rojas Ascón <i>Análisis propedéutico sobre los negocios jurídicos simulados.</i> <i>¿Nulidad y anulabilidad, sanciones idóneas?</i>	183

PRESENTACIÓN DE LA SEDE DEL CONGRESO 2013

En mi condición de Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, es un honor y una enorme satisfacción aceptar la sede y el auspicio académico para la realización del VIII Congreso Nacional de Derecho Civil y II Congreso Internacional, que se realizará del 27 al 29 de junio del año 2013.

Este evento académico se desarrolla en la ciudad sureña de la peruanidad, Tacna, que en 1828, el Congreso de la República concedió el título de «Heroica Ciudad» por sus servicios distinguidos a la independencia del Perú; cuenta con un pasado ejemplar y un presente acogedor convertido en una agitada metrópoli y un espacio de libre comercio y tránsito, siendo otra puerta de ingreso de turistas del mundo entero.

La realización de este Congreso de Derecho Civil, convierte a la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna, con su lema «*veritas et vita*», en líder y escenario académico abierto, libre, contradictorio, plural con singulares conclusiones más importante y significativa, donde destacados docentes del Perú y del extranjero, especialistas en Derecho Civil, brindarán sus altos conocimientos jurídicos y rica experiencia en la materia.

Es oportuno recordar que el Derecho Civil es aquél que se encarga de regir los vínculos privados que las personas establecen entre ellas. Está formado por las reglas jurídicas que articulan las relaciones patrimoniales o personales entre personas físicas o personas jurídicas; siendo su finalidad preservar los intereses del sujeto a nivel patrimonial y moral, compuesto por normas que son parte del Código Civil, y en este Congreso se analizarán, discutirán y se arribarán a conclusiones científicas, en este

campo del conocimiento jurídico y al decir de Félix ARES: «Hay que divulgar las verdades científicas y también las dudas científicas».

Los participantes, docentes y estudiantes de las diferentes Regiones del Perú y público, en general, del ambiente académico son bienvenidos y estoy convencido de que haremos realidad que el aprender sea un árbol en otoño, que espera la primavera para nutrirse de hojas.

A manera de epílogo, expreso mi gratitud a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, a sus autoridades, al Instituto Peruano de Derecho Civil en la persona del doctor Roger VIDAL RAMOS; a los participantes, ponentes nacionales y extranjeros; a los estudiantes de las diferentes universidades del Perú, recordando que educar es amar, cuidar con ternura y dedicación una semilla, con la esperanza e ilusión de que un día dará sus frutos.

Gracias y Dios bendiga a todos.

RAFAEL F. SUPO HALLASI*

* Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna.

PALABRAS LIMINARES

Mi amigo, el doctor y catedrático universitario, Roger VIDAL RAMOS, Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil, me ha vuelto a honrar al pedirme que redacte estas palabras liminares del Libro de Ponencias del VIII Congreso Nacional de Derecho Civil, el mismo que tuvo lugar (en el año 2012) en la ciudad de Huánuco, cuna de estos congresos.

En dicha oportunidad, tuvimos la ocasión de departir con entrañables amigos y profesores, quienes uno lamentablemente no frecuenta a menudo, pero que son muy cercanos y por quienes uno guarda profundo afecto.

Así, además de compartir con Roger VIDAL, estuvimos con Fernando VIDAL RAMÍREZ, Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, Leysser LEÓN HILARIO, Rómulo MORALES HERVIAS y con nuestros grandes amigos, los profesores argentinos Luis MOISSET DE ESPANÉS y Guillermo P. TINTI.

El libro que hoy presentamos recoge ponencias de algunos de los temas que fueron objeto de exposición en el Congreso de Huánuco, así como otras contribuciones de profesores que han querido participar en este libro y que, lamentablemente, no tuvieron la posibilidad de asistir al referido congreso. Es el caso, entre otros, de mi maestro Felipe OSTERLING PARODI y del profesor cordobés José FERNANDO MÁRQUEZ.

En una sociedad que de manera equivocada considera muchas veces que es la hora de las especialidades y subespecialidades del Derecho y en donde para muchos, también equivocadamente, el Derecho Civil es cosa del pasado, los Congresos Nacionales de Derecho Civil demuestran todo lo contrario, pues nos ratifican (año a año) que el Derecho Civil está vivo y que tiene la mayor importancia, no sólo en la cátedra universitaria

y en la Academia, sino también entre quienes van a ser abogados, pues cada día aumenta el número de asistentes a los referidos congresos, que como lo he dicho en reiteradas ocasiones, constituyen los eventos de Derecho más importantes y numerosos que se realizan en el Perú.

Los Congresos de Derecho Civil no sólo constituyen eventos académicamente muy importantes, sino que además representan una fiesta en la que el medio jurídico, tanto los jóvenes como nosotros, quienes ya no lo somos, festejamos la vida e importancia del Derecho Civil y el hecho de encontrarnos frente al área más importante del Derecho mismo, profundamente enraizada en el afecto, en la preferencia y en el corazón de todos los futuros abogados.

En este sentido, reitero mis felicitaciones al Instituto Peruano de Derecho Civil, a sus integrantes y al doctor Roger VIDAL RAMOS, por perseverar en la realización de estos congresos y por permitirnos compartir la alegría de transmitir nuestros conocimientos y experiencias con todo el Perú.

Lima, abril del 2013

MARIO CASTILLO FREYRE*

* Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias y de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio.

PRÓLOGO

Hace unos años, un reconocido profesor peruano explicaba que los defectos más usuales advertidos en el legislador nacional – creador de la ley – es que actúa regularmente desprovisto de realidad. Su formación, sus herramientas y su material de trabajo es la doctrina – usualmente extranjera –, no la vida. Por esa razón casi espontáneamente deduce, pero no observa. Diseca pero no opera. Vistos en conjunto, forman la «sociedad de los juristas muertos»¹.

Este libro, qué duda cabe, no pertenece a la sociedad de los juristas muertos. Este libro es producto de la confrontación de ideas y opiniones desarrolladas durante el VIII Congreso Nacional de Derecho Civil y II Congreso Internacional de Derecho Civil.

En la tradición hegeliana, la dialéctica era entendida como el proceso de transformación en el que dos opuestos, tesis y antítesis, se resolvían en una forma superior o síntesis. Esta idea fundamental, tiene especial aplicación en materia jurídica, pues el intercambio de opiniones, perspectivas y posiciones enriquece no sólo a los partícipes de la discusión académica sino sobre todo a la ciencia jurídica. En esto radica la importancia del IX Congreso Nacional de Derecho Civil y II Congreso Internacional de Derecho Civil.

En efecto, el Congreso de Derecho Civil que llega a su novena edición nacional y segunda internacional, representa el foro de discusión académico más importante en el medio jurídico nacional debido a que re-

1 MONROY GÁLVEZ, Juan. *Autos & Vistos. Comentarios Jurisprudenciales*. Lima: Gaceta Jurídica, 1996, p. 18.

úne a los juristas peruanos más connotados y a delegaciones estudiantiles de todas las universidades del país; en un conglomerado único donde la dialéctica académica es frecuente y enriquecedora, coadyuvando con esto a la desaparición de la sociedad de los juristas muertos.

Por ello, aplaudimos que la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna, ciudad sureña que en 1828 recibió por parte del Congreso de la República el título de «Heroica Ciudad», haya apostado, en concordancia con sus principios rectores, por la difusión y organización de tan importante evento, que la convierte en un centro de referencia académica a nivel nacional.

Este libro que me honro en prologar, recoge las ponencias disertadas en este Congreso y a manera de breve reseña, diremos que esta obra contiene diez trabajos que transitan por casi todas las materias reguladas en nuestro Código Civil.

El primero de ellos se titula *Hechos y actos jurídicos-parte general y relación jurídica en el derecho americano (evolución histórica)* y ha sido escrito por el reconocido jurista argentino, Luis MOISSET DE ESPANÉS, Profesor Visitante de las Universidades más prestigiosas de nuestro país y Presidente Honorario de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

En esta obra también participan los profesores peruanos Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE. El profesor OSTERLING fue Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 y, actualmente, es Académico de Número de la Academia Peruana de Derecho; por su parte el profesor CASTILLO FREYRE, es Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor de Derecho Civil de la misma casa de estudios. Su trabajo conjunto se titula *La novación legal*.

También tenemos el trabajo del doctor Fernando VIDAL RAMÍREZ, llamado: *La extinción del derecho que nace de una ejecutoria*. El autor es un preclaro jurista peruano, profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y quien fuera presidente de la Academia Peruana de Derecho.

Por su parte, el profesor argentino Guillermo P. TINTI, presenta el trabajo titulado: *Daño al consumidor causados por productos elaborados*. TINTI Es Doctor en Derecho por la Universidad de Córdoba y profesor de Derecho Civil en esta misma casa superior de estudios.

Otro trabajo importante es el que lleva por título *La responsabilidad por daños en la Argentina. Situación actual. La cuestión en el proyecto de reformas al Derecho Privado*, cuya autoría corresponde al profesor argentino José FERNANDO MÁRQUEZ.

Además tenemos el artículo denominado: *La acción reivindicatoria*, escrito por el profesor de Derecho Civil y Derecho Registral de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Gunther GONZALES BARRÓN, quien además es doctor por la misma universidad.

Por nuestra parte, presentamos el trabajo que lleva por título: *El Mercader de Venecia y las obligaciones con cláusula penal*.

Asimismo, el profesor de la Universidad Privada de Tacna, Juan Enrique SOLOGUREN ÁLVAREZ, participa con el artículo denominado: *El ilícito civil como límite de la autonomía privada y su tratamiento en el Derecho Civil Patrimonial según el Código Civil peruano de 1984*.

Otro de los artículos que componen esta obra es el titulado: *Las funciones de la responsabilidad civil: delimitación de la función de responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano*, escrito por el profesor Guillermo CHANG HERNÁNDEZ, catedrático en la Universidad Privada de Ica.

Como último trabajo el profesor de la Universidad San Pedro y de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Juan Miguel ROJAS ASCÓN participar de la obra con el artículo: *Análisis propedéutico sobre los negocios jurídicos simulados. ¿Nulidad y anulabilidad, sanciones idóneas?*

Finalmente, y por ello no menos importante, creemos justo elogiar, reconocer y alentar el esfuerzo constante de todos los miembros del Instituto Peruano de Derecho Civil, Expositores y miembros colaboradores, por esta nueva entrega y con él, el ferviente deseo de una prolongada y fructífera permanencia.

Lima, mayo de 2013

ROGER VIDAL RAMOS*

* Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, titulado en Segunda Especialización en Derecho Ambiental y Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Candidato a Magíster en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cursando estudios de doctorado en la misma casa de estudios, Postgrado en Derecho de Arbitraje en la Universidad de Lima. Profesor de los cursos de Acto Jurídico, Derecho de Contratos y Obligaciones en la Universidad César Vallejo Lima Este y Universidad Autónoma del Perú, Socio de Vidal, Melendres & Palomino Abogados www.vmplegal.com y Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

Hechos y actos jurídicos - parte general y relación jurídica en el derecho americano (Evolución histórica)

Luis Moisset de Espanés

SUMARIO: 1. *Introducción*. 1.1. *Materia no regulada por el Derecho Romano*. 1.2. *Derecho intermedio y Código Napoleón*. 2. *Las doctrinas de los juristas germanos*. 2.1. *El «Landrecht» prusiano*. 2.2. *Savigny: Sistema de Derecho Romano actual*. 3. *Freitas*. 3.1. *La Consolidación y el Esboço*. 3.2. *Evolución de ideas. Código General*. 3.3. *Influencia de Freitas en el Código de Brasil de 1917*. 3.4. *El nuevo Código de 2002*. 4. *El Código Civil argentino*. 4.1. *Vélez y los elementos de la relación jurídica*. 4.2. *Ubicación de los hechos en el Plan del Código*. 5. *Los proyectos argentinos de nuevo Código Civil*. 5.1. *Anteproyecto de Bibiloni*. 5.2. *Proyecto de 1936*. 5.3. *Anteproyecto de 1954*. 5.4. *Proyecto de 1998*. 5.5. *Proyecto de 2012*. 6. *Legislación paraguaya*. 6.1. *Adopción del Código de Vélez*. 6.2. *Código de 1986*. 7. *Legislación peruana*. 7.1. *El Código de 1852*. 7.2. *El Código de 1936*. 7.3. *El Código de 1984*. 7.4. *Las reformas proyectadas*. 8. *La Parte General en la legislación*. 9. *La Parte General en la enseñanza. Su necesidad*. 10. *Cuba, Parte General y la relación jurídica*. 10.1. *Enseñanza*. 10.2. *Legislación. Proyectos anteriores y el Código de Cuba*.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Materia no regulada por el Derecho Romano

El Derecho Romano no se ocupó de regular especialmente lo relativo a los hechos y actos jurídicos, como causa de las relaciones jurídicas. Vemos así que GAYO nos expresa

que *omne autem jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*», es decir, que todo el derecho se refiere a las personas, las cosas y las «acciones», vocablo con el que se hace referencia a las «acciones procesales», es decir, no a los hechos que dan nacimiento a la relación, sino al medio o instrumento con que se cuenta para reclamar el cumplimiento de los derechos. Sobre esa división tripartita se estructuraron tanto el Digesto, como la Instituta de Justiniano, preparada especialmente para enseñar el derecho.

1.2. Derecho intermedio y Código Napoleón

Esta falta de preocupación por sistematizar lo relativo a la causa generadora de los derechos trasciende del Derecho Romano al Derecho intermedio de la Europa medieval, como podemos verificarlo si cotejamos las compilaciones o cuerpos legales que se sancionaron en ese período en todos los reinos en que se fragmentó el Imperio Romano de Occidente, donde incluso se perdió la memoria del Digesto, hasta que por obra de Irnerio y la Escuela de Bolonia fue «redescubierto» y se convirtió en el «derecho común» de la cristiandad occidental.

La misma actitud se proyecta incluso en el Código Civil francés, cuya atención se centra principalmente en el contrato y en el testamento, que si bien son actos jurídicos de singular importancia, no agotan el catálogo de posibles fuentes generadoras de relaciones jurídicas y continúa dominando en el pensamiento jurídico de los países que adoptaron como modelo el Código Napoleón.

Sin embargo, como bien recuerda Federico DE CASTRO, ya «a mediados del Siglo XVI algunos autores preocupados por la sistemática jurídica, pensaron que el término ‘acciones’ debería considerarse usado en el sentido de acto o hechos humanos», entre los cuales menciona a CONNANO, (1557) y Pedro Gregorio DE TOLOSA (1587). El maestro español, en su búsqueda de la aparición en la doctrina del concepto de «acto», o «negocio» jurídico, nos enseña que desarrollando la idea de la función que cumplen los actos como fuente de las relaciones, «ALTHUSIO (1617) trata, en la parte general de su sistema, del *negotium symbioticum* (de cooperación humana) como *factum civil* o negocio de este mundo, al que caracteriza como ‘actividad humana’ que precede al establecimiento de los derechos».

De esta manera los términos acto, declaración y negocio se incorporan al lenguaje de la doctrina, aunque todavía no logren consagración normativa.

2. LAS DOCTRINAS DE LOS JURISTAS GERMANOS

2.1. El «Landrecht» prusiano

Cabe destacar, sin embargo, que los juristas germanos en su estudio de las Pandectas, o Digesto, que se consideraban vigentes en el «Sacro Imperio Romano Germánico», y siguiendo las doctrinas aparecidas en los siglos xvi y xvii que hemos mencionado en el punto anterior, fueron estructurando una serie de teorías sobre los «actos jurídicos», que encontraron consagración expresa en un extenso capítulo del «Landrecht», o Derecho Territorial de Prusia, que entró en vigencia en 1794, y es el primer Código que se ocupa en detalle del problema, aunque no se trata de un «Código Civil», sino de un cuerpo general de leyes que trata tanto las materias correspondientes al derecho privado, como al derecho público.

2.2. Savigny: Sistema de Derecho Romano actual

En el desarrollo evolutivo del problema desempeña un papel muy importante el sabio jurista alemán, Federico Carlos DE SAVIGNY, una de cuyas obras más destacadas es el denominado «Sistema de Derecho Romano actual», que se estructura metodológicamente alrededor del estudio de los tres elementos esenciales de toda relación jurídica, a saber: sujeto (personas), objeto (cosas) y fuente o causa de los derechos (los hechos y actos jurídicos).

Con acierto nuestro maestro José A. BUTELER, decía:

Indudablemente que la obra fundamental de Savigny, “Sistema de Derecho Romano actual”, está expuesta sobre la base del método seguido por el Código de Prusia. Esto es indiscutible. Basta una confrontación de las leyendas de los capítulos principales de la obra de Savigny con las de los títulos del Código de Prusia, para corroborar este aserto.

Para comprender cabalmente el pensamiento de SAVIGNY conviene releer algunos párrafos de su obra. Comenzaremos recordando cuál era su concepto de las relaciones de derecho; nos decía que ellas aparecen como una «relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña. En consecuencia, toda relación de derecho se compone de dos elementos: primero, una materia dada, la relación misma; segundo, la idea de derecho que regula esta relación». Y, en relación con el objeto de nuestro estudio, expresaba que: «Cada relación individual de derecho tiene su base en un hecho».

Destaca así la función primordial que desempeñan los hechos jurídicos como fuente generadora de toda relación; se trata de un elemento

esencial, que está siempre presente, sea para dar nacimiento a la relación, sea para ponerle fin; son, en definitiva, el motor que genera o extingue las relaciones de derecho, tema del que se ocupa en el Capítulo III del libro segundo de su obra, que lleva por título: «del nacimiento y extinción de las relaciones jurídicas». Nos dice entonces de manera clara y precisa:

Llamo hechos jurídicos los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan.

Clasifica luego los hechos jurídicos (positivos y negativos; actos libres y circunstancias accidentales), y con respecto a los actos libres nos dice que en estos casos la voluntad del agente es susceptible de dos modos de actividad:

[...] puede tener por objeto inmediato formar o destruir la relación de derecho, aun cuando esto no sea sino un medio de conseguir un fin ulterior no jurídico; y entonces llama a los hechos de esta especie manifestaciones de voluntad. Puede tener directamente por objeto un fin no jurídico [...].

Ejemplifica la primera hipótesis con una compraventa; la segunda con la caza y la gestión de negocios.

Nos hemos detenido especialmente en el pensamiento de SAVIGNY, pues en esta materia influyó de manera decisiva en Freitas, y a través de la obra de este jurista en el Código Civil argentino, influencia reconocida por Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD en la nota que dirigió al Ministro de Justicia, Dn. Eduardo COSTA, el 21 de junio de 1865, al elevar el proyecto del primer libro del Código.

Pasaremos, pues, a ocuparnos del pensamiento de Freitas.

3. FREITAS

3.1. La Consolidación y el Esboço

En 1854 Francisco Inácio CARVALHO MOREIRA, que presidía el «Instituto dos Advogados Brasileiros», proclama la necesidad de codificar las leyes civiles y en julio de ese año Freitas, que integraba el mencionado Instituto, presentó al gobierno del Imperio un plan para la «consolidación de las leyes». Poco tiempo después, en febrero de 1855 el Ministro de Justicia, José Tomás NABUCO DE ARAUJO, en nombre del gobierno del Imperio, contrata a Freitas para realizar esa obra, tarea que concluye en 1857 y el Gobierno aprueba por decreto de diciembre de 1858.

La Consolidación de las leyes de Brasil está precedida de una Introducción, que luego servirá mucho a VÉLEZ SÁRSFIELD para resolver problemas metodológicos vinculados con el Plan del Código argentino, pero en

esa oportunidad el sabio juriconsulto brasileño, se limitó a agrupar las disposiciones relativas al sujeto y al objeto de los derechos, por ser comunes a toda relación jurídica y al explicar su proceder nos dice que seguía el método de un profesor alemán, MACKELDEY, pero que se apartaba ligeramente de él porque estimaba — en ese momento — que en el Capítulo de Parte General no era adecuado legislar sobre el hecho o acto jurídico. Nos parece conveniente reproducir sus palabras:

Algunos escritores adicionan este tercer elemento bajo la denominación de hechos, hechos jurídicos, actos jurídicos, de que tratan igualmente en la parte general de las materias del Derecho Civil. No hemos estado de acuerdo con ese método.

Concluida la tarea de Consolidación de las leyes civiles, se encarga a Freitas la elaboración de un Proyecto de Código. Es la obra conocida como Esboço. La novedad principal reside en el hecho de que como portada coloca un Libro de Parte General, donde legisla sobre los tres elementos de la relación jurídica: «sujetos, objeto y causa generadora», es decir, los hechos y actos jurídicos. Se trata de la primera manifestación en el terreno de la codificación civil de una legislación que se ocupe de manera sistemática de la causa generadora de las relaciones jurídicas, uniendo este elemento a los otros dos que integran la relación jurídica.

Al redactar el Esboço revisa su primitiva posición, y estima que los hechos y actos jurídicos se encuentran entre los temas que deben considerarse en la Parte General del Derecho Civil. Dice entonces FREITAS:

Esta Sección Tercera, que trata **de los hechos**, uno de los elementos de los derechos reglados en el Código Civil, no formaba parte de mi primitivo plan [...] — y luego de recordar su opinión expresada en la Consolidação, agrega — “Hoy, al contrario, estoy convencido de que sin este método nos será imposible exponer con verdad la síntesis de las relaciones de Derecho Privado y evitar un gravísimo defecto de que se resienten todos los Códigos, con excepción únicamente del de Prusia”.

El jurista brasileño es en esta materia un verdadero precursor, que se adelanta en cuatro décadas a la consagración de una Parte General, que contenga una Sección dedicada a los hechos jurídicos, en el Código Civil alemán de 1900 (José A. BUTELER, Método del Código Civil, trabajo citado en nota 9, y en www.acaderc.org.ar).

En la ya mencionada nota se extiende en otras consideraciones de singular agudeza y profundidad, destacando la falencia del Código francés y de casi todos los otros códigos de la época, en los que era necesario aplicar a todos los actos voluntarios «como los de las relaciones de familia, o la constitución de los derechos reales», las previsiones que se contenían para los contratos o testamentos.

En ese momento su genio de jurista alcanza las mayores alturas y diseña un sistema no superado de regulación de la causa generadora, que contempla no solamente los actos jurídicos, sino todos los hechos que pueden dar nacimiento a relaciones jurídicas. Explica su decisión en términos tan precisos, que no podemos resistir la tentación de reproducirlos:

[...] estas disposiciones que era forzoso generalizar, sólo tendrían por objeto los actos jurídicos, y puesto que el Libro Primero del Proyecto debía dar cuenta fiel de todos los elementos de los derechos, del mismo modo como me he elevado de los contratos y testamentos hasta los actos jurídicos, ha sido necesario remontar después, desde los actos jurídicos hasta los actos lícitos en general, de los actos lícitos a los actos voluntarios, encontrando allí los actos ilícitos, y finalmente de los actos voluntarios hasta los hechos en general. De esta gradual asociación de ideas ha resultado la síntesis completa de la teoría de los hechos como uno de los elementos de los derechos, como la causa creadora, y en el siguiente orden: Hechos en general; Hechos voluntarios; Actos jurídicos; Actos ilícitos [...].

Desarrolla entonces todo este título, de singular originalidad en el campo legislativo, y va ilustrando cada norma con sabias notas en las que expone su pensamiento y las doctrinas que avalan las soluciones propuestas. El conjunto de esas notas forma una verdadera monografía explicativa del tema, que no podemos seguir paso por paso, pero cuya lectura recomendamos.

3.2. Evolución de ideas. Código General

Lamentablemente el Esboço quedó inconcluso, y no llegó a convertirse en ley. En 1867 Freitas desiste de continuar trabajando en el Proyecto y en una carta calificada de «luminosa» por Silvio MEIRA, da las razones científicas que avalan su actitud (que nosotros calificamos de «anacrónica», por lo adelantada a su época.

El Diccionario de la Lengua Española nos dice que «anacronismo» es el «error que consiste en suponer acaecido un hecho antes o después del tiempo en que sucedió, y por extensión, incongruencia que resulta de presentar algo como propio de una época a la que no corresponde»), y explica el plan de legislación que propone, que constaría de un Código General (aplicable a todas las relaciones jurídicas), en el que se contendría la legislación sobre los hechos, y un Código Especial, donde quedaría unificada la legislación civil y comercial.

El gobierno no acepta el nuevo plan propuesto por FREITAS, exigiéndole que complete la obra comenzada y en 1872 rescinde el contrato que lo ligaba con FREITAS, encargando a Nabuco de Araujo la confección de un nuevo proyecto de Código, que también quedaría inacabado por la muerte de Nabuco DE ARAUJO.

Creemos de interés comentar las dos ideas principales que campean en el pensamiento de FREITAS en esta última etapa de su trabajo sobre el método que debe aplicarse para legislar correctamente, que son:

- a) En primer lugar agrupar en un Código General la regulación de los elementos esenciales de las relaciones jurídicas, que son aplicables no solamente al Derecho Civil sino a todas las ramas del derecho (La traducción del portugués es nuestra).
- b) Regular luego en un Código de derecho privado de manera conjunta las relaciones civiles y comerciales porque no hay ninguna razón ontológica que los diferencie e insiste que no hay razón alguna para esta separación de las leyes, sosteniendo con firmeza la necesidad de legislar unificadamente todo el derecho privado, en lo que también el sabio jurista brasileño se adelantaba a su tiempo.

3.3. Influencia de FREITAS en el Código de Brasil de 1917

Hemos dicho ya que en el terreno legislativo el proyecto de FREITAS es el primero que presenta la necesidad de reunir los elementos de la relación jurídica en una Parte General, anticipándose en casi cuatro décadas al BGB, considerado por los juristas como un modelo en la materia, seguido en Europa por Grecia, Portugal y los códigos de la Rusia soviética, Polonia y Checoslovaquia en los países de derecho socialista; en América por Brasil y Cuba; en Asia por China y ahora también por los Códigos que han adoptado las antiguas colonias de Portugal en Asia (Macao) y en África (Cabo Verde y Madagascar).

Deseamos sin embargo destacar que el Código de Brasil de 1917, aunque posterior al código alemán en su aprobación y vigencia, no lo tomó como modelo, sino que se inspiró especialmente en el antecedente autóctono, el Esboço de FREITAS, como puede comprobarse cotejando los índices de las materias y, más aún, analizando el contenido de las normas, en especial las relativas a los hechos como causa generadora de los derechos, incluyendo aquí los hechos ilícitos y sobre todo brindando una definición de los «actos jurídicos», contenida en el artículo 81 del Código de Brasil, que toma como base la idea rectora del «fin inmediato», expresada en el artículo 437 del Esboço y reproducida en el artículo 944 del Código civil argentino, a diferencia de lo que sucede en el Código alemán, donde no se precisa la noción de lo que allí se llama «negocio».

4. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

4.1. VÉLEZ y los elementos de la relación jurídica

A pesar de que nuestro codificador tomó como modelo a FREITAS en lo relativo al método, se apartó de él y no agrupó las materias constitutivas de la Parte General, es decir los elementos esenciales de la relación jurídica, en un solo libro que sirviera de portada introductoria al Código.

Esto no significa que falten dichas disposiciones o que sólo se haya legislado sobre ellas con alcance limitado con respecto a una institución determinada; no, lo que ocurre es que la legislación de los distintos elementos que integran la relación jurídica se encuentra dispersa; vemos así que trata de las personas, como sujetos del derecho, en la Sección Primera del Libro Primero y de las cosas, objeto de los derechos, en el Título Primero del Libro Tercero, y obra de esta manera porque considera conveniente vincular a las personas con el derecho de familia, y a las cosas con los derechos reales.

Para justificar su actitud, en el Oficio de Remisión del Libro Primero del Proyecto decía que, aunque en líneas generales había seguido el método de FREITAS, se separaba en algunas partes «para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor FREITAS, puede separarse un poco de la filiación de las ideas [...]».

4.2. Ubicación de los hechos en el Plan del Código

Siguiendo esa línea de pensamiento coincidió con FREITAS en lo relativo a la necesidad de legislar sobre los hechos y actos jurídicos, pero no lo hizo en un Libro de Parte General, sino que los ubicó en la Sección Segunda del Libro Segundo, después de tratar de las Obligaciones, y antes de ocuparse de los Contratos, destinándoles algo más de 200 disposiciones, que comprenden desde el artículo 896, al 1136.

Colocó a esa Sección una leyenda que reza:

De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones» y en la extensa nota que dedica a esa Sección comienza explicando que en ella “se verán generalizados los más importantes principios del derecho, cuya aplicación parecía limitada a determinados actos jurídicos”, e insiste más adelante que esas disposiciones “en todos los códigos han sido particularizadas a los contratos y testamentos”, pero que por ser susceptibles de aplicación común, las ha reunido en esa Sección.

En la misma nota destaca la posibilidad de la existencia de “hechos negativos” u omisiones, y preanuncia las divisiones y subdivisiones que se encontrarán en el articulado y llevarán a distinguir sucesivamente entre los hechos de la naturaleza, y hechos del hombre, o “actos”, y luego se verá que los actos pueden ser voluntarios o involunta-

rios (artículo 897 del Código Civil argentino); los voluntarios, se dividirán en lícitos o ilícitos (artículo 898) y, mientras los ilícitos pueden ser dolosos (delitos) o culposos (cuasi delitos), los actos voluntarios se distinguen según que tengan un fin jurídico inmediato, caso en el que recibirán en el Código argentino el nombre de “actos jurídicos” (artículo 944), o que carezcan de fin inmediato y sólo produzcan la adquisición, modificación o extinción de derechos por disponerlos así la ley (artículo 899).

MARTÍNEZ PAZ, en su obra sobre el Código Civil, en el capítulo dedicado al método nos dice que esta sección destinada a los hechos y actos jurídicos despierta interés porque “en ella se encuentran generalizados los más importantes principios del derecho, cuya aplicación parecía limitada a determinados actos jurídicos”.

5. LOS PROYECTOS ARGENTINOS DE NUEVO CÓDIGO CIVIL

Nos ocuparemos aquí solamente de los proyectos que reformularon la totalidad del Código, y no de aquéllos que se limitaban a la unificación de las obligaciones civiles y comerciales.

A partir de agosto de 1926, cuando el Presidente ALVEAR designó una Comisión encargada de estudiar las reformas que debían introducirse al Código de Don Dalmacio VÉLEZ, se han sucedido una serie de Proyectos que propiciaban su sustitución integral, aunque en casi todos ellos, salvo en los dos últimos intentos (1998 y 2012), se respetaban los textos de aquellas normas que funcionaban armoniosamente, con la prudencia del legislador que sabe que el lenguaje jurídico forma parte de la tradición cultural de cada pueblo, y que es menester mantenerlo, pues su cambio arbitrario sólo produce trastornos en la interpretación de las normas y provoca inseguridad e injusticia, sin necesidad alguna.

Veremos a continuación cómo todos estos proyectos han mantenido la tradición legislativa de nuestro Código, ocupándose especialmente de los hechos y actos jurídicos, como causa generadora de las relaciones, y conservado la denominación de «acto jurídico» para caracterizar al acto voluntario con el cual se procura obtener de manera inmediata un determinado «fin jurídico», caracterizando así lo que en otros sistemas se llama «negocio», y contraponiéndolo a los actos voluntarios que no persiguen ese fin inmediato, aunque produzcan «consecuencias», pero no ya porque las partes se lo propongan, sino porque la ley así lo determina.

5.1. Anteproyecto de BIBILONI

No hemos de seguir paso por paso la elaboración de ese Anteproyecto y nos limitaremos a recordar que en su redacción final se decide adherir al sistema que incluye en los Códigos un Primer Libro de Parte

General, en cuyas secciones se regula de manera completa sobre los tres elementos esenciales de la relación jurídica: sujeto, objeto y causa generadora (hechos y actos jurídicos).

Los puntos más destacados son el que no se brinda una definición genérica de los «hechos jurídicos», pero se mantiene en el artículo 259 el requisito del «fin inmediato», como elemento que caracteriza al acto jurídico, y se lo diferencia de los otros actos lícitos «que se realizan sin el propósito de realizar un resultado jurídico», casos en los que sólo se producen los efectos que la ley les fije.

5.2. Proyecto de 1936

La Comisión reformadora decide dejar de lado el Anteproyecto elaborado por BIBILONI. Su trabajo culmina con el denominado Proyecto de 1936 que comienza también con un Libro dedicado a la Parte General, en la que se regulan los elementos esenciales de la relación jurídica.

Prescinde de la definición de los hechos jurídicos y los dos primeros artículos de esta sección, 132 y 133 coinciden casi textualmente con los del Anteproyecto de BIBILONI.

Luego, al comenzar el Título Segundo de la Sección Tercera caracteriza los actos jurídicos en el artículo 152 que dispone:

Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos.

Las omisiones que revistan los mismos caracteres, están sujetas a las reglas del presente título.

Se mantiene una línea legislativa tradicional en nuestro país, que denomina “acto jurídico” al que persigue de manera inmediata lograr determinados efectos jurídicos.

5.3. Anteproyecto de 1954

En 1954 el Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia de la Nación, que era dirigido por Jorge Joaquín LLAMBÍAS, presenta un nuevo Proyecto de reformas al Código, que en ese momento tuvo poca difusión, ya que solamente se distribuyeron algunos ejemplares mimeografiados del Primer Libro. Posteriormente, la obra fue publicada en 1968 por la Universidad de Tucumán.

Encontramos también en ese Anteproyecto un primer libro destinado a la Parte General, dividido en cuatro secciones, destinadas respecti-

vamente a las personas, los bienes, los hechos y actos jurídicos, y la tutela de los derechos.

A diferencia del Anteproyecto de BIBILONI, y del Proyecto de 1936, reaparece la definición de los hechos jurídicos, lo que a nuestro entender es un acierto.

Sin embargo el camino seguido está en abierta contradicción con la decisión de suprimir la caracterización del «acto jurídico», que se inspira en el «propósito de eliminar disposiciones superfluas»; para justificar la eliminación de esta norma se dice que «el artículo 944 contiene la definición del acto jurídico, concepto bien afirmado en el derecho universal. La denominación de “negocio jurídico” que se da a nuestro acto jurídico en Alemania e Italia, no puede introducir vacilación alguna en el concepto, que obligue a la ley a formular una definición». El argumento resulta endeble pues tanto la teoría alemana, como la italiana, la española y la portuguesa, acusan grandes vacilaciones y discrepancias sobre el concepto de «negocio jurídico», precisamente por la falta de un precepto legal que lo ciña y delimite con la precisión que tuvo Freitas y que acogió VÉLEZ SÁRSFIELD en su Código Civil.

El acierto al mantener la denominación de «acto jurídico» se ve empañado por la falta de una norma que fije su concepto.

5.4. Proyecto de 1998

La Comisión que designara el Ministerio de Justicia con la finalidad de elaborar un Proyecto de Unificación de nuestro derecho privado, concediéndole un año de plazo para esta labor, entendió que el camino más adecuado era confeccionar un Proyecto integral de reformas al Código Civil y después de tres años de su designación obtuvo una prórroga de seis meses en los cuales, trabajando con mucho apresuramiento, acumuló los anteproyectos de las distintas partes, presentados por sus miembros y procedió, sin una previa labor de corrección y coordinación, a elevar ese Anteproyecto al Ministerio de Justicia en diciembre de 1998. Esto motivó que algunos de los miembros de la Comisión renunciaran o se negaran a suscribirlo.

Lo importante, con relación al tema que hoy estudiamos, es que el Proyecto se abre con un libro destinado a los temas que el Código vigente trata en Títulos Preliminares y recién en el Libro Segundo trata de la Parte General.

En los fundamentos del Proyecto no se brinda ningún justificativo o explicación de tan importante y justificado cambio, con el que se procura reunir en un solo libro toda la normativa que regula los elementos

esenciales de la relación jurídica. Advertimos, sí, que luego de dedicar el título primero de ese libro Segundo a la persona humana, como sujeto de los derechos, y el título segundo a las personas jurídicas, que son también sujetos de derechos, pasa en el Título III a ocuparse del «patrimonio», como si las cosas y bienes que lo integran fuesen el único objeto de los derechos, incurriendo en el serio error de no ocuparse del objeto que tienen los derechos extrapatrimoniales.

Luego se ocupa de la causa generadora en cuatro títulos diferentes y completa esta Parte general con sendos títulos destinados al ejercicio de los derechos y a su transmisión, como lo hacen algunos otros códigos.

La objeción más seria que merece esta metodología es haber reducido el objeto de los derechos al patrimonio.

5.5. Proyecto de 2012

En este último proyecto se mantienen los títulos preliminares y la Parte General aparece como primer libro.

En ese libro se dedican sendos títulos a la persona humana y a la persona jurídica como sujetos de derecho, para ocuparse luego en el Título III del objeto, bajo un título más general y apropiado que el de «patrimonio», hablando ahora de «bienes», y deteniéndose a regular las hipótesis de los bienes de incidencia colectiva, lo que significa un avance parcial con respecto al proyecto de 1998, aspecto que es materia de algunas referencias en la muy breve «presentación del proyecto». Además se reúne en un solo título a todo lo relativo a los hechos y actos jurídicos como «causa generadora», pero se mantiene un título final para la «transmisión de derechos».

6. LEGISLACIÓN PARAGUAYA

6.1. Adopción del Código de VÉLEZ

Declarada la independencia de España en 1813, Paraguay tuvo primero como «cónsul» y luego como «Dictador perpetuo» a José GASPAR FRANCIA, quien ocupó ese cargo hasta su muerte en 1840. Como bien señala Guzmán Brito, no era una forma política propicia para pensar en encarar la tarea de codificación.

A FRANCIA lo sucedió LÓPEZ y, aunque comenzó a estructurarse el sistema tribunalicio y hablarse tímidamente de Códigos, se dejó subsistente la legislación castellana con «carácter provisorio, mientras la República sanciona sus códigos».

Después del penoso episodio bélico que enfrentó a Paraguay con la Triple Alianza, es decir con Brasil, Uruguay y Argentina, que todo americano de bien sólo puede deplorar, por ley del 19 de agosto de 1876 se adoptó en Paraguay el Código Civil argentino.

6.2. Código de 1986

El Código de Vélez mantuvo su vigencia en Paraguay durante 110 años, hasta que fue reemplazado por un nuevo cuerpo legal en virtud de lo dispuesto por la ley 1183, sancionada el 18 de diciembre de 1985 y promulgada el 23 del mismo mes y año. El nuevo Código entró en vigencia el 1 de enero de 1987.

Este Código no agrupa los elementos esenciales de la relación jurídica en un libro de Parte General, sino que mantiene su tratamiento fraccionado, legislando sobre las personas en el Libro Primero, antes del Derecho de Familia, y las cosas al comienzo del Libro Cuarto, antes de ocuparse de la posesión y de los derechos reales, es decir una estructura similar a la del viejo Código argentino.

En cuanto a los temas que el Código de VÉLEZ trataba en las tres secciones del Libro Segundo, a saber: obligaciones (sección primera), hechos y actos jurídicos (sección segunda) y contratos (sección tercera), ha procedido a separar los contratos, formando con ellos un nuevo libro, el tercero, y en el segundo mantiene las obligaciones y los hechos y actos jurídicos, pero invierte el orden, colocando a éstos en primer lugar, para pasar después a ocuparse de las obligaciones.

Dedica el Capítulo II de la Sección Primera de este libro a «los actos jurídicos en general», manteniendo así la terminología usada por el Código de VÉLEZ, y el nuevo artículo 296 nos dice:

Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos.

Las omisiones que revistieren los mismos caracteres están sujetas a las reglas del presente título.

Advertimos, pues, que se continúa destacando como nota que tipifica al «acto jurídico», el «fin inmediato» perseguido por esa declaración de voluntad, lo que asimila esta norma a las vigentes en Argentina y Brasil.

7. LEGISLACIÓN PERUANA

7.1. El Código de 1852

El primer Código peruano carece de legislación que regule de manera especial la causa generadora, y al igual que la mayoría de los Có-

digos del siglo xix trata sólo de los contratos, o de los testamentos, y es necesario generalizar las normas allí contenidas para aplicarlas a los otros actos jurídicos.

7.2. El Código de 1936

En este cuerpo legal aparece por primera vez en la legislación peruana una normativa específica para los «actos jurídicos». Es cierto que no se agrupan todos los elementos de la relación jurídica en un Libro de Parte General, sino que se los encuentra dispersos a lo largo del Código, pero se produce un avance importante en esta materia.

En lo que respecta a la causa generadora de las relaciones jurídicas, es decir, los hechos y actos jurídicos, el Código limita su preocupación a estos últimos, tratados al comienzo del Libro V, que está dedicado a las Obligaciones. Redactó la Exposición de Motivos y actuó como ponente el Dr. Manuel A. OLAECHEA; de sus palabras se trasluce que era un ferviente «anticausalista», en especial cuando afirma que «la teoría de la causa es innecesaria, como lo revela el hecho de que este requisito haya sido eliminado por la técnica legislativa contemporánea», y esta posición lo lleva a no desarrollar de manera completa la teoría de los «hechos jurídicos» y reducirse en el artículo 1075 a establecer las condiciones que debe reunir el acto para ser válido:

Para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita, o que no esté prohibida por la ley.

Aparentemente, de acuerdo a lo dispuesto en la norma, no debería la ley ocuparse —en esta sección— de actos que no sean lícitos, o de simples hechos naturales. Sin embargo, como bien ha señalado la doctrina peruana, en los dos últimos títulos de la Sección Primera, se trata «De los actos ilícitos» y «De la prescripción extintiva», que no es la consecuencia de un mero acto del hombre, sino del transcurso del tiempo unido a una «inactividad». Además, queda en manos de la doctrina y la jurisprudencia, clasificar y caracterizar las distintas categorías de «actos jurídicos», distinguiendo los unilaterales de los bilaterales, los gratuitos de los onerosos, los formales y los no formales, etc.

Aunque, sin duda, entre las fuentes que tuvo en vista la Comisión al elaborar esta Sección, se encontraron los Códigos de Argentina y Brasil, en especial el artículo 82 de este último cuerpo legal, las convicciones anti causalistas del ponente lo llevaron a prescindir de toda mención al «fin jurídico inmediato», que es la característica diferencial del «acto jurídico», puesta de relieve en el artículo 81 del Código civil brasileño, y en el artículo 944 del Código de VÉLEZ.

Sin embargo, pese a estos defectos del texto legal, un destacado jurista peruano, Don José LEÓN BARANDIARÁN, no tardó en brindar marco adecuado a la concepción del «acto jurídico» en el ordenamiento peruano, explicando -a partir del propio artículo 1075- la existencia de diferentes categorías de hechos jurídicos, a los que prefería denominar «jurígenos», es decir, todos aquellos hechos que pueden actuar como «causa capaz de generar un efecto de derecho», donde el acto ilícito aparece como un tipo de «hecho jurídico», y el «acto jurídico» que, además de ser lícito, es fruto de una declaración de voluntad, destinada a producir el efecto jurídico querido por el agente, con lo que da entrada al «fin», que es el elemento tipificante del «acto jurídico», diciéndonos que:

El fin del acto jurídico es crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos.

Con este esfuerzo interpretativo el ilustre maestro peruano completa doctrinariamente la normativa vigente e integra de manera cabal el sistema peruano, en amplia coincidencia con las soluciones dadas por otros Códigos americanos, como lo hemos podido apreciar en esta rápida revista. Este importante aporte es reconocido por sus discípulos, uno de los cuales nos dice que «la interpretación que dejó sentada León Barandiarán... condujo a que se le diera al acto jurídico, en el sistema peruano, la más amplia significación».

7.3. El Código de 1984

El Código de 1984 introduce en esta materia novedades de importancia. En primer lugar independiza los «Actos jurídicos» de las obligaciones, y les destina todo el Libro Segundo, con diez secciones, entre las que ya no aparecerán ni los actos ilícitos, ni la prescripción. Esta nueva sistemática merece, sin duda, elogios; lo único que lamentamos es que no se haya encarado una legislación general de los «hechos jurídicos».

Además, el nuevo artículo 140, que reemplaza al artículo 1075 del Código de 1936, no se reduce, como este último, a mencionar los requisitos de validez de acto jurídico, sino que tomando como modelo a los artículos 944 del Código Civil argentino, y 81 del Código brasileño, da cabida al «fin jurídico» que se persigue en el acto, cuando habla de una «declaración de voluntad destinada» a producir determinados efectos, para continuar luego en la misma norma enumerando los «requisitos de validez». Nos parece conveniente reproducir de manera textual el artículo 140, que expresa:

El acto jurídico es una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de las formas prescriptas bajo sanción de nulidad.

Las otras normas contenidas en el primer título del Libro Segundo hacen referencia a las formas de manifestación de voluntad (expresa o tácita, artículo 141), y por el silencio (artículo 142).

7.4. Las reformas proyectadas

Los juristas peruanos continúan trabajando sin descanso en la búsqueda de soluciones legislativas que mejoren los textos vigentes. En la materia que nos ocupa las propuestas tienden a desdoblar el actual artículo 140 en dos normas, reducida la primera a brindar el concepto de acto jurídico, y la segunda a enumerar sus condiciones de validez, en cinco incisos.

En el primero de esos artículos se procura precisar que la manifestación de voluntad debe ser «libre», y quedaría redactado de la siguiente manera:

Artículo 140.- El acto jurídico es la **libre** manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

A continuación se procura afinar conceptos alrededor de las condiciones de validez del acto, que son enumeradas con mayor detalle, eliminando la referencia al objeto: «[...] por las dificultades que este requisito genera al ser uno de los conceptos más oscuros y confusos de los vinculados a los actos jurídicos».

Se expresa en ese texto:

Artículo 140-a.- Para la validez del acto jurídico se requiere:

1. Que el sujeto tenga plena capacidad de ejercicio, salvo los casos de excepción previstos en la ley, y esté legitimado para celebrarlo.
2. Que la relación jurídica sea lícita.
3. Que cuando recaiga sobre bienes, servicios o abstenciones, sean físicamente posibles, determinados o determinables, y susceptibles de tráfico jurídico.
4. Que su finalidad sea lícita.
5. Que se cumpla la formalidad que, bajo sanción de nulidad, establece la ley.

Personalmente no nos resulta convincente la reiteración de invocaciones a la «licitud» que se encuentra en los incisos 2 y 4, ya que el «acto» ni es, ni contiene en sí una «relación jurídica», sino que la «finalidad» del acto es precisamente establecer la mencionada «relación».

Se mejora, además, la factura del artículo 141, subdividiéndolo en cuatro incisos, de los cuales los tres primeros sistematizan mejor la regulación de las manifestaciones tácitas y expresas de voluntad, pero el cuarto introduce otros problemas algunos de los cuales se encuentra más bien vinculados con los vicios de la voluntad:

4. Se considera que falta la manifestación de voluntad cuando el sujeto emite la declaración sin propósito vinculante ostensible, sometido a violencia física o estando privado de discernimiento por una causa pasajera. También se considera falta de manifestación de voluntad la reserva mental y la intención no declarada.

Pensamos que estos supuestos de hecho deberían ubicarse en norma separada, y que resulta innecesaria la invocación de la «violencia física», porque en el artículo 140 se ha acentuado que la voluntad debe ser «libre», requisito que faltaría si media violencia, y no sólo física, sino también moral, o intimidación.

Se proponen también interesantes modificaciones a los Títulos II (formalidades), III (representación) y IV (interpretación), que no hemos de detallar porque excederían el marco que hemos establecido para este trabajo.

8. LA PARTE GENERAL EN LA LEGISLACIÓN

Es cierto que algunos juristas, como Ionescu, han criticado la adopción en los códigos de una Parte General, inclinando su preferencia por los simples títulos introductorios o preliminares. Por nuestra parte, nos hemos pronunciado a su favor, realizando un estudio sobre la evolución del problema en el terreno legislativo.

Se persigue con ello dos fines fundamentales: 1.º) Metodológico, armonizar las disposiciones relativas a los elementos esenciales de toda relación jurídica, evitando repeticiones inútiles, contradicciones o lagunas, pues si no existe una legislación general deben repetirse dichas normas al tratar de cada institución; 2.º) Pedagógico, facilitar el estudio de estas disposiciones.

Evidentemente nosotros creemos que, en el dominio de la legislación, la razón metodológica es de mayor importancia que la pedagógica, porque, a pesar de la opinión expresada por Vélez Sársfield en el mencionado oficio de remisión, el Código no debe ser redactado «para formar sobre él libros elementales de enseñanza», sino atendiendo a la mejor técnica legislativa.

En atención a las ventajas que proporciona esta sistematización de principios —en el estado actual de la ciencia del derecho— la mayoría de

los autores consideran necesario que los Códigos vayan precedidos de un libro de Introducción o Parte General.

Sin embargo, las opiniones no son absolutamente coincidentes y en el campo legislativo encontramos Códigos modernos que no contienen la llamada Parte General; verbigracia, el Código Civil de Italia de 1942, el Código Civil peruano de 1936, y el actual de 1984, el Código Civil de Venezuela de 1942, el Código etíope de 1960, y el nuevo Código holandés, que fue reemplazando por partes al anterior, completando la labor de renovación casi al finalizar el siglo xx. Hasta en la propia Alemania existió en determinado momento un movimiento de revisión del B.G.B., tendiente a reemplazarlo por lo que se denominó Código Popular, en el que se suprimía la Parte General sustituyéndola por unas «reglas fundamentales».

Desde otro punto de vista se ha dicho que la Parte General es una abstracción propia de la escuela pandectista germana, que compromete la unidad de pensamiento que existía en el seno de los derechos romanistas, marcando un divorcio entre la ciencia jurídica francesa y la alemana, que dificulta a los estudiosos formados en una de esas escuelas, la comprensión de las teorías elaboradas por la otra.

Estas críticas se han escuchado incluso en países que se han dado Códigos que adoptaban el sistema de una Parte General. Por ejemplo, en Polonia suscitó algunas dudas la creación de una Parte General «porque conducía a concebir de manera muy abstracta numerosos problemas», lo que sucedería especialmente «con las disposiciones sobre actos jurídicos», pero, la comisión redactora del Código se inclinó por incluir una Parte General porque existía en Polonia Popular cierta tradición porque en 1950 se habían adoptado ya reglas de carácter general y no se encontraban razones convincentes para apartar de ese antecedente, a lo que se agregaba, como motivo decisivo, que el Código era una superestructura, ya que existían terrenos que no se incluían en él, cuya interpretación resultaría más fácil si se contaba con esas reglas de carácter general.

En Portugal, por su parte, pocos años después de la vigencia del nuevo Código, el profesor MOTA PINTO, aunque considera aceptable que se utilice el concepto de relación jurídica de manera sistemática, más adelante se hace eco de voces que consideran que la noción de relación jurídica como base del Derecho Civil es antihumanista, porque «sumerge a la persona humana en una noción formal y abstracta del sujeto de la relación jurídica» y luego considera que el concepto de «negocio jurídico», si bien es útil para los actos jurídicos patrimoniales entre vivos, resulta insuficiente para los negocios personales (matrimonio, emancipación, adopción), como también en lo relacionado con el derecho de sucesiones.

Consideramos que estas críticas no tienen importancia fundamental, pues la ventaja que resulta de agrupar los principios generales de la relación jurídica es mayor que los inconvenientes que pretenden señalar, ya que -repetimos- se evitan de esta manera repeticiones, contradicciones y lagunas.

A pesar de esta opinión nuestra, nos parece un deber señalar que en Argentina el pensamiento de VÉLEZ SÁRSFIELD, al apartarse de FREITAS y no comenzar el Código con un libro de Parte General, parece haber coincidido totalmente con el enunciado algún tiempo después en Suiza por Huber, ya que en nuestro Código se han reunido las materias de manera similar a la que luego adoptó el legislador suizo.

Por su parte BIBILONI, en el Anteproyecto, legisla sobre el Derecho de Familia en el Libro Primero, porque considera que «hay afinidad entre el estado, capacidad especial y la capacidad general de las personas».

9. LA PARTE GENERAL EN LA ENSEÑANZA. SU NECESIDAD

Si bien es cierto que en el campo legislativo puede discutirse la necesidad o conveniencia práctica de legislar en un solo libro sobre los temas de Parte General, y que —como hemos expresado— para solucionar dichos problemas debe darse preeminencia a la razón metodológica sobre la pedagógica, atendándose a lo que se considere mejor técnica legislativa, no ocurre lo mismo cuando debe confeccionarse un programa de estudio.

Al encarar el problema de la enseñanza de una asignatura es evidente que el maestro debe procurar encontrar los métodos pedagógicos más adecuados para facilitar a sus alumnos el aprendizaje. Hemos dicho ya, y lo repetimos una vez más, que es necesario impartir los conocimientos en forma gradual y progresiva. El estudiante debe, pues, entrar primeramente en contacto con aquellos elementos que son comunes a todas las instituciones, cuyo conocimiento previo resulta indispensable y, precisamente, dichos elementos —constitutivos de todas las relaciones jurídicas— son los que se estudian en la Parte General.

Resultaría imposible efectuar el estudio de las obligaciones, de los contratos, de los derechos reales o del derecho de familia sin tener, por ejemplo, noción alguna del sujeto del derecho, de su capacidad o incapacidad, etc.

Si empleamos un método de enseñanza racional, no podemos prescindir de esta sistematización de conceptos, y el alumno debe entrar en contacto con ellos antes de comenzar el estudio de las instituciones. No interesa en absoluto que los Códigos hayan o no legislado sobre la Parte General ya que aquí, como decía el doctor Pedro León, no estamos colo-

cados propiamente en el terreno legislativo, sino en el terreno de la lógica jurídica «mediante la cual se trata de extraer aquellos conceptos que tienen un contenido fundamental en el Derecho Civil».

Esta necesidad de sistematizar los elementos comunes de la relación jurídica e impartir sus enseñanzas en un curso de Parte General, ha sido comprendida hasta en países como FRANCIA, cuyo Código —como sabemos— no sólo no tiene una Parte General, sino que por el contrario, frecuentemente, al legislar sobre algunos de estos elementos que son comunes a todas las relaciones jurídicas, pareciera restringir su ámbito de aplicación al campo de las obligaciones o de los contratos.

Refiriéndose a este problema nos dice Henri CAPITANT, que «la utilidad de la Parte General es indiscutible» y que cree que «dicho método hará menos difíciles los primeros pasos de los jóvenes estudiantes en el árido dominio del Derecho Civil donde, hasta ahora, penetraban bruscamente, encontrándose de inmediato en contacto con los textos, sin haber recibido una imagen de conjunto del organismo que debían estudiar en sus diferentes partes».

Esta opinión resulta sumamente valiosa ya que CAPITANT ha debido quebrar una tradición para innovar en los métodos de enseñanza de su país, pero esta reacción responde a una necesidad lógica indiscutible. Hasta en países como Francia, cuyo Código —repetimos— no contiene una Parte General, la cátedra ha advertido la necesidad de suministrar a los alumnos estas nociones preliminares «cuyo conocimiento es la preparación natural para el estudio de las diferentes instituciones del Derecho Civil». Esas líneas fueron escritas en octubre de 1897.

Un camino similar han adoptado casi todas las facultades de Derecho de los países que cuentan con un sistema codificado.

En conclusión, estamos firmemente convencidos de la necesidad imprescindible de incluir en los programas de estudio un curso de Parte General, que quizás debería llamarse con mayor exactitud «Teoría General de la relación jurídica».

10. CUBA Y LA PARTE GENERAL

10.1. Enseñanza

Lamentablemente este capítulo será insuficiente porque carecemos de medios para saber desde que momento se comenzó a enseñar Parte General del Derecho Civil como asignatura independiente en la Universidad de la Habana, y el único dato fehaciente con que contamos sobre el

hecho de que en la actualidad figura en el Plan de Estudios de la Universidad de La Habana, es el que nos brinda la Dra. Olga MESA CASTILLO en el Prólogo de la obra «*Derecho Civil - Parte General*», cuando nos dice:

Parecería imposible escribir sobre la llamada Parte General del Derecho Civil, dentro de la vida académica universitaria en Cuba, sin mentar como antecedente la conocida obra en cinco tomos sobre esta materia [...] del Profesor de Mérito Tirso Clemente Díaz [...].

Para agregar más adelante que a los esfuerzos se debió:

[...] el surgimiento o resurgimiento entre nosotros de la llamada Parte General y Persona del Derecho Civil como materia independiente de la asignatura Teoría General del Estado y el Derecho, donde estaba subsumida en el Plan de Estudios A.

La profesora MESA CASTILLO agrega que «tuve el alto honor de colaborar con él (profesor Tirso CLEMENTE DÍAZ), en este rescate en el llamado Plan de Estudios B».

De las palabras de este Prólogo podemos deducir que con anterioridad la asignatura ya había existido en los planes de estudio de la Facultad de Derecho de la Habana, pero no podemos determinar cuando apareció, ni cuando desapareció. Ya que sólo hay la reproducción de un informe elaborado por el Profesor Tirso CLEMENTE DÍAZ sobre la evolución del estudio del Derecho en la Universidad de la Habana, en el que se dice:

[...] en el período de la República neo-colonial, se impartió primeramente en dos asignaturas, Derecho Civil I y II, posteriormente en tres que se cursaban diariamente. Ya en la década del 40 en seis asignaturas conforme al Plan SAVIGNY, que se impartían en días alternos.

Lo importante es que mucho antes de que el nuevo Código de 1987 regulara con detenimiento los elementos de la “relación jurídica”, que conforman el contenido específico de la llamada Parte General, los docentes cubanos habían comprendido la importancia de esta asignatura y, cuando todavía estaba vigente el Código español, que carece de una Parte General, la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana dedicaba al tema una asignatura específica.

10.2. Legislación. Proyectos anteriores y el Código de Cuba

Hemos visto ya que en Cuba mantuvo vigencia el Código Civil español de 1889, ya que así lo dispusieron las autoridades de ocupación estadounidenses después de la guerra con España, situación que se mantuvo al obtener Cuba su independencia.

De ese período tenemos noticias, por un excelente trabajo del Prof. PÉREZ GALLARDO que antes de la revolución hubo dos intentos de brindar a Cuba un Código Civil propio, a los que consideramos necesario referirnos porque se vinculan con la materia que estamos estudiando. En el mencionado trabajo PÉREZ GALLARDO menciona un estudio de Egusto CLAVIJO AGUILERA, publicado en 1991 en la Revista Cubana de Derecho, que hemos podido consultar parcialmente en internet.

Los primeros esfuerzos los realiza el profesor Mariano ARAMBURO y MACHADO que propone 14 bases para el Código y es conveniente destacar que la base segunda contiene el Plan al que debería ajustarse el Proyecto de Código que se tenía que elaborar y encontramos allí una primera novedad, que no hemos visto en ningún otro código: en lugar de denominar a ese libro primero como «Parte General», se le llama «De los elementos de la relación jurídica».

A nuestro criterio este novedoso cambio en la nomenclatura es muy acertado y su importancia es que se proyectará luego en otro proyecto, el de SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y SIRVÉN, y terminará siendo consagrado en el código hoy vigente.

Posteriormente el mismo profesor integrará una Comisión nacional de codificación y en 1919 publicará un «Proyecto de Código civil cubano», cuyo libro primero, que constaba de 422 artículos, recibía el nombre de «Elementos de la relación jurídica».

Desde nuestra cátedra en la Universidad de Córdoba hemos sostenido en distintas oportunidades que la asignatura denominada Parte General del Derecho Civil, abarca en realidad un campo mucho más extenso, pues en realidad es una verdadera «Teoría de la relación jurídica» y ésa debería ser su verdadera denominación.

No tenemos en nuestras manos un texto que explique las razones que impulsaron al profesor ARAMBURO y MACHADO a adoptar esa denominación, tan ajustada a la verdad científica que la inspira, que en el fondo coincide con el pensamiento del brasileño FREITAS, cuando proponía independizar la materia y formar con ella un Código General, que precediese a toda la codificación del derecho privado.

Años después otro gran jurista cubano, Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, cuyo nombre es mundialmente conocido por su Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, elaboró también un Proyecto de Código civil para Cuba, del que dan cuenta PÉREZ GALLARDO y CLAVIJO AGUILERA, proyecto que fue publicado en La Habana en 1940, pero del que no contamos con su texto.

Finalmente en 1940 hubo un proyecto de adaptación del Código entonces vigente, para que reflejase las modificaciones de que había sido objeto en el transcurso del tiempo, que tampoco hemos podido conocer. Ese proyecto fue remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso, pero no tuvo tratamiento.

Llegamos así al Código vigente que adopta como título para su primer libro el de «Relación jurídica». Si nos dedicásemos ahora a analizar el contenido de ese libro esta nota resultaría excesivamente extensa, por lo que debemos finalizarla limitándonos a señalar dos cosas; en primer lugar el acierto de la elección de esa denominación y, en segundo lugar, que al ocuparse del elemento causa ha preferido hablar de «acto jurídico», para los actos jurídicos en que se persigue un fin inmediato, lo que es una tradición americana que nace en el Esboço de FREITAS y se proyecta en los Códigos de Argentina, Paraguay, Perú y el de Brasil de 1917, en lugar de hablar de «negocio», al estilo de Europa. Siempre hemos sostenido que el empleo de «acto jurídico», incluso definiendo su contenido, es muy superior a la imprecisa denominación de negocio.

Por supuesto que por tratarse de un sistema de derecho socialista es lógico que el artículo 49 del Código cubano exprese que «produce los efectos dispuestos por la ley», restando importancia a la autonomía de la voluntad, pero el análisis de ese problema es un tema que debemos dejar para otra oportunidad.

La novación legal

*Felipe Osterling Parodi*¹

*Mario Castillo Freyre*²

SUMARIO: 1. *Consideraciones generales.* 2. *Clases de novación legal.* 2.1. *Novación legal que opera de pleno derecho.* 2.1.1. *Inicio de la persona jurídica. Actos celebrados en su nombre con anterioridad a su inscripción*

-
- 1 Felipe OSTERLING PARODI, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.
 - 2 Mario CASTILLO FREYRE, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Cate-drático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com

registrar. 2.1.2. Pérdida del derecho a utilizar el plazo. 2.1.3. Derecho a acrecer del colegatario. 2.1.4. Carácter en que se heredan las obligaciones solidarias. 2.1.5. Efectos de la insolvencia de un codeudor. 2.1.6. Pago con títulos valores. 2.1.7. Pago con subrogación legal en las obligaciones indivisibles y solidarias. 2.1.8. Pago indebido y supuesto de enajenación del bien recibido con mala fe. 2.1.9. Carácter en que se hereda la cláusula penal solidaria y divisible. 2.1.10. Modificación de los términos contractuales en virtud de disposiciones legales posteriores. 2.1.11. Garantía de cumplimiento de la obligación del deudor por parte del cedente de su posición contractual. 2.1.12. Contrato en favor de tercero en el cual el estipulante puede exigir a su favor el beneficio pactado en el contrato. 2.1.13. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la celebración de un futuro contrato de compraventa, que se transforma en una compraventa propiamente dicha. 2.1.14. Arrendamiento de bien ajeno transformado en una promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la futura celebración de un contrato de arrendamiento. 2.1.15. Efectos de la enajenación del bien prestado, por parte de los herederos del comodatario. 2.1.16. Supuesto de depósito irregular. 2.1.17. Reemplazo del fiador en caso de insolvencia. 2.1.18. Prescripción extintiva. 2.2. Novación legal que opera en virtud de resolución judicial. 2.2.1. Ampliación y modificación de los fines de una fundación. 2.2.2. Supuesto de afectación de los bienes de una fundación no inscrita. 2.2.3. Efectos de la declaración de quiebra de uno de los cónyuges. 2.2.4. Separación de cuerpos. Efectos. 2.2.5. Adopción. 2.2.6. Cambio en la forma de la prestación alimenticia. 2.2.7. Efectos de la declaración de indignidad para suceder. 2.2.8. Posibilidad de sustitución de la prenda. 2.2.9. Autorización judicial para vender el bien pignorado por deterioro del mismo. 2.2.10. Efectos de la pérdida o deterioro del bien hipotecado. 2.2.11. Indemnización de daños y perjuicios derivada de causa imputable al deudor. 2.2.12. Posibilidad de solicitar la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación, por excesiva onerosidad. 2.2.13. Indemnización equitativa en caso de daño causado por persona incapaz.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como bien sabemos, las obligaciones pueden nacer de la voluntad o de la ley, existiendo, en este último caso, numerosos preceptos que generan relaciones obligacionales al margen de la voluntad y que incorporan, sin duda, casos de novación legal que operan de pleno derecho o en virtud de resolución judicial.

No obstante estos principios incontrovertibles, la doctrina omite tratar sobre la novación legal, sea de pleno derecho o a mérito de una declaración judicial. En tal sentido, no existe sustento que permita confrontar opiniones.

Tal vez lo que determina ese silencio sea la ausencia, en estos casos, del *animus novandi*, considerado como uno de los requisitos de toda novación, bajo la premisa de que esa exigencia es privativa de la voluntad de los intervinientes¹.

1 Incluso uno de los autores, en un anterior trabajo (CASTILLO FREYRE, Mario. *Los contra-*

La presencia del *animus novandi*, sin embargo, no se desprende del artículo 1277 del Código Civil peruano, norma que se limita a señalar que por la novación se sustituye una obligación por otra; y que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitadamente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Antes de analizar la novación legal en el Código Civil Peruano, debemos anotar algunas consideraciones de importancia.

Como se percibe del estudio de la novación, la doctrina se refiere exclusivamente a la novación voluntaria.

La novación legal —a entender nuestro— siempre ha existido. De ella, sin embargo, no ha tratado ni la citada doctrina ni la legislación de los diversos países correspondientes a nuestra tradición jurídica.

Dentro de tal orden de ideas, estimamos imprescindible señalar que, si bien es cierto que la mayoría de efectos de la novación voluntaria se generan por igual en la novación legal —ya opere ésta de pleno derecho o en virtud de resolución judicial—, uno de ellos no se produce. Se trata de la extinción de las garantías correspondientes a la obligación original, lo que equivale a decir que, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación legal sí se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Si se aplicara ciegamente el artículo 1283 citado a los casos de novación legal, ello podría generar graves perjuicios al acreedor, que vería extinguidas las garantías que cautelaban sus derechos, sin su asentimiento para que operara tal extinción.

Sostenemos esta tesis porque con frecuencia la novación legal opera al margen de la voluntad de las partes, y extinguir garantías, en estas circunstancias, conduciría a situaciones no sólo injustas sino absurdas.

Por tales razones y en el entendido de que el artículo 1283 del Código Civil ha sido concebido privativamente para la novación voluntaria, es que exceptuamos su aplicación a la novación legal.

tos sobre bienes ajenos, pp. 167 y 168. Obra editada con el auspicio del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología del Perú (CONCYTEC). Lima, 1990), analizando un artículo del Código Civil, llegó a la conclusión de que al no estar presente «el elemento volitivo, indispensable para la constitución del contrato de novación...», se inclinaba por negar la existencia de la novación legal.

No obstante, en una investigación posterior (CASTILLO FREYRE, MARIO. *El bien materia del contrato de compraventa*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, vol. XIII, pp. 315-318) opinó lo contrario, concluyendo en la posibilidad de la existencia de la novación legal.

Aquí deseamos dejar expresa constancia que acogemos los mismos criterios, esto es que las garantías se mantienen, cuando la prestación es posible, pero ante la inejecución el acreedor opta por la vía de los daños y perjuicios. Esta circunstancia resulta contundente para sostener que en la novación legal no opera la extinción de las garantías. La opinión contraria resultaría arbitraria y susceptible de generar las mayores injusticias. Y aunque la doctrina consultada no aborda el tema, nadie podría sostener razonablemente que cuando se opta por la vía indemnizatoria las garantías se perjudican.

Por lo demás, antes de ingresar al estudio de los casos en que la novación legal opera de pleno derecho o por resolución judicial, debemos establecer algunas reglas que, en opinión nuestra, precisan tenerse en consideración.

En primer lugar, estaremos ante supuestos de novación legal sólo en aquellas hipótesis en que la sustitución de una obligación por otra se produce en virtud de un mandato legal, aun cuando la causa fuente de la obligación originaria fuese la voluntad humana.

Luego, no habrá novación legal cuando ante la imposibilidad absoluta de cumplimiento de una obligación, por haberse extinguido la prestación, o por haberse declarado rescindido o resuelto el contrato, la ley establezca determinadas consecuencias a través de la creación de nuevas obligaciones, como la de pagar una indemnización por daños y perjuicios. Este sería el caso, por citar un solo ejemplo, del deudor que se obliga a entregar a su acreedor un bien cierto, el cual se pierde —antes de su entrega— por culpa de dicho deudor. En esta eventualidad, en virtud a lo establecido por el primer párrafo del inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil, la obligación del deudor queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Se presentará un supuesto de novación legal, cuando la obligación originaria no se hubiese extinguido, pero por resultar inútil al acreedor, el deudor —por mandato de la ley— se encuentre obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios en sustitución al pago de la obligación originaria. Por ejemplo, la hipótesis del deudor en mora cuyo incumplimiento acarrea que el acreedor pierda interés en la prestación por resultarle inútil. En este caso, el acreedor podría recurrir a la vía de la resolución del contrato, reclamando (en lugar de aquella prestación que se le debía) el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, se produce novación legal cuando, resultando aún existente y útil la prestación, el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Por otra parte, no estaremos ante una novación legal, cuando la ley estatuye un principio supletorio de la voluntad de los contratantes, vale decir, cuando, a falta de previsión por las partes, deba aplicarse una disposición determinada. Este sería el caso previsto por el artículo 1238 del Código Civil, según el cual el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Para estos efectos también podríamos citar lo dispuesto por el artículo 1240, en el sentido de que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación, y lo prescrito por el artículo 1241, que establece que los gastos ocasionados por el pago son de cuenta del deudor, salvo pacto en contrario.

No habrá novación legal, en fin, cuando la ley prevea como opción para alguna de las partes la posibilidad de sustituir alguno de los elementos accesorios de la obligación originaria. Sería el caso, por ejemplo, de lo establecido por el artículo 1239 del Código Civil, al prescribir que, si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo; aplicándose igual regla respecto al deudor cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

2. CLASES DE NOVACIÓN LEGAL

2.1. Novación legal que opera de pleno derecho

El Código Civil Peruano contempla numerosos supuestos de novación legal que operan de pleno derecho, los mismos que pasamos a analizar².

2.1.1. *Inicio de la persona jurídica. Actos celebrados en su nombre con anterioridad a su inscripción registral*

El artículo 77 del Código Civil presenta un supuesto de novación legal subjetiva, pudiendo darse por cambio de acreedor o de deudor, según fuese el caso, pues la norma establece que la existencia de la persona ju-

2 Por la naturaleza de este estudio dejaremos de lado la novación legal en otras áreas del Derecho, para analizar únicamente los casos más visibles y representativos previstos por el Código Civil, sin que dicha enumeración signifique, en modo alguno, agotar los supuestos que acoge la ley civil.

rídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. Y agrega que la eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.

Esto significa que en tanto no se inscriba la persona jurídica y se ratifiquen los actos previos practicados, los sujetos de las obligaciones contraídas en su nombre (ya sea en calidad de acreedores o de deudores) serán aquellas personas que los hubieran celebrado, con responsabilidad solidaria en el caso de los deudores.

Pero, si la persona jurídica se inscribe en el Registro y se ratifican los actos previos, los deudores o acreedores dejarán de ser sujetos de la relación obligacional, sustituyéndose en tales prestaciones la persona jurídica, lo que origina novación.

2.1.2. Pérdida del derecho a utilizar el plazo

De acuerdo con el artículo 181, inciso 3, del Código Civil, el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando las garantías desaparecieren por causa no imputable al deudor, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

Dicha hipótesis determina la supresión del plazo estipulado, de suerte que, si el deudor ha contraído una obligación modal — producido el supuesto de hecho de la norma —, en lo sucesivo adeudará una obligación pura y simple, cuyo pago sería exigible inmediatamente (argumento del artículo 1240 del Código Civil).

Este supuesto de novación legal se producirá, entonces, por sustituirse — en virtud de un mandato legal — una obligación modal (sujeta a plazo) por otra pura y simple.

2.1.3. Derecho de acrecer del colegatario

De acuerdo con lo previsto por el artículo 775 del Código Civil, cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes o en partes iguales, y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, ésta acrecerá las partes de las demás.

Aquí debemos recordar el artículo 660 del mismo Código, cuando preceptúa que, desde el momento de la muerte de una persona, los bie-

nes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. No existe pues la *res nullius*, generando efectos la sucesión del legado desde el instante mismo del fallecimiento del causante.

En tal sentido, al ser todos los legatarios acreedores de la sucesión, si nos encontrásemos ante el supuesto contenido en el artículo 775, aquellos colegatarios que hubiesen aceptado el legado se verían beneficiados, pues acrecerían sus partes, en la eventualidad de que otro u otros de los colegatarios no quisieran o no pudieran recibirlo.

Dentro de ese orden de ideas, y respecto a los colegatarios beneficiados por el derecho de acrecer, diríamos que el objeto de las obligaciones de las que son acreedores sufriría una novación de carácter legal, al transformarse en una prestación distinta, por ser mayor, y singularmente porque el legatario sucedió, pero al no querer o no poder recibir su parte, se genera novación de esta obligación en favor de los otros colegatarios.

2.1.4. Carácter en que se heredan las obligaciones solidarias

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1187 del Código Civil, si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia; aplicándose regla similar si fallece uno de los acreedores solidarios.

En estos casos nos encontraremos ante supuestos de novación legal objetiva, ya que varía, en virtud a lo prescrito por el citado numeral, el carácter de la obligación con pluralidad de sujetos, la misma que, de ser solidaria, pasa a ser mancomunada para los herederos del deudor o acreedor que hubiese fallecido.

Estimamos que este cambio resulta fundamental para considerar que ha habido novación objetiva en relación a las personas mencionadas.

2.1.5. Efectos de la insolvencia de un codeudor

Prescribe el artículo 1204 del Código Civil que, si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación. Y agrega que, si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.

Si apreciamos la relación interna entre los diversos codeudores, observaremos que la insolvencia de uno de ellos determinaría que la deuda que finalmente es asumida por cada uno de los otros termine siendo de monto mayor. En este caso, resulta evidente que se habría configurado una novación objetiva derivada del mandato de la ley.

No obstante, podría sostenerse además que también se trataría de una novación subjetiva por cambio de deudor, en la medida en que, respecto a la porción del insolvente, se habría producido en la práctica un cambio de los sujetos obligados, pues la referida insolvencia deberá ser asumida por los codeudores solventes. Sin embargo, podría argumentarse en contrario aduciendo que tal situación se mantendría en la medida en que subsistiera la insolvencia del deudor, pues al momento en que dejara de encontrarse en dicha situación y contara con patrimonio suficiente, sus codeudores (y ahora acreedores en virtud de la subrogación legal establecida por el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil) podrían cobrar aquellos montos pagados en lugar del insolvente.

2.1.6. Pago con títulos valores

De conformidad con el artículo 1233 del Código Civil, la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

Cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor, la obligación primitiva y la obligación cambiaria que originan tales documentos, antes de perjudicarse, se extinguen por la creación de la obligación que nace de los documentos perjudicados. En tal sentido, se habrá producido novación.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios que, en anterior estudio, efectuamos al analizar el artículo 1233³.

2.1.7. Pago con subrogación legal en las obligaciones indivisibles y solidarias

De acuerdo con el artículo 1263 del Código Civil, en los casos del artículo 1260, inciso 1, el subrogado (de obligación indivisible o solidaria) está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, pero sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda.

Como se recuerda, el artículo 1263 está destinado a disipar la posibilidad de que opere la teoría de los círculos concéntricos en los supuestos

3 OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, Primera Parte, vol. XVI, tomo IV, p. 476.

de subrogación legal de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.

En tal sentido, por mandato de la ley se quiebra la indivisibilidad o solidaridad (según sea el caso), transformándose la obligación, en el campo de las relaciones internas entre los codeudores, en divisible o mancomunada.

2.1.8. Pago indebido y supuesto de enajenación del bien recibido con mala fe

El principio general de pago indebido previsto por el artículo 1267 del Código Civil prescribe que quien por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien lo recibió.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1270, si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, de acuerdo a lo prescrito por el segundo párrafo del numeral 1270, en caso que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.

Consideramos que la hipótesis del segundo párrafo del artículo 1270 constituiría un supuesto de novación objetiva, toda vez que la obligación de devolver el bien se transformaría, por mandato de la ley, en una nueva obligación: la de devolver su valor.

2.1.9. Carácter en que se hereda la cláusula penal solidaria y divisible

De conformidad a lo prescrito por el artículo 1349 del Código Civil, si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.

En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia.

Se trata de un supuesto de novación objetiva, en la medida en que se transforma la naturaleza fundamental de la obligación con pluralidad de sujetos, la misma que se convierte de solidaria en mancomunada; y es legal, pues opera en virtud de lo dispuesto por el propio artículo 1349 del Código Civil.

2.1.10. Modificación de los términos contractuales en virtud de disposiciones legales posteriores

El artículo 1355 del Código Civil dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Algunos juristas interpretaban que este artículo, que recién habría sido anticonstitucional en virtud de lo previsto por el numeral 62 de la Constitución de 1993, franqueaba la posibilidad de que las estipulaciones contractuales fuesen modificadas por normas legales que se expidieran en el futuro.

Naturalmente que de haber sido exacta tal interpretación, no todas las disposiciones de esta naturaleza hubieran determinado que se configurasen supuestos de novación, sino sólo aquellas que hubiesen introducido modificaciones sustanciales en las obligaciones nacidas de los contratos.

Tendríamos ejemplos notables de novaciones legales originadas por esa interpretación, tales como los casos de prórroga de plazos de contratos de arrendamiento de inmuebles o de congelamiento de la renta de los mismos, supuestos que, sin lugar a dudas, constituían novaciones objetivas de carácter legal.

2.1.11. Garantía de cumplimiento de la obligación del deudor por parte del cedente de su posición contractual

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 1438 del Código Civil, es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador.

El mencionado supuesto es uno de novación legal, en la medida en que el cedente que garantiza tal cumplimiento no ha celebrado contrato de fianza con el tercero-cesionario. Sin embargo, la ley le impone no las obligaciones propias del pacto celebrado, sino las que resultan inherentes a un fiador.

2.1.12. Contrato en favor de tercero en el cual el estipulante puede exigir a su favor el beneficio pactado en el contrato

El numeral 1460 del Código Civil prevé que si el tercero no acepta hacer uso del derecho, el estipulante puede exigir el beneficio en su favor.

En el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona (argumento del artículo 1457, primer párrafo, del Código Civil). Resulta claro que el acreedor de dicha prestación será el tercero —si éste desea beneficiarse con la misma— y no el estipulante.

En virtud de la norma consignada en el artículo 1460 del Código Civil, se produce una novación legal subjetiva por cambio de acreedor, pues el tercero deja de ser acreedor y el estipulante pasa a convertirse en beneficiario (acreedor).

2.1.13. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la celebración de un futuro contrato de compraventa, que se transforma en una compraventa propiamente dicha

El artículo 1537 del Código Civil establece que el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472; en tanto que el artículo 1538 señala que, en el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en razón del mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario.

Consideramos que el numeral 1538 constituye un supuesto de novación legal objetiva por cambio de título.

Por ese precepto se novan legalmente las obligaciones de las partes, sustituyendo el contrato mismo, ya que antes se trataba de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero y ahora de un contrato de compraventa.

A mérito de la adquisición del bien por el promitente entraría en juego el supuesto del artículo 1538, y así ya no estaría obligado a hacer que ese tercero transfiera la propiedad del bien al promisorio, sino a transferírselo él mismo.

Pero no sólo se habría novado la obligación del promitente respecto del promisorio, sino también la de este último respecto de aquél, ya que no deberá pagar una contraprestación derivada de la obligación del tercero o de la efectiva transferencia de propiedad del bien: el promisorio tendría la obligación de pagar el precio del bien al promitente, pues éste ya no estaría obligado a ejecutar una obligación de hacer (la ya señalada), sino a transferir efectivamente la propiedad del bien al promisorio.

Manuel de la Puente⁴, refiriéndose a la naturaleza jurídica del artículo 1538, señala lo siguiente:

Se trata aquí de un caso de conversión legal, en virtud de la cual el contrato innominado a que se refiere el artículo 1537 del Código Civil, que no es la promesa de la

4 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, Primera Parte, tomo III, pp. 441 y 442.

obligación o del hecho de un tercero pese a estar regido por las reglas de este contrato, se transforma automáticamente en un contrato con obligación de transferir la propiedad de bien propio (que eventualmente puede ser una compraventa), sin necesidad de celebrarse un segundo contrato.

Pensamos que, al aludir a la conversión legal, De la Puente pudo haberlo hecho en dos sentidos:

- i) En el sentido lato de la palabra, vale decir, a la mutación de una cosa en otra, lo que equivale a transformar la figura contemplada en el artículo 1537 (que para nosotros es una de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y para De la Puente un contrato innominado) en una compraventa.

Por nuestra parte, consideramos admisible esta interpretación, pero fuera del ámbito estrictamente jurídico, ya que el término “conversión” en este campo tiene otro significado.

- ii) En el sentido jurídico de la palabra, vale decir, entendida como una causal de convalidación de los actos jurídicos nulos.

Para aclarar conceptos debemos hacer un poco de historia.

En la elaboración del Código Civil Peruano de 1984, que derogó al Código de 1936, hubo una Ponencia sobre el Libro de Acto Jurídico de los Doctores José LEÓN BARANDIARÁN y Jorge VEGA GARCÍA, respecto de la cual se redactó una Ponencia sustitutoria por la Doctora Susana ZUSMAN TINMAN y el Doctor Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE. En el Título Sexto de esta Ponencia, referida a la convalidación de los actos jurídicos, Capítulo I, se trataba acerca de la conversión.

Por el artículo 38 se definía a la conversión de la siguiente manera:

Artículo 38.- El acto jurídico que sea nulo según el tipo de acto en que fue celebrado, puede adquirir validez mediante su conversión a un tipo distinto, respecto del cual tenga los requisitos de esencia y forma, siempre que la finalidad perseguida por las partes permita suponer que ellas la habrían querido si hubieran podido prever la nulidad del acto que celebraron.

En la Exposición de Motivos de dicho artículo, ZUSMAN y DE LA PUENTE⁵ expresan los fundamentos de su Ponencia y las características que debe reunir un acto jurídico para que le sea aplicable la figura de la conversión.

5 Ministerio de Justicia - Pontificia Universidad Católica del Perú. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Lima, 1980, tomo II, pp. 76-78.

Exigencia fundamental de la conversión es que el acto celebrado por las partes sea nulo. Pero ese supuesto no encuadra dentro del ámbito del artículo 1537, ya que esta norma presupone un acto plenamente válido, celebrado con el conocimiento de ambas partes acerca del carácter ajeno del bien.

Por no presentarse el requisito esencial para que opere la conversión, ninguno de los otros cuatro presupuestos señalados por los Ponentes del Anteproyecto sustitutorio del Libro de Acto Jurídico serían aplicables.⁶⁶

Por ello, rescataríamos el primer criterio interpretativo del artículo 1538 esgrimido por DE LA PUENTE y descartaríamos el segundo, por no corresponder al presupuesto del artículo 1537.

Esto nos conduce a ratificarnos en que el artículo 1538 constituye un supuesto de novación legal por cambio de título y no una conversión legal (en sentido jurídico).

2.1.14. Arrendamiento de bien ajeno transformado en una promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la futura celebración de un contrato de arrendamiento

El artículo 1671 del Código Civil prescribe que, si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472.

Consideramos que esta norma tiene una deficiente redacción, en la medida en que establece expresamente que si el arrendatario sabía que el bien era ajeno (supuesto frecuente sería también el que ambos contratantes supiesen que el bien era ajeno), el contrato de arrendamiento que ambas partes han deseado celebrar, no se regiría por las normas propias del contrato de arrendamiento, sino que se constituiría, en virtud del artículo bajo comentario, en un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, situación que, además de ser incongruente con las obligaciones nacidas de un contrato de arrendamiento (que es precisamente

6 Tales requisitos son, a saber:

- Que el acto nulo reúna los requisitos y elementos esenciales para la validez del nuevo acto.
- Que si hipotéticamente las partes hubieran conocido la nulidad del tipo de acto jurídico que celebraron, habrían querido y habrían celebrado el nuevo tipo.
- Que la finalidad práctica que llevó a las partes a celebrar el acto nulo pueda alcanzarse a través del segundo tipo de acto.
- Que los efectos del segundo tipo de acto no sean mayores que los del acto nulo que hayan celebrado las partes.

aquel que se ha celebrado), resulta absurda, pues con ello el Código, desnaturaliza la esencia misma del contrato de arrendamiento de bien ajeno, lo que queda en evidencia con una simple lectura del artículo 1671.

Debido a su terminología, el numeral analizado podría constituir un supuesto de novación legal, pues no obstante haberse celebrado un contrato de arrendamiento, el mismo, en forma incoherente, se convertiría en uno de promesa de obligación o del hecho de un tercero (novación legal objetiva por cambio de título).

2.1.15. Efectos de la enajenación del bien prestado, por parte de los herederos del comodatario

En virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1749 del Código Civil, si los herederos del comodatario hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento del comodato, el comodante puede exigir que le paguen su valor o le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden, salvo que hubiera hecho uso de la acción reivindicatoria.

En los casos de pago del valor del bien o de la cesión de derechos a que alude el precepto, habría novación legal, pues la prestación todavía resultaría pasible de ser ejecutada, ya que la enajenación del bien prestado no implica imposibilidad jurídica absoluta de devolverlo al comodante. Aquí simplemente el comodante no plantearía, porque no lo desea, acción reivindicatoria.

2.1.16. Supuesto de depósito irregular

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1843 del Código Civil, el heredero del depositario que enajena el bien ignorando que estaba en depósito, sólo debe restituir lo que hubiese recibido o ceder sus derechos contra el adquirente, en caso que el valor no le hubiese sido entregado. Si el heredero conoce que el bien está en depósito, se sujeta a lo dispuesto en el párrafo anterior y responde, además, por los daños y perjuicios.

Estimamos que se trata de un supuesto de novación legal objetiva, en la medida en que el heredero mencionado en el artículo 1843 ya no estaría obligado a devolver el bien, pues solamente se encontraría obligado a restituir lo que hubiese recibido (por el bien) o a ceder sus derechos contra el adquirente, en caso de que el valor no le hubiese sido entregado.

2.1.17. Reemplazo del fiador en caso de insolvencia

De conformidad con lo prescrito por el artículo 1877 del Código Civil, cuando el fiador ha devenido en insolvente, el deudor debe reemplazarlo por otro que reúna los requisitos establecidos en el artículo 1876.

En relación con este precepto, podría sostenerse que estaríamos en presencia de una novación legal de carácter subjetivo, referida al contrato de fianza.

Pero dicha norma (el artículo 1877 del Código Civil) agrega que si el deudor no puede dar otro fiador o no ofrece otra garantía idónea, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento inmediato de la obligación.

Es precisamente en el segundo párrafo del artículo 1877, bajo comentario, que encontramos un supuesto de novación legal de carácter objetivo, en la medida en que el cumplimiento de la obligación resultará exigible de inmediato, y ya no en el plazo anteriormente vigente.

Ahora bien, claro está que se trataría de un supuesto novatorio siempre y cuando la variación del plazo sea trascendente o esencial.

2.1.18. Prescripción extintiva

Establece el artículo 1989 del Código Civil que la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo; en tanto que el artículo 2001 del Código citado prevé plazos prescriptorios distintos para el ejercicio de las diversas acciones civiles.

Podría pensarse que éste es un supuesto de novación legal objetiva, ya que el solo transcurso del plazo previsto por la ley determina la inexigibilidad de una obligación, por haber operado la prescripción extintiva. En tal sentido, la obligación civil se habría sustituido por una natural.

Antes de finalizar nuestros comentarios sobre la novación legal que opera de pleno derecho, anotamos que existen dos supuestos que podrían considerarse, en apariencia, como novatorios, pero que en la realidad de los hechos no lo son. Se trata del falso mutuo y del caso en que el contrato de locación de servicios se rige por las disposiciones sobre compraventa.

En relación con el primero recordamos que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1665 del Código Civil, cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa.

Este caso podría aparentar ser uno de novación legal, en razón de que el mencionado contrato, que es de mutuo, sería considerado por la ley como uno de compraventa.

Sin embargo, no compartimos tal conclusión en la medida en que el artículo 1665 se limita a reconocer la verdadera naturaleza jurídica del contrato celebrado, independientemente de la denominación que las partes le atribuyeron.

En lo que respecta al segundo caso, debe recordarse que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1770 del Código Civil, las disposiciones de los artículos 1764 al 1769 son aplicables cuando el locador proporciona los materiales, siempre que éstos no hayan sido predominantemente tomados en consideración. De lo contrario, rigen las disposiciones sobre compraventa.

El supuesto contemplado por la parte final del artículo 1770, podría aparentar ser uno de novación legal objetiva por cambio de título. No obstante, somos contrarios a este parecer, sobre la base de las mismas consideraciones vertidas al analizar el falso mutuo.

2.2. Novación legal que opera en virtud de resolución judicial

En opinión nuestra, la novación legal se produce por declaración judicial cuando la extinción de la obligación originaria y la creación de la nueva obligación emanan de una resolución judicial.

En este sentido, serían supuestos de esta forma de novación los que anotamos en las siguientes líneas.

2.2.1. Ampliación y modificación de los fines de una fundación

De acuerdo con el artículo 108 del Código Civil, el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar a los Tribunales Civiles, la ampliación de los fines de la fundación a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituida por el fundador, o la modificación del fin fundacional, cuando por el transcurso del tiempo haya perdido el interés social a que se refiere el artículo 99.

En ambos casos, tal vez con mayor claridad en el primero, se produciría una novación judicial, ya que a través de la resolución que expidiera el Tribunal Civil se podrían ampliar o modificar (novar) los fines fundacionales.

2.2.2. Supuesto de afectación de los bienes de una fundación no inscrita

Según lo prescrito por el artículo 129 del Código Civil, de no ser posible la inscripción del acto constitutivo de la fundación a que se refiere el artículo 127 del mismo Código, la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial.

Aquí nos encontramos ante otro supuesto de novación judicial, debido a que el artículo que le da sustento, vale decir el 127, no trata necesariamente de una imposibilidad absoluta que genere que la fundación no llegue a inscribirse. Esto, debido a que el propio artículo 127 emplea los términos “Si por cualquier causa [...]”.

Por otra parte, es novación judicial debido a que quien decide la afectación de los bienes es la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación.

2.2.3. Efectos de la declaración de quiebra de uno de los cónyuges

En virtud a lo establecido por el artículo 330 del Código Civil, la declaración de quiebra de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y para que produzca efectos frente a terceros se inscribirá en el Registro Personal de oficio, a solicitud del fallido, de su cónyuge o del síndico.

Sin lugar a dudas, este es un supuesto de novación legal objetiva, referido a las obligaciones emanadas del régimen de sociedad de gananciales, las mismas que se sustituirán por aquellas concernientes al régimen de separación de patrimonios.

2.2.4. Separación de cuerpos. Efectos

De conformidad con el artículo 332 del Código Civil, la separación de cuerpos pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Dentro de tal orden de ideas, y considerando que las consecuencias de la separación de cuerpos derivan de un proceso judicial, estaríamos en presencia de novación legal de un número indeterminado de obligaciones emanadas del régimen de sociedad de gananciales, las mismas que se sustituyen por las relativas al régimen de separación de patrimonios (ya que la separación de cuerpos deja subsistente el vínculo matrimonial).

2.2.5. Adopción

El artículo 377 del Código Civil dispone que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

En tal sentido, estaríamos en presencia de una novación judicial subjetiva por cambio de acreedor y por cambio de deudor, en la medida en que el hijo continuaría siendo la misma persona, con la salvedad de

que sus deberes y derechos de orden patrimonial estarían ahora referidos a su padre, madre o padres adoptivos, en vez de a sus padres biológicos, con quienes ya no lo uniría vínculo jurídico alguno de naturaleza patrimonial (como por ejemplo, la obligación alimentaria).

2.2.6. Cambio en la forma de la prestación alimenticia

Conforme al artículo 484 del Código Civil, el obligado puede pedir que se le permita dar los alimentos en forma diferente del pago de una pensión, cuando motivos especiales justifiquen esta medida.

Un supuesto de tal naturaleza requiere de resolución judicial autoritativa.

La obligación alimenticia, en principio, debe cumplirse en dinero (moneda nacional), pero diversas circunstancias podrían determinar que el obligado considere más factible cumplirla en especies (como, por ejemplo, si fuese empleado de una fábrica de comestibles que por encontrarse en difícil situación económica acordara con sus trabajadores pagarles con los alimentos que produce).

Éste sería un supuesto de novación judicial de carácter objetivo.

2.2.7. Efectos de la declaración de indignidad para suceder

En virtud de lo establecido por el artículo 671 del Código Civil, declarada la exclusión del indigno, éste queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes hereditarios, el resarcimiento a que está obligado quien actúa de mala fe se regirá por la segunda parte del artículo 666, norma que establece la obligación de resarcir el valor del bien y de sus frutos y a indemnizar el perjuicio ocasionado.

Consideramos que el artículo 671 citado constituye un supuesto de novación judicial objetiva, pues la obligación de devolver el valor del bien enajenado, los frutos e indemnizar el perjuicio ocasionado, de ser el caso, sustituye a la obligación originaria de devolver el bien hereditario, la que aún resultaría jurídicamente posible, a pesar de las dificultades prácticas que ello importaría.

Por lo demás, estaríamos en presencia de un supuesto de novación judicial, pues la exclusión del indigno que determina el nacimiento de las obligaciones anotadas, se declara por resolución de los tribunales.

2.2.8. Posibilidad de sustitución de la prenda

De acuerdo con el artículo 1073 del Código Civil, puede sustituirse una prenda por otra, comprobando judicialmente la necesidad y la equivalencia de la garantía. El ejercicio de este derecho corresponde a cualquiera de las partes y se tramita en la vía judicial.

Este sería un caso de novación judicial, ya que la sustitución de una prenda por otra se produciría en virtud de una resolución judicial, y en el entendido de que la prenda originaria subsiste, no obstante que requiere ser cambiada.

2.2.9. Autorización judicial para vender el bien pignorado por deterioro del mismo

Cuando el bien dado en prenda se deteriora hasta temerse que será insuficiente para garantizar la deuda, el acreedor, con aviso previo al constituyente, puede pedir autorización judicial para vender el bien, a menos que el deudor o el constituyente ofrezca otra garantía que el juez considere satisfactoria. Así lo establece el artículo 1074 del Código Civil.

Los fundamentos para considerar al supuesto previsto por el artículo 1074 como uno de novación judicial objetiva son los mismos que sustentan al artículo 1073, antes comentado.

2.2.10. Efectos de la pérdida o deterioro del bien hipotecado

De conformidad con lo establecido por el artículo 1110 del Código Civil, si los bienes hipotecados se deterioran de modo que resulten insuficientes, puede pedirse el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo, salvo que se garantice ésta a satisfacción del acreedor.

Como se aprecia, en este caso la resolución judicial que ordena el cumplimiento inmediato de la obligación principal nova la obligación originalmente modal por una pura y simple. En tal sentido, estaremos en presencia de una novación objetiva.

2.2.11. Indemnización de daños y perjuicios derivada de causa imputable al deudor

En virtud a lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por dolo o culpa inexcusable, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el

cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

En relación con el tema que nos ocupa, la obligación de pagar por los daños y perjuicios ocasionados por causa imputable al deudor (dolo, culpa inexcusable o culpa leve), constituiría un supuesto de novación legal cuando la ejecución de la obligación (su cumplimiento) todavía fuera posible, pero dada la naturaleza de la obligación resultara jurídicamente imposible exigir su cumplimiento forzoso, pues el mismo tendría que pasar por emplear violencia contra la persona del deudor. Esta situación se presentaría, fundamentalmente, en las obligaciones de hacer y de no hacer.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 1337 del Código Civil, cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

La mora supone que el cumplimiento de la obligación todavía resulta posible. En tal sentido, si la prestación, como consecuencia de la mora, fuera inútil para el acreedor, éste podría rehusar su ejecución y demandar el pago de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

En este caso, la indemnización de daños y perjuicios constituiría una novación judicial de la obligación originaria, la misma que no habría devenido en imposible, sino en inútil para el acreedor.

Asimismo, debemos señalar que, si el acreedor, aún siendo posible y útil la prestación, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios en sustitución de la obligación original, se produciría igualmente novación.

2.2.12. Posibilidad de solicitar la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación, por excesiva onerosidad

De acuerdo con lo prescrito por el primer párrafo del artículo 1440 del Código Civil, en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

En este caso, como resulta evidente, no media incumplimiento alguno de las partes, ya que la excesiva onerosidad de la prestación se origina en hechos ajenos a la voluntad de las mismas.

De lograrse cualquiera de las opciones mencionadas —claro está, a través de una resolución judicial—, se produciría una novación judicial objetiva.

2.2.13. Indemnización equitativa en caso de daño causado por persona incapaz

En virtud de lo establecido por el artículo 1976 del Código Civil, no hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

El artículo 1977 agrega, sin embargo, que si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

Aquí podríamos encontrarnos ante un supuesto de novación legal de carácter subjetivo, por cambio de deudor, en la medida en que ya no sería responsable el representante legal del incapaz, sino el incapaz con su propio patrimonio.

La extinción del derecho que nace de una ejecutoria¹

Fernando Vidal Ramírez

El Código Civil en el inciso 1 de su artículo 2001 fija un plazo de diez años a la acción que nace una ejecutoria, cuando ha debido referirse al derecho que nace de una ejecutoria. La acotada norma establece plazos prescriptorios y registra como antecedente el inciso 1 del artículo 1168 del Código Civil de 1936, que no diferenciaba la prescripción de la caducidad. Pero, como el Código vigente sí establece claramente su diferencia, pues precisa que lo que se extingue con la prescripción es la acción mas no el derecho (artículo 1989), mientras que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente (artículo 2003).

El Código Civil de 1936 establecía que era la acción la susceptible de prescribir, sin hacer el deslinde conceptual con la caducidad y, confundiéndolas, dispuso en el inciso 1 de su artículo 1168 que la acción nacida de una ejecutoria prescribía a los diez años. La norma, al ser tomada como antecedente del inciso 1 del artículo 2001, indujo el error que es necesario subsanar, y es lo que se plantea en estas líneas, proponiéndose su modificación con la finalidad de que que-

¹ Tomado de la última edición de *Prescripción Extintiva y Caducidad*, del autor. Lima: IDEMSA, 2012.

de claro y preciso que, de una ejecutoria nace un derecho, y que este derecho es susceptible de caducidad en el plazo prefijado de diez años o en el que se prefije.

En la norma del acotado inciso 1 del artículo 1168 del Código de 1936, se receiptó el concepto clásico de la *actio iudicati* y, si bien fuimos ponentes de la norma contenida en el inciso 1 del artículo 2001 del Código vigente, hemos afirmado siempre que la *actio iudicati* no es propiamente una *actio*, una acción, sino un derecho nacido de la resolución firme de un órgano jurisdiccional. Por lo demás, así la ha considerado la doctrina, no como una acción, sino como un derecho determinado por un órgano jurisdiccional.

Coviello², por ejemplo, escribió que la *actio iudicati* no era una acción porque no podía ser considerada como un *ius persecuendi in iudicio*, por cuanto el proceso había quedado completamente agotado, sino que venía a ser un *ius exequendi*, o sea, un derecho de exigir el cumplimiento de lo resuelto por el órgano jurisdiccional, un derecho de hacer efectiva la decisión.

La acción, que es el derecho a la jurisdicción, o, si se prefiere, a la tutela jurisdiccional, al ser ejercitada, da lugar a la instauración de un proceso que, por lo general, concluye con una sentencia o un laudo que, cuando ya no son susceptibles de recurso impugnatorio, se convierten en ejecutoria y pasan a la autoridad de cosa juzgada, desplegando todos sus efectos contra la parte vencida y confirmando a la parte vencedora la *actio iudicati*, que, como ya hemos indicado, es la que el Código Civil trata como la acción que nace de una ejecutoria. Según MESSINEO³ la *actio iudicati* es el medio para poner en ejecución la sentencia y para obtener la consecución de lo que se le atribuye a la parte victoriosa por la misma sentencia.

Como acabamos de precisar, la *actio iudicati* no es, pues, propiamente una acción. La *actio iudicati* se distingue de la acción en que es consecuencia de ella, pues acudir a los órganos jurisdiccionales no puede tener otra finalidad que la de obtener un fallo favorable o, como precisa COVIELLO⁴, una sentencia o laudo de condena para la parte contraria, pues de una simple declaración no deriva en favor del vencedor una *actio iudicati*. Ésta no es, entonces, consecuencia de toda acción, sino de aquéllas que persiguen una condena para la parte contraria, esto es, una ejecutoria con-

2 *Doctrina General del Derecho Civil*, p. 639.

3 *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo II, p. 42.

4 *Doctrina General del Derecho Civil*, p. 638.

denatoria y no una declaratoria o una constitutiva del derecho. Entre la acción y la *actio iudicati* debe mediar, pues, una ejecutoria de condena y no una declarativa, que sólo constata o declara la existencia del derecho, y tampoco una constitutiva, que sólo da lugar a la creación, modificación o extinción de un derecho.

La ejecutoria condenatoria es la que impone a la parte vencida el cumplimiento de una prestación que puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer. Como señala COUTURE⁵, estas sentencias surgen de numerosas circunstancias, como pueden ser la lesión al derecho ajeno en los casos de responsabilidad civil, de pérdida de la propiedad, de privación de la herencia o como consecuencia del incumplimiento de una obligación, y, en cualquiera de los casos, la sentencia, y no sólo la de condena tiene como efecto fundamental producir la cosa juzgada. Pero, los efectos de la cosa juzgada cuando la sentencia es condenatoria, respecto de la parte que fue condenada en el proceso, están sometidos a un plazo de vigencia y se resumen en el concepto de *actio iudicati*, que nuestro Código Civil enuncia como «la acción que nace de una ejecutoria».

Nuestra codificación civil se ha ocupado invariablemente de la *actio iudicati* como la «acción que nace de una ejecutoria» y no sólo desde 1936, pues así también lo establecía el inciso 4 del artículo 560 del Código de 1852, asignándole un plazo de extinción enunciado como de prescripción. Valga la oportunidad, ahora, para recalificar el plazo y, rectificándonos, concluir en que se trata de un plazo de caducidad y no de un plazo prescriptorio, como lo propusimos como ponentes de la norma⁶ y lo explicamos en la Exposición de Motivos⁷.

León BARANDIARÁN⁸, al comentar el Código de 1936, insinuó que hubiera sido preferible prescindir de la *actio iudicati* e, indicando que la teoría clásica que la propugnaba no era ya defendible y era eficazmente combatida, participó del criterio de que la sentencia produce una novación del derecho del que emerge la acción trasuntada en la demanda. En este orden de ideas, no seguimos a nuestro querido maestro y, si bien en la Exposición de Motivos de nuestro Anteproyecto⁹, que la Comisión Reformadora hizo suyo, señalamos que sabido era que la *actio iudicati* era cues-

5 Fundamentos del Derecho Procesal Civil, p. 318.

6 REVOREDO, Delia. Código Civil peruano, parte I, tomo II, p. 718.

7 Ibidem, parte III, tomo VI, pp. 820 y 821.

8 Tratado de Derecho Civil, tomo VIII, pp. 135 y 136.

9 Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, tomo II, p. 712.

tionada por la doctrina, optamos por mantener la posición del Código de 1936 y considerarla dentro de los plazos prescriptorios, pero sin participar de la idea de que la sentencia producía una novación. Pensamos, como Couture¹⁰, que una pretensión de derecho cambiario sigue siendo cambiaria luego de la sentencia y que una pretensión indemnizatoria sigue siendo indemnizatoria después de la sentencia, como lo sigue siendo también una pretensión alimentaria.

Consideramos necesario, entonces, enfatizar que de una ejecutoria no nace una acción, sino un derecho, el derecho de exigir el cumplimiento de la pretensión que ha sido materia del proceso y amparada por la sentencia que, desde que causó ejecutoria, está sometida a un plazo de caducidad.

La caducidad del derecho que nace de una ejecutoria debe, pues, entenderse referida a una sentencia o laudo de condena cuya ejecución es imprescindible para que el accionante pueda hacer efectivo el derecho invocado en su demanda. Si transcurre el plazo de diez años no sólo se extingue la eficacia de la ejecutoria y con ella la de la acción que puso en funcionamiento el aparato jurisdiccional, sino que también se extingue el derecho invocado en la demanda. De este modo, queda cumplido el postulado del artículo 2003 del Código Civil, pues transcurrido el plazo prefijado se extingue el derecho que ha nacido de la ejecutoria para ser ejercitado en el plazo que le ha sido fijado.

Como lo hemos visto en su oportunidad, por el contrario, el postulado del artículo 1989 del Código Civil declara que la prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo, y, por eso, el titular del derecho puede siempre intentar hacer valer la pretensión que dimana de su derecho y a la que se le puede oponer la excepción de prescripción. En el caso de la *actio iudicati*, el titular del derecho ya ejercitó la acción y su pretensión ha recibido el amparo de una ejecutoria, por lo que si transcurre el plazo fijado para su eficacia, se le puede oponer la excepción de caducidad y, si intenta nuevamente recurrir a la instancia jurisdiccional para hacer valer la pretensión que dimana de su ya extinguido derecho, lo que le es oponible es la excepción de cosa juzgada, pues se trata de la instauración de un proceso idéntico al que ya fue resuelto mediante sentencia o laudo y ha transcurrido su plazo extintivo. Si estas excepciones se declaran fundadas, el derecho queda aniquilado, lo que no ocurre con la excepción de prescripción, pues el derecho la sobrevive.

10 *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 355.

El plazo es de caducidad porque comienza a correr desde que la ejecutoria es notificada, conforme al artículo 155 del Código Procesal Civil, y no desde el día en que puede ejercitarse la acción, como para la prescripción previene el artículo 1993 del Código Civil. De este modo, el derecho a la ejecución de la sentencia condenatoria nace desde que le puso fin al proceso y con el plazo de diez años fijado por el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil computado desde la notificación, pero que, insistimos, es un plazo de caducidad y no de prescripción. Se trata de un plazo de caducidad que, como tal, tiene la característica de ser un plazo perentorio y fatal.

La perentoriedad y fatalidad del plazo de caducidad determinan que no le sean aplicables las causales de suspensión ni de interrupción, salvo la de la imposibilidad de recurrir a un tribunal peruano. Además, se trata de un derecho declarado por una ejecutoria en un proceso cuya relación procesal ha sido saneada y ha dado lugar a su conclusión mediante una ejecutoria que favorece a una de las partes cuya comparecencia ha sido legítima y durante su desarrollo ha sido legitimada, haciéndola gozar de los mecanismos de la tutela procesal, todo lo cual impide que se den las situaciones previstas como causales de suspensión. Como se trata de un derecho que nace de la ejecutoria que puso fin al proceso, resulta jurídicamente imposible que se presenten las causas de interrupción, ya que la obligación está reconocida por el órgano jurisdiccional y no se le puede oponer la compensación, pues ésta debió plantearse en la estación oportuna del proceso y antes de la ejecutoria. De ahí que, conforme al artículo 718 del Código Procesal Civil, la contradicción al mandato de ejecución sólo puede sustentarse en el cumplimiento de lo ordenado por la ejecutoria o en la extinción de la obligación, la que tiene por correlato el derecho del ejecutante.

La extinción del derecho, correlativo al deber jurídico u obligación establecida en la ejecutoria, es consecuencia del transcurso del plazo fijado por la ley que, concluimos, es incuestionablemente, un plazo de caducidad.

Daños al consumidor causados con productos elaborados

Guillermo P. Tinti

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Problemas que plantea la responsabilidad civil por productos elaborados. 3. El producto y el defecto. 4. Aportes del derecho del consumidor. 4.1. Regulación para comercializar productos peligrosos. 4.2. El producto riesgoso. 4.3. Obligación de proporcionar información. 4.4. Responsabilidad solidaria de todos los involucrados. 5. Quién responde frente al damnificado. 5.1. Responde el fabricante, productor o elaborador. 5.2. Los intermediarios, importadores, distribuidores o mayoristas. 5.3. Responde el dueño de la marca. 5.4. El vendedor del producto. 6. Naturaleza de la responsabilidad. 7. El riesgo de desarrollo. 8. El daño a reparar. 9. La responsabilidad por productos elaborados en las jornadas nacionales de derecho civil en la argentina.

1. INTRODUCCIÓN

Un estudio actual de la responsabilidad civil no puede omitir considerar — como un capítulo relevante — la responsabilidad que generan los daños ocasionados con productos elaborados. La era tecnológica — afirma Bustamante Alsina — presenta nuevos problemas a la indemnización de daños, como ha quedado evidenciado por la preocupación de los juristas en los últimos tiempos, tendientes a lograr la adecuación del derecho

a los nuevos cambios: responsabilidad civil por productos elaborados, daños nucleares, daño ecológico, responsabilidad emergente de la informática y los futuros daños que aún nos aguardan del desarrollo de la biotecnología¹.

Es cierto que no concebimos ya a la responsabilidad civil como se lo hacía hace años; de la misma manera que no concebimos el derecho como hace tiempo lo hacíamos. Recordemos, por ejemplo, que al establecer el artículo 1067 del Código Civil que no habrá acto ilícito punible sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia, fue dado a considerar que la responsabilidad civil objetiva no tenía cabida en nuestro ordenamiento. La mayoría de los autores de la primera parte del siglo XX, entre ellos Raymundo SALVAT, sostenía que responsabilizar a una persona sin que a ella le sea imputable dolo o culpa sería lo mismo que en materia penal condenar a un inocente. Tal postura era compartida por ACUÑA ANZORENA, y, con sus matices, por LAFAILLE, REZZÓNICO, COLOMBO, entre los principales doctrinarios de la literatura jurídica nacional.

Pero, lo concreto es que a lo largo de la civilización jurídica se percibe una evolución que va desde la antigua venganza privada y derecho talionario de la víctima; hasta la actual responsabilidad objetiva, a la cual resulta ajena la idea de culpa. Así, desde la reforma de la Ley n.º 17.711 en el año 1968, en el Código Civil Argentino hay una recepción franca del riesgo como factor de atribución.

Esa evolución de la responsabilidad civil, producto de lo que constituye su razón de ser: el objetivo de reparar los daños, ha debido correr a la par de la evolución tecnológica que suscita la enorme expansión industrial operada de manera a la vez explosiva y progresiva durante el siglo XX, a fin de tratar de equilibrar una real situación de vulnerabilidad en la que se encuentran usuarios o consumidores de productos elaborados. El tratamiento jurídico en materia de productos elaborados — sostiene GHERSI — «lleva ya varias décadas a nivel internacional y los diversos países han ido adecuando sus ordenamientos jurídicos a las nuevas exigencias económicas y sociales. Los códigos civiles estructurados en el principio de la culpa como presupuesto de la responsabilidad civil, han demostrado ser inadecuados para responsabilizar al fabricante por accidentes ocasionados por productos defectuosos, dada la dificultad del damnificado de poder probar la culpa del fabricante»².

1 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. «El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Homenaje a Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 16.

2 GHERSI, Carlos A. (Director) *Contratos 2 Problemática Moderna*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996, p. 61.

2. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS ELABORADOS

En nuestro criterio existen al menos tres aspectos fundamentales para examinar en la responsabilidad por productos elaborados, y están referidos a la identificación del sujeto que debe resarcir los daños, a los criterios de los cuales se hace derivar la responsabilidad del obligado a indemnizar y a la extensión del daño resarcible.

La problemática de nuestro estudio se puede sintetizar de la siguiente manera: «Si por el defecto o vicio de un producto se ocasiona daño, como consecuencia de ese uso o consumo, quién es el responsable o quién debe indemnizar a la víctima, por qué razón la debe indemnizar, y en su caso, con cuánto debe indemnizarla», o, puesto esquemáticamente, así:

- 1º) Quién debe responder ante la víctima (legitimación pasiva);
- 2º) Por qué debe responder (naturaleza de la responsabilidad); y
- 3º) Con cuánto responde (extensión del resarcimiento).

A lo primero nos apresuraríamos en responder: el vendedor, el productor, el intermediario. Y nace, entonces, la pregunta también de cuáles causales liberatorias pueden alegar los sindicados.

A lo segundo, cuál es la naturaleza de la acción, o en qué normas del Derecho debemos fundar el reclamo, se presentan dos posibilidades: responsabilidad contractual o extracontractual, siendo también del caso delimitar si se trata de una responsabilidad objetiva, a la que sería ajena la idea de culpa, o resulta menester demostrar la culpabilidad del sindicado.

A la tercera, y quizá en virtud de cierta falta de coincidencia en los criterios de la jurisprudencia acerca de los derechos que asisten a las víctimas, nos limitamos a dar los presupuestos necesarios de aquello que es indemnizable, considerando la tendencia actual a admitir los llamados «daños punitivos», y mencionar la limitación acerca de la extensión del resarcimiento que está en el proyecto de nuevo Código Civil.

3. EL PRODUCTO Y EL DEFECTO

Puede definirse el producto defectuoso como aquél que no ofrece la seguridad que legítimamente puede de él esperarse; considerando que el carácter defectuoso de un producto no se identifica exclusivamente con su falta de aptitud para el uso previsto (vicio redhibitorio), sino más bien con la seguridad que el consumidor o el usuario puede esperar; un pro-

ducto defectuoso puede cumplir adecuadamente su función y, sin embargo, ser defectuoso³.

Se entenderá por producto defectuoso —conforme ciertas legislaciones— aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. Como puede verse, el carácter defectuoso del producto, al que se liga el nacimiento de la responsabilidad, responde a circunstancias de carácter objetivo consistentes en que el producto objetivamente no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, en función, entre otras circunstancias, del uso razonablemente previsible del mismo y del momento de su puesta en circulación.

Siguiendo en este tema a BUSTAMANTE ALSINA, podemos precisar que los productos a los que aquí aludimos son aquellas cosas fabricadas o elaboradas, o sea aquellas cosas que son el resultado de la transformación de otras cosas por actividad del hombre aplicada a las mismas⁴. En concreto los productos que ocasionan el daño son cosas, muebles para más precisión, incorporando fuentes de energía como la electricidad, el gas, el teléfono, o bienes que se entregan a domicilio como el agua.

En relación con esos productos se ha hecho una detallada enumeración⁵, expresando que puede tratarse de:

- a) Productos que como tales son de por sí peligrosos para su utilización o consumo normales;
- b) Productos que son peligrosos por causa de un diseño o composición deficientes;
- c) Productos que son peligrosos por razón de defectos en el proceso de fabricación;
- d) Productos que no son peligrosos de por sí, pero que pueden resultar peligrosos sin las debidas instrucciones o advertencias;
- e) Productos que son considerados inocuos de acuerdo a los conoci-

3 WEINGARTEN, Celia. *Defensa del consumidor*. Ghersi-Weingarte (Directores). Buenos Aires: Nova Tesis, 2005, p. 247.

4 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1980, p. 375.

5 MILLNER, Maurice Alfred. *La responsabilidad civil por productos elaborados*. Buenos Aires: Sec. Doctrina, 1971, LL tomo 143, p. 865.

mientos vigentes al tiempo en que los mismos entran en el mercado, pero se revelan peligrosos sobre la base de descubrimientos científicos posteriores.

De tal manera se advierte que es posible la existencia de cosas que siempre serán peligrosas, aunque ningún defecto o vicio posean, otras que resultan inocuas en su utilización normal; unas que requieren de ciertos conocimientos especiales para evitar daños, y otras que son deficientes, viciadas, o que bajo apariencia inofensiva, poseen peligrosidad. En definitiva, puede percibirse distinción entre producto peligroso y vicio del producto, ya que el peligro está referido a la potencialidad dañosa de la cosa mientras que el vicio se refiere a la carencia de alguna cualidad necesaria en el producto, pudiendo también ocurrir que haya vicio sin peligro y cosas peligrosas sin vicio alguno; como, asimismo, productos viciosos y, precisamente, por ello, peligrosos⁶.

4. APORTES DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

En la República Argentina, a partir de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor, n.º 24.240, en el año 1993, y su modificatoria la Ley n.º 24.999, aparecen más claramente definidos ciertos aspectos relativos a la responsabilidad por productos elaborados, principalmente, en lo concerniente a su regulación.

4.1. Regulación para comercializar productos peligrosos

Existe, en principio, directamente, una prohibición de comercializar cosas peligrosas. En efecto, el artículo 5 de la Ley n.º 24.240, de Defensa del Consumidor, indica que no pueden lanzarse al mercado cosas o servicios, que bajo la apariencia de ser inocuas, puedan resultar peligrosas. El riesgo es, según bien se ha dicho, la eventualidad posible de que un daño acaezca⁷; y tal es lo que la norma pretende evitar con una imposición de carácter preventivo al productor.

No se refiere a las cosas que son naturalmente riesgosas —incluidas en el artículo siguiente— sino que impone el deber de producir los bienes

6 MOISSET DE ESPANÉS, Luis y Delia FERREIRA RUBIO. *Ponencia en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Libro de Ponencias. La Plata: Fundación Editora Notarial, 1981, n.º 5, p. 125.

7 De ese modo breve, pero eficaz a los fines de esta ley lo conceptualiza Carlos Parellada en la obra «Responsabilidad Civil», dirigida por Mosset Iturraspe, coordinada por Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Edit. Hammurabi, 1992, p. 194, donde destaca además que el riesgo es la contrapartida de la vulnerabilidad: Riesgo-Vulnerabilidad serían las dos caras de una misma moneda.

de manera tal que, dándoles el uso apropiado, no resulten perjudiciales al usuario merced a un defecto. Apunta más bien al proceso de fabricación, que debiera expedir el producto exento de alguna eventualidad dañina, caracterizada como la que convierte en riesgosa una cosa que normalmente no lo es. En ese orden de ideas, en la IV Jornada Rioplatense de Derecho expresaron que el deber consiste en conferir «la seguridad prometida al consumidor o razonablemente esperada por este respecto a la inocuidad del producto».

Ahora bien, en el caso de que un defecto de fabricación genere en el bien una peligrosidad para el usuario, se caerá en las previsiones de los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, toda vez que estaremos ante un vicio que lo convierte en peligroso⁸, según trataremos más adelante en este mismo capítulo.

El artículo 6 de la Ley de Defensa del Consumidor en la primera parte, si bien es, en cierto modo, redundante por la remisión que efectúa, impone un deber de prudencia en la comercialización de cosas o prestación de servicios riesgosos.

4.2. El producto riesgoso

El artículo 6 de la Ley n.º 24.240 dispone: «Cosas y servicios riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4, responsables del contenido de la traducción».

La primera parte del artículo, si bien es en cierto modo redundante por la remisión que efectúa, impone un deber de prudencia en la comercialización de cosas o prestación de servicios riesgosos.

8 «En una interpretación amplia, es posible clasificar las cosas peligrosas en tres categorías: las cosas peligrosas por su propia naturaleza (materias inflamables, armas de fuego, explosivos, etc.); las cosas peligrosas por un vicio de fabricación (automóvil con un vicio oculto, pan fabricado con harina envenenada, etc.); y, finalmente, las cosas peligrosas como consecuencia de una mala utilización». ANDORNO, Luis O. «La protección del consumidor en el Derecho francés». En *JUS*. La Plata, 1984, n.º 36, p. 15.

La definición de cosa riesgosa, como bien se ocupó de señalar Pizarro, es tarea ardua, «pues no resulta sencillo poder determinar *a priori* cuando una cosa puede ser considerada peligrosa o riesgosa»⁹. Sin embargo, nos parece bueno a los fines de esta ley tomar como concepto operativo la idea que propone ZAVALA DE GONZÁLEZ al explicar que «existen algunas cosas que son peligrosas en sí mismas, con arreglo a su propia naturaleza y destino normal (explosivos, inflamables, energía eléctrica, cierta maquinaria en funcionamiento, etc.)»¹⁰; y creemos nosotros que éstos son los elementos a los que se refiere la norma.

Añadamos que efecto principal en relación a los daños causados por riesgo de la cosa, no ha de buscarse en esta ley, sino obviamente, en el Código Civil; aquí se limita en declamar ciertos deberes genéricos que corresponden a los proveedores, y cuya inobservancia acarrearía una presunción de culpa que se añadiría a la responsabilidad objetiva que supone la cosa riesgosa.

De todos modos, es conveniente tener en cuenta que la posición tradicional entiende que cuando se trata del daño que provoca un producto intrínsecamente peligroso por contener efectivamente determinada potencialidad dañosa, tal como sucede verbigracia con los venenos o los explosivos, esas mismas características, por otra parte notorias, determinan que no pueda responsabilizarse sin más al fabricante de los perjuicios que sean consecuencia de la propia genérica peligrosidad de la cosa y que, por lo tanto, el consumidor o usuario conocía o debía conocer y por ende asumió, como riesgo suyo propio, al adquirirlo o utilizarlo¹¹.

4.3. Obligación de proporcionar información

La última parte del artículo 6 de la Ley n.º 24.240 exige a los prestadores que proporcionen un manual claro y comprensible acerca del uso general de la cosa o servicio. El punto es importante porque la falta del manual creará una importante presunción de culpa en contra del prestador. Puede llegar a pensarse, incluso, que comercializar cosas

9 PIZARRO, Ramón Daniel. «Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa». Buenos Aires: Edit. Universidad, 1983, p. 340.

10 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. «Responsabilidad por Riesgo». Hammurabi, 1986, p. 58.

11 TRIGO REPRESAS, F.A. *La responsabilidad civil del fabricante*, L.L. 1982-B, p. 665. Añade el autor que en tales casos, por el contrario, lo normal sería la irresponsabilidad, admitiendo como excepción responsabilidad civil del fabricante si las comercializa sin las correspondientes indicaciones.

riesgosas sin las correspondientes instrucciones o manual, constituye *per se* una defectuosidad grave en la cosa. En principio, los peligros propios del producto no pueden presumirse cognoscibles por el consumidor, y ello justifica la obligación de suministrar una información eficaz. Pensamos que la obligación de informar encuentra, además, fundamento en la buena fe exigible al proveedor de bienes y servicios, y su incumplimiento implica la transgresión a dicho deber¹².

Por otra parte, en el caso que el usuario resulte dañado por haber procedido en contra de expresas advertencias del mentado manual, puede generar la eximente de responsabilidad prevista en la última parte del artículo 1113 del Código Civil, es decir, el supuesto de culpa de la víctima.

4.4. Responsabilidad solidaria de todos los involucrados

El artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (incorporado por Ley n.º 24.999, artículo 4, B.O. 30/7/1998) dispone lo siguiente:

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

El dispositivo había sido vetado originariamente por el Poder Ejecutivo, y fue reincorporado por la Ley n.º 24.999. En la norma no hay injusticia:

Se exime de responsabilidad al que probare que la causa del daño le resulta ajena, y deja a salvo las acciones de regreso si pudieran corresponder.

Quizá lo dispuesto por los artículos 1113 y 1109 del Código Civil sean suficientes para que la existencia de responsabilidad indistinta entre todos los que integran la cadena que finaliza en el consumidor: desde el productor al minorista todos se sirven de la cosa, y si ella causó perjuicio correspondería que respondan *in solidum*. En tal sentido, se pronunciaron las IV^a Jornadas Rioplatenses de Derecho; «son legitimados pasivos todos los que intervienen en el proceso de comercialización, incluido el elabo-

12 OSSOLA, Federico y G. VALLESPINOS. *La obligación de informar*, p. 281. En este caso, siguiendo la clasificación que hacen estos autores, la falta de información trae aparejada en forma directa la entrada en el estado de incumplimiento definitivo, p. 224.

rador y, en su caso, el ente público de control. Si varios contribuyen al proceso de elaboración, todos son legitimados. Si el daño es causado por un producto cuyo elaborador no pudiera ser identificado, son demandables todos los que lo fabricaban a la época de lanzar al mercado el producto que ocasionó el daño»¹³. Esta posición nos parece absolutamente la más razonable y equitativa, pues como ha enseñado Mosset Iturraspe, «La víctima o sus herederos no pueden saber, por lo normal y ordinario, quién es el que con su acción u omisión ha posibilitado el vicio o defecto en el producto o en su envase, origen del perjuicio cuyo resarcimiento se reclama»^{14 15}. No aceptar esta posición podía convertirse directamente en negar para ciertos casos el derecho a la reparación del daño.

5. QUIÉN RESPONDE FRENTE AL DAMNIFICADO

5.1. Responde el fabricante, productor o elaborador

Si —por hipótesis— el mismo fabricante ha vendido la cosa al damnificado, evidentemente, le rige la obligación contractual del artículo 520 del Código Civil argentino, y debe resarcir los daños que son consecuencia del incumplimiento,

Ahora bien, si el fabricante no la vendió, si no intervino en el contrato con el consumidor dañado, también es posible asignarle responsabilidad. Se ha señalado contra esto el obstáculo del efecto *inter partes*, observándose que, tanto el derecho continental como el *common law*, han encontrado dificultad en la búsqueda de soluciones para imponer una responsabilidad directa al fabricante con respecto al consumidor, siendo el principal de esos obstáculos el principio de que los contratos solamente producen efectos entre las partes.

En principio, creemos que le cabe responsabilidad —y que es objetiva— porque el fabricante o productor es quien introduce el producto defectuoso en el mercado, es dueño o guardián, responsable de la cosa

13 *IV Jornadas Rioplatenses de Derecho*. Punta del Este, 1986, p. 157. «El Derecho Privado en la Argentina». Buenos Aires: Universidad Notarial Argentina, 1991.

14 MOSSET ITURRASPE, J. «Responsabilidad Colectiva». Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1992, p. 1130.

15 Es conveniente ver en esa obra de Mosset Iturraspe citada en el número anterior, el apéndice jurisprudencial donde se transcribe la expresión de agravios que efectúan el distinguido profesor santafesino con el doctor Atilio A. Alterini en los autos «G. E.S. c/ Empresa Multinacional de Gaseosas. Daños y Perjuicios», pp. 243 y ss., que resulta sumamente ilustrativo para esta cuestión.

al momento que comienza su recorrido por el mercado. Y ya fuere que el daño se ocasiona por la nocividad de un producto que al tiempo de su introducción al mercado era considerado inocuo, y la nocividad de comprueba después, con posterioridad, con investigaciones o por efectos ulteriores (se suele de ello dar el ejemplo de la *talidomida*).

Entendemos que debe responder el fabricante aunque el vicio derive de uno solo de los componentes del bien, aunque no haya sido producido por ese fabricante.

El espectro de la responsabilidad habrá de ampliarse más aún, pues a nuestro criterio se puede endilgar responsabilidad al productor aunque se compruebe:

- Que el vicio deriva del diseño del producto, y ha sido hecho por un tercero;
- Si es derivado de un imperfecto control de calidad, realizado por terceros contratados por el fabricante;
- Si el producto es resultado de la actividad concurrente de varios productores.

Tenemos –como ejemplo y para analogía– en nuestro código el caso del artículo 1646, de responsabilidad por ruina total o parcial en la locación de obra, que impone responsabilidad indistinta al locador de obra, empresario, constructor, director de la obra y al proyectista, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieran corresponder.

Se ha fundado también la responsabilidad del fabricante expresando que la justificación para adoptar la teoría de la responsabilidad objetiva, ha sido que el productor, al comercializar su producto para el uso o el consumo, ha asumido una responsabilidad especial hacia todos y cada uno de los miembros del público consumidor que pueda ser perjudicado por el producto; que el público tiene derecho a una legítima expectativa en el caso de productos que necesita, y para los que está forzado a confiar en los proveedores, y creer también que responderán por sus productos¹⁶.

5.2. Los intermediarios, importadores, distribuidores o mayoristas

También deben responder frente al consumidor, aquéllos que han actuado durante el ciclo de comercialización que terminó en el

16 MILLNER, Maurice Alfred. *La responsabilidad civil por productos elaborados*. Buenos Aires: Sec. Doctrina, 1971, LL tomo 143, p. 864.

consumidor final damnificado. Ello, en razón de que son eslabones ulteriores, pero absolutamente necesarios, en la cadena de distribución que finaliza en el consumidor. Intermediarios, importadores, distribuidores o mayoristas son sujetos que intervienen —obviamente a título oneroso— en el proceso que termina con un consumidor adquiriendo el bien. Ellos se encuentran en una relación tal con la cosa vendida, que parece inadmisibles su ignorancia de la situación en que ésta se encuentra.

Esto es así también porque la víctima (o sus herederos), no tienen por qué saber cuál de todos los participantes fue el que originó el vicio que provocó el daño. (De esto podríamos excluir a los fármacos, con una regulación especial en la Ley n.º 17.565).

Además, el artículo 1119 del Código Civil, al que podemos recurrir por analogía, reconoce, de un modo claro, la posibilidad de asignar responsabilidad colectiva.

Se ha sostenido también que cuando el daño se ha producido por un bien del que no se puede con exactitud identificar a su fabricante, responderían todos los que elaboran ese tipo de producto; lo que ocurriría, por ejemplo, cuando la víctima ha consumido, indistintamente, varias marcas que elaboran ese producto.

5.3. Responde el dueño de la marca

Además, si se trata de los llamados productos «de marca», productos rotulados, es responsable el propietario de la marca, aunque él no haya fabricado el producto, pues, en origen, la oferta surge de él. No hay duda de que se debe involucrar en la responsabilidad al dueño o titular de la marca, del signo distintivo o del logotipo, o del diseño industrial, pues esa obra intelectual (marca, logotipo, diseño) ha colaborado para que el producto ingrese en el mercado, y ha sido muchas veces decisivo para que tenga buena circulación económica y sea adquirido por el consumidor.

En definitiva, el que pone su marca en un producto, se presenta como el productor aunque realmente no lo sea.

En tal sentido sostiene Pizarro que:

No sólo es productor de un bien quien fabrica un producto terminado, o quien produce la materia prima. También se incluye a cualquier persona física o jurídica que, sin alcanzar tal condición, se presente externamente al público como fabricante o productor poniendo su nombre, denominación social, su marca, o cualquier signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento

de protección, de presentación, o en la publicidad. Este sujeto es el fabricante o productor aparente¹⁷.

La marca supone para el sujeto consumidor un conocimiento, significa un cierto reconocimiento público que hace despertar confianza, la marca es hoy una de las razones por las que se consume, es motivo no pocas veces determinante para que alguien contrate. Más aún: nos animamos a afirmar que la individualización del productor no excluye la responsabilidad del empresario cuyo signo distintivo o marca aparece en el producto, y entendemos que ambos resultan responsables frente al perjudicado, obviamente sin perjuicio de las acciones de regreso. Con más razón, existiendo publicidad, aquella marca que mediante la publicidad de sus productos se dirige directamente a sus consumidores, crea en ellos cierta confianza que debe considerarse a la hora de asignar responsabilidad civil¹⁸.

5.4. El vendedor del producto

Responde por cierto frente a la víctima —por responsabilidad directa y contractual, artículos 519 y 520 del Código Civil— el sujeto que le vendió el producto elaborado. Como lo sostiene Bustamante Alsina, esta acción se funda en el contrato y no requiere de la prueba de la culpa. Se origina en la obligación de seguridad que se halla implícita en el contrato de compraventa, por la cual el vendedor o proveedor del producto que vende habitualmente mercadería de un ramo determinado del comercio, asume una obligación de seguridad o garantía, de que la cosa vendida no causará daño al comprador o a sus bienes, por causa de defectos o vicios que la puedan hacer nociva¹⁹.

También se encuentra como fundamento el artículo 2176 del Código Civil, relativo a los vicios redhibitorios, cuando el vendedor conoce o debe conocer el vicio en razón de su profesión u oficio.

17 PIZARRO, Ramón Daniel. «Responsabilidad civil del que pone la marca en un producto defectuoso y en un servicio defectuosamente prestado». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 385. Agrega el autor: «El titular de una marca puede explotarla por sí mismo, o permitir su uso por otras personas. Quien cede el uso, conserva el derecho a proteger su marca y lo que ella representa. Por ese motivo, en los contratos de licencia se incluyen cláusulas que facultan al titular para controlar la calidad de los productos elaborados por el licenciataria a los que se aplica la marca», p. 379.

18 ALTERINI, Atilio A. «Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza». En *Derecho de Daños*. Aída Kemelmajer de Carlucci (Directora). Homenaje a Félix A. Trigo Represas, 2.^a parte, p. 539.

19 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 871.

El vendedor, si bien último eslabón en la cadena que termina en el consumidor, seguramente al igual que los antes enumerados, tiene el deber contractual de seguridad, obligación basada en el incumplimiento de un deber secundario de conducta, que atañe a quien provee bienes o servicios. Es que, en efecto, existe un deber objetivo que dimana del contenido virtual del negocio, y que está hoy expresamente previsto por la ley (los ya mencionados artículos 4 a 6 de la Ley n.º 24.240) e implícito en la regla general de la buena fe del artículo 1198. Creemos que en todos los contratos existe una garantía de indemnidad, debida al adquirente de todo producto o servicio, y que está implícitamente contenida en el estándar de la buena fe. Sería una obligación autónoma e independiente respecto de la obligación principal, y su incumplimiento debe acarrear al proveedor el deber de afrontar los daños y perjuicios que el bien transferido haya ocasionado al adquirente, comprendiendo las consecuencias inmediatas y mediatas (artículos 90, 906 del Código Civil), sin la limitación del artículo 520, por ser objetiva.

6. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD

Se ha discutido en doctrina qué tipo de responsabilidad es la que cabe al obligado. En tal sentido, es acertada la solución que propone la existencia de responsabilidad contractual en las siguientes situaciones:

- a) Cuando el consumidor final adquiere la cosa dañosa directamente del fabricante o productor;
- b) Cuando, aun habiendo eslabones en el proceso de comercialización, el consumidor final pretende el resarcimiento de quien contrató con él; y
- c) Cuando los daños los padece un intermediario y éste se dirige contra quien contractualmente le suministró la cosa.

Por otro lado, la responsabilidad será extracontractual en los casos siguientes:

Cuando el consumidor reclama la indemnización de algún intermediario en el proceso de comercialización, que no es aquél que le proveyó la cosa. En efecto, en caso de acción de la víctima contra uno de los participantes en el proceso de producción y comercialización, distinto de quien le proveyó el producto (por ejemplo, el importador, el mayorista, etc.), no obstante los esfuerzos de la doctrina extranjera para tratar de ubicarla en

la órbita contractual, es sometida a las reglas de la responsabilidad extracontractual²⁰.

Cuando, tratándose de supuestos propios de la responsabilidad contractual, la víctima ejerce la opción a) que autoriza el artículo 1107 del Código Civil.²¹

Será también de índole extracontractual cuando los daños son sufridos por un tercero o *bystander* (espectador) o son reclamados por los herederos del contratante.

Nos parece sumamente acertado el distingo, que se refuerza con la opinión de TRIGO REPRESAS, quien afirma expresamente:

En principio, en todos los casos en que no media una previa vinculación contractual entre damnificado y fabricante del producto elaborado causante del daño, la responsabilidad de este último habrá de ser, necesariamente, extracontractual; lo cual habrá de suceder en todos los casos en que el consumidor víctima no ha sido adquirente directo del fabricante del producto nocivo, y en todos aquellos supuestos en que el damnificado resulta ser un tercero extraño a toda vinculación con el productor²².

Parece importante mencionar que en derecho comparado la inclinación es a considerar como objetiva la responsabilidad por productos elaborados. Así, la importante directiva de la Comunidad Europea del 25 de julio de 1985, consagra el principio de una responsabilidad objetiva, sin culpa, inherente a los riesgos creados por la tecnología moderna y la producción en masa. Se trata de una responsabilidad uniforme respecto del consumidor, abandonando toda distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual²³.

7. EL RIESGO DE DESARROLLO

No puede dejar de insistirse en una cuestión hartamente discutida en materia doctrinal, con reflejo en algunas legislaciones, que es el de la

20 ALTERINI, Atilio A. *La responsabilidad civil por productos: estado de la cuestión en el derecho argentino*, LL 1989-E, p. 1178.

21 ALTERINI, Atilio A. y Roberto LÓPEZ CABANA. «Responsabilidad civil por daños al consumidor». En LL 1987-A, p. 1045.

22 TRIGO REPRESAS, Félix A. «Daños a consumidores y usuarios». En *Defensa a los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: La Rocca, 1994, p. 240.

23 LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. «La responsabilidad del fabricante por el hecho de sus productos en el Derecho de la Unión Europea». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Homenaje al Profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 360.

asunción de los riesgos de desarrollo²⁴. La cuestión, como antes lo hemos mencionado, se refiere a productos o servicios defectuosos o peligrosos al momento de su empleo o de su ingreso al mercado, y que por ello, han causado un daño, pero cuya nocividad no era cognoscible por parte del productor, comercializador o prestador del servicio. Así, por riesgo de desarrollo se entiende «la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo se consideraba inofensivo o inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañosidad»²⁵.

En esa línea de ideas, PIZARRO expresa que se denomina «[...] riesgo de desarrollo al que deriva del defecto de un producto que al tiempo de su introducción era considerado inocuo, a la luz del estado de los conocimientos técnicos y científicos existentes a ese momento, resultando su peligrosidad indetectable, pero cuya nocividad es puesta de manifiesto por comprobaciones posteriores»²⁶.

Sobre este punto nosotros coincidimos con lo expresado por la doctrina nacional en las «Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros» (Mar del Plata, 1989). Allí, el despacho, elaborado por la comisión redactora (LORENZETTI, MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, ANDORNO, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, BUERES, STIGLITZ, LOMBARDI, CONSTANTINO, GIMÉNEZ, CAPUA, VIGO, CUASNICU, FERNÁNDEZ LEIEU, HIGHTON DE NOLASCO) aprobó por mayoría la siguiente recomendación:

En los casos de lanzamiento al mercado masivo de consumo de productos cuya nocividad no era conocida al momento de su puesta en circulación, pero que nuevas comprobaciones científicas o técnicas ponen de manifiesto, cabe responsabilizar al productor, que debe garantizar a los consumidores la inocuidad de los bienes que introduce en la comunidad²⁷.

Si bien en el ámbito de la Comunidad económica Europea (Directiva Comunitaria n.º 85/374) se establece como regla general que los riesgos de desarrollo eximen de responsabilidad al fabricante; en la doctri-

24 MÁRQUEZ, José Fernando y Luis MOISSET DE ESPANÉS. *El riesgo de desarrollo*, publicado en www.acaderc.org.ar, Cba., 2009.

25 GOLDEMBERG, Isidoro y Roberto LÓPEZ CABANA. *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor*, JA, 1990-I, p. 217.

26 PIZARRO, Ramón Daniel. «Responsabilidad por riesgo creado y de empresa». Buenos Aires: La Ley, 2006, tomo II, p. 391.

27 Cfr. *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años*. Buenos Aires: Universidad Notarial Argentina, 1991.

na nacional y rioplatense se opina, mayoritariamente, que el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad del producto al tiempo del lanzamiento al mercado. Distintos eventos doctrinarios han ido reafirmando así, que no configura caso fortuito extraño a la actividad, el denominado riesgo de desarrollo; y que los legitimados pasivos responden, en el régimen vigente, por los riesgos de desarrollo²⁸.

8. EL DAÑO A REPARAR

Afirmamos desde ahora que el daño a reparar no puede ser otro que el perjuicio que, efectivamente, se haya producido, conforme lo dispuesto por el artículo 1069 del Código Civil, y teniendo presente, además, que en nuestro sistema de derecho positivo, y conforme al artículo 519 del mismo código «se llaman daños e intereses al valor de la pérdida que haya sufrido [...]», se deben indemnizar los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener previsible o que conocidamente se deriven del hecho generador.

Sin embargo, como sostienen ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA en un importante y esclarecedor estudio sobre el tema, existen situaciones perjudiciales intolerables, en que el ordenamiento jurídico debe reaccionar con consecuencias económicas gravosas contra el responsable, que excedan la reparación del daño causado²⁹. El primer ejemplo que se proporciona es el de «daños causados por productos elaborados, en que puede resultar más barato pagar los montos resarcitorios a los consumidores, que afrontar controles de calidad y otras técnicas onerosas; además, suele ocurrir que se adicionan sustancias tóxicas por encima de los niveles permitidos, como recurso para abaratar costos».

Por tal motivo, en los tribunales del *common law*, además de las indemnizaciones por daño (*compensatory damages*) condenan al pago de otras sumas (*punitive damages*) a título de punición. Esa indemnización a título de daños punitivos reviste para los autores citados, la triple función de sancionar al dañador, prevenir sucesos similares y eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa³⁰.

28 SOZZO, Gonzalo. «Riesgos de Desarrollo y Sistema de Derecho de Daños». *Revista de Derecho de Daños*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, tomo 2006-2, p. 77.

29 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y Rodolfo M. GONZÁLEZ ZAVALA. «Indemnización Punitiva». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Homenaje al Profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 188.

30 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y Rodolfo M. GONZÁLEZ ZAVALA. *Op. cit.*, p. 189.

No es, entonces, exclusivamente el perjuicio económico, emergente de la incapacidad ocasionada a la víctima o de las frustraciones patrimoniales, lo que debe ser reparado. Se deben tener especialmente en cuenta — cuando el daño ha sido generado por productos elaborados — otros detrimentos como el caso de los daños; es decir, el daño moral y el daño punitivo.

El argumento más fuerte, sin duda, reside en que la persona humana se constituye en cuanto fin en sí misma, como el bien supremo del derecho; y la razón de ser del derecho, en cuanto a exigencia existencial, es la protección de la persona humana, la que a su vez, es el gran fundamento del derecho. Hoy que los tiempos han cambiado, del desarrollo tecnológico e industrial, se ha generado nuevas formas de dañosidad, idóneas para alcanzar a millones de personas, en distintos lugares, y hasta en diferentes tiempos. Ese fenómeno se conoce como *mass disaster litigation*, y tiene aplicación, tanto en materia de daños causados por productos elaborados, como por desastres ecológicos.

La cuestión que surge es si existe en tal supuesto una conducta ilícita merecedora de una sola penalidad; o si acaso estamos ante una multiplicidad de transgresiones del ordenamiento jurídico, merecedoras de tantas sanciones como afectados existan con derecho a reclamarlas. ¿Puede ser tratada la introducción de una droga deficiente, que afecta la salud de millones de personas, o la contaminación ambiental por sustancias radioactivas, como un ilícito único?

Se dice que los casos de *mass disaster litigation* han puesto en crisis el sistema clásico, especialmente porque la existencia de múltiples causas judiciales derivadas del mismo hecho punible, se tramitan ante distintos tribunales y en distintas épocas³¹.

La mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, particularmente cuando quien contraria el ordenamiento jurídico, causando daño a otro, actúa deliberadamente con el propósito de obtener un rédito de esa actividad, y con un grave menosprecio de los derechos de terceros. La idea es que en tales supuestos es necesario mandar a pagar algo más que la mera reparación del daño, lo que fluye como un sentimiento de justicia, no disociado, en modo alguno, con los valores de equidad y de seguridad.

La posibilidad está ahora admitida expresamente en nuestro derecho positivo, al establecer el artículo 52 *bis* de la ley de Defensa del Consumidor:

31 Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Madrid: Cívitas, 1995, pp. 159 y ss.

DAÑO PUNITIVO. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

9. LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS EN LAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL EN LA ARGENTINA

En la República Argentina se consideró el tema de la responsabilidad civil por productos elaborados en el marco de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo en la Universidad Nacional de La Plata, en 1981. En ellas se establecieron las siguientes conclusiones:

i. Responsabilidad del fabricante vendedor frente al damnificado comprador

1. Orbita de la responsabilidad. El fabricante asume frente al adquirente un deber de seguridad por los daños que el producto pueda causar. Esta obligación de garantía emana de los artículos 1198, 512 y 901 del Código Civil. En consecuencia, la responsabilidad es de orden contractual. El damnificado puede optar por la vía extracontractual en caso de que, por el artículo 1107 del Código Civil se abra tal vía.
2. Aplicación de las normas relativas a los vicios redhibitorios. En el caso que el damnificado haya optado por la resolución del contrato y el elaborador conocía o debía conocer, en razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, deber reparar los daños intrínsecos y extrínsecos que son consecuencia inmediata del defecto por aplicación del artículo 2176 del Código Civil.

ii. Responsabilidad del fabricante frente al damnificado no contratante

La responsabilidad del elaborador es extracontractual y se funda en el artículo 1109 del Código Civil. La culpa del elaborador surge *in re ipsa* de la existencia del vicio.

iii. Causales de exoneración de la responsabilidad del elaborador

Principio general: El elaborador se libera total o parcialmente acreditando:

1. El caso fortuito extraño a la empresa;
2. La culpa de la víctima; y
3. El hecho de un tercero por el que no debe responder. El elaborador no se libera por la circunstancia de contar el producto con autorización estatal para su comercialización.

iv. Causales de liberación del dueño o guardián no fabricante frente a la víctima

El dueño o guardián no fabricante no se libera acreditando el vicio de fabricación. Su responsabilidad es concurrente con la del elaborador.

v. Causales de exoneración del vendedor no fabricante

1. El vendedor no fabricante se exonera si se reúnen conjuntamente los siguientes requisitos:
2. El vicio es de fabricación;
3. El vendedor no tenía ni debía tener conocimientos del defecto en razón de su arte o profesión;
4. Le era imposible controlar la calidad del producto; y
5. No asumió personalmente la garantía.

vi. Acciones recursorias

El vendedor no fabricante y el dueño o guardián de la cosa defectuosa que fueron condenados en juicio iniciado por el damnificado, tienen una acción recursoria contra el elaborador. Esta acción de reembolso no exige la prueba del dolo del elaborador aunque exista vínculo contractual con éste.

La responsabilidad por daños en la Argentina. Situación actual. La cuestión en el Proyecto de Reformas al Derecho Privado

José Fernando Márquez¹

SUMARIO: 1. La responsabilidad civil en la Argentina. Evolución y situación actual. 1.1. El Código Civil argentino de 1871. 1.2. La evolución posterior. La tarea de la doctrina. 2. El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2011. 2.1. Cuestiones generales. 2.2. Funciones del Derecho de la Responsabilidad Civil. Funciones preventivas y disuasivas (Secciones 1 y 2). 2.3. Funciones del Derecho de la Responsabilidad Civil. Función resarcitoria (Secciones 3 y 4). 2.3.1. Antijuridicidad. 2.3.2. Factores de atribución. 2.3.3. Relación de causalidad. 2.3.4. Eximentes de responsabilidad. 2.3.5. El daño resarcible. 2.4. Responsabilidad directa (Sección 5). 2.5. Responsabilidad por el hecho de terceros (Sección 6). 2.6. Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y ciertas actividades (Sección 7). 2.7. Responsabilidad colectiva o anónima (Sección 8). 2.8. Supuestos especiales de responsabilidad (Sección 9). 2.9. Ejercicio de las acciones de responsabilidad (Sección 10). 2.10. Acciones civil y penal (Sección 11). 2.11. La exclusión de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios de las normas del Código Civil y Comercial. 2.12. Conclusiones. 3. A modo de conclusión.

¹ Profesor Titular Derecho Privado VII (Derecho de Daños), Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular Derecho Civil II (Obligaciones), Universidad Católica de Córdoba.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA ARGENTINA. EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL

1.1. El Código Civil argentino de 1871

Argentina obtiene su primer cuerpo codificado de Derecho Civil con la sanción del Código Civil, redactado por el Dr. Dalmacio VÉLEZ SÁRS-FIELD, con entrada en vigencia en el año 1871.

En materia de responsabilidad civil el Código es tributario de las ideas y las normas receptadas en el Código francés, productos, principalmente, de las doctrinas emanadas de DOMAT Y POTHIER.

A grandes rasgos el Código presenta, en la materia, las siguientes características:

- a) El reconocimiento de dos grandes ámbitos de responsabilidad civil, la derivada del incumplimiento de los contratos (regulada en la Sección Primera del Título Segundo, dedicado al Derecho de las Obligaciones), y la de origen extracontractual (a la cual el Código le dedica los Títulos 8 y 9 de la Sección Segunda, en la que se regulan los hechos y actos jurídicos, del mismo Libro Segundo).
- b) La recepción del llamado «principio de opción» entre las normas de uno y otro ámbitos, impidiendo la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual al ámbito contractual, salvo aquellos supuestos en que el incumplimiento contractual configurara un delito criminal (artículo 1107 del Código Civil).
- c) La instauración de un principio de antijuricidad formal, tanto en los daños causados por comisión como por omisión (artículos 1067 y 1074 del Código Civil).
- d) La adopción, como criterio general, de que sólo se responde cuando se ha actuado con dolo o culpa (artículos 1109 y 1072 del Código, para la responsabilidad extracontractual, y 506, 511 y 512, para el ámbito contractual, y numerosas normas en que se dispone la obligación de reparar el daño en caso de obrar culposo del deudor).
- e) El reconocimiento de ciertos supuestos en que la responsabilidad surge, aun en ausencia de culpa (daños causados en cumplimiento de los contratos de hospedaje y depósito, por animales feroces, por hechos del dependiente).
- f) Como consecuencia del principio general de responsabilidad fundado en el actuar reprochable, la necesidad de imputar voluntariedad al actuar del agente. El hecho involuntario no genera respon-

sabilidad, sin perjuicio de la acción de enriquecimiento sin causa (artículo 907 del Código Civil).

- g) El principio de que sólo se responde por hecho propio y, en ciertos casos, por el hecho ajeno, interpretándose este supuesto de manera restrictiva. Una escasa regulación de los daños causados por cosas inanimadas y reglas detalladas para los generados por animales.
- h) Un sistema basado en los daños sufridos en el patrimonio, con escaso reconocimiento a los daños derivados de lesiones a intereses extrapatrimoniales (intimidad, imagen, etc.).
- i) El reconocimiento del resarcimiento del daño moral (lo que constituyó toda una novedad para la época de sanción del Código), aunque restringido sólo a supuestos en que el hecho dañoso constituyera delito criminal.
- j) La fijación del criterio de previsibilidad para imputar consecuencias al agente dañoso, excluyéndose la responsabilidad por daños imprevisibles y, en materia contractual, por aquellos perjuicios que no sean consecuencia natural del hecho generador de responsabilidad.

1.2. La evolución posterior. La tarea de la doctrina

Los notorios cambios socio-económicos producidos a partir de la segunda mitad del siglo diecinueve, con el desenvolvimiento de la revolución industrial y su producto, el maquinismo, el desplazamiento de masas a las grandes urbes y la formación de grandes conglomerados empresariales, hicieron necesaria una constante revisión de las reglas del Código Civil en materia de responsabilidad civil.

Fue la doctrina la principal impulsora de los cambios, los que se llevaron a cabo a través de la reinterpretación de las normas del Código decimonónico y concluyendo, bajo idénticas reglas escritas, a soluciones sustancialmente disímiles a las ideadas por el codificador.

Así, por ejemplos, en materia de reparación de daño moral, el principio restrictivo de reparación sólo en supuestos de delitos de Derecho Criminal, fue ampliado también a delitos de Derecho Civil y, en un paso posterior, a cuasidelitos. En materia de responsabilidad por el hecho de otro, la visión acotada inicial, fue mutando hacia el reconocimiento de una amplísima gama de situaciones en las que se reconocía «relación de dependencia», y «relación adecuada con la función», a fin de adjudicar responsabilidad al principal.

Esa doctrina se difundió en los Congresos Nacionales de Derecho Civil, en número de cuatro se realizaron en la Ciudad de Córdoba, en los años 1927, 1937, 1961 y 1969. Las conclusiones a los que los juristas arribaron en dichos encuentros fueron fuentes principales de inspiración de las decisiones judiciales que fueron modificando los criterios aplicados en materia de responsabilidad civil y de las reformas legislativas que se realizaron. Dicha tarea se extiende en la labor que los académicos realizan, cada dos años, en las Jornadas de Derecho Civil, cuya edición número 24 se llevará a cabo en la Ciudad de Buenos Aires en el próximo mes de septiembre.

Dicha tarea doctrina vio sus frutos en varias reformas legislativas que fueron dando nuevas facetas al fenómeno de la responsabilidad civil, principalmente en la reforma del Código Civil del año 1968, que incorporó modernas tendencias que modificaron el perfil en la materia, principalmente, a través de la recepción de supuestos de responsabilidad objetiva.

2. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2011

2.1. Cuestiones generales

- 1.1. El Proyecto de Código Civil y Comercial, elaborado por la Comisión designada por Decreto n.º 191/2011, integrada por los Dres. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Elena HIGHTON DE NOLASCO y Ricardo LUIS LORENZETTI, dedica a la materia el Capítulo I («Responsabilidad Civil») del Título 5 («Otras fuentes de las obligaciones»), del Libro Tercero («Derechos Personales») del Proyecto.

Se realiza una adecuada sistematización de las normas referidas a la responsabilidad civil, incorporando al texto legal los criterios jurisprudenciales y doctrinarios generalmente aceptados en estos tiempos.

El trabajo denota una certera selección de criterios, que recepta la mejor tradición de la doctrina de la responsabilidad civil, adaptada con los incorporados a partir de los nuevos supuestos de dañosidad, presentados, principalmente, a partir de principios del siglo XX, y que se acentúan en el que corre.

- 1.2. Se realiza un correcto ordenamiento de la materia, en once secciones, que permite un mejor conocimiento de los justiciables y operadores del derecho de las reglas que regulan el problema de la responsabilidad civil (en su más amplia acepción) en la sociedad actual.

1.3. El aspecto central que hay que poner de resalto es que el Proyecto realiza la unificación de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual, solución que ha reclamado la doctrina en forma insistente desde hace ya un largo tiempo. De este modo se superan los múltiples problemas que generaba la necesidad de encuadramiento de cada supuesto en uno u otro ámbito, ante diferentes regulaciones para cada uno, especialmente en materia de prescripción de acciones y régimen de consecuencias indemnizables.

2.2. Funciones del Derecho de la Responsabilidad Civil. Funciones preventivas y disuasivas (Secciones 1 y 2)

2.1. En las Secciones 1 y 2, el Proyecto incorpora normas vinculadas a las funciones preventivas y sancionatorias del Derecho de Daños (o de la responsabilidad civil). Ambas cuestiones no están reguladas en el Código Civil en vigencia, no obstante lo cual tuvieron clara recepción doctrinaria y en jurisprudencia reciente.

Las normas de la responsabilidad civil, propias de la función resarcitoria (ámbito en el que se emplazaba la materia en la visión tradicional), se declaran aplicables a la prevención del daño y a la sanción (artículo 1708), en una clara definición conceptual de la ampliación de las funciones atribuidas al Derecho de Daños.

2.2 La Sección 2 contiene las normas referidas a las funciones preventiva y sancionatorias,

a) Función preventiva

Se determina un principio general de prevención del daño, disponiéndose que sobre toda persona, en cuanto esté a su alcance, pesan los deberes de evitar causar daños, de adoptar las medidas para evitar que se produzca un daño o se disminuya la magnitud y de no agravar el daño ya causado, trilogía sobre la cual se asienta aquel principio general preventivo.

Se admite la acción preventiva judicial, ante la posibilidad de la causación de un daño, o para evitar su continuación o agravamiento, legitimándose a cualquier persona que tuviera un interés razonable en la prevención. La Sentencia que declare admisible la acción preventiva dispondrá, de modo definitivo o transitorio, las obligaciones que correspondan para cumplir el objetivo preventivo.

La incorporación al texto legal de la tutela civil inhibitoria, hoy admitida por doctrina y jurisprudencia, constituye un importante avance en materia de prevención de los daños, cuestión que se plantea como nuclear en el Derecho de Daños en los tiempos presentes.

b) Sanción pecuniaria disuasiva.

El artículo 1714 incorpora al Código Civil y Comercial, como herramienta aplicable a cualquier ámbito en que se produzcan daños, a la sanción pecuniaria disuasiva (hoy reconocida por la Ley n.º 24.240, de Defensa de Consumidores y Usuarios, en el artículo 52 *bis*, como Daño Punitivo).

El proyecto limita la aplicación de estas sanciones a supuestos de lesiones a derechos de incidencia colectiva, y legitima para solicitar su aplicación a quienes lo están para defender dichos derechos, según las disposiciones generales. Se fijan las pautas para determinar su procedencia («grave menosprecio a los derechos») y su cuantía (circunstancias del caso, gravedad de la conducta, repercusión social, beneficios que obtuvo o pudo obtener, efectos disuasivos de la medida, patrimonio del dañador y posible existencia de otras sanciones), las que otorgan al juzgador un amplio abanico de criterios para fijar las sanciones y su monto. Las sanciones tienen el destino que el juez determine, lo que constituye una novedad con relación a la figura hoy regulada en el derecho del consumo.

2.3. Funciones del Derecho de la Responsabilidad Civil. Función resarcitoria (Secciones 3 y 4)

El Proyecto realiza una detallada regulación de los presupuestos necesarios para la reparación del daño.

2.3.1. Antijuridicidad

El Proyecto determina el principio de que todo daño es antijurídico, salvo que esté justificado, superando de este modo claros problemas dogmáticos que plantea hoy la interpretación de las normas del Código Civil sobre la materia.

Las causales de justificación admitidas son el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa propia o de terceros y el estado de necesidad. Ello, sin perjuicio de la posibilidad del derecho indemnizatorio del daño necesario, que el juez puede mandar a pagar fundado en la equidad.

No se admite la asunción de riesgos como causal de justificación (cuestión que es motivo de discusión en la doctrina) y se prevé el supuesto de existencia de actos de abnegación, que generan derecho resarcitorio para quien sufrió daños para salvar la persona o los bienes de otro.

Se determina una cláusula general de que el consentimiento de la víctima, prestado mediando información suficiente y, en tanto no constituya una cláusula abusiva, libera de responsabilidad por daños a intereses disponibles, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en el Proyecto sobre consentimiento informado en materia de prácticas médicas.

2.3.2. Factores de atribución

- a) El Proyecto realiza una detallada regulación de los factores de atribución de responsabilidad, definiéndolos, correctamente, por las consecuencias del emplazamiento de cada supuesto en cada categoría, esto es, las eximentes invocables. La responsabilidad objetiva, dice, es aquélla en la que el análisis de la conducta del agente dañoso es irrelevante para decidir su responsabilidad; la responsabilidad subjetiva, es la que se funda en la culpa.

Se determina como principio general residual que, si no existe normativa específica, el agente responde por su culpa, siguiendo de este modo la tradición legislativa en la materia.

- b) Se define la culpa en los mismos términos que lo hace el Código Civil (actual artículo 512), disponiendo que la existencia de culpa se realizará en base a un parámetro circunstanciado de comparación de la conducta de quien se atribuye el daño con un criterio medio de conducta, en el que no se consideran las condiciones especiales o facultades intelectuales del agente. Sin embargo, se recogen los parámetros de agravamiento derivados del mayor poder de previsión y la confianza especial derivada de ciertas relaciones, hoy vigentes en los artículos 902 y 909 del Código Civil.

2.3.3. Relación de causalidad

El Proyecto sigue la tradición legislativa y doctrinaria de aceptar la teoría de la causalidad adecuada como el criterio más idóneo para determinar la causa del daño, y determina un régimen de indemnización de las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, superándose así las diferencias entre las consecuencias indemnizables en los ámbitos contractual y extracontractual, vigentes en el Código Civil.

Se especifica que, en materia contractual, el régimen de previsibilidad se individualiza de acuerdo a lo que, en cada caso, se previó o pudo prever.

2.3.4. *Eximentes de responsabilidad*

El Proyecto realiza una detallada regulación de las eximentes de responsabilidad por ausencia de causación, o concurrencia con otros hechos o circunstancias, regulando el hecho del damnificado, el caso fortuito o fuerza mayor y el hecho de un tercero, delimitando, en cada caso, cómo se configuran y cuáles sus efectos.

Es remarcable que en materia de hecho del damnificado, se destaca que es posible su invocación aunque éste no hubiere actuado con culpa, comprendiendo, entonces, los hechos de los incapaces.

2.3.5. *El daño resarcible*

El daño resarcible recibe una especial atención en el Proyecto:

- a) Se define de manera amplia, otorgando, de esta manera, un margen mayor de interpretación al juez para determinar la existencia de daño resarcible.
- b) Se establece el principio de reparación plena, que consiste en la restitución del damnificado a la situación anterior, sea por el pago en dinero o en especie, a opción de la víctima; salvo que la restitución específica sea imposible, excesivamente onerosa o abusiva. Dichos parámetros son los aceptados por la doctrina en la actualidad.
- c) En materia de daño no patrimonial (daño moral), se amplían los legitimados activos, de acuerdo a lo que la doctrina, autoral y judicial, vienen requiriendo desde hace largo tiempo. Se adopta el criterio de las indemnizaciones satisfactorias y compensatorias a los fines de la cuantificación del daño.
- d) Se otorgan facultades al juez para atenuar las indemnizaciones (como lo hace el artículo 1069 del Código Civil) y se fija un principio general de invalidez de las cláusulas que eximan o limiten la obligación de indemnizar, bajo criterios generales flexibles para la interpretación de las cláusulas.
- e) Se establecen los parámetros para fijar indemnizaciones por causa de muerte de la persona o por lesiones o incapacidad física o psíquica, en línea con los criterios que se aplican en la actualidad en la jurisprudencia nacional.

2.4. Responsabilidad directa (Sección 5)

Se establece el principio general de que quien causa un daño, por acción u omisión, tiene el deber de repararlo, en tanto no esté justificado.

Se reconoce la posibilidad de fijar indemnizaciones de equidad por daños causados involuntariamente (actual artículo 907 del Código Civil), y se dispone, en forma expresa, que el daño causado mediando fuerza física irresistible no genera responsabilidad para el agente.

2.5. Responsabilidad por el hecho de terceros (Sección 6)

La responsabilidad por el hecho de dependientes, por hechos de los hijos y por los causados por otras personas bajo encargo, son reguladas en un todo de acuerdo con la interpretación de los supuestos que realiza la doctrina, autoral y judicial, en la actualidad.

2.6. Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y ciertas actividades (Sección 7)

El Proyecto regula los daños causados por cosas riesgosas o viciosas, o actividades riesgosas o peligrosas, emplazando el supuesto en el ámbito de la responsabilidad objetiva, y deslindando las circunstancias que no pueden ser invocadas como eximentes: autorización previa y cumplimiento de las técnicas de prevención. El dueño o guardián de la cosa, y quien realiza, se sirve u obtiene provecho de la actividad, son responsables en este supuesto. La incorporación al texto legislativo de las actividades riesgosas o peligrosas como un supuesto de responsabilidad objetiva es reflejo de la interpretación actual del artículo 1113 del Código Civil, la que amplió su ámbito de actuación también a este supuesto.

Las mismas reglas se aplican en supuestos de daños causados por animales, sean feroces o no lo sean, eliminándose de este modo la distinción que realiza el Código Civil en la materia.

2.7. Responsabilidad colectiva o anónima (Sección 8)

Se incorpora la regulación de los daños causados colectivamente, supuesto que carecía de legislación y sobre el que la doctrina fijó ya las condiciones y consecuencias. Se distinguen los daños causados por cosas que caen o son arrojadas desde un edificio (actual artículo 1119, tercer párrafo del Código Civil), los daños causados por un miembro identificado de un grupo determinado de personas y los daños causados por grupos peligrosos, y se fijan sus respectivos regímenes de responsabilidad y eximición.

2.8. Supuestos especiales de responsabilidad (Sección 9)

Entre los supuestos especiales de responsabilidad se regulan:

- a) La responsabilidad de la persona jurídica (actual artículo 42 del Código Civil).
- b) Responsabilidad de los establecimientos educativos (actual artículo 117 del Código Civil).
- c) Profesionales liberales. Se emplaza el supuesto en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, salvo que el profesional hubiera comprometido un resultado. Se determina, en forma expresa, que no son aplicables las normas de la responsabilidad por daños causados por cosas riesgosas o actividades riesgosas.
- d) Protección de la vida privada (artículo 1071 *bis* del Código Civil).
- e) Acusación calumniosa. Se establece un criterio de protección al denunciante o querellante, al exigirse que haya actuado con dolo o culpa grave.

2.9. Ejercicio de las acciones de responsabilidad (Sección 10)

Se fijan reglas de legitimación activa por daños causados a cosas o bienes, y de legitimación activa en casos de responsabilidad indirecta.

2.10. Acciones civil y penal (Sección 11)

- a) Se reafirma el principio de independencia de las acciones civil y penal resultantes de un mismo hecho, y la posibilidad de ejercicio de la acción civil en el proceso penal, sujeta a lo dispuesto en normas procesales o especiales.
- b) Se regula la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta tanto se resuelva en sede penal, como principio, y las excepciones a la suspensión de acuerdo a las reglas que rigen hoy en el Código Civil y las incorporadas por la jurisprudencia (dilación excesiva del proceso penal y supuestos de responsabilidad objetiva).
- c) Se fijan las reglas de influencias de la sentencia penal sobre la decisión civil, también en concordancia con las soluciones que el Código, y su interpretación, fijan en la materia.
- d) Se determinan las reglas para la revisión de la acción civil por sentencia penal posterior, las que proceden sólo por excepción y en los supuestos determinados por la ley, también de acuerdo a la interpretación que doctrinal, autoral y judicial, han realizado sobre el tema.

2.11. La exclusión de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios de las normas del Código Civil y Comercial

Cuando el Proyecto fue entregado por la Comisión al Poder Ejecutivo, para su elevación al Legislativo, fue sometido a revisión por funcionarios del Ministerio de Justicia. En dicha tarea fueron modificados varios aspectos, algunos en la materia que nos ocupa.

En materia de responsabilidad del Estado, el Poder Ejecutivo modificó los textos propuestos por la Comisión en los artículos 1764, 1765 y 1766, en materia de responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos.

La Comisión había propuesto la responsabilidad del Estado por defectos de servicio (artículo 1764), del funcionario y empleado público por ejercicio irregular de su cargo (artículo 1765) y del Estado por actividades lícitas (artículo 1766), en un todo de acuerdo con los criterios hoy vigentes en materia jurisprudencial.

El Poder Ejecutivo Nacional, por el contrario, ha modificado la propuesta, expresando que las disposiciones del Código no son aplicables a la responsabilidad del Estado (artículo 1764), y que dicha responsabilidad y la de los funcionarios y empleados públicos se regirán por las normas y principios del Derecho Administrativo nacional.

La posición del PEN, defendida en nuestro país por prestigiosos juristas, es extraña a la tradición jurisprudencial argentina, la que ha construido un importante andamiaje conceptual para situar debidamente la responsabilidad del Estado en el esquema de la responsabilidad general, sin permitir desbordes indebidos, ni situaciones inequitativas para el Estado.

La regulación proyectada situaba al supuesto en los parámetros largamente reconocidos en nuestro país.

Estimamos inconveniente el emplazamiento del supuesto en las normas del Derecho Administrativo, pues ello creará mayor incertidumbre, ante la posibilidad de que las leyes administrativas determinen criterios diferentes a los vigentes, y aun graves problemas de discordancia entre las diferentes regulaciones de cada una de las administraciones locales, a las que las normas proyectadas remiten.

2.12. Conclusiones

El Capítulo de la Responsabilidad Civil constituye un trabajo serio y meduloso de sistematización de las reglas de la materia, a partir de la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil, paso que se considera imprescindible en el estadio actual de desarrollo de la materia.

El Proyecto respeta las mejores tradiciones en la materia e incorpora las novedades que los nuevos supuestos de dañosidad plantean al Derecho, en un todo de acuerdo con las mejores doctrina y jurisprudencia de la actualidad.

Estimamos inconveniente las modificaciones incorporadas por el Poder Ejecutivo nacional en materia de responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios y empleados públicos, al apartarse de los criterios asentados en nuestro país sobre la cuestión y la posibilidad de generarse nuevas incertidumbres y discordancias, de acuerdo al modo en que se prevé regular la materia.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Presentamos a los señores miembros de este Congreso un panorama sucinto, del estado actual de la doctrina vigente en materia de responsabilidad civil en la Argentina, en el ánimo de su comparación con el vigente en esta república peruana y la búsqueda de criterios comunes o divergentes, y el enriquecimiento de las regulaciones que inciden en la materia.

La acción reivindicatoria¹

Gunther Hernán Gonzales Barrón²

-
- 1 Vale aclarar que usamos el nombre de «acción reivindicatoria», con el cual se le conoce desde el Derecho Romano hasta la actualidad. La razón es simple: éste es un libro de Derecho Civil, y no de procesal, por lo que no entramos a la polémica de llamarla «pretensión reivindicatoria», que además no tiene demasiada importancia práctica. Por el contrario, para el estudiante o profesional interesado, es conveniente llamarlo con el nombre histórico, pues de esa forma puede buscar bibliografía o información complementaria en la web. Por supuesto que el nombre usual le permitirá acceder a ingente material; mientras el nombre procesal tal vez lo envíe a una página de exquisiteces adjetivas.
 - 2 Profesor de Derecho Civil y Registral en pregrado y postgrado de la PUCP, USMP, UIGV y UNMSM. Profesor Ordinario de la PUCP. Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado por la PUCP. Estudios concluidos en la Maestría con mención en Política Jurisdiccional por la PUCP. Diplomado en Jurisdicción, Derechos Humanos y Democracia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y PUCP. Pasantía en la Corte Suprema de Costa Rica por invitación de su presidente. Postgrado de Especialización en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual por la Universidad de Castilla La Mancha. Diplomado en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla La Mancha. Miembro de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios (UMAU), con sede en Pisa, Italia. Miembro del Consejo de Dirección del Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial (España). Director de las colecciones jurídicas «Biblioteca Moderna de Derecho Civil» y «Derecho Privado Contemporáneo». Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima. Ha sido Presidente y Vocal Titular del Tribunal Administrativo de la Propiedad de COFOPRI y Vocal Presidente de una Sala del Tribunal Registral.

SUMARIO: 1. Fundamento. 2. Definición y requisitos. 3. Caracteres. 4. La difícil prueba de la propiedad. 4.1. Prueba diabólica. 4.2. ¿Qué criterios tiene el juez para resolver la reivindicatoria?

1. FUNDAMENTO

Todos los derechos subjetivos tienen mecanismos de protección para el reconocimiento y efectividad del conjunto de facultades, poderes o prerrogativas que otorga.

En el caso de la propiedad, el mecanismo típico de defensa, pero no único, es la reivindicatoria (artículo 923 del Código Civil), por cuya virtud, el propietario pretende la comprobación de su derecho y, en consecuencia, que se le ponga en posesión de la cosa.

Por el contrario, en la posesión, por ejemplo, el mecanismo de tutela típico son los interdictos (artículo 921 del Código Civil), cuya función es la protección de la posesión actual o de la anterior que ha sido objeto de despojo dentro del año anterior.

Sin un medio de protección, los derechos serían meramente ilusorios, programáticos, sin fuerza; en buena cuenta, quedarían vaciados de efectividad.

Por tanto, la acción reivindicatoria logra que la propiedad sea un derecho realmente efectivo y exigible.

2. DEFINICIÓN Y REQUISITOS

La acción reivindicatoria puede definirse como el instrumento típico de protección de la propiedad de todo tipo de bienes, muebles o inmuebles³, por cuya virtud, se declara comprobada la propiedad a favor del actor y, en consecuencia, se le pone en posesión del bien para hacer efectivo el ejercicio del derecho. Es, por tanto, una acción real (protege la propiedad frente a cualquiera, con vínculo o sin él, en cuanto busca el reconocimiento jurídico del derecho y la remoción de los obstáculos de hecho para su ejercicio); de doble finalidad (declarativa y de condena); plenaria o petitoria (amplia cognición y debate probatorio, con el consiguiente pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada) e imprescriptible (artículo 927 del Código Civil).

3 «La reivindicatoria no sólo es *actio in rem*, sino la *in rem actio* por excelencia»: NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*. Madrid: Editorial Reus, 1953, p. 13.

Por su parte, los requisitos de procedencia de la reivindicatoria son los siguientes:

- i. El actor debe probar la propiedad del bien. No basta acreditar que el demandado no tiene derecho a poseer, pues si el demandante no prueba su pretensión, entonces la demanda será declarada infundada. El efecto de una sentencia negativa es rechazar definitivamente —y con efecto de cosa juzgada— la invocada calidad propietaria del actor; sin embargo, la sentencia negativa no produce efecto alguno en el demandado⁴. Evidentemente, una cosa es decir que el primer requisito de la reivindicatoria es la prueba de la propiedad, pero otra muy distinta es lograr la acreditación. No debemos olvidar que uno de los problemas prácticos más serios del Derecho Civil Patrimonial es conseguir la suficiente prueba del dominio⁵. Posteriormente, daremos mayores luces sobre esta importante cuestión.
- ii. El demandado no debe ostentar ningún derecho que le permita mantener la posesión del bien. Sin embargo, durante el proceso, el demandado pudo invocar cualquier título, incluso uno de propiedad. Por tanto, no es correcto pensar que el demandado es un mero poseedor sin título, pues bien podría tener alguno que le sirva para oponerlo durante la contienda. En tal sentido, la reivindicatoria puede enfrentar, tanto a sujetos con título, como a un sujeto con título frente a un mero poseedor⁶. En cualquiera de las dos hipótesis, el juez se encuentra legitimado para decidir cuál de los dos contendientes es el *verus dominus*.
- iii. El demandado debe hallarse en posesión del bien, pues la reivindicatoria pretende que el derecho se torne efectivo, recuperando la

4 SACCO, Rodolfo y Raffaele CATERINA. *Il Possesso*. Milán: Giuffrè Editore, 2000, p. 469.

5 «Prueba del dominio significa, pues, prueba de tres cosas: Primera.- El hecho constitutivo del dominio, causa remota o modo originario de adquirir. Segunda.- La sucesión válida de titulares (tracto regresivo). Tercera.- La titularidad actual del actor en su existencia y subsistencia»: NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*. *Op. cit.*, p. 30.

6 Por tal fundamento, es menester rechazar la antigua definición, por la cual, la reivindicación es el instrumento que le permite al *propietario no-poseedor* hacer efectivo su derecho a exigir la restitución del bien respecto del *poseedor no-propietario*: PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona: Editorial Bosch, 1994, tomo III-1º, p. 162. El error se advierte por el hecho de que el demandado sólo podía ser un mero poseedor, lo que no es cierto.

posesión. Por ello, el demandado podría demostrar que no posee, con lo cual tendría que ser absuelto. También se plantean problemas si el demandado ha dejado de poseer, pues la demanda planteada no tendría eficacia contra el nuevo poseedor. ¿Qué pasa si el demandado pretende entorpecer la reivindicatoria traspasando constantemente la posesión a una y otra persona a fin de tornar ineficaz la sentencia por dictarse? En doctrina se admite que la acción es viable contra quien dejó de poseer el bien en forma dolosa una vez entablada la demanda⁷. Ésta es la solución del Derecho Romano, pero ¿cómo evitar las dificultades de la prueba del dolo? Nuestra opinión es distinta: la reivindicatoria es una acción real y se impone contra todo tercer poseedor, pues si el traspaso se produjo luego de iniciado el proceso judicial, entonces la sentencia afecta al demandado y a todos los que derivan sus derechos de aquél (artículo 123 CPC).

- iv. No basta individualizar al demandante y al demandado, pues, también es necesario que el objeto litigioso sea identificado. Los bienes, normalmente, constituyen elementos de la realidad externa, es decir, son los términos de referencia sobre los cuales se ejercen las facultades y poderes del derecho real. En caso contrario, éste caería en el vacío, pues no habría objeto de referencia. Por ello, los bienes deben estar determinados, es decir, conocerse cuál es la entidad física (o ideal) sobre la que su titular cuenta con el poder de obrar lícito. En tal sentido, los bienes deben estar individualizados, aislados o separados de cualquier otro bien; en resumen, deben contar con autonomía jurídica, fundada sobre la función económica y social que el bien cumple de acuerdo a su naturaleza y la voluntad de los sujetos⁸. En efecto, el derecho de propiedad se ejerce sobre cosas u objetos del mundo exterior que sean apropiables y cuenten con valor económico. Estas cosas u objetos tienen necesariamente límites físicos que permiten establecer con exactitud (o, por lo menos, con determinación aproximada) hasta dónde se extienden las facultades del propietario. Si se prueba la propiedad del actor, pero no se prueba que el objeto controvertido sea el mismo al que se refiere el

7 SACCO, Rodolfo y Raffaele CATERINA. *Il Possesso*. *Op. cit.*, p. 207.

8 MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1979, tomo II, p. 259.

título de propiedad, entonces la demanda será rechazada⁹. Vamos a exponer algunas ideas adicionales sobre la identificación del bien:

- a) En el caso de los predios, sus confines se determinan a través de los límites verticales y horizontales. En cuanto a los límites verticales, el derecho de propiedad se extiende al sobresuelo y subsuelo «hasta donde sea útil al propietario» (artículo 954 del Código Civil), es decir, hasta donde sea necesario para la explotación del predio, de acuerdo con su naturaleza y destino; esto es, se trata de un criterio objetivo que descarta una noción de «interés del propietario» que se base en la opinión subjetiva del titular. En cambio, los límites horizontales vienen a ser los confines del predio con respecto de los cuatro puntos cardinales, representándose como una línea imaginaria que encierra una superficie del suelo o un espacio cúbico. La delimitación horizontal nunca es natural, siempre es convencional, ya que la superficie territorial se extiende en forma continua sin tener confines intrínsecos; únicamente el hombre pone límites al terreno, con el fin de demarcar hasta dónde se ejerce el derecho de propiedad, y separar así los distintos objetos susceptibles de apropiación. La delimitación horizontal de los predios se aprecia gráficamente, por ejemplo, a través de los llamados planos de ubicación. Si los límites horizontales de los predios no son naturales, sino convencionales, entonces, dichos límites emanan de los títulos de adquisición de cada derecho de propiedad¹⁰. En tal sentido, la delimitación física de los predios no es una cuestión meramente fáctica, sino fundamentalmente jurídica, pues el título busca concretar — con mayor o

9 Así ocurrió en la sentencia de la Corte Suprema de 11 de julio de 2002 (Casación n.º 3436-2000-Lambayeque), publicada en el diario oficial el 3 de febrero de 2003: «Tercero.- Que, en efecto, el bien que se pretende reivindicar debe ser determinado, por consiguiente, identificable, ya que este elemento en sí constituye el fondo de la controversia que garantiza el otorgamiento de la tutela jurisdiccional efectiva. Cuarto.- Que, la recurrente denuncia la inaplicación del artículo novecientos veintitrés del Código Civil que correspondía aplicar al supuesto que la norma citada considera, cual es, el derecho de propiedad y su atributo de reivindicar. Para el caso concreto, sin embargo, ha dejado de considerar los presupuestos del derecho objetivo indicado, significados en los elementos de la acción reivindicatoria. Quinto.- Que, de otro lado, las resoluciones de mérito no han aplicado el artículo citado porque el supuesto hipotético de la norma no es aplicable a la cuestión fáctica establecida en autos, toda vez que no ha existido la determinación del bien materia de reivindicación» (finalmente, se declaró infundada la demanda).

10 MORALES MORENO, Antonio Manuel. *Publicidad registral y datos de hecho*. Madrid: CRP-ME, 2000, p. 29.

menor precisión — una línea ideal con fines inclusivos para el propietario (lo que está dentro de la línea es objeto de su derecho), y con fines excluyentes para los terceros. ¿Cómo se delimita esta línea ideal? Los dos elementos descriptivos fundamentales de un predio son los linderos y el área (cabida). Los linderos son los confines o límites colindantes de una finca con otra, cuya descripción en el título hace, precisamente, que se delimite la línea poligonal que encierra la superficie del terreno. Esta superficie encerrada constituye la cabida o área¹¹, la misma que debe ser necesariamente expresada en el sistema métrico decimal, que tiene carácter oficial en nuestro país desde una ley dictada el 16 de diciembre de 1862¹². No obstante, durante mucho tiempo los títulos de propiedad siguieron arrastrando las unidades de medida anteriores, con la consiguiente inexactitud en las inscripciones. A la cabida y los linderos debe agregársele un elemento descriptivo adicional: las denominadas «medidas perimétricas», que consisten en la expresión numérica de los linderos y de las distintas vicisitudes de éstos. En este caso estamos ante un procedimiento de linderación (permítasenos este neologismo) realizado por medio de unidades de medida (metros lineales) que tiene como finalidad expresar numéricamente la línea ideal o polígono que abarca una determinada porción de la superficie terrestre. Los elementos descriptivos señalados requieren, además, de un punto de referencia que permita ubicar el terreno en la realidad física y desarrollar la labor de medición y linderación. En efecto, si contamos sólo con la cabida, los linderos y las medidas perimétricas, pero no con un punto de referencia, entonces resulta imposible localizar el predio dentro de la superficie terrestre, pues simplemente tendríamos unos datos de medición que no se podrían homologar por

11 Se debe precisar que el término técnico es cabida, según el Diccionario de la Real Academia Española. Sin embargo, en nuestro medio se ha generalizado como sinónimo el vocablo «área», lo que en puridad es un error gramatical. En efecto, el término «área» constituye una unidad de medida superficial (como el metro cuadrado), pero no es la superficie en sí misma encerrada dentro de un polígono. El área equivale a la centésima parte de una hectárea, por lo que si ésta representa 10,000 m², entonces aquélla abarca 100 m². Por tanto, el «área» es una unidad de medida que se traduce en 100 m², y no es sinónimo de «cabida». Es más, el Diccionario de la Lengua no le reconoce esta última acepción que se ha generalizado en nuestro medio. Éste es un típico ejemplo de deformación del lenguaje, en el que la unidad de medida termina identificándose con el objeto medido.

12 GUEVARA MANRIQUE, Rubén. *Derecho Registral*. Lima: Gráfica Horizonte, 1998, tomo III, p. 56.

falta de datos. En la práctica, el punto de referencia que se utiliza es muy variado, y depende del carácter urbano o rural de la finca. Por ejemplo, en los predios urbanos es muy común utilizar la calle, la manzana o el lote, o la numeración del inmueble, lo que permite contar con un punto de referencia con elevado grado de precisión. La cuestión se complica, sin embargo, en el ámbito rural, pues allí no existen calles ni numeración. En tal caso, el punto de referencia pueden ser accidentes geográficos notables, tales como una montaña, un río, un barranco, etc.; también puede utilizarse obras humanas o construcciones, tales como estaciones eléctricas, postes de alta tensión, ductos de hidrocarburos, puentes, carreteras u otros.

- b) A falta de estos accidentes geográficos u obras humanas, la descripción en los títulos de propiedad se complica sobremanera, pues resulta probable que se utilicen descripciones meramente literarias referidas al nombre de los colindantes o a realidades materiales del terreno que son cambiantes y que no prestan seguridad. Aquí podemos encontrar las remisiones a acequias, bosques, línea de árboles, canales, alguna piedra notable, o incluso, la simple mención del nombre de los colindantes. Sin embargo, la identificación entre el «objeto físico» y el «objeto de los títulos» debe ser aproximativo, nunca puede exigirse un valor absoluto (¡en el Derecho no existen absolutos ni pruebas totalmente plenas!). Por ejemplo, en las fincas no puede requerirse la exacta y absoluta determinación de la superficie y linderos, sino más propiamente el establecimiento de una relación entre los títulos y la finca de manera aproximativa y funcional. Basta una individualización razonable de la finca (¡según los títulos, no puede tratarse de otra finca!); no una delimitación exacta o absoluta.
- c) Sin embargo, los títulos de propiedad pueden ser insuficientes para localizar un terreno en el espacio físico, sea porque se usan descripciones imperfectas, faltan datos de identificación (cabida o linderos) o se utiliza colindancias meramente literarias (ejemplo: se colinda con predio de terceros), sin expresiones numéricas. En estos casos, los títulos dominicales no bastan por sí solos para lograr la localización, pero, podrían existir medios supletorios, extra-título, que coadyuven al fin, tales como los planos catastrales, municipales, otras escrituras públicas o documentos complementarios, como autos judiciales de sucesión intestada o de inventarios. Por ejemplo, el señor A es propietario de una casa frente a la iglesia del Pueblo, sin mayores datos; empero, en la relación municipal de contribuyentes

consta que A es titular de un predio individualizado de 200 m² que, aproximativamente, se encuentra frente a la iglesia. El título ha sido completado por el padrón municipal.

- d) La insuficiencia de los títulos también puede subsanarse con la posesión. Por ejemplo, un título de propiedad alude a un predio que se encuentra en esquina, por lo que está localizado; sin embargo, no se indica el área o cabida. A pesar de ello, la individualización puede realizarse sobre la base de la posesión actual, que le corresponde a uno de los herederos del propietario primigenio, quien ha desmembrado el predio en tres porciones. Aquí existe una vinculación que no puede ser casual: el propietario de hace medio siglo declaró una casa en esquina; y uno de sus herederos posee una casa que estuvo ubicada en esa misma esquina cuando el predio fue una matriz, pero que hoy se encuentra separado por efecto de la desmembración. En buena cuenta, la posesión ha confirmado los títulos defectuosos¹³.

13 En la magistratura hemos tenido la oportunidad de resolver un caso de identificación del predio mediante el criterio de la posesión. Se trata de la sentencia de 12 de septiembre de 2012 emitida por la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso-Administrativo de Lima, Expediente n.º 19225-2006 (n.º 421-2011), con ponencia del autor de este libro:

«**Sexto:** En el presente caso, tal como se aprecia del petitorio de la demanda y los argumentos expuestos en el recurso impugnativo, la controversia se centra en determinar si las actoras son propietarias del inmueble, ubicado en el lote 12 de la manzana 122 del Centro Poblado de Canta.

Séptimo: De los actuados en sede administrativa, se aprecia lo siguiente:

1. **Escritura Pública de Testamento de fecha 21 de agosto de 1954**, otorgado por don Gregorio Vásquez Espinoza (abuelo de las demandantes).
2. **Acta Notarial sobre Protocolización de solicitud de Sucesión Intestada de don Víctor Alfonso Vásquez Álvarez de fecha 10 de noviembre de 1998**, en la que se declara como herederas a sus hijas María Sara y Epifanía Vásquez Huschucagua.
3. **Ficha de Empadronamiento y/o Verificación, Asentamiento Humano/Pueblo Joven/Centro Poblado de fecha 20 de noviembre de 2004**, que señala como Observaciones: «Vivienda consolidada 2 pisos de adobe, titulares ausentes viven en Lima, según Gilberta Requis, son titulares señoras María Vásquez Huschucagua y Epifanía Vásquez. Se apersonó la señora María Deri Pérez, quien manifiesta que es ella la posesionaria por más de 30 años, no adjunta datos».
4. **Ficha de Empadronamiento y/o Verificación, Asentamiento Humano/Pueblo Joven/Centro Poblado de fecha 6 de marzo del 2005** que señala como Observaciones: Indagar por posible titular, María Vásquez y Epifanía Vásquez, verificar la vivencia y empadronar/titulares ausentes por residencia en Lima/se apersonó María Deri Pérez, manifiesta hacer posesión hace 30 años, verificar si existe conflicto de intereses por el lote, adjuntar documentos.

5. **Acta de Inspección** de fecha **10 de junio de 2005**, en la que consta la diligencia de inspección en el procedimiento sobre mejor derecho de posesión del lote n.º 12, Mz. 122, del Centro Poblado Canta, efectuada por COFOPRI, en la que se indica que fue atendida por María Deri Pérez Sosa.
6. **Informe n.º 248-2005-LFC/PAS de fecha 20 de septiembre de 2005**, se señala que efectuada la inspección ocular se verificó que el lote 12 de la manzana 122, se ubica con frente al Jirón Arica, a la vez se toma conocimiento que el área del lote 12 forma parte de un área de mayor extensión, según se corrobora con los datos detallados en la **Ficha n.º 008-Canta** que describe el inmueble como: Casa ubicada en la plaza de armas de Canta que hace esquina con el Jr. Arica s/n, con un área de 170.90 m²; (ficha n.º 008-Canta), en la cual se advierte que dicha área se inmatricula a favor de Francisco, Ángel, Justo y Víctor Vásquez Álvarez, apreciándose también que, posteriormente, mediante Escritura Pública de fecha 4 de noviembre de 1982, el lote fue transferido a favor de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Inmaculada Concepción n.º 49; concluyendo el dictamen que: «no es posible elaborar un plano de superposición del predio declarado en la Escritura Pública, con el plano de trazado y Lotización del Centro Poblado a razón de que el documento no detalla medidas perimétricas, ni área; tan sólo enuncia referencias que permitirían ubicar el inmueble en relación al frente-Plaza de Armas del predio propiedad de terceros (ubicado por el lado colindante izquierdo del lote 12 de la manzana 122)».
7. **Resolución de Gerencia de Titulación n.º 324-2005-COFOPRI/GT de fecha 31 de octubre de 2005**, que resolvió: «Declarar el mejor derecho posesorio y disponer la adjudicación y la emisión del respectivo título de propiedad sobre el lote 12, manzana 122, del centro Poblado Canta, ubicado en el distrito y provincia de Canta, departamento de Lima, inscrito en el código n.º P18020140 del Registro de Predios, a favor de doña Epifanía y doña María Sara Vásquez Huscuchagua».
8. Mediante escrito presentado con fecha **9 de diciembre del 2005**, doña **María Deri Pérez Sosa**, interpone recurso de apelación contra la **Resolución de Gerencia de Titulación n.º 324-2005-COFOPRI/GT de fecha 31 de octubre del 2005**.
9. **Certificado de Posesión** de fecha **02 de diciembre del 2005**, expedido por el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Canta en el que se certifica que el inmueble ubicado en la Localidad de Canta Manzana 122, lote 22 se encuentra en posesión de **María Deri Pérez Sosa**.
10. Mediante **Resolución del Tribunal Administrativo de la Propiedad n.º 070-2006-COFOPRI/TAP de fecha 28 de marzo del 2005**, se resolvió:
 - Declarar fundado el recurso de apelación presentado por María Deri Pérez Sosa.
 - Revocar la Resolución de Gerencia de Titulación n.º 324-2005-COFOPRI/GT de fecha 31 de octubre de 2005 emitida por la Gerencia de Titulación.
 - Declarar el mejor derecho de posesión del lote 12, manzana 122 del Centro Poblado Canta, ubicado en el distrito y provincia de Canta, departamento de Lima, inscrito en el código n.º P18020140 del Registro de Predios a favor de **María Deri Pérez Sosa**.

Octavo: Que, la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal –COFOPRI–, creada por el Decreto Legislativo n.º 803 y cuyo Texto Único Ordenado se aprobó por Decreto Supremo n.º 009-99-MTC, es el organismo rector máximo encargado

de diseñar y ejecutar de manera integral, comprehensiva y rápida un Programa de Formalización de la Propiedad y de su mantenimiento dentro de la formalidad, a nivel nacional, centralizando las competencias y toma de decisiones a este respecto.

En tal contexto, el Decreto Supremo n.º 006-2006-VIVIENDA, señala que la formalización de centros poblados se realiza en mérito de título de propiedad fehaciente que cuente, cuando menos con cinco años de antigüedad antes del empadronamiento; y sólo a falta de título, COFOPRI procederá a reconocer como propietario al que ejerce la posesión directa, continua, pacífica y pública por un plazo no menor de un año a la fecha de empadronamiento; concordante con el Decreto Supremo n.º 013-99-MTC, Reglamento de Formalización.

Noveno: En el caso de autos, tratándose de un centro poblado (Canta), es necesario determinar, en primer lugar, si los demandantes cuentan con título de propiedad fehaciente; y, sólo en defecto de ello, acudir a la posesión.

Décimo: El inmueble materia de controversia es el lote 12 de la manzana 122 del centro poblado de Canta, cuyo gráfico obra a fojas 51 del expediente administrativo.

Décimo Primero: Sobre el particular, es necesario hacer un estudio de los antecedentes de la propiedad, para arribar a conclusiones:

1. En el testamento del causante Gregorio Vásquez Espinoza (fojas 15 a 27 del expediente administrativo), éste detalla ser propietario de una casa ubicada en la Plaza de Armas, compuesto de dos plantas, con vista a la plaza y a la calle de enfrente, lo que implica que se encuentra en una esquina.
2. El lote colindante al que es materia de controversia, aparece signado como propiedad de terceros, cuenta con un área de 169.82 m², y actualmente pertenece a la Cooperativa de Ahorros y Créditos Inmaculada Concepción, que aparece inscrita como propietaria en la ficha n.º 008-CANTA del Registro de Predios de Lima (Informe de fojas 58 a 61 del expediente administrativo), en mérito de la compraventa otorgada por los herederos Francisco, Ángel, Justo y Víctor Vásquez Álvarez, que precisamente lo habían heredado por virtud del testamento otorgado por Gregorio Vásquez Espinoza, de fecha 21 de agosto de 1954, ante el notario de Lima Miguel Córdova.
3. En virtud de lo anterior, se infiere que el propietario original del predio que se encontraba en la esquina de calle Arica y plaza de armas era el causante Gregorio Vásquez Espinoza. Esta afirmación se sustenta en el testamento que permite ubicar el predio en la citada esquina corroborado con la inmatriculación de la ficha n.º 008-CANTA, del Registro de Predios de Lima.
4. Es más, el inmueble matriz relatado en el testamento tenía mayor área o cabida que el inmueble en controversia, pues el actual ya no se encuentra en esquina (Informe n.º 248-2005-LFC/PAS, de fojas 58 a 60 del expediente administrativo).
5. Si el inmueble tenía mayor área en su origen, cuando el causante dispuso de él en testamento, entonces se colige que la fracción adicional, que ya no pertenece al actual inmueble, coincide con el predio inmatriculado en la ficha n.º 008-CANTA, pues con él se conforma el predio en esquina de calle Arica y plaza de armas.
6. Por tanto, la reconstrucción de la historia dominical del inmueble permite concluir que éste se configuraba por dos secciones: la actual, en disputa, y la otra que fue inmatriculada y vendida a la cooperativa, precisamente por los herederos de

- e) Un último elemento identificador es la coincidencia entre las partes respecto del bien en conflicto. Este caso se presentó en una sentencia judicial, que fue resuelta correctamente por la Corte Suprema. En efecto, el propietario reivindicó con un título de propiedad de casi cien años

Gregorio Vásquez Espinoza.

7. Si el propietario original es el citado Vásquez Espinoza, entonces hay que acudir al testamento, en el cual se transfiere en herencia a su hijo Víctor Vásquez Álvarez la sala, parte y bajos, la cocina y todo el rectángulo que se forma hacia adentro; y, en efecto, el plano de fojas 51 del expediente administrativo detalla una parte angosta en el frente de la calle, y un rectángulo que se abre al fondo, lo que coincide con la descripción del testamento.
8. Siendo así, y por imperio del testamento de Gregorio Vásquez Espinoza, el lote controvertido pasó a su heredero Víctor Vásquez Álvarez, quien al fallecer dejó dos causahabientes por sucesión intestada: María Sara Vásquez Huscuchagua y Epifanía Vásquez Huscuchagua (fojas 12 y 13 del expediente administrativo), por lo que se acredita que los demandantes gozan del derecho que invocan; y, por tanto, COFOPRI deberá reconocerlas como propietarias.
9. En resumen, el propietario original fue Gregorio Vásquez Espinoza, que dejó una porción del inmueble a favor de su heredero Víctor Vásquez Álvarez; cuya descripción coincide con el predio en actual disputa, y que, a su vez, ha sido transferido a sus dos hijas, las demandantes, por sucesión intestada.

Décimo Segundo: Por su parte, la alegación de la poseedora María Deri Pérez Sosa respecto a que ha ejercido la posesión directa (en concepto de dueño), se desbarata cuando ella misma reconoce en forma implícita, que ingresó al predio como conviviente de Rafael Vásquez Álvarez, familiar de los hermanos Vásquez Álvarez, herederos del propietario original Gregorio Vásquez Espinoza (escrito de apelación en la vía administrativa, de fojas 79 a 80 del expediente administrativo). De esta forma, se acredita que su posesión se inicia por gracia o liberalidad de los propietarios; por lo que constituye **una típica precaria**, pues cuando median relaciones sociales, familiares, se presume, por máxima de experiencia, que la posesión se origina por causa gratuita; y, obviamente, no por despojo.

Décimo Tercero: Es más, el Tribunal Administrativo de la Propiedad se equivoca cuando reconoce como «medios probatorios» de posesión directa, el DNI, Libreta Militar o Constancia de Posesión (fojas 28, 29 del expediente administrativo), pues tales pruebas no acreditan el concepto posesorio, sino, en el mejor de los casos, la simple posesión, pero no que lo haya ejercido en concepto de dueño. Nótese que la señora María Deri Pérez Sosa ni siquiera paga el impuesto predial del inmueble; a diferencia de las demandantes que sí lo hacen (fojas 49, 50, 54, 55, 64, 65, 66, 102 y 110 del expediente administrativo).

Décimo Cuarto: En consecuencia, la historia dominical del predio permite inferir que las actoras son propietarias; mientras que la poseedora no lo es en concepto de dueño, sino en precario; por lo que de conformidad con el Decreto Supremo n.º 006-2006-VIVIENDA, corresponde formalizar a los que ostentan título de propiedad con más de cinco años de antigüedad desde el empadronamiento». (Finalmente, se revocó la sentencia de primera instancia y se declaró fundada la demanda).

El texto completo puede verse en: www.gunthergonzalesb.com.

de antigüedad, en el que faltaban datos de localización; sin embargo, tanto el demandante, como el demandado, reconocieron que el lote poseído se encontraba dentro del predio matriz al que se refería el título¹⁴. En consecuencia, las partes pueden confirmar que se trata del mismo objeto, aun cuando cada una de ellas exhiba un título o situación jurídica diferente. Por lo demás, éste es el criterio adoptado por COFOPRI¹⁵.

-
- 14 Puede citarse la siguiente sentencia en la que se discutió la identificación del bien: «CONSIDERANDO: Primero.- Que, la sentencia de vista, que no ha reproducido los fundamentos de la apelada, se sustenta en que don Simeón Alarcón fue propietario de un terreno aproximadamente de una hectárea de extensión ubicado en el barrio de Belén de la Ciudad de Ayacucho, que a su fallecimiento correspondió a sus herederos entre los cuales se encuentra la demandante, que pretende la reivindicación de sólo cuatrocientos sesenta y siete metros cuadrados aproximadamente que tratándose de un bien *indiviso*, de conformidad con el artículo novecientos setenta y nueve del Código Civil cualquier copropietario puede reivindicar el bien común; Segundo.- Que, a pesar de ello la sentencia llega a la conclusión que no se encuentra identificado el bien objeto de la acción reivindicatoria y que ni la inspección ocular de fojas setenta y uno ha podido subsanar la omisión de este requisito y que la prueba actuada no contribuye a suministrar los elementos de juicio suficientes al juzgador, por lo que confirma la apelada y declara improcedente la demanda de reivindicación; Tercero.- Que, sin embargo, la sentencia de vista no ha tomado en consideración que la demandada doña Eugenia Ventura Prado al contestar la demanda a fojas treintiséis reconoció que se encontraba poseyendo por más de veintiocho años consecutivos parte del inmueble que con una mayor extensión de una hectárea adquirió en remate público y judicial don Simeón Alarcón, por escritura pública de fecha dieciocho de enero de mil novecientos dieciocho por ante notario público de ese entonces Albino Guerra, encontrándose el inmueble inscrito a favor del propietario, pero que la demandada ha adquirido por prescripción dicho bien, para luego negar que la actora sea propietaria del bien que posee; Cuarto.- Que, la demanda y su contestación son piezas principales del proceso y el juzgador no puede omitir considerar lo que las partes reconocen en dichos escritos; Quinto.- Que, habiendo admitido la demandada que ocupa el inmueble sub-litis, la sentencia de vista no puede llegar a la conclusión de que no se encuentra identificado el bien objeto de la acción reivindicatoria, lo que determina que no se ha valorado debidamente por los litigantes (...): Finalmente, la Corte Suprema declaró nula la sentencia de vista (Casación n.º 3748-2000-AYACUCHO, de fecha 9 de abril de 2001, publicada el 31 de julio de 2001).
- 15 Resolución del Tribunal Administrativo de la Propiedad de COFOPRI n.º 106-2008-COFOPRI/TAP, del 26 de mayo de 2008, con ponencia del autor de este libro: «3. Que, Emilia Vásquez Puente, mediante escrito presentado el 11 de enero de 2008 (folios 127), interpone recurso de apelación indicando que la Resolución ha declarado el mejor derecho de posesión y dispone la adjudicación en copropiedad de 'el predio' además de la recurrente y su hijo a otras tres personas que no son poseedores de dicho inmueble, pues señala que ella viene poseyendo con su hijo César Augusto Mateo Vásquez desde hace más de 40 años, y que si bien reconoce que María del Carmen, Eugenio Danilo y Jesús Mateo Ortega son hijos de su finado esposo, refiere

que no son poseionarios de 'el predio'. Además, señala que a la muerte de Eugenio Mateo Ramírez le corresponde como cónyuge superviviente el 50% y el otro 50% en partes iguales a los demás hijos y a ella también.

4. Que, María del Carmen Mateo Ortega, mediante escrito cursado el 22 de enero de 2008 (folios 133), interpone recurso de apelación indicando que 'el predio' fue adquirido por su causante Lucio Eugenio Mateo Ramírez con su anterior esposa María Espinoza Sotelo, por lo que no puede pertenecer a Emilia Vásquez Puente, quien viene poseyendo 'el predio' de mala fe y no tienen justo título. Asimismo, refiere que la sentencia de declaratoria de herederos fue hecha de mala fe, a sabiendas que la recurrente y sus hermanos son los únicos herederos de su padre, e hicieron caer en error a la autoridad judicial, razón por la cual considera que la Resolución impugnada le viene privando de su derecho a la herencia y propiedad.

5. Que, en el presente caso estamos frente a una posesión informal en el Centro Poblado 'Concepción', cuya etapa de calificación individual se encuentra regulada en el artículo 16 del Reglamento del Título I de la Ley n.º 28687, referido a la Formalización de la Propiedad Informal de Terrenos Ocupados por Posesiones Informales, Centros Urbanos Informales y Urbanizaciones Populares, que a la letra dice: 'Si en la calificación individual de lotes se detecta la existencia de escrituras imperfectas u otros títulos de propiedad no inscritos, que cumplan con el plazo establecido en el artículo 2018 del Código Civil, se emitirá el instrumento de formalización respectivo, a favor del titular del derecho, aun cuando éste no se encuentre en posesión del lote. En este último caso, el poseedor podrá solicitar la prescripción adquisitiva de dominio conforme al presente reglamento'. Así también prevé el segundo párrafo: 'De no contarse con títulos de propiedad o documentos que acrediten este derecho, se verificará el ejercicio de la posesión y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto Supremo n.º 013-99-MTC y demás normas complementarias y conexas, a fin de emitirse el título respectivo'.

6. Que, en este sentido, para la calificación individual de 'el predio' corresponde determinar: i) si existen escrituras imperfectas u otros títulos de propiedad no inscritos, que cumplan con el plazo establecido en el artículo 2018 del Código Civil, para emitir el instrumento de formalización respectivo a favor del titular del derecho; y de no contar con títulos de propiedad o documentos que acrediten este derecho, establecer ii) el mejor derecho de posesión en virtud del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto Supremo n.º 013-99-MTC y demás normas complementarias y conexas.

7. Que, consta de la ficha de empadronamiento, a folios 46, que Emilia Vásquez Puente y César Augusto Mateo Vásquez fueron empadronados con fecha 14 de junio de 2000, diligencia en la cual se observó la existencia de una sucesión intestada respecto 'el predio'. Asimismo, obra en autos la declaración judicial de sucesión intestada de Eugenio Lucio Mateo Ramírez del 5 de noviembre de 1996 (folios 3) en la cual se les declara a los empadronados como sus únicos y universales herederos, así como copias de la Declaración Jurada de Autoavalúo del año 1989 del 29 de enero de 1990, del recibo de suministro de electricidad cancelado el 25 de noviembre de 1999 y del recibo de agua cancelado el 29 de octubre de 1999, todos los cuales se encuentran a nombre de Eugenio Mateo Ramírez.

8. Que, mediante escrito del 10 de julio de 2000 (folios 11), María del Carmen

Mateo Ortega, Eugenio Danilo Mateo Ortega y Jesús Mateo Ortega formulan reclamación contra el empadronamiento de Emilia Vásquez Puente por cuanto 'el predio' fue adquirido por su padre Eugenio Mateo Ramírez cuando estaba casado con María Espinoza Sotelo, con quien contrajo matrimonio en 1935, y que si bien al enviudar, contrajo nupcias con Emilia Vásquez Puente en el año de 1967, dicha relación no duró más que un año y medio debido a la incomprensión, por lo que posteriormente tuvo como conviviente a Domitila Flavio Ortega Mayta, con quien contrajo matrimonio en el año de 1980 y tuvo tres hijos llamados Jesús, María del Carmen y Danilo Eugenio Mateo Ortega, quienes tuvieron que dejar 'el predio' que venían poseyendo debido al hostigamiento de doña Emilia Vásquez Puente. Presenta como medios probatorios, entre otros documentos, el Testimonio de la Escritura Pública de enajenación (compraventa) celebrado el 20 de junio de 1940 (folios 28) por la cual Armando Vargas Gonzáles y Serafina Cano de Vargas dan en venta real y perpetua a don Eugenio Mateo Ramírez y esposa doña María Espinoza de Mateo de un terreno situado en Prolongación del Jirón Sucre del tercer cuartel de la ciudad de Concepción.

9. Que, conforme establece el artículo 51 del Reglamento de Normas, siendo relevante para la solución del presente conflicto la constatación técnica para determinar si 'el predio' corresponde al inmueble objeto del testimonio de la Escritura Pública de compraventa del 20 de junio de 1940, ésta se efectuó mediante Informe n.º 001-2007-LFV del 22 de marzo de 2007 (folios 82) que refiere que en vista que la descripción del terreno no se hace referencia a las medidas perimétricas ni al área, no ha sido posible elaborar el plano del terreno de la citada escritura, ni la superposición con el Plano de Trazado y Lotización. Sin embargo, se aprecia la correspondencia de la colindancia por el norte con el Jirón Sucre (ahora Av. Mariscal Cáceres) del inmueble de la citada escritura pública con 'el predio'.

10. Que, si bien lo señalado en el Informe Técnico no es concluyente respecto de la correspondencia de inmueble descrito en la citada Escritura Pública con 'el predio', debe tenerse en cuenta que conforme se estableció en la Resolución del Tribunal Administrativo de la Propiedad n.º 059-2008-COFOPRI/TAP' (...) el informe técnico no es una prueba exclusiva para acreditar la identidad del predio, por lo que se pueden utilizar otros medios probatorios que cumplan idéntica finalidad, los cuales deben ser valorados conjuntamente en forma razonada'. En este sentido, en el escrito del 26 de julio de 2001 (folios 32) Emilia Vásquez Puente señaló textualmente que 'el titular del predio fue única y exclusivamente Eugenio Mateo Ramírez', por lo que esta afirmación debe considerarse una declaración de parte con pleno valor probatorio, así como la referida por los reclamantes que en el mismo sentido sostienen que el titular de 'el predio' es su padre Eugenio Mateo Ramírez, titularidad que proviene del testimonio de la Escritura Pública de compraventa del 20 de junio de 1940 donde adquirió el predio conjuntamente con María Espinoza Sotelo, lo cual no ha sido negado, ni contradicho por Emilia Vásquez Puente, quien más bien reconoce la titularidad de su finado esposo, de lo que se desprende que dicha Escritura Pública está referida a 'el predio'.

11. En consecuencia, de conformidad con el artículo 16 del Decreto Supremo n.º 006-2006-VIVIENDA, al haber quedado determinado que respecto de 'el predio' existe una Escritura Pública que es un documento público, que tiene más de cinco años

- f) En el caso de los bienes muebles, la identificación del objeto no es tarea sencilla, máxime si se trata de géneros. No obstante, la reivindicatoria siempre será posible si la identificación del bien queda probada con datos complementarios. Por ejemplo, un bien genérico puede identificarse con señales puestas en él, o indicando el lugar en el que está depositado. Además, la individualización de los bienes muebles puede prepararse mediante una diligencia previa conocida desde el Derecho Romano: la *actio ad exhibendum*¹⁶.

La Corte Suprema ha expresado la necesidad de estos mismos requisitos:

Segundo.- Que, la procedencia de la acción reivindicatoria se define por la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que, la ejercite el propietario que no tiene la posesión del bien; b) Que, esté destinada a recuperar el bien no el derecho de propiedad, c) Que, el bien esté poseído por otro que no sea el dueño, d) Que,

de antigüedad con relación a la fecha del empadronamiento, resulta necesario emitir instrumento de saneamiento respecto a dicho título de propiedad.

12. Que, de otro lado, con relación al ejercicio de la posesión alegada por la recurrente, es preciso indicar que, ante la existencia de un derecho de propiedad, no es procedente evaluar la existencia de un mejor derecho de posesión en su favor, más aún si tenemos en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal según su texto único ordenado, 'no podrán ser objeto de adjudicación para fines de vivienda [...] los de propiedad privada'; por lo tanto no cabe que COFOPRI se pronuncie sobre un mejor derecho de posesión, pues esto sólo es posible de no contarse con títulos de propiedad o documentos que acrediten este derecho, conforme lo señala el segundo párrafo del artículo 16 del Reglamento del Título I de la Ley n.º 28687, referido a la 'Formalización de la Propiedad Informal de Terrenos Ocupados por Posesiones Informales, Centros Urbanos Informales y Urbanizaciones Populares'. (Finalmente, se revocó la resolución de primera instancia y se ordenó que se emita título de propiedad a favor de Eugenio Mateo Ramírez y María Espinoza Sotelo).

El texto completo puede verse en: www.gunthergonzalesb.com

16 ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, tomo I, pp. 54-56.

La *actio ad exhibendum* era un paso previo a la reivindicación de muebles: el reivindicante solicitaba ante el pretor la exhibición del bien por parte del demandado, con lo cual éste se identificaba y el emplazado aceptaba la posesión. Si el emplazado negaba ser el poseedor, entonces fácilmente podía ser despojado sin que luego pudiese alegar su condición posesoria. Esta «*actio*» ha subsistido en nuestro ordenamiento jurídico, pero en los Códigos procesales. El artículo 293-4 CPC admite la exhibición de 'otros bienes muebles materia de un futuro proceso'. El artículo 209-2 del viejo Código de procedimientos de 1911 era más preciso, pues se refería a la 'exhibición de cosa mueble objeto de la acción real que se trata de entablar' (el subrayado es nuestro).

el bien sea una cosa determinada (Sentencia de 11 de julio de 2002, Casación n.º 3436-2000-Lambayeque, publicado el 3 de febrero de 2003).

3. CARACTERES

En primer lugar, la reivindicatoria es una acción real, es decir, la dirige el propietario contra cualquier tercero que se encuentra en posesión del bien, sea que mantenga vínculo, o no, con el titular¹⁷. Ésta es una diferencia radical con los interdictos o el desalojo¹⁸, que son remedios estrictamente posesorios¹⁹.

17 En este sentido, la reivindicatoria ofrece grandes ventajas con respecto de cualquier otra acción personal, entre los que se encuentran los siguientes (Sacco, Rodolfo y Raffaele CATERINA. *Il Possesso*. Milán: Giuffrè Editore, 2000, p. 32):

El actor sólo requiere la prueba de su propiedad, por lo que no necesita probar la existencia de una específica obligación de restituir por parte del demandado, La reivindicatoria tiene éxito no sólo contra el usurpador, sino contra cualquiera que tuviese el control del bien.

El legislador suele acordar a favor del reivindicante términos largos para ejercer su pretensión.

18 «En los interdictos, las acciones policiales y posesorias se discuten cuestiones de hecho y se protege al poseedor aun sin derecho, pues de lo que se trata es de mantener un estatus de hecho y de evitar la violencia privada. La sentencia que recaiga con relación a los interdictos y acciones mencionadas en el párrafo que antecede no hace cosa juzgada material, pues, satisfechas las condenaciones impuestas, se puede intentar luego la pertinente acción real o 'petitoria'. En cambio, en las acciones reales se examina el derecho o mejor derecho del reclamante, y la sentencia que se dicte tendrá fuerza de cosa juzgada definitiva. En definitiva, las acciones reales se distinguen de las acciones posesorias, ya que éstas apuntan a la conservación o restitución de la posesión con independencia de quién sea el titular del derecho real, y no precisan otra prueba — en principio — que la de haber poseído»: CULACIATI, Martín Miguel. «Tutela de los derechos reales». En Claudio Kiper (Director). *Juicio de acciones reales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, pp. 34-35.

19 En el Perú existe una doctrina sin luces que pretenda igualar los remedios posesorios a los propietarios, de tal suerte que postula un desalojo que sirve para dilucidar la propiedad, e incluso la usucapión. Es el caso de Pasco Arauco, que en el caso recurrente de un propietario con título y un poseedor de larga data, enfrentados en el desalojo por precario, considera que el tema se «resuelve» por el fácil expediente de la prueba: si el demandado-poseedor acredita la usucapión, entonces la demanda de desalojo por precario es infundada. Lamentamos decir que el error en el que incurre es terrible. El problema, obviamente, no es de prueba del demandado, ni mucho menos. Vamos a refutarlo de modo convincente: En primer lugar, todos están de acuerdo en que el desalojo es acción posesoria, por tanto, resulta poco menos que absurdo sostener que un no-poseedor sea titular de una acción posesoria. ¿Cómo explicar esta contradicción? Pasco sigue sin decir una sola palabra sobre este fundamental tema.

Por tanto, el actor debe comprobar el dominio como presupuesto para el éxito de la acción. Si así ocurre, entonces, el efecto inmediato es reponer al demandante en el ejercicio del derecho que le corresponde; hacer efectiva la titularidad; remover los obstáculos para la actuación en el caso concreto de la prerrogativa jurídica. En buena cuenta, si el propietario tiene derecho a usar y disfrutar el bien (artículo 923 del Código Civil), entonces la reivindicatoria busca restablecer ese goce.

El fin de la reivindicatoria es proteger la propiedad, pero, luego de comprobado ello, la consecuencia es poner en posesión al actor. Por tanto, la posesión sólo es el fin subsidiario de la reivindicatoria, pero no el principal ni inmediato.

En segundo lugar, la reivindicatoria cumple doble finalidad: es acción declarativa y acción de condena. Es declarativa, en cuanto el juez concluye con una comprobación jurídica de titularidad que elimina definitivamente el conflicto de intereses. Es de condena, pues, la ejecución de la sentencia produce un cambio en el mundo físico, por lo que el poseedor vencido deberá ser despojado legítimamente para efecto de que el propietario vencedor inicie el disfrute directo de la cosa²⁰. Así lo reconoce la sentencia de la Corte Suprema de 7 de abril de 2008 (Casación n.º

En segundo lugar, el problema no se resuelve con la «prueba del demandado sobre la usucapión», como él piensa alegremente, sino, con la imperiosa necesidad de que el demandante acredite la posesión, pues el desalojo es acción posesoria. Por tanto, en el caso recurrente del actor con título, pero que nunca ha poseído, desde ese mismo momento, el juez tiene que declarar improcedente la demanda, pues de sus propios fundamentos queda establecido que tal pretensión no es viable; siendo así, ¿qué importan las alegaciones del demandado? Seguimos esperando que se nos explique cómo un no-poseedor (con título o sin título) puede actuar por medio de una acción posesoria. Eso es simplemente absurdo. Imaginemos que alguien sostenga que un ladrón, que robó el día de ayer un objeto, sin embargo, se le conceda la acción reivindicatoria: ¡un no-propietario reivindicando! Esa barbaridad es exactamente la misma que sostiene Pasco. En tercer lugar, el desalojo no puede ventilar cuestiones referidas a la propiedad y usucapión, pues su función es meramente posesoria (artículos 585, 586, 587 CPC). En tal sentido, tampoco hemos leído cómo Pasco justifica el artículo 587 del Código adjetivo: «Si el predio es ocupado por un tercero ajeno a la relación establecida entre el demandante y la persona a quien éste le cedió la posesión, el demandante debe denunciarlo en su demanda [...]». Es obvio, pues, que el desalojo sólo pretende la restitución de la posesión a favor del que «cedió la posesión». El positivista Pasco se olvida de la ley, y calla en todos los idiomas, cuando le conviene.

20 «Es decir, su efecto consistirá no sólo en obtener la cosa juzgada, sino también en la constitución de un derecho, o la condena a la reparación o ejecución procesal forzada»: *Ibid.*, p. 24.

1734-2007-Loreto)²¹. Conforme a la mejor doctrina, «resulta extremadamente natural que el sistema normativo permita, en primer lugar, al propietario, la posibilidad de reconciliarse materialmente con el bien objeto de propiedad»²².

Muchos creen que la acción reivindicatoria es meramente posesoria, esto es, la subsumen como acción exclusiva de condena, lo que es un grave error, pues si fuera así, entonces el demandado debería ser el vencedor siempre, pues, ya cuenta con la posesión actual; mientras que el actor sólo tiene el título dominical. Por tanto, lo que se pretende, en primer término, es el reconocimiento del derecho real, y sólo en vía complementaria, la puesta en posesión. La confusión nace porque la reivindicatoria, sin duda alguna, culmina también con el ejercicio posesorio a favor del demandante, pero ello no elimina el paso previo que lo define y lo caracteriza: la declaración jurídica de propiedad.

En tercer lugar, la reivindicatoria es un remedio procesal de carácter plenario o petitorio²³, es decir, la controversia es amplia y no está sujeta a

-
- 21 «Octavo.- Que, la acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ya que protege el derecho real más completo y perfecto que es el dominio; por ella se reclama no sólo la propiedad, sino también la posesión, la que puede ejercitar el propietario no poseedor de un bien determinado para que el poseedor no propietario se lo restituya».
- 22 COLANTUONI, L. «I Remedi generali». En Antonio Gambaro y Ugo Morello (Directores). *Tratatto dei Diritti Reali. Proprietá - Possesso*. Milán: Giuffré Editore, 2010, vol. I, p. 966.
- 23 Esta característica es muy importante para diferenciar la reivindicatoria de otras acciones en donde se busca probar la propiedad, pero sin que se trate de procesos plenarios. Es el caso de las tercerías de propiedad y de la oposición a la inscripción en los predios rurales regulado en el parcialmente derogado Decreto Legislativo n.º 667. En esta última hipótesis existen muchas ejecutorias de la Corte Suprema que, en forma correcta, le niegan el carácter de reivindicatoria. Una de ellas es la sentencia de 30 de abril de 2004, publicada el 3 de enero de 2005 (Expediente n.º 3679-01-AREQUIPA): «Quinto.- Que, en puridad, para que se ampare la oposición a la inscripción de la prescripción adquisitiva de predios rústicos debe demostrarse que el titular del derecho inscrito no se encuentra explotando económicamente el predio, ni poseyéndolo de acuerdo a lo regulado en el artículo veinticuatro del Decreto Legislativo seiscientos sesentisiete. Sexto.- Que, de haberse aplicado las normas sustantivas denunciadas otro hubiera sido el sentido de la decisión. En efecto, los demandados durante el proceso han acreditado la posesión del fundo en calidad de propietarios, corroborado con la inspección judicial y el dictamen pericial actuados en este proceso judicial, y, por ende, no se puede en un proceso de esta naturaleza dilucidarse el título de propiedad que esgrime el actor; consecuentemente, aquéllos tienen mejor derecho a que se inscriba su derecho de posesión [...]». Finalmente, la Corte declaró fundado el

limitación de medios probatorios, por lo que se trata de un proceso contradictorio, con largo debate, que concluye mediante una decisión con autoridad de cosa juzgada. Ésta es una de las grandes diferencias con las acciones sumarias, como aquéllas de tutela de la posesión, particularmente el interdicto o el desalojo por precario.

En cuarto lugar, la reivindicatoria es imprescriptible (artículo 927 del Código Civil), lo cual significa que la falta de reclamación de la cosa no extingue el derecho. Una cosa distinta es que hechos jurídicos sobrevenidos puedan extinguirla, como la usucapión (posesión de tercero, sin interrupción) o el abandono (falta de posesión o vinculación con la cosa). La Corte Suprema lo ha recordado en la sentencia de 16 de septiembre de 2003 (Casación n.º 65-2002-La Libertad, publicada en el diario oficial el 1 de marzo de 2004)²⁴.

4. LA DIFÍCIL PRUEBA DE LA PROPIEDAD

4.1. Prueba diabólica

Desde muy antiguo existe la idea de que el actor debe producir una completa prueba de la propiedad para obtener éxito en la reivindicatoria²⁵. En buena cuenta, ello significa que no caben presunciones o conjeturas para acreditar el dominio, pues se requiere la prueba directa y positiva del dominio, presentando el título suficiente²⁶, lo que implica

recurso de casación, y actuando en sede de instancia declaró **infundada** la demanda de oposición a la inscripción.

24 «Séptimo.- Que, el juez de la causa así como la Sala de mérito han amparado la excepción de prescripción extintiva de la acción, sin tener en cuenta la naturaleza imprescriptible de la acción de mejor derecho de propiedad y de la acción de restitución de bien inmueble, habiéndose contravenido lo dispuesto en el artículo novecientos veintisiete del Código Civil».

25 La adquisición a título derivativo requiere una investigación sobre el título que exhibe el enajenante, con el cual supuestamente comprueba la propiedad que acaba de transmitir; sin embargo, la cadena no termina allí, pues, luego se necesita que el enajenante anterior compruebe lo mismo, y así sucesivamente remontándose al origen de los tiempos. Si el adquirente recibe un bien a título derivativo, entonces la eficacia de su adquisición depende del derecho que ostente el causante, y así en lo sucesivo hasta el propietario original. En el Derecho Romano, se llamó *probatio diabolica* a las pruebas casi imposibles de alcanzar, lo que se presenta en la propiedad si se exigiese acreditar la íntegra cadena de transmisiones hasta llegar al titular actual, salvo la usucapión: MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Op. cit., tomo III, p. 330.

26 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*. Op. cit., p. 19.

reconstruir la cadena de transmisiones desde su inicio²⁷. No obstante, en tiempos recientes se ha sostenido, específicamente en la doctrina italiana (DI MAJO), que la prueba de la propiedad puede relajarse de acuerdo con las alegaciones de las partes, es decir, la versión del demandado puede facilitar la prueba del demandante. Por ejemplo, el actor presenta título y el demandado se limita a señalar que su contraparte no es propietaria por nulidad del título. Según la doctrina italiana, si se comprueba la validez del título, entonces el juez deberá estimar la reivindicatoria, pues se trata del único cuestionamiento del demandado; en cambio, la prueba directa del dominio hubiese exigido evaluar el título, no sólo en su validez, sino, fundamentalmente, en cuanto al derecho que ostentaba el transmitente, que justifica la supuesta propiedad del actual demandante, pero eso supone, además, retrotraerse en la cadena de transmisiones con el fin de dilucidar el origen del dominio. Obviamente, la prueba, en uno u otro caso, es de muy diversa magnitud.

Parece que la primera dosis probatoria se exige cuando se enfrentan títulos, por lo que se necesita una mayor rigurosidad para decidir la cuestión; en cambio, la segunda dosis, limitada, se presenta cuando el demandado no tiene título o cuando su alegación contradictoria es limitada.

En cualquiera de los casos, es preferible exhibir la prueba directa y positiva, pero ello conlleva una tarea, a veces, imposible de alcanzar a plenitud (prueba diabólica). Por el contrario, el demandado se encuentra en la cómoda situación de no tener que probar nada, pues bien puede limitarse a presenciar la actividad probatoria del actor, que en forma cumplida deberá acreditar el dominio. En caso contrario, a pesar de la inacción del demandado, la demanda será rechazada²⁸.

27 «Todo propietario actual – si no es adquirente originario – tiene su derecho colgado – derivado – de la misma fuente originaria del dominio que sus antecesores»: *Ibid.*, pp. 28-29.

28 Puede citarse un interesante caso en el cual el demandante fue el Estado, pero sólo exhibió como título de propiedad una resolución administrativa en la que se acepta una donación, pero sin intervención del donante, ni la acreditación de éste como propietario. La Corte Suprema desestimó la reivindicatoria, pues dicho título no probaba el dominio, a pesar de que el demandado sólo aportó un título invalidado, o sea, nada. La decisión en teoría es correcta, pero no en el caso concreto, pues el Estado debió invocar la regla, por cuya virtud, los bienes sin dueño cierto se presumen de la Nación. De esta forma, el Estado ya no hubiese necesitado un título formal para reivindicar.

La sentencia del Alto Tribunal es del 18 de mayo de 1992, pero se sustentó exclusivamente en los fundamentos del dictamen fiscal, razón por la cual, éste se reproduce

4.2 ¿Qué criterios tiene el juez para resolver la reivindicatoria?

En teoría, el juez resuelve la cuestión de forma simple: si el demandante ha consumado para sí un modo de adquisición de la propiedad, entonces será declarado vencedor. Por tanto, el actor deberá exhibir la usucapión, el contrato obligacional de efecto traslativo, la herencia, la accesión o cualquiera de los otros hechos jurídicos cuya consecuencia sea la adquisición del dominio (artículos 929-952 del Código Civil).

El problema se complica cuando demandante y demandado invocan modos adquisitivos de diversa naturaleza (usucapión vs. contrato de enajenación, herencia vs. contrato de enajenación, edificación vs. contrato

(En *Boletín Informativo de la Propiedad Estatal*. Lima, julio-septiembre 1997, n.º 3, p. 17):
«Dictamen n.º 437-91-MP-FSC

Señor Presidente: Es mediante Oficio n.º 276-91-C, se eleva en consulta la resolución de vista de fs. 85 que confirma la sentencia apelada de fs. 69 y declara infundada la demanda interpuesta por José Zubieta Béjar, Procurador Público adjunto, encargado de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación contra Milagros del Pilar Yeva Castillo, sobre reivindicación.

El representante del Estado, a fs. 19, interpone demanda de reivindicación contra la demandada, a efecto de recuperar el inmueble de 902 metros cuadrados que viene ocupando, en mérito a la venta que le hiciera el Concejo Provincial de Contralmirante Villar, quien procedió a celebrar dicho acto jurídico en la suposición de que era propietario, procediendo posteriormente al tomar conocimiento de que la Empresa Petrolera Fiscal, lo había cedido en julio de 1958 a título gratuito al Ministerio de Educación, a anular dicha venta, sin embargo, la emplazada se ha negado a recoger el dinero, y continúa en posesión de dicho bien, en el cual venía funcionando el Centro Educativo n.º 59 de Zorritos, y que por motivo de las fuertes lluvias del año 1972, que lo destruyó, tuvo que reubicarse en otro lugar.

El reivindicante para acreditar su derecho de propiedad, ha presentado el Oficio n.º 428 de fecha 15 de septiembre de 1958 de fs. 28, que contiene la transcripción de la Resolución Ministerial n.º 9630, mediante el cual se acepta la cesión a título gratuito del local que servía de escuela particular de la Empresa Petrolera Fiscal en la ciudad de Zorritos, cuya área y linderos no se especifican, y mucho menos el derecho de propiedad y dominio del cedente, el cual no es suficiente, pues tratándose de un inmueble que se dice ser de propiedad del Estado, tal derecho debe demostrarse con la certificación del Registro de Bienes Nacionales de la Dirección General de Bienes Nacionales, e inscripción correspondiente en los Registros Públicos.

Al no haberse demostrado el derecho que se invoca, y mucho menos el dominio de quien aparece como cedente en el documento privado de fs. 28 (sic), no es procedente amparar la pretensión del actor.

Por las consideraciones anotadas esta Fiscalía es de opinión de que NO HAY NULIDAD en la consultada.

Lima, 31 de mayo de 1991.

Dr. Manuel S. Catacora Gonzales
Fiscal Supremo en lo Civil».

de enajenación inscrito); o cuando cada una de las partes exhibe el mismo modo adquisitivo (contrato vs. contrato).

Las dificultades no quedan allí.

En efecto, puede ocurrir que la primera venta se haya resuelto, rescindido o anulado, es más, que el título sea falso, mientras que la segunda venta, sucesiva, se mantenga incólume; empero, esta circunstancia podría complicarse si el tercero de buena fe, por contrato, se enfrenta con un poseedor de larga data.

Por otro lado, es posible que el sujeto compre de buena fe, con posesión, pero sin inscripción; pero otro sí lo registró, aun sin posesión; o puede ser que ninguno de los dos contendientes lo inscribió, ni poseyó, y sus títulos son del mismo año, pero otorgados por distinto vendedor o enajenante.

En suma, se entremezclan en un *totum revolutum*, hechos jurídicos voluntarios (usucapión), hechos jurídicos legales (sucesión legal), actos jurídicos (edificación) y negocios jurídicos (contratos, testamentos); en el cual no hay orden ni concierto; primacía ni demérito.

Por otro lado, también se enfrenta la protección del registro para los terceros de buena fe; la sentencia con autoridad de cosa juzgada o el auto de remate judicial; la resolución administrativa de adjudicación, reversión o reconocimiento de derecho. Esta situación no es exótica, pues, a veces se han visto conflictos entre el titular por sentencia y el titular por contrato.

Cabe, además, que se produzca la contienda entre la escritura pública, el documento privado o el contrato verbal, todos los cuales contienen negocios jurídicos diversos; o puede acaecer que ellos se enfrentan a un hecho jurídico como la sucesión legal.

Pero, aún falta. La lucha puede concentrarse entre la mala fe de uno frente a la buena fe del otro. ¿Y si hay dudas?

Los problemas son de variado tipo y de difícil solución.

Sobre el particular, debemos indicar que el Código Civil ayuda y no ayuda, al mismo tiempo, lo que parece una violación grave del principio lógico de no contradicción. ¿Cómo entender esta frase?

Muy simple: El Código tiene tres reglas, fácilmente aplicables, pero en el mundo teórico²⁹:

29 La mejor doctrina ha entrevisto la solución, pero sin llegar al detalle de establecer reglas concretas: «Prueba del dominio significa, pues, prueba de tres cosas: Primera.- El hecho constitutivo del dominio, causa remota o modo originario de adquirir. Segun-

- i. La usucapión siempre vence (artículo 952 del Código Civil);
- ii. A falta de usucapión, cuando se trata de cadenas de transmisiones duplicadas, contradictorias entre sí, que no tienen el mismo origen, entonces se necesita determinar quién es el propietario original, para luego de una serie ordenada de transferencias, todas ellas válidas, se llegue hasta el titular actual (artículos 949, 660 del Código Civil);
- iii. A falta de usucapión, cuando las cadenas de transmisiones duplicadas derivan del mismo origen, entonces la propiedad debe buscarse en este titular, pero, luego, a partir de allí, la ley establecerá reglas racionales de solución (la primera inscripción, el título más antiguo, la primera tradición, *ex* artículos 1135, 1136, 2022 del Código Civil).

Al margen de las tres grandes reglas teóricas del conflicto, se pueden encontrar otras normas específicas, que apuntan a solucionar problemas determinados (artículos 194, 1372, 2014 del Código Civil).

Hasta aquí, el sistema jurídico cuenta con las armas para resolver todos los problemas. Sin embargo, en la discusión de los casos reales, «en la cancha», el Código no ayuda mucho, porque las reglas teóricas se enfrentan con los distintos y múltiples modos adquisitivos que pueden invocar, tanto el demandante, como el demandado; pues, ya, a estas alturas de nuestra exposición, se advierte la ausencia de reglas de mayor concreción que fijen una clara prevalencia en el conflicto entre los distintos modos adquisitivos, salvo cuando la ley así lo ha predeterminado.

Esta omisión del Código de 1984, sin embargo, no puede considerarse un error técnico, ni ser objeto de particular crítica, pues, ninguna obra legislativa humana ha previsto todos los múltiples conflictos de propiedad susceptibles de presentarse ante los tribunales. Por tanto, en este punto, entra a tallar la deficiencia innata de la ley; y, por consiguiente, la necesidad imperiosa de argumentar para encontrar la solución más razonable.

La prueba de la propiedad, en la reivindicatoria, confirma que el Derecho no sólo es el conjunto de normas jurídicas aprobadas por un legislador, sino también, argumentación y razonamiento, lo que implica exponer y sustentar razones morales para llegar a la mejor decisión. En bue-

da.- La sucesión válida de titulares (tracto regresivo). Tercera.- La titularidad actual del actor en su existencia y subsistencia»: NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*. *Op. cit.*, p. 30.

na cuenta, el Derecho tiene una faceta estática-normativa, pero también otra dinámica-argumentativa que se vincula con la moral. Aquí aparecen las deficiencias de positivismo, que expresan una visión sesgada, parcial e insuficiente del Derecho; pues, omite su necesaria vinculación con la moralidad. En tal sentido, deben apoyarse las perspectivas que relacionen de manera necesaria, y no contingente, ambos fenómenos de regulación social³⁰.

Enseguida analizaremos las tres reglas que el Código Civil contiene casi en forma soterrada, a «luz baja», sobre la adquisición de la propiedad, y su prueba, pero que requiere ganar concreción por medio de la argumentación racional.

30 «Hay sobre todo tres puntos de vista a los que sigo considerando importantes después de todo este tiempo desde que apareció mi ‘Teoría de la argumentación jurídica’. El primero es que con las decisiones jurídicas y con sus fundamentaciones se erige una pretensión de corrección. Con el transcurso del tiempo, esa afirmación la he ampliado hasta llegar a la tesis general de que el Derecho erige necesariamente una pretensión de corrección. El segundo punto es la tesis del caso especial. Viene a decir que el discurso jurídico, por su característica vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática, es un caso especial de discurso práctico general. Eso lleva a la doble naturaleza del Derecho. Las vinculaciones a la ley, al precedente y a la dogmática definen su carácter institucional y autoritativo. La apertura a la argumentación práctica general le añaden una dimensión ideal y crítica. La conexión entre estos dos aspectos lleva a una vinculación entre el Derecho y la moral que es algo excluido por el concepto positivista del Derecho. El tercer punto es quizás el más importante. Mackie ha defendido la tesis de que es falso que con nuestros juicios morales erijamos una pretensión de objetividad, porque no existen valores objetivos. Lo llama la ‘teoría del error’ [...]. La teoría del discurso opone a la teoría del error la tesis de que la argumentación práctica racional resulta posible. Lo que demuestra esa posibilidad es el hecho de que se haya construido. La construcción consiste en un sistema de reglas y de formas que vienen a explicitar de qué manera la razón puede ser práctica. Se constituye así una alternativa a los extremos del puro objetivismo y del puro subjetivismo: ALEXY, Robert. «Entrevista por Manuel Atienza». En *Id. Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 496-497.

El Mercader de Venecia y las obligaciones con cláusula penal

Roger Vidal Ramos¹

SUMARIO: 1. *EL Mercader de Venecia*. 2. *Consideraciones generales*. 3. *Momento del Pacto de la Cláusula Penal*. 4. *Elementos de la Cláusula Penal*. 4.1. *La declaración de Voluntad*. 4.2. *La Capacidad*. 4.3. *Licitud, posibilidad Física y Jurídica*. 4.4. *Formalidad de la penalidad*. 5. *Ejecución de la Cláusula Penal*. 6. *Reducción de la Cláusula Penal*. 7. *Conclusiones*.

1. EL MERCADER DE VENECIA

El análisis jurídico de la obra tiene su inicio en el momento que un mercader judío, *Shylock* efectúa las primeras negociaciones con la finalidad de otorgar un préstamo de dinero a favor de *Bassanio*, bajo la condición y penalidad de pagar con su carne el incumplimiento de la devolución del préstamo.

1 Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, Titulado en Segunda Especialización en Derecho Ambiental y Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Candidato a Magíster en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cursando estudios de doctorado en la misma casa de estudios, Post Grado en Derecho de Arbitraje en la Universidad de Lima. Profesor de los cursos de Acto Jurídico, Derecho de Contratos y Obligaciones en la Universidad César Vallejo Lima Este y Universidad Autónoma del Perú, Socio de Vidal, Melendres & Palomino Abogados www.vmplegal.com y Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

Shylock, considera que *Bassanio* no presentaba mayores señales de riqueza que le brinde garantía del fiel cumplimiento del préstamo o contrato de mutuo; en consecuencia, Antonio se constituye en fiador de *Bassanio*, a fin de garantizar el cabal cumplimiento de la obligación de dar suma de dinero.

El plazo pactado para la devolución de los 3,000 ducados, fue fijado por el espacio de tres meses, lapso de tiempo en el que los barcos de *Antonio* debían llegar con sus mercancías a Venecia y así poder cancelar la obligación, con lo que la cláusula penal no sería ejecutada nunca.

Para formalizar el crédito, las partes contratantes suscriben un contrato ante notario, estipulando que, de no devolver la suma prestada en la fecha y lugar convenido, el acreedor (*Shylock*) podrá tomar una libra de la carne del deudor (*Bassanio*).

Vencido el plazo fijado en el contrato, *Bassanio* no cumple con honrar la obligación, en vista de que los barcos con las mercancías de su propiedad no han llegado a buen puerto, estando, en consecuencia, imposibilitado de pagar la deuda, por lo que *Shylock* exige la ejecución de la cláusula penal a su favor por incumplimiento del deudor. Es en este momento que se desarrolla la parte cumbre de la obra respecto a la exigibilidad de la ejecución de la penalidad y su razonabilidad. Son, pues, materia de intensos debates de índole moral y jurídico sobre el «mercader judío» ante un tribunal de justicia de Venecia, en los que el deudor invoca su reducción y la imposibilidad del cumplimiento de la cláusula penal y el acreedor expresa enérgicamente el cumplimiento de la prestación debida y, en consecuencia, la ejecución de la cláusula penal según lo pactado en el contrato de mutuo.

En algunos puntos del presente trabajo estaremos analizando nuestros aportes con algunos extractos resaltantes sobre la penalidad y su ejecución, extraídos de la obra *el Mercader de Venecia*.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

Una de las instituciones del Derecho de las Obligaciones que siempre merece un debate inagotable dentro de los claustros universitarios y en el desarrollo de la práctica legal, se encuentra representando por las denominadas obligaciones con «cláusula penal», la cual siempre se pacta en estricta aplicación del principio contractual de la autonomía privada de las partes, acuerdo que puede ser convenido dentro de un contrato o como un pacto accesorio.

Nacida en el primitivo Derecho Romano con una finalidad conminatoria; impuesta en aquel Derecho por la especial estructura del sistema obligacional del mismo, que no acordaba la protección y el resguardo de la coacción pública, poco a poco, hacia el concepto de reparación, viendo sustituir así su primitiva naturaleza penal por otro de carácter más bien indemnizatorio².

Primitivamente, los romanos consideraban un delincuente al deudor que no ejecutaba su promesa: la *stipulatio poenae* tenía, entonces, por finalidad obtener más que la reparación del perjuicio provocado por el incumplimiento de la obligación, la represión del delito que cometía el deudor al no cumplirla³.

En el Derecho moderno la cláusula penal no encierra esa idea de delito sino que, aparte de ser un medio que conduce al cumplimiento de la obligación, su mayor importancia consiste en fijar el monto de los daños y perjuicios, eventualmente, para producirse eximiendo la prueba de los mismos, pues la exigencia de ellos es igualmente viable aunque la cláusula no exista.

Esta facultad es otorgada por el ordenamiento jurídico, la cual se encuentra prescrita en el Código Civil peruano entre los artículos 1341 al 1350, y por estricta aplicación del principio de autonomía privada en forma voluntaria, las partes de una relación contractual pueden establecer diversas cláusulas —entre ellas— la cláusula penal.

Según OSTERLING y CASTILLO, La cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las partes pacten una penalidad, lo harán a través de una cláusula en la que se refieran a ella, independientemente de si dicha cláusula sólo alude a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza⁴.

Por otra parte, al tener la cláusula penal carácter accesorio (pues, no podría existir sin una obligación cuyo cumplimiento resguarde o garantice), hablar de «obligación con cláusula penal» no resulta errado, en la medida en que se estará haciendo referencia a aquellas relaciones obligatorias que incluyen una penalidad convenida por las partes⁵.

2 PEIRANO FACIO, Jorge. . Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Montevideo, 1947, p. 147.

3 DÍAZ, Guillermo. . Buenos Aires: Librería El Ateneo, 1936, p. 20.

4 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. . Lima: Palestra Editores, 2008, p. 937.

5 *Ibidem*.

¿Para qué pactar una cláusula penal? Desde el punto de vista del acreedor, en primer lugar, para desincentivar el incumplimiento del deudor. En segundo lugar, para evitar un largo y sinuoso camino de un futuro proceso judicial por daños y perjuicios con la consiguiente cuantía, podemos asumir que es un mecanismo para proteger al acreedor frente al eventual incumplimiento⁶.

Algunos acreedores de buena fe pactan cláusulas penales con la intención de nunca ejecutarlas. Simplemente, las estipulan como un mecanismo de disuasión, para evitar que el deudor incurra en alguna situación de incumplimiento⁷.

Pero, la cláusula penal también puede dar lugar a situaciones de abuso por parte del acreedor. Existen otros acreedores de no tan buena fe, que las pactan con toda la intención de ejercitar abusivamente su derecho frente al deudor⁸.

La cláusula penal cumple esencialmente dos finalidades; así, por un lado, se indica que la cláusula penal sirve a efectos de simplificar la determinación de la indemnización que podría generarse a raíz del incumplimiento y, por otro, se afirma que la cláusula penal cumple una función coercitiva de garantía, esto es, que el deudor final, de no recibir esta sanción privada, hará todo lo posible por eludirla⁹.

Muchas veces la probanza de la cuantía de los daños y perjuicios no es labor sencilla. No obstante que, en principio, esas dificultades son solucionadas con la posibilidad que otorga la ley de que el juez realice una valoración equitativa de los daños, ésta no es la única solución que brinda el Derecho¹⁰.

No cabe la mayor duda de que el tema central del debate de la «cláusula penal» se representa en el momento en que se le confiera al juzgador o algún tribunal arbitral, a solicitud del deudor, tenga la posibilidad de que pueda reducir la penalidad, por existir términos desproporcionales, antijurídicos, abusivos o excesivos.

6 ABANTO TORRES, Jaime. «Problemas procesales en torno a la reducción de la cláusula penal: cuando la doctrina y el legislador desconfían del Juez». En . Lima: Grijley, junio 2007, p. 212.

7 *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

9 OSTERLING PARODI, Felipe. . Lima: Grijley, 2007, 8.ª Ed., 2007, pp. 262 y ss.

10 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. . Lima: Palestra Editores, 2008, p. 937.

3. MOMENTO DEL PACTO DE LA CLÁUSULA PENAL

Es fundamental resaltar que la teoría general del contrato y el Código Civil peruano establecen que existen tres etapas de la relación contractual: a) la negociación; b) la celebración; y c) la ejecución, tres etapas que necesariamente tienen que estar inspiradas en sus diferentes momentos, en aplicación del principio de la buena fe contractual.

A criterio de DE TRAZEGNIES, la buena fe clásica significó siempre un cierto nivel de transparencia en la comunicación entre las partes y también —y como consecuencia de ello— un estado de relativa inocencia. Esto quiere decir, ante todo, que las partes que negocian un contrato no mientan —esto es, que cada una crea verdaderamente lo que le dice a la otra— y que cada una ofrezca a la otra un mínimo razonable de información para estar en aptitud de tomar una decisión sobre el asunto adecuado a sus intereses¹¹.

Con relación a la oportunidad para pactar la cláusula penal, la mayoría de los autores sostiene que la cláusula penal se puede estipular al tiempo de constituirse la obligación principal o, posteriormente, pero siempre antes de la inejecución de la misma. Sin embargo, en este último supuesto se exige desde luego que medie la conformidad del deudor.¹²

Consideramos que las obligaciones con cláusula penal necesariamente deberán ser pactadas en el momento de la negociación del contrato, siendo éste el momento donde el acreedor, en uso de sus facultades de sujeto activo de la relación obligacional, deberá poner en conocimiento del deudor su necesidad de incorporar una cláusula penal que complemente y proteja el cumplimiento idóneo de la prestación debida.

Es fundamental determinar en la etapa de la negociación por parte de deudor, el real alcance jurídico y económico de la propuesta de la cláusula penal, por cuanto es quien deberá determinar la real posibilidad de cumplir con lo pactado en las denominadas «penalizaciones» y siendo que

11 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El contrato en general». En . Revista de estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima, 2004, n.º 49, p. 49.

12 OSTERLING FREYRE, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. ., p. 950. Sobre este punto la legislación nacional sigue la misma línea de pensamiento, tal cual se aprecia en el numeral 1344 del Código Civil:

Artículo 1344.- «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior». Señala el artículo 1344 del Código Civil peruano, que la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior. Pero, aunque el Código no lo dice, es evidente que ella no puede ser concertada después del incumplimiento».

el acreedor deberá solicitar una cláusula penal que se encuentra dentro de lo razonable, siendo este criterio de razonabilidad entendido desde la proporcionalidad del monto dinerario de la penalidad o si la conducta solicitada al deudor podría ser cumplida, tanto física como jurídicamente.

Pues, una cláusula penal negociada sobre aspectos jurídicos y económicos reales y posibles de ejecutarse permitirán que tanto el acreedor y el deudor, pacten una penalidad posible de ser ejecutada y cumplida, sin que el deudor tenga la posibilidad o mayores argumentos de acudir a solicitar la reducción de la cláusula penal ante un juzgado o un tribunal arbitral.

No cabe duda de que el momento de la negociación o pacto de la cláusula penal, sería el momento pertinente en el que el deudor pueda conocer y razonar del real alcance de la posibilidad física y jurídica del cumplimiento de la penalidad convenida, y a la vez, el acreedor determinará si el deudor podrá cumplir la penalidad. Para un mejor análisis recordemos los momentos del pacto del contrato de mutuo, fianza y penalidad entre *Shylock* y *Bassanio*:

SHYLOCK.- ¿Tres mil ducados?... Bien.

BASSANIO.- Sí, señor; por tres meses...

SHYLOCK.- ¿Por tres meses?... Bien.

BASSANIO.- Para cuya suma, según os he dicho, Antonio saldrá fiador.

SHYLOCK.- ¿Antonio saldrá?... Bien.

BASSANIO.- ¿Podéis servirme? ¿Queréis complacerme? ¿Conoceré vuestra respuesta?

SHYLOCK.- ¿Tres mil ducados por tres meses y Antonio como fiador?

BASSANIO.- Vuestra respuesta.

SHYLOCK.- Antonio es bueno.

BASSANIO.- ¿Habéis oído alguna imputación en contrario?

SHYLOCK.- ¡Oh!, no, no, no, no. Mi intención al decir que es bueno es haceros comprender que lo tengo por solvente. Sin embargo, sus recursos son hipotéticos; tiene un galeón con destino a Trípoli; otro en ruta para las Indias; he sabido; además, en el Rialto 1 que tiene un tercero en Méjico y un cuarto camino de Inglaterra. Posee alguno más, esparcidos aquí y allá. Pero los barcos no están hechos más que de tablas; los marineros no son sino hombres; hay ratas de tierra y ratas de agua; ladrones de tierra y ladrones de agua; quiero decir piratas. Además, existe el peligro de las olas, de los vientos y de los arrecifes. No obstante, el hombre es solvente. Tres mil ducados. Pienso que puedo aceptar su pagaré.

SHYLOCK.- Pues quiero probaros esta generosidad. Venid conmigo a casa de un notario, me firmaréis allí simplemente vuestro pagaré, y a manera de broma será estipulado que, si no pagáis tal día, en tal lugar, la suma o sumas convenidas, la penalidad en una libra exacta de vuestra hermosa carne, que podrá ser escogida y cortada de no importa qué parte de vuestro cuerpo que me plazca.

No deja de ser cierto que la cláusula penal podría tener un carácter accesorio, lo común es que ella nazca en forma concomitante con la convención principal a la cual accede. Sin embargo, no existe inconveniente en que la *preceda*, porque del mismo modo que la fianza, puede garantizarse el cumplimiento de una obligación futura, tampoco existe impedimento legal en que se estipule que el pacto de la cláusula penal pueda ser realizada con posterioridad.

Así también conviene insistir en que el pacto de la cláusula penal concertado con posterioridad al momento de la celebración del contrato, sólo se podrá estipular cuando no haya habido incumplimiento y cuando falten prestaciones por ejecutar a cargo del deudor, ya que de lo contrario, aparte de desnaturalizar la figura bajo tratamiento, ello carecería de sentido. No hay duda de que después del incumplimiento, las partes pueden fijar el monto de la indemnización de daños y perjuicios, pero este acuerdo no revestiría las características de una cláusula penal, pues él podría constituir una transacción, en caso de que se ponga fin a un asunto dudoso o litigioso mediante las concesiones recíprocas de pretensiones o, simplemente, un reconocimiento de derechos, si el deudor acepta pagar íntegramente los daños y perjuicios reclamados por el acreedor¹³.

Pues según afirma Aída Kemelmajer¹⁴, la solución es expresa en algunos ordenamientos extranjeros. Por ejemplo, el artículo 916 del Código del Brasil dispone: *“la cláusula penal puede ser estipulada juntamente con la obligación o en un acto posterior”*. Con expresiones similares de la misma solución el art. 1123 del C. Civil peruano y el art. 532 del Proyecto de Código de Derecho Privado para Colombia de 1980. Algunos autores, como se ha dicho, utilizan distintas terminologías según el momento en que se pacte, reservando la palabra «cláusula» para aquélla que se establece en el acto constitutivo de la principal y «pena» para la que se fija con posterioridad. Sin embargo, es menester destacar dos aspectos fundamentales:

13 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. ., p. 951.

14 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. . Buenos Aires, 1981, pp. 18-20.

Si bien es admisible la estipulación posterior, es menester que ello ocurra *antes* de llegado el incumplimiento; es evidente que el pacto posterior a la producción del daño no puede ser una cláusula penal en tanto y en cuanto no cumple ni función compulsiva, ni tampoco es una liquidación *previo o anticipada*. Si el incumplimiento ya se produjo, la estipulación será o una transacción (si se tratara de derechos litigiosos o dudosos y las partes hicieran concesiones recíprocas) o simplemente un pacto de fijación de daños y perjuicios ya producidos. La distinción es importante: si los convenios son posteriores al incumplimiento, el régimen de rescindibilidad, anulación o reducción a aplicar no es el típico de la cláusula penal (artículo 656) sino el de las transacciones (artículos 857 y ss.) o el de los actos jurídicos en general cuando no se reúnen los requisitos de la transacción (artículos 1037 y ss.).

En efecto, estos convenios carecen de finalidad compulsoria, sin meros acuerdos de voluntades sobre determinación de daños ya producidos; no existe razón alguna para presumir que una de las partes pueda haber aprovechado la inexperiencia, ligereza o necesidad de la otra. .

Por las razones expuestas, nos adherimos plenamente al criterio de la Corte de la Provincia de Mendoza cuando resolvió:

El artículo 656, 2.^a parte, del Código Civil no tiene por supuesto una indemnización por daños estipulada *ex post facto*, luego de un proceso judicial, sino la pactada con anterioridad al incumplimiento.

Que pactándose en un acto posterior, es menester analizar la voluntad de las partes a fin de establecer si se ha producido o no una novación de la principal; la cuestión es sumamente importante, porque si las partes se han limitado a imponer una pena para el caso de no cumplirse con la principal, subsistirán todas las fianzas, hipotecas, privilegios, prendas, etc., que garantizan la primera. En cambio, se estipula que el incumplimiento sólo hará exigible la pena objeto de la nueva convención, al parecer existe una novación, y por ende, salvo pacto en expreso, se han extinguido todas las garantías que accedían a la primera (artículos 803, 2047 y ss. del Código Civil)¹⁵.

4. ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

Considerando que la cláusula penal, en efecto, deviene en un acto jurídico, es necesario considerar que se requiere la presencia de los ele-

15 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. ., pp. 18-20.

mentos estructurales de la conformación del acto jurídico, siendo éstos los siguientes:

4.1. La declaración de voluntad

La voluntad del pacto de la penalidad entre acreedor y deudor es un elemento primordial, siendo, pues, esta voluntad la que permite en forma expresa la «creación» del pacto de cláusula penal, y mediante el cual, acreedor y deudor buscan asegurar el cumplimiento de una obligación preexistente, o en vistas a liquidar por anticipado los daños y perjuicios que pueden resultar de su incumplimiento.

Es fundamental establecer que la voluntad sobre el pacto de la penalidad es determinada por el pleno conocimiento por parte del Acreedor que la “penalidad” cumplirá con la posibilidad física y jurídica de ejecutarse y por parte de deudor de que virtud de su voluntad se somete a las diversas consecuencias que se generarían por la ejecución de la penalidad.

Se debe resaltar que en este momento es en el que el deudor debe efectuar una valoración económica y jurídica de la posibilidad de cumplir con la penalidad, según su libertad, discernimiento y elección. Es, pues, que elige la aceptación de la penalidad propuesta por el acreedor.

Es necesario recurrir al Mercader de Venecia, para establecer que desde un inicio *Shylock* pacta una cláusula penal jurídica o físicamente imposible de cumplirse «tomar una libra de la carne del deudor» en este supuesto *Bassanio*, con pleno conocimiento y discernimiento, es que acepta voluntariamente la penalidad convenida, no cabe razón de establecer que la aceptación voluntaria, libre y espontánea de la penalidad, es la que obliga al cumplimiento de la penalidad por parte del deudor, por cuanto *Bassanio* tuvo, pues, la oportunidad de oponerse o no aceptar la penalidad propuesta o convenida.

Y respecto al acreedor, *Shylock* debió de haber previsto que ante un pedido de ejecución de la penalidad, ésta podría ser cuestionada ante los tribunales de Venecia, y considerar que el objeto de la cláusula penal tendría una imposibilidad física y jurídica en su ejecución, en algunas oportunidades el acreedor puede hacer un uso maléfico de su condición o ventaja de la relación jurídica frente al deudor.

4.2. La capacidad

El Código Civil ha establecido en forma clara las condiciones y requisitos de la capacidad de goce y ejercicio que deberán ejercer una persona jurídica o natural, a efectos de poder suscribir cualquier acto jurídico permitido por ordenamiento jurídico.

Siendo aún más importante considerar que la capacidad del deudor y acreedor en estricta aplicación de su libertad y discernimiento, permiten pactar la cláusula penal que pueda razonablemente ejecutarse y con pleno conocimiento de las consecuencias económicas y judiciales que podría devenir su ejecución o la posibilidad de su reducción.

Peirano afirma que la doctrina se encuentra dividida, existiendo una aguda polémica, por un lado se mantiene la tesis de que la cláusula penal puede ser establecida sólo por las partes que tienen la posibilidad jurídica de pactar contratos y con la finalidad de reforzar las obligaciones emergentes de ellos u otras diversas obligaciones de carácter reglamentario o legal, sino que, incluso procede que se estipulen verdaderas cláusulas penales en ocasión de la celebración de actos jurídicos de carácter unilateral; notablemente, por la sola voluntad del testador con motivo de establecer en el testamento alguna carga sobre sus herederos, o por el juez, al imponer a los particulares alguna prestación especial, la cual podría reforzar, precisamente, mediante una pena, o, todavía, por la voluntad de la propia ley¹⁶.

Las obligaciones con cláusulas penales según se encuentra regulada en el Código Civil peruano se encuentran establecidas únicamente por los sujetos de derecho del orden civil, y sólo mediante un pacto expreso entre esos mismos sujetos, es decir, mediante un contrato que surta entre ellos efectos obligatorios, dejándose sin razón jurídica las cláusulas penales que surjan del ejercicio de la autonomía privada.

Es importante resaltar que, si bien el pacto de una cláusula penal, podría surgir de una exigencia y garantía adicional que requiere el acreedor, y que el deudor debe otorgar en señal del fiel cumplimiento de su obligación. A la vez, es importante señalar que ningún deudor se encuentra en la obligación forzada de aceptar una cláusula penal desproporcionada o, evidentemente, perjudicial a sus derechos patrimoniales. La cláusula penal no puede tener su origen, sino en un contrato o debe ser establecida por ley; y esta tesis es la única sostenible en nuestro sistema legal.

4.3. Licitud, posibilidad física y jurídica

El principio de licitud exige que cualquier penalidad pactada contractualmente deba ser permitida por el ordenamiento jurídico y que no vulnere derechos civiles fundamentales.

16 PEIRANO FACIO, Jorge. Montevideo, 1947, pp. 223 y 224.

La licitud permite que acreedor y deudor mantengan una conducta civil lícita respecto a las obligaciones con cláusula penal.

En el Mercader de Venecia la licitud del objeto de la penalidad que ejerce *Shylock* sobre el deudor *Bassanio* «pagar con su carne el incumplimiento de la devolución del préstamo», a toda luz representa un acto civil ilícito, por la vulneración del derecho fundamental a la vida, tal como se afirma en los alegatos frente al tribunal de justicia de Venecia; no estaba permitido atentar contra la vida de un ciudadano veneciano.

PORCIA.- Aguarda, judío; la ley tiene todavía otra cuenta contigo. Está establecido por las leyes de Venecia que si se prueba que un extranjero, por medios directos o indirectos, ha buscado atentar contra la vida de un ciudadano, una mitad de sus bienes pertenecerá a la persona contra la cual ha conspirado, y la otra mitad al arca reservada del Estado, y que la vida del ofensor dependerá enteramente de la misericordia de dux, que podrá hacer prevalecer su voluntad contra todo fallo. He aquí, a mi juicio, el caso en que te encuentras, porque es evidente, por tus actos manifiestos, que has conspirado directa y también indirectamente contra la vida misma del demandado, e incurrido, por tanto, en la pena precedentemente enunciada por mí. Arrodíllate, pues, e implora la clemencia dux.

Es fundamental determinar que el objeto de la cláusula penal indiscutiblemente deberá tener una real posibilidad física y jurídica de poder ejecutarse, lo cual concuerda perfectamente con lo dispuesto por la teoría general del acto jurídico y las causales de nulidad.

Necesariamente, desde el inicio de las negociaciones de la relación contractual no se debe dejar de establecer la posibilidad física y jurídica de la generación y cumplimiento de la penalidad, sin duda devendrá en una controversia o discusión sobre si es exigible al deudor cumplir con la ejecución de la penalidad establecida. Claro ejemplo de esto lo podemos citar en:

PORCIA.- La demanda que hacéis es de naturaleza extraña, y, sin embargo, de tal manera legal, que la ley veneciana no puede impedirnos perseguirla (A ANTONIO). Caéis bajo su acción, ¿no es verdad?

PORCIA.- Si persistes en ella, este rígido tribunal de Venecia, fiel a la ley, deberá pronunciar sentencia contra el mercader aquí presente.

SHYLOCK.- ¡Qué mis acciones caigan sobre mi cabeza! Exijo la ley, la ejecución de la cláusula penal y lo convenido con mi documento.

PORCIA.- En efecto, el objeto de la ley y el fin que persigue están estrechamente en relación con la penalidad que este documento muestra que se puede reclamar.

SHYLOCK.- Es muy verdad, ¡oh, juez sabio e íntegro! ¡Cuánto más viejo eres de lo que indica tu semblante!

PORCIA.- Te pertenece una libra de carne de este mercader: la ley te la da y el tribunal te la adjudica.

SHYLOCK.- ¡Rectísimo juez!

PORCIA.- Y podéis cortar esa carne de su pecho. La ley lo permite y el tribunal os lo autoriza.

SHYLOCK.- ¡Doctísimo juez! ¡He ahí una sentencia! ¡Vamos, preparaos!

PORCIA.- Detente un instante; hay todavía alguna otra cosa que decir. Este pagaré no te concede una gota de sangre. Las palabras formales en éstas: una libra de carne. Toma, pues, lo que te concede el documento; toma una libra de carne. Pero, si al cortarla te ocurre verter una gota de sangre cristiana, tus tierras y tus bienes, según leyes de Venecia, serán confiscados en beneficio del Estado de Venecia.

La posibilidad jurídica necesariamente corresponderá a concebirse en el sentido de que la penalidad o las penalidades deberán ser lícitas y permitidas por el ordenamiento jurídico, siendo necesario recordar la aplicación y observancia de la Teoría del Abuso de Derecho (artículo II del Título Preliminar del Código Civil) o la denominada nulidad virtual (artículo V del Título Preliminar del Código Civil).

Las obligaciones con cláusula penal deberán ser establecidas dentro de los alcances jurídicos permitidos y aceptados por el Código Civil y normas conexas.

En nuestra breve experiencia profesional frente a la asesoría legal de una empresa de intermediación laboral, nos encomendaron la renegociación de un contrato de locación de servicios de intermediación, suscrito entre nuestro cliente con una reconocida empresa de distribución de combustibles – grifos –. El tema controvertido en la negociación del contrato fue la cláusula penal que imponía el cliente, a través de la cual solicitaba el pago de una penalidad diaria del US\$1,000.00, en caso de presentarse alguna demora o incumplimiento del servicio de intermediación.

Luego de reiteradas reuniones, invocamos que esta penalidad quedaría desvirtuada, y estaríamos frente a una imposibilidad jurídica, por cuanto el contrato de intermediación representa un contrato civil con una connotación laboral por ser un mecanismo de contratación laboral indirecta, mediante la cual la empresa intermediadora asigna trabajadores u operarios que laboren para la empresa usuaria. Es decir, la empresa intermediadora asume las funciones de empleador y el pago de los derechos laborales frente a los operarios asignados a la empresa usuaria.

Una de las principales características comerciales de la intermediación laboral es que la empresa usuaria conoce y aprueba la estructura de costos para que se ordene el monto final de facturación a favor de la empresa intermediadora.

En efecto, la empresa intermediadora sólo genera una utilidad neta entre el 5% y el 10% de la estructura de costos enviada a la empresa usuaria, pues, al aceptar una penalidad elevada por el monto de US\$1,000.00 diarios, se estaría dejando expuesta a la empresa a una

posible contingencia laboral, en vista de que el 90% de la facturación mensual que representa la contraprestación a favor de la empresa intermediadora representa el pago de los derechos laborales (remuneración, asignación laboral, EsSalud, horas extras, etc.) de los operarios que prestan servicios en la empresa usuaria.

En tal sentido, estaríamos frente a una imposibilidad jurídica de la penalidad por vulnerar los derechos laborales y generar impagos laborales producto del cumplimiento de la penalidad, dejando latente la posibilidad de que el deudor pueda acudir a los fueros judiciales a solicitar la reducción de la cláusula penal por ser jurídicamente imposible y por tener connotaciones laborales.

Finalmente, luego de las negociaciones se arribó a una solución de mutuo consenso, y reflexionando respecto al monto de la penalidad, se pactó (vía adenda) que la cláusula penal sería fijada por el monto de US\$ 100.00 diarios, lo cual sí fue razonable y permitido por su posibilidad jurídica.

4.4. Formalidad de la penalidad

La cláusula penal como acto jurídico necesariamente deberá ser efectuado por escrito bajo sanción de nulidad, siendo éste un requisito *ad solemnitatem*.

El artículo 1344 del Código Civil establece que la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior, lo cual permite, en libertad de los contratantes de poder incorporar la penalidad como parte del contrato o, en forma posterior, pacta la incorporación de la penalidad al contrato.

Es importante conocer los alcances del artículo 1345 del Código Civil, sobre la condición de carácter accesorio de la cláusula penal, la acotada norma establece que la nulidad de la cláusula penal no origina la nulidad de la obligación principal, el legislador en forma acertada otorga la conservación e independencia del contrato principal respecto a una posible nulidad de la cláusula penal, por incurrir en las causales señaladas en los artículos 140, inciso 4 sobre observancia de la forma prescrita y el artículo 219, inciso 6 del Código Civil.

SHYLOCK.- Pues quiero probaros esta generosidad. Venid conmigo a casa de un notario, me firmaréis allí simplemente vuestro pagaré, y a manera de broma será estipulado que, si no pagáis tal día, en tal lugar, la suma o sumas convenidas, la penalidad consistirá en una libra exacta de vuestra hermosa carne, que podrá ser escogida y cortada de no importa qué parte de vuestro cuerpo que me plazca.

5. EJECUCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

No cabe la menor duda de que el momento cumbre de las obligaciones con cláusula penal, se encuentra representada por la posible ejecución de la penalidad convenida entre acreedor y deudor.

Será éste el momento donde el deudor con pleno conocimiento de la penalidad pactada ejecute a favor del deudor la penalidad exigida por el acreedor, pues ¿realmente todo deudor cumplirá estrictamente la ejecución de la penalidad? o ¿el acreedor podrá ejecutar una penalidad desproporcionada?

Según Chang Hernández¹⁷, afirma que para que se ordene la reducción del monto fijado por cláusula penal, no sólo basta que lo solicite el deudor, sino que, además, ésta resulte manifiestamente excesiva, y que esta desproporción provenga de cierta posición de dominio de una de ellas o que haya sido generada por una inequidad de las partes que haya contribuido a la injusticia que se pretende corregir.

Es decir, con el propósito de evitar que esta posibilidad otorgada al deudor llegue a generar una situación de ejercicio abusivo del derecho por parte del deudor y una desprotección del acreedor —que debe recibir el mismo trato legal que el deudor dentro del marco de un contrato paritario—. De igual manera, lo que se pretende es evitar la inaplicación e ineficiencia de una institución creada para surtir efectos, como lo es la cláusula penal¹⁸.

En efecto todo acreedor invoca con fervor la ejecución de la penalidad convenida con el deudor, siendo éste el momento cumbre donde *Shylock* exige la ejecución de la penalidad pactada con *Bassanio*:

SHYLOCK.- He informado a vuestra gracia de mis intenciones, y he jurado por nuestro Sábado Santo *obtener la ejecución de la cláusula penal de mi contrato*; si me la negáis, que el daño que resulte de ello recaiga sobre la constitución y las libertades de vuestra ciudad. Me preguntaréis por qué quiero mejor tomar una libra de carroña que recibir tres mil ducados. A esto no responderé de otra manera más que diciendo que tal es mi carácter. La respuesta ¿os parece buena? Si una rata perturba mi casa y me place dar diez mil ducados para desembarazarme de ella, ¿qué se puede alegar en contra?

ANTONIO.- Pensad, os ruego, que estáis razonando con el juicio, tanto valdría iros a la playa y ordenar a la marea que no se suba a su altura habitual; podéis también

17 CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo. «La revisión judicial de los contratos: una opinión en torno a la lesión y a la reducción de la cláusula penal». En . Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2012, pp. 185 y 186.

18 *Ibidem*.

preguntar al lobo por qué obliga a la oveja a bailar en reclamo de su cordero; podéis asimismo prohibir a los pinos de las montañas que balanceen sus altas copas cuando son agitadas por los ventarrones celestes; podéis igualmente llevar a cabo la empresa más dura de ejecución antes de probar el consiguiente, os ruego, no hagáis nuevos ofrecimientos, no busquéis nuevos medios, sino sin más tardar y sin más epilogar haced lo que debéis hacer necesariamente: pronunciad mi sentencia y concedes al judío la pretensión que desea.

BASSANIO.- Por tus tres mil ducados, aquí tienes seis mil.

SHYLOCK.- Aun cuando cada uno de estos seis mil ducados estuviese dividido en seis partes y cada una de esas partes fuese un ducado, no los recibiría, querría la ejecución de mi pagaré.

6. REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

El artículo 1346¹⁹ del Código Civil establece dos supuestos que permiten efectuar la reducción de la cláusula penal, en el momento en que la penalidad se manifieste excesiva, respecto a su representación patrimonial; y el segundo supuesto, cuando la obligación principal es cumplida en forma parcial o irregularmente efectuada.

Aquel deudor que pretenda plantear una acción de reducción de la cláusula penal, necesariamente tendrá que expresar con medios probatorios idóneos la excesiva o descomunal de la penalidad, que deberá de ser expresada con un peritaje técnico que demuestre que la penalidad se torna excesiva y que perjudica los derechos del deudor por parte del acreedor.

El segundo supuesto de que la obligación fuera cumplida en forma parcial o irregularmente cumplida, deberá también transcurrir por un aspecto probatorio para que el juzgador pueda verificar la existencia del supuesto acotado.

Palacio Pimentel, considera que «esta facultad acordada por el juez de reducir la pena viene a constituir un freno, una restricción a la exagerada libertad de las partes, mas propiamente hablando, muchas veces a la presión de una de las partes, es como afirma Castañeda, una prevención contra la usura»²⁰.

Siguiendo a Palacio Pimentel, señala que el juez debe apreciar si la ejecución parcial ha sido útil o inútil al acreedor y «el juez deberá tomar

19 Artículo 1346.- «El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida».

20 Citado por ABANTO TORRES, Jaime. ., p. 213.

en cuenta para cualquiera de ambos supuestos la gravedad de falta, el interés del acreedor, y hasta qué punto sus intereses han sido lesionados con la inejecución total o parcial; luego la situación económica de las partes; la intención del deudor, así como una solvencia moral, el juez no debe pasar por alto si la pena ha de ser racionalmente proporcionada al daño sufrido por el acreedor y a los intereses en juego: se debe evitar que se ampare el abuso, el predominio económico con una cláusula leonina»²¹.

Según los profesores Osterling y Castillo²², respecto a la reducción de la cláusula penal expresan las siguientes explicaciones:

El aumento o disminución de la indemnización convencional prevista por el acreedor y por el deudor, a solicitud de cualquiera de ellos, a pesar de los diversos fundamentos que se han señalado a su favor «con referencia a la moral y a las buenas costumbres, al enriquecimiento sin causa, al abuso del derecho, a la necesidad de moralizar el derecho y reprimir el negocio usurario, etc.»²³, parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba.

Si la cláusula penal se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en numerosos casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto.

Vemos, entonces, que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes —con la misma libertad con la que concertaron la obligación cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal—, por un juicio complejo y costoso en que se objeta ese pacto, pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía.

Los jueces tienen la obligación de pronunciarse según las pruebas que aporten las partes. En ausencia de ellas, mal podría un juez aumentar o reducir la indemnización fijada contractualmente cuando el deudor se obligó a entregar costosas máquinas industriales (obligación de dar) y no cumplió el contrato; o cuando el deudor se obligó a construir una fábrica (obligación de hacer) e incumplió la obligación; o cuando el deudor se

21 Ob. cit., p. 213.

22 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE, pp. 961 y 962.

23 CAZEUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPESAS. . La Plata: Editorial Platense, 1986, tomo I, p. 245.

obligó a no revelar un secreto (obligación de no hacer) y violó esta obligación.

¿Podría un juez, en estos casos, decidir si la indemnización es excesiva o insuficiente tan sólo con criterio de conciencia y sin que se actuaran las pruebas de la existencia o inexistencia de los perjuicios, o de su cuantía? ¿O sería necesario, para que el juez modificara la pena, que se demostrara indubitadamente que el acreedor sufrió perjuicios superiores o inferiores a los pactados? Parece claro que es esta última solución la que debe prevalecer.

Hay que reconocer que en algunos casos la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas, puede conducir al juez, que actúe con criterio de conciencia, a la convicción de que la pena pactada es excesiva o insuficiente. Pero, también hay que recordar que en numerosas ocasiones las complejas relaciones contractuales, la fisonomía propia de los convenios cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal, no permiten al juez pronunciarse sin pruebas. Y si el juez, en estos casos, modifica la pena sin que se acrediten los perjuicios, se arriesga a cometer una arbitrariedad.

Desde este punto de vista, cuando es el acreedor quien pretende que el monto de la indemnización fijado por la cláusula penal es insuficiente para reparar los perjuicios que le ha ocasionado la inejecución de la obligación, deberá probar su cuantía. Obviamente, dentro del marco legal peruano, sólo lo podría hacer, de haberse pactado la indemnización del daño ulterior.

Y cuando es el deudor quien manifiesta que la pena es excesiva, porque el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los pactados o no sufrió perjuicios por el incumplimiento, entonces, es a tal deudor a quien le corresponderá probar estos hechos.

Pero, en ambos casos se da paso a un debate que las partes, justamente por haber estipulado una cláusula penal, quisieron evitar²⁴.

Cuando el deudor solicita la reducción de la cláusula penal existe una simple reversión de la carga de la prueba. Recordemos que en los casos en que opera la indemnización judicial corresponde al acreedor probar la existencia de los perjuicios y su monto (artículo 1331 del Código Civil peruano de 1984). Pero, cuando se estipula una indemnización convencional, y el deudor pretende que sea reducida, toca a él acreditar que

24 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. ., p. 962.

la pena es excesiva o injustificada, demostrando que el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los previstos en la cláusula penal, o que no sufrió perjuicio alguno.

Aun en estos casos de reversión de la carga de la prueba, un acreedor prudente tendría que demostrar la existencia de los perjuicios y su cuantía, para evitar que el juez, no obstante que el deudor alegó, pero no probó que la pena fuera excesiva, ordenara su reducción²⁵.

Siempre podría presentarse la posibilidad de que la eventual reducción de la cláusula penal efectuada por un juzgador pueda tornarse expresamente perjudicial para el acreedor; lo cual devendría en un grave perjuicio.

Esto nos lleva a mencionar el siguiente pasaje del Mercader de Venecia:

SHYLOCK.- Acepto su ofrecimiento, entonces, páguenme tres veces el valor del pagaré y déjese marchar al cristiano.

BASSANIO.- Aquí está el dinero.

PORCIA.- ¡Espacio! El judío tendrá su justicia. ¡Espacio! Nada de prisas. No tendrás nada más que la ejecución de las cláusulas penales estipuladas.

GRACIANO.- ¡Oh, judío! ¡Un juez íntegro, un recto juez!

PORCIA.- Prepárate, pues, a cortar la carne; no viertas sangre y no cortes ni más ni menos que una libra de carne; si tomas más o menos de una libra precisa, aun cuando no sea más o menos de una libra precisa, aun cuando no sea más de la cantidad suficiente para aumentar o disminuir el peso de la vigésima parte de un simple escrúpulo; más aún: si el equilibrio de la balanza se descompona con el peso de un caballero, mueres, y todos tus bienes quedan confiscados.

GRACIANO.- ¡Un segundo Daniel, judío, un Daniel! Aquí os tengo ahora, en la cadera 11, pagano.

PORCIA.- ¿Por qué se detiene el judío? Toma tu retractación.

SHYLOCK.- Dadme mi principal y dejadme partir.

BASSANIO.- Tengo el todo preparado para ti; aquí está.

PORCIA.- Lo ha rehusado en pleno tribunal. Obtendrá justicia estricta y lo que le conceda su pagaré.

GRACIANO.- ¡Un Daniel, te repito, un segundo Daniel! Te doy las gracias, judío, por haberme enseñado esa palabra.

SHYLOCK.- Pues bien; entonces que el diablo le dé la liquidación. No quedaré aquí más tiempo discutiendo.

PORCIA.- Aguarda, judío; la ley tiene todavía otra cuenta contigo. Está establecido por las leyes de Venecia que si se prueba que un extranjero, por medios directos o indirectos, ha buscado atentar contra la vida de un ciudadano, una mitad de sus bienes pertenecerá a la persona contra la cual ha conspirado, y la otra mitad al arca reservada del Estado, y que la vida del ofensor dependerá enteramente de la misericordia de dux, que podrá hacer prevalecer su voluntad contra todo fallo. He aquí,

25 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. ., p. 963.

a mi juicio, el caso en que te encuentras, porque es evidente, por tus actos manifiestos, que has conspirado directa y también indirectamente contra la vida misma del demandado, e incurrido, por tanto, en la pena precedentemente enunciada por mí. Arrodíllate, pues, e implora la clemencia dux.

GRACIANO.- Suplica que te den permiso para ahorcarte en persona; sin embargo, como todas tus riquezas están confiscadas en provecho del Estado, no te queda el valor de una cuerda; por tanto, debes ser ahorcado a expensas del Estado.

DUX.- Para que veas bien la diferencia de nuestros sentimientos, te perdono la vida antes de que lo solicites. En cuanto a tus bienes, la mitad pertenece a Antonio y la otra mitad pertenece al tesoro público. Esa confiscación, tu humildad puede hacerlosla transformar en multa.

PORCIA.- Sí, por lo que respecta al Estado, pero no por lo que concierne a Antonio.

SHYLOCK.- No, tomad mi vida y todo. No excuséis eso más que lo restante. Os apoderáis de mi casa cuando no me quitáis el apoyo que la sostiene; me quitáis mi vida cuando me priváis de los medios de vivir.

PORCIA.- ¿Qué perdón podéis concederle, Antonio?

GRACIANO.- Una cuerda gratis. Nada más, en nombre del cielo.

ANTONIO.- Ruego a mi señor el Dux y al tribunal que se reduzca la multa a una mitad de sus bienes. Me contentaré con tener el simple uso de la otra mitad para entregarla a su muerte al caballero que recientemente ha raptado a su hija. Pido que sean impuestas, además, dos condiciones: la primera, que se vuelva sin demora cristiano; la segunda, que haga aquí, delante del tribunal, una donación legal de todo lo que posea al momento de su muerte a su yerno Lorenzo y a su hija.

DUX.- Llenará estas condiciones; en otro caso, rectifico el perdón que he pronunciado recientemente.

PORCIA.- ¿Estás satisfecho, judío? ¿Qué dices, pues?

SHYLOCK.- Estoy satisfecho

PORCIA.- Escribano, redactad un acta de donación.

SHYLOCK.- Os lo ruego, dadme permiso para salir de aquí; no me siento bien; enviadme el acta a casa, la firmaré.

DUX.- Vete, pero mantén la palabra.

GRACIANO.- En el bautismo tendrás dos padrinos; si yo hubiese sido juez, habrías tenido diez más para conducirte a la horca y no a la pila bautismal.

Siempre cabe la posibilidad de que después de una reflexión y de común acuerdo, el acreedor pueda reducir la penalidad convenida, por diversas razones: por ser desproporcional, evidentemente factible de reducción judicial o arbitral; existe una imposibilidad física o jurídica de su cumplimiento; sin embargo, es importante que antes de recurrir a instancias jurisdiccionales las partes puedan efectuar una reducción de la penalidad en forma consensuada.

En nuestro ejercicio de la abogacía participamos de una negociación en la reducción convencional del monto de la cláusula penal de un reconocido boxeador peruano, quien mediante la cesión de derechos cede el uso de dos marcas (vestimenta y calzado) a una empresa textil, encontrándose entre las diversas obligaciones que se exige al boxeador, la de

promocionar y difundir con su imagen las marcas, bajo la condición del principio *intuitu personae*, pues dentro de diversos aspectos contractuales el acreedor incluye una cláusula penal de 300 UIT, que deberá asumir el boxeador como penalidad.

Al asumir el estudio y análisis de la cesión de derechos, se logró demostrar que debido a un error del acreedor, se había considerado como objeto de la cesión una clase que no correspondía al rubro de las marcas otorgadas en cesión, siendo esto contrario a la intención original de las partes.

El argumento principal a efectos de solicitar la reducción convencional de la penalidad fue un criterio económico y jurídico; el primero porque la retribución económica que recibía el boxeador en forma mensual, no representaba más de S/.10.000.00 (Diez mil y 00/100 Nuevos Soles), aproximadamente, lo que económicamente no era proporcional con la penalidad de 300 UIT (S/.1'095,000.00 (Un millón noventa y cinco mil y 00/100 Nuevos Soles). La penalidad de 300 UIT resultaba grotescamente desproporcional, pues, el boxeador no percibía una retribución similar, y de hecho debía existir equivalencia entre el valor de la prestación, contraprestación y la penalidad.

El argumento jurídico se basó en la posibilidad de acudir a la vía judicial y solicitar la reducción de la cláusula penal, pues no cabría la menor duda de que la penalidad sería jurídicamente imposible; en primer lugar, por las clases de la marca y, en segundo lugar, por la evidente desproporción económica.

7. CONCLUSIONES

La obra «El Mercader de Venecia» del inigualable literato universal británico William Shakespeare, sin duda alguna denotan apasionantes debates sobre lo justo o injusto que podría tornarse el cumplimiento o incumplimiento de la cláusula penal o las diversas razones de índole moral, económicas y jurídicas que expresan *Shylock*, *Basannio*, *Antonio*, *Dux* y *Porcia*, pues el debate en los tribunales de Venecia sobre lo justo o injusto de la ejecución y/o reducción de la penalidad, no son ajenos y cobran vigencia en los fueros académicos, judiciales y arbitrales en nuestro país y otros sistemas jurídicos.

La buena fe contractual representa un principio que no debe dejar de estar presente en el momento de la negociación, ejecución y posible reducción de la cláusula penal, siendo indispensable brindar una información adecuada y pactar una cláusula penal razonable entre acreedor y deudor, lo cual permitiría seguir protegiendo el principio de la buena fe contractual.

Cabe siempre la posibilidad de que el acreedor y el deudor en supuestos justificables, puedan realizar la reducción del monto o modificar alguna característica de la cláusula penal, con lo cual, en aplicación del ejercicio del principio de la autonomía privada, las partes seguirán conservando el poder del dominio del pacto de la penalidad; es decir, con esto se evitaría recurrir a las instancias judiciales o arbitrales.

Se requiere de un acreedor y deudor diligente respecto a contar con el pleno conocimiento del real alcance y las consecuencias de la ejecución de la cláusula penal. Un deudor consciente de su posibilidad de cumplir con la penalidad sabrá pactar la misma dentro de sus posibilidades, y un acreedor podrá exigir una penalidad que pueda ser cumplida, por cuanto, en caso de presentarse algún abuso o exceso, el deudor tiene la posibilidad de solicitar su reducción.

Es fundamental conservar criterios jurídicos y económicos equitativos entre acreedor y deudor, los mismos que se deben encontrar dentro de lo razonable. Este criterio de razonabilidad es entendido desde la proporcionalidad del monto dinerario de la penalidad, o considerando que la conducta solicitada al deudor pueda ser ejecutada, tanto física como jurídicamente.

Finalmente, concluimos que siempre una cláusula penal negociada sobre aspectos jurídicos y económicos reales y posibles de ejecutarse permitirán que, tanto el acreedor y el deudor pacten una penalidad posible de ser ejecutada y cumplida, sin que el deudor tenga la posibilidad o mayores argumentos para acudir a solicitar la reducción de la cláusula penal ante un juzgado o un tribunal arbitral, lo cual permitirá que los contratantes tengan la seguridad jurídica exigida en toda transacción contractual.

El ilícito civil como límite de la autonomía privada y su tratamiento en el Derecho Civil Patrimonial según el Código Civil peruano de 1984

*Juan Enrique Sologuren Álvarez**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La autonomía privada y el problema de la delimitación de su amplitud. 3. La Génesis del ilícito civil a la luz de las posiciones doctrinarias existentes. 4. Análisis del ilícito a partir de las teorías sobre la naturaleza jurídica de las normas. 5. El ilícito civil como acto de autonomía privada contrario al orden público y las buenas costumbres. 6. Reinterpretando el ilícito civil como límite de la autonomía privada a partir de una visión post positivista del Derecho. 7. A modo de conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando el hombre se organiza en sociedad cede parte de su poder y renuncia al uso privado de la fuerza, la cual pasa a ser monopolio del Estado. Bajo esta lógica, sólo en unos pocos casos excepcionales los particulares pueden hacer un uso legitimado de la fuerza, en tanto que el Estado

* Abogado por la UPT. Candidato a Magíster en Derecho Civil y Comercial. Secretario Académico Administrativo y Profesor de Derecho de Obligaciones en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna.

a través de la ley impone reglas en su mayoría coercitivas, de manera que aplica legítimamente la coacción a quienes realizan comportamientos contrarios a lo que es obligatorio o a lo que está jurídicamente prohibido, pero dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales y garantizando también un margen más o menos amplio y delimitado dentro del cual los sujetos de Derecho Privado puedan ejercer su libertad y autorregular sus intereses, en otras palabras, fija la frontera entre lo ilícito y lo lícito.

Esta hipótesis de partida, tiene dos implicancias importantes:

- La primera, asumiendo un contexto jurídico democrático, consiste en la idea de que los sujetos de Derecho Privado le han cedido al Estado el poder genérico de regular de manera abstracta y general la vida en sociedad, lo cual incluye el establecimiento de una delimitación legal de lo prohibido y lo permitido para el ejercicio de la libertad individual como atributo inherente a la condición humana; y
- La segunda es que los sujetos de Derecho Privado se han reservado el poder de crear, regular, modificar y extinguir sus relaciones jurídicas patrimoniales de manera concreta y específica, con el reconocimiento y respaldo del poder estatal dentro de los límites legalmente establecidos para conseguir intercambios justos, seguridad jurídica y la solución pacífica de sus conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas cuando éstos, eventualmente, se susciten como consecuencia de la comisión de ilícitos o en incumplimiento de acuerdos de voluntades que ellos hayan celebrado (*pacta sunt servanda*).

Es este poder consagrado por el Derecho como «el principio de la autonomía privada», el signo más importante del Derecho Privado que vertebra justamente la regulación de todas las situaciones y relaciones jurídicas de los sujetos particulares y que sirve como punto de referencia al momento de normar jurídicamente la descripción hipotética de lo que está permitido, de lo que es obligatorio y de lo que está prohibido a nivel de derechos e intereses privados; en tanto el principio de legalidad, cual otra cara de la moneda, cautela los derechos y el interés colectivo.

En este orden de ideas, lo razonable es determinar cuáles son los límites dentro de los cuales los sujetos de Derecho Privado pueden ejercer el principio de autonomía privada, a fin de no afectar el bienestar general que el Estado tutela a través de la ley, más allá del respeto a la voluntad individual. Uno de estos límites para el ejercicio de la autonomía privada es,

precisamente, el ilícito civil, cuya naturaleza y configuración intentaremos precisar, dado que es también el límite más complejo y menos estudiado.

2. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN DE SU AMPLITUD

La autonomía privada es una consecuencia del concepto de persona y consiste en un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses¹. Radica en la persona en cuanto ésta es un ser libre. Es en la libertad donde radica su autonomía².

Es interesante el concepto que aporta Rómulo Morales Hervias, al entender la autonomía como un poder normativo de crear efectos jurídicos que no sólo se desarrolla en el momento que se declara la voluntad, sino que se desenvuelve en la creación de un reglamento de programación de intereses. Luego, los efectos creados por los privados deben confrontarse o armonizarse con los efectos jurídicos de la ley, a fin de que se llegue a un momento final que es la efectiva satisfacción de los intereses particulares³.

Estas afirmaciones nos llevan a sostener que, los sujetos de derecho privado, en ejercicio de su libertad de contratar y de su libertad de configuración interna, tienen el poder de crear una relación jurídica determinada para establecer derechos y obligaciones, y ante esa posibilidad tienen a su disposición tres escenarios diferentes dependiendo del carácter imperativo o no de las normas jurídicas aplicables y de su grado de generalidad o especificidad:

- Existencia de normas jurídicas imperativas que regulan de manera estándar todos los detalles y la forma de crear determinada relación jurídica.
- Existencia de normas jurídicas dispositivas que sólo se aplican supletoriamente a la voluntad de las partes en aquellos casos en que éstas hayan guardado silencio no disponiendo algo distinto al respecto.

1 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antón GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1982, 4.^a Ed., vol. I, 1982, p. 387.

2 ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2008). *El acto jurídico negocial*, Lima. ARA Editores, p.2.

3 Morales Hervias, Rómulo (2011). *Patologías y Remedios del Contrato*. Jurista Editores, p. 54.

- Existencia de normas generales y/o inexistencia de normas específicas que regulen ciertas relaciones no previstas en el ordenamiento jurídico positivo; es decir, relaciones atípicas.
Estos tres distintos escenarios, a su vez, determinan que los sujetos particulares ejerzan su autonomía privada con diferente amplitud:
 - a) En el primer caso deben someter ineludiblemente sus actos de autonomía privada a las normas jurídicas positivas de carácter imperativo que regulan de manera estándar todos los detalles y la forma que debe observarse para darle origen a dicha relación.
 - b) En el segundo caso, los sujetos de derecho privado pueden determinar el contenido de la relación prescindiendo de las normas dispositivas contempladas por la ley, bajo el fundamento que la ley misma lo permite cediendo en su aplicabilidad en pro de las normas que las partes de manera distinta hayan acordado.
 - c) En el tercer caso, las partes enmarcan su acuerdo de voluntades sólo dentro de las normas generales y definen válida y eficazmente el contenido y los alcances de su relación, ejerciendo su autonomía privada y su libertad de configuración interna (libertad contractual), que es una manifestación específica de dicha autonomía, en el máximo de su amplitud.

En este sentido, no puede dejarse de apreciar cómo el Derecho Privado se divide entre sí por la distinta relevancia que se le atribuye a la autonomía privada, con mayor amplitud en las obligaciones, fuentes de las obligaciones, sucesiones y derechos reales; y con menor amplitud en el derecho de personas y familia⁴.

Efectivamente, podemos apreciar cómo la autonomía privada alcanza su mayor amplitud en el ámbito de los contratos totalmente atípicos, los cuales —como explica con acierto Lizardo Taboada— carecen de una valoración específica y anticipada de su función social. Dado que su justificación y valoración por el ordenamiento jurídico requieren necesariamente de una valoración por parte de las normas jurídicas, y que ésta no se da a través de un esquema legal o específico, o tipo legal, se hace necesario recurrir a esquemas legales genéricos que reconocen la posibilidad de celebrar contratos no tipificados legalmente siempre que cumplan con requisitos generales mínimos y merezcan una valoración social.

4 MÉDICUS, D., citado por Leysser León (2012) en *El Sentido de la Codificación Civil*. Lima: Palestra Editores, p. 126.

A ello debemos agregar la circunstancia de que los actos de autonomía privada son *numerus apertus*⁵, y que, precisamente, en base al carácter social de la autonomía privada es que se justifica el reconocimiento jurídico de figuras contractuales atípicas que no se encuentran tipificadas socialmente, ni son resultado de la combinación de dos o más tipos legales, en la medida en que estén dirigidos al logro de una función socialmente razonable y digna, aun cuando no sea socialmente útil. Es así que la valoración jurídica de los actos de autonomía privada, se hace en función del significado social de los mismos⁶.

En esta parte, resulta atinada la reflexión que hace Emilio José Balarezo Reyes,⁷ dejando entrever que la amplitud de la autonomía tiene un límite, cuando señala que «tanto la libertad, la voluntad y la autonomía están íntimamente vinculadas con el hombre de manera precisa con el discernimiento, que es el instrumento por el cual se desprende y exterioriza lo que la persona desea dentro del acto o el negocio jurídico que realice» y agrega que el rol de la autonomía radica en el control pleno de los actos que tiene la persona sobre los mismos; de tal manera que deje constancia de lo querido, queda al ámbito del Derecho regularlo, siempre y cuando no vaya en contra de lo previamente establecido y aceptado jurídicamente por la sociedad.

Finalmente, vale la pena valorar el rol integrador que juega la autonomía privada para el Derecho Privado, en el sentido de que el legislador no puede prever todas las conductas ni los casos que se pueden producir en la realidad, dada la libertad humana expresada a través del principio de que «lo que no está prohibido está permitido». De ello inferimos que el Derecho objetivo privado se reduce, en su manifestación positiva, a un conjunto de normas jurídicas que, dentro de un vasto universo de casos y de soluciones, estadísticamente representan sólo una fracción de los casos y las soluciones más relevantes, frecuentes y útiles para el conglomerado social, por lo que ante el surgimiento cada vez mayor de actos de autonomía atípicos e imprevisibles para el legislador⁸ y la imposibilidad e in-

5 Y en esto nos permitimos discrepar respetuosamente con Juan Espinoza Espinoza.

6 Taboada Córdova, Lizardo. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. Grijley. Lima, 2002. Pág. 124.

7 Balarezo Reyes, Emilio José (2013) Papel de la autonomía privada dentro de la temática del libro ii del CC peruano.

8 Los adelantos tecnológicos, que han determinado el surgimiento y expansión de la sociedad de la información y la globalización, han contribuido a ampliar el ámbito de la libertad humana posibilitando iniciativas que eran impensables hace tan solo unos pocos años atrás.

utilidad de normar todos los actos posibles que podrían tener relevancia jurídica, deben ser los propios particulares quienes deberán autorregular, precisamente, sus intereses, a través de la autonomía privada.

Queda en evidencia, entonces, que los actos de autonomía privada, tanto lícitos como ilícitos, van a estar regidos también por el principio de la atipicidad.

Ante esto cabe preguntarse, ¿de qué manera se regula el interés particular en el detalle del caso específico, más allá de la generalidad y abstracción de las normas positivas? ¿Cómo quedan los supuestos posibles que no están expresamente prohibidos, así como los intereses y las necesidades materia de actos de autonomía privada, realizables por los sujetos de derecho privado, pero no previstas normativamente por el legislador? ¿Cuál es el límite a considerar al realizar actos de autonomía privada sin incurrir en la ilicitud?

Es en las incógnitas de este escenario, en el que la norma imperativa general que sirve de marco delimitador no basta, donde cobra sentido pensar que mecanismos se requieren para ampliar las posibilidades jurídicas frente al ilícito sin restringir su noción a los supuestos legislados específicamente, para balancear la ecuación entre autonomía privada y los límites dentro de los cuales dicha autonomía se puede desenvolver sin devenir en el ilícito.

3. LA GÉNESIS DEL ILÍCITO CIVIL A LA LUZ DE LAS POSICIONES DOCTRINARIAS EXISTENTES

Luego de examinar la doctrina, nos damos cuenta de que ésta no es pacífica respecto a lo que debe entenderse como ilícito. Prueba de ello son las dos principales posiciones que a continuación vamos a describir:

La primera posición, que es la doctrina dominante, asimila los términos lícito y legal y afirma que es lícito todo lo que no está prohibido expresamente por la ley, e ilícito todo aquello que ella prohíbe. Se basa en el principio que recogen las constituciones dogmáticas, según el cual «todo lo que no está prohibido está permitido».

La segunda posición entiende la palabra ilícito con un sentido más amplio, que excede el simple y limitado concepto de desacuerdo con la ley positiva y lo proyecta a otras posibilidades.

El defensor más representativo y acucioso de la primera posición es Brunetti⁹ quien sostiene que la única solución posible al problema de

9 PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Civil. Bogotá: Ed. Temis, 1981, 3.ª Ed., p. 239.

la naturaleza y concepto de lo ilícito es la expresada, pues no es posible construir la noción de lo ilícito prescindiendo del criterio legal, lo contrario supone introducir nociones ajenas al Derecho que perturban su correcto desarrollo y comprensión. De modo que ni la moral ni la beneficencia, ni otros conceptos superiores que pueden ser muy respetados en un plano no jurídico, alcanzan a obligar jurídicamente al hombre a hacer lo que la ley no manda; ni son suficientemente poderosos como para impedirle que haga aquello que la ley le autoriza. Bajo estos fundamentos, quienes defienden esta posición sólo consideran viable fundar un criterio de ilicitud en la norma jurídica positiva, pero no con prescindencia de ella.

Esta concepción de lo ilícito como algo contrario al derecho positivo, es compartida por casi la totalidad de la doctrina contemporánea: en Italia, STOLFI, INVREA, CARNELUTTI, PETROCELLI, DE RUGGIERO coinciden en que la violación de un deber legal es base necesaria de la ilicitud. En Francia, WATRIN, LAURENT, BOSC también han compartido esta posición.

En Latinoamérica dicho criterio no sólo es doctrinario, sino que también ha sido positivizado. Así, tenemos el proyecto Freitas, que inició esta tendencia caracterizando el acto ilícito bajo la idea de que ningún hecho voluntario tendrá la fisonomía de ilícito, si no es expresamente prohibido por la ley, y al aclarar que a ningún acto ilícito le será aplicable sanción o pena alguna, prevista por el Código si no existe disposición legal que así lo establezca. La misma orientación siguió el Código Civil argentino y aparentemente también el Código Civil peruano de 1984¹⁰.

La otra posición fue iniciada por Sourdat¹¹ en el siglo XIX, de acuerdo a la cual la ilicitud sobrepasa el concepto de contravención de preceptos legales. Sourdat sostiene que, si bien el criterio de legalidad de la licitud es exacto en el plano del Derecho Penal, dicho criterio no tiene plena aplicación en el campo del Derecho Civil. La diferencia radicaría en que, si bien la ley puede prever todos los ataques al orden social que, por su gravedad, merecen represión penal, en materia de Derecho Privado no es posible prever todos los hechos dañosos o perjudiciales que podrían realizar los particulares para determinar legislativamente la consiguiente reparación del daño que, eventualmente, podrían haber causado. De estas afirmaciones se infiere que existen acciones que, no siendo ilícitas en sí mismas, son capaces de originar daños que generan responsabilidad.

10 Código Civil, Título Preliminar, artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

11 PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, 1981, p. 239.

Jorge PEIRANO FACIO, quien comenta dichas posiciones, señala que la consecuencia del criterio sustentado por SOURDAT es trascendente: hay hechos que la ley no los prohíbe, y que son, sin embargo, ilícitos. Nos queda claro que SOURDAT se aparta de la doctrina dominante, pero el abandono del criterio estrictamente legal impone la necesidad de incorporar adicionalmente otro criterio que permita apreciar en qué otros casos un acto humano tiene el carácter de ilícito. SOURDAT extrae este criterio del ámbito de la moral y plantea que la conciencia del hombre esclarecida por esta ley primordial y universal del mundo moral («no hagas a otros lo que no quisieras que te hagan a ti mismo»), puede discernir y apreciar los actos dañosos que deban acarrear reparación.

Entre los pocos defensores que contemporáneamente se adhirieron a esta posición puede citarse a PROUDHON, en Francia y a BORSARI en Italia. Según esta posición el acto ilícito es aquel que resulta condenado por la ley y la moral. Para sus detractores esta posición resulta retrógrada al volver a confundir la moral y el derecho.

Haciendo un balance de ambas posiciones, podemos afirmar que la posición de Sourdat no es opuesta a la primera sustentada, entre otros, por BRUNETTI, sino que la complementa, pues SOURDAT considera ilícitos todos los actos que poseen carácter de ilegales, pero además, amplía esta categoría, considerando otros actos que, sin ser ilegales, se encuentran reprobados por la moral y, en consecuencia, la noción del ilícito civil se extiende a más supuestos no necesariamente legislados, sino más bien genéricos y atípicos.

4. ANÁLISIS DEL ILÍCITO A PARTIR DE LAS TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS

Natalino IRPI¹² señala que el problema del lícito jurídico, históricamente, se relaciona con la teoría imperativista¹³ de la norma jurídica, cuyo

12 IRPI, Natalino. *Introducción al Estudio del Derecho Privado*. Traducción y notas de Rómulo Morales Hervias y Leysser León Hilario. Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2003, p. 127.

13 Según la Tesis imperativista, el elemento nuclear de toda norma jurídica es el orden o mandato mediante el que un sujeto dotado de poder jurídico impone a otro sujeto la realización de una determinada conducta, positiva o negativa; en tanto que la tesis antiimperativista, niega dicha afirmación, oponiéndose a la caracterización de las normas jurídicas como simples mandatos u órdenes de un sujeto a otro, porque, como explica Kelsen, dicho mandato, en cuanto orden de una voluntad, es un hecho psicológico que pertenece al mundo del ser, mientras que las normas jurídicas pertenecen al mundo del deber-ser. La norma es más bien un juicio hipotético en el que se

núcleo esencial consiste en entender que toda norma jurídica constituye un mandato o imperativo de la voluntad de un sujeto que, por alguna razón o motivo, tiene reconocida la facultad de establecer o disponer, con absoluta libertad, que siempre que acontezca A (supuesto de hecho) debe suceder B (consecuencia de Derecho).¹⁴ Cuando el legislador no manda (es decir, cuando no ordena lo que se podría no hacer, o no prohíbe lo que se podría hacer) se abre la esfera ilimitada del lícito jurídico. Natalino IRTI explica que no mandar significa permitir y, por lo tanto, delinear, junto con el área de las acciones obligatorias, el área de las acciones lícitas o jurídicamente posibles.

Según dicha doctrina lo lícito no es un concepto negativo, sino un concepto positivo, un modo autónomo y específico de evaluar la acción. En este orden de ideas, el Derecho constituye un conjunto de mandatos y autorizaciones, a los cuales se someten todos los comportamientos humanos, los que, justamente, cuando no están prohibidos ni prescritos, quedan comprendidos entre las decisiones del individuo.

La crítica de la teoría imperativista pone de relieve que la norma no prohíbe ni ordena, sino se limita a describir hechos probables, a cuya realización se enlaza una mutación (constitutiva, modificativa o extintiva) del deber jurídico. En consecuencia, la norma no debe ser interpretada como un mandato o prescripción de no cometer cierta conducta, sino como un juicio hipotético acerca de las consecuencias que deben producirse en el supuesto de que tenga lugar dicha conducta.

Siguiendo esta idea, los comportamientos humanos son tomados en consideración por el Derecho en un doble y distinto aspecto:

- Como contenido de *fattispecie*: elementos de la parte hipotética de la norma; y
- Como contenido del deber: comportamientos con respecto a los

afirma que una determinada consecuencia jurídica (la sanción) debe ser aplicada bajo la condición de que se dé un determinado requisito o hipótesis (el acto ilícito).

14 MONTERO BALLESTEROS, Alberto. En *Anales de Derecho*, nº 25, 2007, p.137 y 138, señala que "dicha facultad de disponer implica en este caso el poder de exigir obediencia a lo previamente dispuesto o establecido. El voluntarismo así concebido desconoce o niega la existencia de valores éticos que deban ser reconocidos por el legislador y que vinculan su voluntad. La voluntad del legislador es completamente libre y ello significa que dicha voluntad (con independencia de quien sea su titular) se erige en criterio supremo para la determinación de lo que se debe hacer y de lo que no se debe hacer. Las ideas de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto, en cuanto categorías éticas, desaparecen del horizonte de nuestras consideraciones".

cuales nace, se modifica, se extingue la calificación de obligatoriedad jurídica.

Entendida en estos términos la norma en el nexo de *fattispecie* y efecto, y resuelto el efecto en la mutación del deber jurídico, los actos humanos adquirirían significado para el Derecho solamente, en el primer o segundo de los aspectos indicados, es decir, como realización o materialización de hipótesis legislativas, o como comportamientos obligatorios, no habiendo, en consecuencia, otras posibilidades de cualificación, ni lugar para otros criterios de relevancia.

Las acciones no contempladas por las normas del sistema devienen en acciones adiaóforas (indiferentes). Más allá de las acciones que contemplan como hipótesis las *fattispecie* normativas, y de las demás, consideradas normativamente como obligatorias, existen también las acciones irrelevantes, que no reciben cualificaciones, ni predicados por ser extrañas al sistema. Sin embargo, tienen una relevancia mediata en la medida de que a todos los miembros de la sociedad está prescrito no impedirles y no perturbar su desenvolvimiento; por lo tanto, dichas acciones son naturalmente libres y jurídicamente protegidas.

En armonía con este pensamiento, lo relevante para el Derecho es el complejo de deberes negativos que pesan sobre los miembros de la sociedad (deberes de no interferir en la esfera ajena de acción), en los cuales, justamente, se resuelve la libertad de los particulares. Las acciones libres son tales, no ya en cuanto a ejercicio de libertad, sino en cuanto al punto de referencia de un deber negativo de los miembros de la sociedad.

De esta última afirmación y siguiendo a Irti, inferimos que las acciones obligatorias son por excelencia acciones libres, dado que con respecto a ellas existe un deber general de los miembros de la sociedad, que consiste en no impedirlos ni perturbar su cumplimiento.

Irti también explica que los conceptos de acción obligatoria y de acción libre no son antitéticos. Responden a criterios heterogéneos: acción obligatoria es acción contemplada por la norma como efecto de ciertas *fattispecies*; acción libre es acción contemplada por la norma como punto de referencia de deberes de abstención ajenos. Por lo tanto es posible al mismo tiempo estar libres y estar obligados, porque la libertad significa, en este caso, deber ajeno de no impedir el cumplimiento de una acción obligatoria. En síntesis, la acción obligatoria implica un deber mío; la acción libre designa un deber ajeno.

Lo antes mencionado permite aclarar el ulterior concepto tradicional de acción ilícita, entendida como acción contraria al deber, e infractora

de la norma. Irti se pregunta ¿es configurable, junto con la categoría de las acciones obligatorias, la autónoma categoría de las acciones ilícitas? ¿Es la ilicitud, al igual que la obligatoriedad, un criterio de relevancia normativa del actuar humano?, y luego señala que se debe abandonar de inmediato la idea de la violación de la norma: tal idea no puede resistir la crítica de la teoría imperativista, porque sólo un mandato (una orden o prohibición) es susceptible de observancia o desobediencia.

Según IRTI, el juicio hipotético que implica todo tipo de norma, no espera ser seguido, sino ser conocido e interpretado. Un juicio, es decir, una proposición enunciativa del nexo de *fattispecie* y efecto, no está destinado a orientar la voluntad ajena, de modo que pueda tenerse por respetado o infringido, obedecido o violado. Un juicio, por su intrínseca naturaleza, no prescribe, sino describe; no manda, sino comunica. Por lo tanto, violación y juicio son términos incompatibles.

Irti señala, además, que tampoco es convincente la idea de la violación del deber, que transfiere la visión imperativista de la norma a un elemento interno de la norma misma. El deber es la posición de un comportamiento humano futuro, una modalidad lógica que no demanda ser observada o violada. Si se aprecia bien, la fórmula «violación del deber» expresa solamente la ausencia de la conducta obligatoria: TICIO ha violado el deber, indica, por ejemplo, que no ha entregado a CAYO la cosa vendida.

De lo analizado, nos adherimos a las ideas de IRTI para sostener que la noción de ilicitud nace en un plano diverso, es decir, del cotejo entre *fattispecie* de una norma y efecto establecido por otra norma del sistema. Si en la *fattispecie* de una norma está descrita, la acción contraria a aquella acción que otra norma del sistema considera obligatoria, entonces afirmamos que la primera es una acción ilícita. Ejemplo, artículo 1325 del Código Civil, «queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve».

Por lo tanto, la ilicitud designa una categoría de acciones, previstas en *fattispecie* normativas y caracterizadas por la contrariedad de otras tantas acciones obligatorias. La acción ilícita no viola la norma, sino que está contenida en la *fattispecie* de una norma; no es contraria al deber, sino contraria a la acción obligatoria.

Según la doctrina positivista *kelseniana*, se afirma que un hombre está obligado jurídicamente a un determinado comportamiento, en cuanto lo opuesto a dicho comportamiento es impuesto en la norma jurídica como la condición de un acto coactivo calificado como consecuencia del ilícito.

De esta manera, bajo la premisa de que la norma enlaza una sanción (pena o ejecución forzada civil) a un comportamiento humano calificado como ilícito, llega a la conclusión de que son acciones obligatorias las contrarias a las acciones previstas e impuestas por las normas del sistema. Esta inferencia lleva a considerar el deber como un simple resultado cognoscitivo del intérprete, y no como una calificación o modalidad atribuida por el Derecho a comportamientos humanos futuros.

Sin embargo, compartimos la idea según la cual las acciones ilícitas no agotan los tipos de acción que las normas de un sistema pueden asumir en el contenido de la *fattispecie*; tampoco tienen cualidad intrínseca y, por ello, se distinguen de otras acciones previstas en hipótesis. La ilicitud como característica intrínseca, deriva del paralelo o de la referencia interpretativa a acciones consideradas como obligatorias. Estando a lo dicho, la contrariedad, no es un elemento estructural del comportamiento, sino el resultado de un juicio de relación entre comportamientos previstos en diversas normas.

A manera de conclusión hasta esta parte, podemos afirmar junto a Irti que las nociones de lo lícito y lo ilícito tradicionalmente se han presentado vinculadas a la teoría imperativista, e incompatibles con la teoría antiimperativista de la norma como juicio hipotético. En esta línea de pensamiento, sólo entendiendo el sistema de las normas como un conjunto de imperativos y de autorizaciones es posible distinguir las acciones en obligatorias, ilícitas y lícitas; es decir, en conformes al mandato, contrarias al mandato, extrañas al mandato.

En cambio, si se asume que el deber se eleva al nivel de categoría exclusiva de juridicidad, lo lícito no es otra cosa que una ausencia de deber y, por lo tanto, una acción se queda sin predicado jurídico, pues cuando cesa el deber, también cesa la esfera de juridicidad.

5. EL ILÍCITO CIVIL COMO ACTO DE AUTONOMÍA PRIVADA CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES

Hasta este punto de nuestro recorrido, debemos estar conscientes de que la autonomía privada no es ilimitada, pues el mismo ordenamiento jurídico le impone límites a través de prohibiciones generales y especiales, que como señala FLUME «restringen las posibilidades de actuación de la autonomía privada». En esta línea de pensamiento, el ilícito civil frente a la autonomía privada, es indudablemente, el límite más importante.

En el Derecho Civil, la formulación de la ilicitud es opuesta a la lógica del Derecho Público en general y del Derecho Penal en particular;

básicamente, por el carácter permisivo del Derecho Privado, en el que prevalece el principio de la autonomía privada. Sin dejar de considerar el principio constitucional «que todo lo que no está prohibido está permitido», dicho límite debe ser apreciado a partir de las siguientes consideraciones:

- 1º Que, el límite de la autonomía privada siempre debiera ser expreso, es decir, las prohibiciones debieran ser establecidas taxativamente mediante normas positivas específicas.
- 2º Que, a diferencia del ilícito penal, que está regido por el principio de la tipicidad, el ilícito civil mayormente está regido por el principio opuesto que es el de atipicidad.
- 3º Que, si bien es posible que en materia civil existan ilícitos atípicos, es decir, no regulados por norma expresa, se debe considerar la existencia de una prohibición o límite genérico constituido por el orden público y las buenas costumbres.

Entre las prohibiciones específicas¹⁵ podemos mencionar las que el legislador prescribe expresamente a través de normas imperativas definiendo un límite claro e infranqueable a la autonomía privada bajo sanción de invalidez del acto, medidas de aseguramiento e incluso resarcimiento de daños.

Entre las prohibiciones generales, como ya se tiene dicho, podemos señalar el orden público y las buenas costumbres, que presenta especial dificultad, en tanto y en cuanto su contenido y alcances resultan difusos y hasta contradictorios.

Considerando que las prohibiciones específicas no importan mayor dificultad en su comprensión, vamos a centrarnos a continuación en el análisis de las diversas concepciones sobre el orden público y buenas costumbres para determinar cuáles son sus alcances, en cuanto a límites de la autonomía privada en el contexto de nuestro Derecho Civil.

Para ello, nos vamos a apoyar en nuestra legislación civil, específicamente en el artículo V del Título Preliminar; en cuanto a la parte doc-

15 Por ejemplo, lo normado del Código Civil en los siguientes artículos: 678.- No hay aceptación ni renuncia de herencia futura; 1990.- El derecho de prescribir es irrenunciable. Es nulo todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción; o en el artículo 1944 que prescribe que “ El juego y la apuesta prohibidos son los expresamente indicados en la ley. No existe acción para reclamar por su resultado y, en caso de producirse el pago, es nulo de pleno derecho”.

trinaria acudiremos, fundamentalmente, a los acuciosos estudios de Juan ESPINOZA ESPINOZA, y en la parte jurisprudencial tomaremos como referencia la jurisprudencia nacional generada a partir de la vigencia del Código Civil peruano de 1984.

Vamos a iniciar el abordaje de este tema haciendo la precisión que el análisis que realizaremos se basa en el concepto estático del orden público, el cual constituye uno de los límites de la autonomía privada, mas no analizaremos el concepto dinámico que tiene otra función, que para el presente caso no resulta pertinente.¹⁶

Con respecto a la noción de orden público, es muy conocida la cita que hacen diversos autores atribuida al francés JAPIOT cuando señalaba: «es preciso admitir que el orden público debe parte de su majestad al misterio que lo rodea». Dicha frase hoy sigue teniendo vigencia, pues basta examinar la ley, doctrina y la jurisprudencia para descubrir que no existe una concepción uniforme. Sin embargo, podemos identificar, al menos, dos posiciones claramente opuestas.

Una posición es la que asimila la noción de orden público al concepto de imperatividad, concepción que ha sido muy común, tal como refiere Fernando VIDAL RAMÍREZ. Así, por ejemplo, en la doctrina nacional, Marcial Rubio¹⁷ define el orden público como un «conjunto de disposiciones imperativas». Coincidiendo con este enfoque, Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, en su obra *El Contrato en General*, también conceptualiza que el orden público está constituido por aquellas normas imperativas que salvaguardan principios jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento.

Dicha concepción tiene su base en el tenor del artículo V del Título Preliminar, en el cual el legislador ha establecido la nulidad del acto jurídico contrario a las leyes que interesan el orden público. Del tenor de este artículo se infiere que desde el punto de vista normativo, el orden público ha sido equiparado por el legislador al concepto de imperatividad, tal y como lo sostiene Juan ESPINOZA; y es desde esta perspectiva como se refleja en un importante sector de la jurisprudencia, tal y como se puede apreciar a continuación con ayuda del subrayando de las partes pertinentes:

16 El orden público dinámico se entiende como una obligación de un Estado promotor de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes.

17 RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. Biblioteca para entender el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, vol. IV, p. 100.

El orden público está constituido por el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar principios fundamentales de la sociedad o las garantías de su existencia [...]¹⁸;

El artículo 315 del Código Civil contiene una norma imperativa, en la que el ejercicio de la autonomía privada se ve ciertamente limitado, en el sentido de que se exige la intervención de los cónyuges, aunque se les da la posibilidad de que puedan actuar por poder; norma imperativa que atiende a la protección constitucional del ámbito familiar, entre ellos del ámbito patrimonial de la familia; por ello, de no cumplirse con la norma imperativa contenida en el artículo 315 materia de análisis, se estaría contraviniendo una norma de orden público, por lo que resulta aplicable el artículo V del Título Preliminar del Código Civil; esta norma contiene lo que en doctrina se denomina “nulidad virtual”; entendiéndose que los supuestos de nulidad virtual se dan cuando el acto jurídico se opone a una norma imperativa¹⁹.

El acto jurídico es nulo, además de otras causales, cuando es contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, tal como lo dispone el inciso octavo del artículo doscientos diecinueve del Código Civil en concordancia con el artículo quinto del Título Preliminar del mismo Código sustantivo. La anotada causal sustantiva de nulidad se fundamenta en la limitación de la autonomía de la voluntad en razón a que los actos jurídicos se celebran contraviniendo normas imperativas que son la expresión del orden público²⁰.

La otra posición, con la que se identifican en el medio europeo Francesco MESSINEO, Massimo BIANCA y François GÉNY, es la que señala que el orden público es un conjunto de principios fundamentales, de interés general, de orden superior, que constituyen la organización política y social, y sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de determinado Estado, reflejado en las normas jurídicas y es la base del ordenamiento social.

En América Latina es destacable la noción que aporta Raymundo SALVAT cuando concibe el orden público como resultante de «un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada a la existencia y conservación de su organización social establecida».

Por su parte, Joaquín Llambías coincide con esta concepción al señalar que el orden público «es el conjunto de principios eminentes — religiosos, morales, políticos y económicos — a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida».

18 Cas. n.º 1657-2006. Lima, *El Peruano*, 30/11/06, p. 17848.

19 Cas. N.º 2117-2001-Lima. Data 45,000. GJ.

20 Cas. N.º 1021-96. Data 45,000. GJ.

El jurista argentino Julio LEZANA, a su vez, comprende dentro del concepto de orden público «normas, principios e instituciones que regulan la vida jurídica de la sociedad en el ámbito del Derecho Privado y que se consideran imprescindibles para su mantenimiento y progreso». Finalmente, y en esa misma dirección tenemos el concepto de orden público que aporta Loris LONARDO, quien lo entiende como un «modelo societario definido por el Derecho en un determinado momento histórico de evolución de sus valores». Esta última concepción también podemos apreciarla en otro sector de nuestra jurisprudencia cuyos términos reproducimos a continuación:

El orden público debe entenderse conforme a la doctrina imperante como aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos; así mismo lo caracteriza el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares²¹.

En el Perú es destacable la posición que adopta José LEÓN BARANDIARÁN, citado por Juan ESPINOZA, cuando señala que «una disposición no es de orden público, porque aparezca como imperativa o prohibitiva, sino lo contrario», a lo que agrega LOHMANN LUCA DE TENA en el sentido de que «el orden público funciona antes de que la norma imperativa; es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no solamente es normativo sino también ideológico. Éste se manifiesta a través de normas imperativas».

Recogiendo el pensamiento de Lonardo, cuando con gran lucidez afirma que el carácter de ineludibilidad²² de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público, debemos recordar que, en el Derecho Privado y, particularmente, en el Derecho Civil, la mayoría de normas son dispositivas; es decir, sustituibles por la voluntad o el acuerdo de voluntades de las partes cuando realizan un acto de autonomía privada; y que en menor número existen también normas imperativas que no pueden ser sustituidas por la voluntad de los sujetos particulares, debiendo someterse obligatoriamente a su cumplimiento.

En este sentido, compartimos lo sostenido por Juan ESPINOZA cuando afirma que el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público que, como

21 Cas. n.º 2516-98. Data 45,000. GJ.

22 Denominado también inevitabilidad o insustituibilidad de la norma en el sentido de que ésta es obligatoria o vinculante.

hemos visto, al revisar la mejor doctrina, está constituido, fundamentalmente, por principios.

El jurista mexicano Ignacio GALINDO GARFÍAS, categóricamente confirma este criterio cuando afirma que «La conducta humana que el Derecho reprueba, en términos generales, es prohibida en cuanto perturba el orden social, trastorna el “orden público” en el sentido de que el sujeto que realiza el ilícito revela con su conducta que no está acatando las bases fundamentales de la convivencia humana»²³.

Más adelante precisa que la prohibición deriva de aquella perturbación que ataca al orden público y a las buenas costumbres, aclarando que una conducta no es lícita por estar prohibida, ni toda conducta vedada es ilícita necesariamente. Sólo puede ser calificado como reprobable aquel comportamiento que no es conforme al orden público y las buenas costumbres, los cuales no se originan de la ley, ni de las fuentes formales del Derecho. Son la *ratio* de la prohibición o de la conducta imperativamente obligatoria.

En consecuencia, como explica GALINDO, queda claro que el orden público y las buenas costumbres tienen su origen en las fuentes reales o materiales del Derecho, que son los hechos sociales, en la estructura jurídica, política y económica del grupo social que el legislador ordinario está obligado a respetar y hacer cumplir²⁴.

En tal sentido, GALINDO deja establecida su noción del ilícito dentro de dos posibilidades de conducta:

- a) Como una conducta contraria a los fines de una determinada institución jurídica; y/o
- b) Como una conducta contraria a los medios legalmente permisibles para realizar determinado efecto que se considera reprobable porque perturba el orden social.

Galindo ilustra y fundamenta esta tipología diciendo que la naturaleza del ilícito como algo que escapa y está por encima del poder del legislador y se aprecia claramente en el fraude a la ley, evidenciando que el ilícito no reside en la legalidad del acto, sino en la finalidad (*causa turpis*).

Mediante el fraude a la ley se obtiene en vía indirecta un fin vedado, sin que el acto por sí mismo pueda ser calificado de violatorio de éste o aquel precepto. Es un acto ilícito, contra *juris*, pero *secundum lege*.

23 GALINDO GARFÍAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Serie G. Estudios Doctrinales, 1981, 1.ª Ed., p. 52.

24 *Ibidem*, p. 60.

6. REINTERPRETANDO EL ILÍCITO CIVIL COMO LÍMITE DE LA AUTONOMÍA PRIVADA A PARTIR DE UNA VISIÓN POST POSITIVISTA DEL DERECHO

Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO²⁵ señalan con gran acierto que lo que diferencia o caracteriza a las diversas teorías del Derecho o a su concepción general es la manera cómo cada una de ellas relaciona las exigencias que se derivan de las normas jurídicas vistas como directivas de conducta con las exigencias que se derivan de los valores y propósitos para los que estas directivas de conducta sirven.

En este orden de ideas, el positivismo fuerte o excluyente reduce la dimensión regulativa del Derecho a las puras directivas de conducta emitidas por actos de autoridad y, por otro lado, a la hora de determinar lo que cada una de ellas ordena, no hay otro instrumento más que los criterios semánticos compartidos respecto del significado de los términos empleados en ellas, excluyendo toda referencia a los valores a los que las mismas tratan de servir.

Contra esta corriente surge el positivismo incluyente, que se inicia con Herbert HART, y se consolida más tarde con la obra de Ronald DWORKIN, poniendo de relieve que tiene particular importancia la consideración de que tales reglas tienen un sentido, en la medida en que sirven a ciertos propósitos y valores que no forman parte sólo del Derecho, sino que tienen una cierta primacía frente a las reglas por medio de las cuales se trata de implementarlos²⁶.

Ver el Derecho como una estructura de dos niveles, reglas y principios, es la principal tendencia de la Filosofía del Derecho contemporánea. Y es en esa lógica estructural que el nivel de las reglas puede ser «derrotado» por consideraciones derivadas de los valores y propósitos que integran el segundo nivel, es decir, por los principios.

Un ejemplo muy interesante de la tensión entre reglas y principios se evidencia a propósito de los denominados ilícitos atípicos. Veamos:

Si asumimos que los ilícitos son acciones opuestas a las normas regulativas de mandato, o sea, normas que ordenan o prohíben la realización de una determinada conducta, entonces no pueden haber ilícitos que se opongan a permisos (realizar una acción o no resultan lícitos), o a nor-

25 ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. Para una teoría postpositivista del Derecho. Bogotá-Lima: Temis-Palestra, 2009, p. 223.

26 *Ibidem*, p. 230.

mas constitutivas (que no tienen carácter deóntico, sino que establecen condiciones para la producción de cierto resultado institucional o cambio normativo). Las normas de mandato²⁷ pueden ser reglas o principios.

En este orden de ideas, podemos clasificar los ilícitos en dos tipos:

- a) Los ilícitos típicos, que son acciones opuestas a las reglas de mandato; y
- b) Los ilícitos atípicos que son acciones opuestas a principios de mandatos.

Los ilícitos típicos no ofrecen mayor dificultad en cuanto a su comprensión, en la medida en que expresamente están previstos como comportamientos opuestos a una regla. En cambio, los ilícitos atípicos por su complejidad requieren de una mayor explicación. Así tenemos que los ilícitos atípicos son acciones que, a primera vista, están permitidas, pero que, una vez consideradas todas las circunstancias, deben considerarse prohibidas.

El cambio de *status* deóntico (el paso de lo permitido a lo prohibido) se produce en virtud de un proceso argumentativo en el que se pueden distinguir dos formas o mecanismos, que amplían el campo de lo ilícito.

El primer mecanismo es la analogía. El segundo mecanismo comprende las figuras de abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación del poder.

La primera forma o proceso, que es el de la analogía, a su vez, puede ser analogía *juris* o analogía *legis*. En ambos casos, el punto de partida es una permisión débil en el nivel de las reglas (la acción está permitida, en el sentido de que no resulta subsumible en ninguna regla prohibitiva), pero el cambio de *status* deóntico puede producirse de manera distinta en uno y otro caso:

- En el caso de la analogía *legis*, la razón para la prohibición, consideradas todas las circunstancias, es la semejanza que el caso no regulado tiene con otro u otros en los que opera una regla prohibitiva; la justificación para ello es que las razones (el balance entre principios) que justifican la prohibición en estos últimos casos se dan también en la relación con el caso que aparecía como no regulado; o sea, dicho balance entre principios exige la generación de una nueva regla prohibitiva en la que debe subsumirse el caso en cuestión.

²⁷ De acuerdo a esta terminología el mandato tiene un contenido que se refiere a la acción u omisión afectada por el carácter, es decir, lo obligatorio, lo prohibido, lo permitido o lo facultativo.

- En los supuestos de analogía *juris*, la generación de la nueva regla prohibitiva está dada directamente por el balance entre los principios del sistema aplicables al caso, aun cuando no hay regla prohibitiva aplicable a casos semejantes.

La segunda forma o mecanismo, dentro del cual está comprendida la figuras de abuso del derecho o ejercicio abusivo del derecho²⁸; tiene como premisa la existencia de una permisión expresa: la acción está permitida por una regla regulativa que la permite; el cambio de su status deóntico se produce como consecuencia de que la subsunción del caso en dicha regla permisiva resulta incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso (el caso constituye, pues, una laguna axiológica del sistema de reglas) y ese balance exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso.

Los ilícitos atípicos plantean una situación distinta a los conflictos entre reglas o entre principios, pues lo que ellos suponen es o bien un conflicto entre reglas y principios (abuso del derecho, fraude de ley y desviación del poder) o bien entre falta de reglas y principios (analogía).

La existencia de ilícitos atípicos obedece a una necesidad de coherencia (de coherencia valorativa o justificativa) del sistema jurídico, se trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del derecho, entre las reglas y los principios²⁹. En algunos sistemas,

28 Código Civil. Título Preliminar, artículo II.- «La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso».

29 RODENÁS, Ángeles (2012), en su libro titulado *Los intersticios del Derecho, Indeterminación, Validez y Positivismo Jurídico*. Marcial Pons Madrid, señala que, al menos en lo que a los sistemas jurídicos desarrollados se refiere, hay determinadas ocasiones en las que hacer depender la identificación del derecho de juicios de valor no sólo no contraviene lo que el derecho requiere de los jueces y demás aplicadores de normas, sino que, por el contrario, viene exigido por éste. En concreto, los juicios de valor operan en el momento de la aplicación del derecho en un doble sentido: haciendo, por un lado, que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, no serían identificables como derecho, resulten ser, no obstante, aplicables y, por otro lado, que normas autoritativamente identificadas como derecho resulten, pese a ello, inaplicables. En el primer caso las consideraciones valorativas operarían como condición suficiente de la juridicidad, ya que permiten identificar como jurídicas normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes, no lo serían. Mientras que, en el segundo caso, las consideraciones valorativas serían condición necesaria de la juridicidad, ya que permiten excepcionar, o incluso invalidar, el derecho basado en los criterios autoritativos reconocidos en las fuentes.

como los del *civil law* o de Derecho Europeo Continental, eso se logra recurriendo, por una parte, a la analogía y, por la otra, a las figuras del abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación del poder.

En ese sentido, puede decirse que la categoría de los ilícitos atípicos es común a todos los ordenamientos jurídicos evolucionados, puesto que resulta necesaria para evitar el formalismo extremo en la aplicación del derecho, que conduciría a la incoherencia valorativa de las decisiones jurídicas.

Dejando de lado la analogía, las tres figuras que conforman la categoría general de los ilícitos atípicos tienen los siguientes elementos en común:

- a) La existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla;
- b) La producción de un daño como consecuencia, intencional o no de dicha acción;
- c) El carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema;
- d) La generación a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecían como permitidos.

De lo dicho sobre este punto podemos concluir que el concepto de licitud o ilicitud en relación con las normas regulativas, es el equivalente al de validez o invalidez, en relación con las normas constitutivas.

En este orden de ideas, un comportamiento es lícito o ilícito si es conforme o inconforme con lo establecido con aquellas normas regulativas, en cuyas condiciones de aplicación resulta subsumible el caso correspondiente, y siempre que no se presente alguna característica capaz de derrotar el juicio de licitud o ilicitud.

La distinción que en el campo de las normas regulativas puede entenderse en el sentido de que las reglas establecen cuáles son las condiciones normalmente suficientes para efectuar el juicio de licitud o ilicitud correspondiente, mientras que los principios operan en una especie de

Se trata de distinguir entre formulaciones normativas que expresan reglas, principios y juicios de prevalencia entre principios. La distinción entre estos tres tipos de pautas nos proporciona una buena base desde la que reconstruir la argumentación que los juristas llevan a cabo cuando se produce un desajuste entre la dimensión directiva del derecho y la justificativa; entre aquello que se nos ordena y la razón por la que se nos ordena.

segundo nivel de razonamiento que, muchas veces, respalda el juicio de licitud o ilicitud establecido por las reglas, pero que en unas pocas ocasiones suministran razones para derrotar el anterior juicio, dando lugar a una nueva regla, según la cual, además de las circunstancias x, y, z , aparezca también alguna otra x', y', z' , entonces la conducta correspondiente pasa de ser lícita a ser ilícita (o al revés).

La licitud o ilicitud típica es la referida a las reglas (y, si se quiere, implícitamente, también a los principios: pero como estos cumplen simplemente la función de respaldar las reglas, su papel pasa más o menos inadvertido).

La licitud o la ilicitud atípica es la que considera también el juicio de los principios, cuando éstos tienen fuerza suficiente como para derrotar a las reglas; mejor dicho, a las reglas predispuestas: una función fundamental de los principios es la de producir nuevas reglas (o reformular las existentes), razón por la cual la contraposición entre reglas y principios, considerando cómo operan en el razonamiento jurídico, no puede verse en términos simplemente disyuntivos.

Los ilícitos atípicos se refieren tanto a acciones que constituyen simplemente el contenido de normas regulativas (abuso del derecho) como acciones que consisten en usar una norma constitutiva, una norma que confiere poder (fraude a la ley, desviación de poder). Por eso, en el primer caso (el abuso del derecho) la definición termina con el paso de lo lícito a lo ilícito (de lo permitido a lo prohibido); mientras que en el otro caso (fraude a la ley, desviación de poder) se añade a ello que el anterior cambio (de lo lícito a lo ilícito) implica también el de lo válido a lo inválido. Con ello, no es que se confundan los juicios de licitud (ilicitud) y de validez (invalidez), sino más bien se infiere que están conectados entre sí.

7. A MODO DE CONCLUSIONES

Los actos de autonomía privada, tanto lícitos como ilícitos, pueden ser típicos o atípicos y se manifiestan en su mayor amplitud a través de los contratos atípicos. Siendo esto así, no resultan suficientes las normas imperativas que expresamente obligan o prohíben, porque dichos actos de autonomía dependiendo de las normas específicas y genéricas aplicables, se someten a la ley a diferentes intensidades, desde un marco imperativo máximo hasta tan sólo un marco legal mínimo que se agota en las normas generales y principios del acto jurídico y de la contratación, prevaleciendo la libertad de configuración interna que tiene como frontera la ilicitud, cuyo alcance es importante definir.

En esta línea de pensamiento, la determinación de la licitud o ilicitud de un acto de autonomía privada debe apreciarse a la luz de normas específicas pero también genéricas como el orden público y las buenas costumbres (que consideramos inmersas en él), debiendo entenderse, a la vez, que dicho orden público no está constituido sólo por normas imperativas (las cuales, en todo caso, constituyen más bien parte importante del «ordenamiento jurídico»), sino y fundamentalmente por principios jurídicos, morales, económicos, sociales, etc., cuyo origen subyace en las fuentes reales o materiales del Derecho, entendidas como los hechos sociales, la estructura jurídica, política y económica de la sociedad, que el legislador está obligado a respetar y hacer cumplir, siendo conscientes, al mismo tiempo, de que el concepto de orden público varía según la época y el lugar y que, además, se modifica constantemente, de acuerdo a la evolución social, lo cual indudablemente también incide en la concepción del ilícito civil.

Las posiciones doctrinarias sobre el ilícito, luego de ser analizadas no se contraponen, necesariamente, pues la posición precursora de Sourdat complementa a la posición legalista defendida ardorosamente por Brunetti, en la medida en que no deja de considerar como ilícitos a todos los actos que poseen carácter de ilegales, sino que además, amplía esta categoría considerando otros actos que, sin ser ilegales, se encuentran reprobados por la moral, vale decir, por los valores.

El tenor del artículo V del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984, desde el momento en que hace referencia a «las leyes que interesan al orden público (y las buenas costumbres)», consagra indudablemente el criterio legalista; criterio que se refleja también en la tendencia que mayoritariamente sigue la interpretación de dicho orden en la jurisprudencia nacional. Dicho criterio es un claro rezago del culto exagerado a la ley que causó el descrédito de la escuela de la exégesis, por lo que ante los avances del Derecho y la sociedad deviene en inaceptable y debe ser desterrado definitivamente.

Igualmente, ha quedado establecido que existen normas de orden público que no necesariamente son insustituibles y que contiene excepciones que permiten sustraer ciertos actos a dicho orden, por lo que es de necesidad reformular el artículo V del Título Preliminar del Código Civil de 1984, eliminando la expresión «leyes que interesan al» para hacer referencia solamente al orden público.

Siguiendo las corrientes antimperativistas de la norma jurídica, la ilicitud designa una categoría de acciones, previstas en *fattispecie* normativas y caracterizadas por la contrariedad de otras tantas acciones obli-

gatorias. Bajo esa lógica la acción ilícita no viola la norma, sino que está contenida en la *fattispecie* de una norma; no es contraria al deber, sino contraria a la acción obligatoria.

Considerando, desde una óptica post positivista, que los ilícitos pueden ser típicos, cuando consisten en acciones opuestas a las reglas de mandato; o atípicos cuando consisten en acciones opuestas a principios de mandatos; y que, a su vez, los ilícitos atípicos se refieren, tanto a acciones que constituyen simplemente el contenido de normas regulativas (abuso o ejercicio abusivo del derecho) como acciones que consisten en usar una norma constitutiva (fraude a la ley), es necesario adoptar una nueva concepción de orden público más flexible y acorde al carácter bidimensional (típico y atípico) del ilícito civil bajo el entendimiento que, en el escenario jurídico contemporáneo no solo actúan reglas sino también principios, los cuales bajo condiciones que involucran valores que pueden «derrotar» a ciertas reglas cuyas hipótesis o supuestos normativos a primera vista están permitidos y que en esa medida serían lícitos pero, que pueden devenir en ilícitos, tras ser evaluados a través de un proceso argumentativo cuyos mecanismos (la analogía *legis* o *juris*, o las figuras de abuso del derecho y el fraude a la ley) al evidenciar la configuración de un injusto; vale decir, de un ilícito que el Derecho no debe ignorar ni tolerar.

Las funciones de la responsabilidad civil: delimitación de la función de responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano

Guillermo Andrés Chang Hernández*

SUMARIO: 1. Noción de funciones de la responsabilidad civil. 2. Las diversas funciones de la responsabilidad civil. 2.1. Función demarcatoria. 2.2. Función compensatoria. 2.3. Función distributiva. 2.4. Función preventiva. 2.5. Función admonitoria. 2.6. Función sancionatoria. 2.7. Daño punitivo. 2.8. Otras clasificaciones. 3. La importancia de la función de la responsabilidad civil en el desarrollo de dicha institución. 4. La función de la responsabilidad civil en Código Civil peruano. 5. Epílogo: acerca de la función de la responsabilidad civil que debemos adoptar. Algunas notas demarcatorias. 6. Conclusiones.

1. NOCIÓN DE FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En el Derecho cada institución tiene su propia finalidad u objetivo, lo cual permite conocer a cabalidad sus alcances y fronteras.

* Abogado por la U.N.S.L.G de Ica, Post-Grado en la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo-España), miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil, representante peruano en la IX Convención Latinoamérica de Derecho (Curitiba-Brasil, 2011), Profesor de Derecho Civil en la Universidad San Juan Bautista, filial Ica, socio principal de Chang, González & Galván - Abogados.

En tal sentido, a efectos de conocer el verdadero alcance de la responsabilidad civil atribuida a una persona por el daño que produzca, es de suma relevancia saber qué función persigue el modelo de responsabilidad civil dentro de determinado ordenamiento jurídico.

Hablar de función de la responsabilidad civil es hablar de la esencia misma del modelo que adopte cada sistema jurídico, pues de ello depende la manera en cómo se regula toda la institución; esto es, si se adopta un fin preventivo, toda la normativa aplicable debe estar orientada a la persecución de dicho fin y lo propio sería si se adopta un modelo resarcitorio o sancionador, por ejemplo. Incluso de habla, también, diversas funciones pueden convivir según el tipo de daño producido, pues para el caso del daño patrimonial, la función a adoptar podría ser la del sancionador, preventivo o resarcitorio, mientras que en el daño extrapatrimonial, por su esencia, no cabría otro fin que el sancionador o la función aflictiva-consoladora.

2. LAS DIVERSAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil admite la existencia de diversas funciones e incluso hoy se acepta que un sistema de responsabilidad civil pueda perseguir varios fines o funciones sin que esto implique su desnaturalización o contraposición.

En tal sentido, a manera de orientación pasaremos a detallar brevemente las diversas funciones de la responsabilidad civil aceptadas por la doctrina de la materia.

2.1. Función demarcatoria

La función demarcatoria del Derecho debería permitir a toda la sociedad saber cómo debe comportarse para no interferir en la esfera de libertad del prójimo. Para Suzanne Carval, citada por López Herrera¹, la función demarcatoria —que ella denomina *normativa*—, sería la función originaria de la responsabilidad civil porque, precisamente, es la que permite la elaboración de reglas de conducta sin las cuales la vida en sociedad sería imposible; en consecuencia, estimamos que esta función cumple un deber general, es decir, como regla general del Derecho, busca encauzar o delimitar las conductas de los hombres con la finalidad de que éstas no causen daño a otras.

1 LÓPEZ HERRERA, Edgardo. «Introducción a la responsabilidad civil». Edición digital, p. 23.

2.2. Función compensatoria

También llamada resarcitoria.

Antes de abordar una definición cabe hacer una aclaración, en relación a la confusión que existe en nuestro medio respecto a los alcances de los términos «indemnización» y «resarcimiento», pues lamentablemente, incluso nuestra Corte Suprema, y a través de un Pleno Casatorio², (particularmente, en el III Pleno Casatorio) incurre en la misma confusión. Enjambre jurídico que trataremos de aclarar más adelante.

Volviendo a los alcances de la función resarcitoria o reparadora — para algunos autores la única función de la responsabilidad civil —, busca, restituir íntegramente el daño generado.

Los alcances que tradicionalmente se le han dado a esta función, como se ha dicho, son dos: compensar o resarcir e incluso se les entiende como sinónimos de «indemnizar», alcances que para algunos resultaría lo mismo, mientras que para otros — principalmente la indemnización con el resarcimiento — son términos de alcances totalmente disímiles.

En tal sentido, resulta importante — más aún en nuestro medio, por las razones ya anotadas — establecer claramente los alcances de «resarcir» e «indemnizar».

Resarcir, según el diccionario de la Real Academia de Española³, es «indemnizar, compensar, reparar un daño, perjuicio o agravio»; mientras que *indemnizar*⁴, para el mismo diccionario, es «resarcir de un daño o perjuicio».

Nótese que desde una conceptualización general estaríamos ante términos similares, empero jurídicamente — y propiamente en el campo de la responsabilidad civil — *indemnización* y *resarcimiento* vendrían a ser conceptos totalmente distintos, cuyo cabal conocimiento influye en diversos aspectos del juicio de responsabilidad civil a que debe someterse una conducta «supuestamente generadora de daño».

En efecto, indemnizar constituye un remedio jurídico ante el perjuicio que debe soportar una persona, debido a una expresa autorización legal, que impone a una persona soportar incluso una conducta dañosa.

2 Institución procesal que, según el artículo 400 del Código Procesal Civil, permite constituir o variar un precedente judicial vinculante para todos los órganos jurisdiccionales de la República.

3 *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa, 2001, 22ª Ed., tomo 9, p. 1326.

4 *Op. cit.*, tomo 6, p. 857.

Se identifica generalmente con la afectación a intereses patrimoniales y no a daños —en palabras del profesor Leysser León—⁵ daños en sentido jurídico (entendiendo por éstos los daños «resarcibles», o sea, los comprendidos bajo la tutela resarcitoria de la responsabilidad civil).

También se entiende como «asignación pecuniaria, pero no como resarcimiento».

Precisamente, se debe tener en cuenta que una indemnización — como apunta una vez más Leysser León — no proviene — utilizando rigurosamente el lenguaje jurídico — de un acto generador de responsabilidad civil. En efecto, un supuesto de indemnización proviene regularmente de una autorización legal, en donde, a pesar de no concurrir los supuestos para que opere la responsabilidad civil (evento dañoso, antijurídico, daño, causalidad y criterio de imputación), por mandato expreso de la ley, a quien padece algún perjuicio le asiste recibir una retribución generalmente económica — a título de indemnización — que no constituye estrictamente un resarcimiento o reparación integral del daño sufrido, sino, una suma económica — por equidad — que permita en cierto grado atenuar de alguna forma el daño generado. Es decir, busca por razones de justicia o equidad aminorar el daño sufrido, lo cual no implica necesariamente restituir o reparar íntegramente el daño.

Ahora bien, es estos casos, la razón de ser que sólo se busque aminorar o hacer menos gravoso el daño, se sustenta en que tal situación proviene de una autorización legal e incluso de actos o conductas realizadas en pro del interés general⁶, y por ello, en algunos casos, se autoriza causar un perjuicio a otro y, de igual forma, ese otro tiene la obligación de soportar el perjuicio, empero, a pesar de ello, no puede dejarse de mitigar dicho perjuicio, esto por razones de justicia y equidad.

Resarcimiento, por su parte, sí es propio de la responsabilidad civil, y como tal, para su procedencia se exige la concurrencia de sus elementos constitutivos, cuyo concepto sí abarca la restitución íntegra del daño producido; esto es, comprende la reparación íntegra del daño y no sólo por razones de equidad, sino en busca de la restitución o reparación íntegra del daño

Ambos términos o conceptos son distintos no sólo por sus alcances, sino — fundamentalmente — por su estructura. En la indemnización,

5 LEÓN HILARIO, Leysser. «La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas». Lima: El Jurista Editores, 2011, 3ª Ed. p. 26.

6 Por ejemplo, en el caso de la expropiación.

por ejemplo, no se presenta la función antijurídica del daño o la conducta contraria a derecho, mientras que en el resarcimiento – al ser un supuesto de responsabilidad civil – sí debe concurrir – necesariamente – la antijurídica como conducta reprochable y como supuesto de su procedencia.

2.3. Función distributiva

La función distributiva – expresa López Herrera – tiene lugar cuando la sociedad toma la decisión, mediante el establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva, de permitir ciertas actividades lícitas, pero riesgosas o peligrosas y lesivas, sin que deba demostrarse en todos los casos la existencia de culpa.

En nuestro país vemos un esbozo de este fin, cuando se instauró en el año 2002, la obligatoriedad del Seguro de Accidentes de tránsito – SOAT –, a través de la Ley n.º 27181 (Ley General de Transporte y Tránsito Terrestres) para todas aquellos propietarios de vehículos automotores.

2.4. Función preventiva

Llamada también función econogeneral. Esta función busca que la responsabilidad civil actúe *ex ante* de que el daño ocurra, de evitación de que el perjuicio suceda.

2.5. Función admonitoria

El que amonesta o aconseja. Esta función de la responsabilidad civil normalmente no aparece en los tratados de la materia. Sí aparece mencionada por algunos autores del *common law*. Markesinis, si bien duda de que esta función sea importante en el Derecho de Daños, admite que en algunos casos se da el efecto admonitorio de la responsabilidad civil, como sería, por ejemplo, el caso de mala praxis profesional, o daños por difamación, sobre todo, agregamos, si se ordena la publicación de la sentencia.

2.6. Función sancionatoria

Es aquélla que no sólo busca el resarcimiento o reparación del daño, sino que, además, persigue sancionar al autor de la conducta por la realización del ilícito. Esta función es propia de los sistemas anglosajones y con mayores brillos en los Estados Unidos de América, como se dio en el sonado caso *McDonald*. Esta función prepondera el grado de intencionalidad del causante del daño, los daños que genera, así como el impacto que dicha conducta y el daño mismo podría generar en la sociedad.

En tal sentido, en caso de existir dolo en un daño significativo, y dicha conducta fuese impactante para la sociedad, el monto resarcitorio contendría, además del monto resarcitorio, una suma adicional a manera de sanción por dicha conducta.

Como se ha dicho, si bien los sistemas latinos se rehúsan a la aplicación de esta función, en los sistemas del *common law* se hace cada vez más fuerte su utilidad, incluso se habla ya de daños punitivos. En efecto, así también lo reconoce el profesor Gastón Fernández Cruz⁷, cuando precisa: «A esta perspectiva⁸, se opone la mentalidad jurídica de corte anglosajón, que ha propugnado la aplicabilidad de los *punitive damages* o «daños punitivos» y que conllevan una clara función de castigo y disuasión del culpable, que harían de esta institución una figura intermedia entre el Derecho Civil y el Derecho Penal.

2.7. Daño punitivo

La Corte de los Estados Unidos de América, en el caso *Gertz vs. Robert Welch* ha definido a los daños punitivos como «multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia». He aquí un primer indicio de su naturaleza jurídica: es un instituto jurídico siempre *accesorio*, o como lo ha dicho la jurisprudencia estadounidense «*incidental*». Es decir, que el daño punitivo no tiene vida por sí mismo. No existe acción autónoma para reclamar daños punitivos. Siempre debe determinarse —a decir de LÓPEZ HERRERA—⁹ en el proceso principal una acción, casi siempre por indemnización común de daños y perjuicios, y la especial circunstancia de conducta agravante, dolosa, intencional, etc., que hace procedente este instituto de excepción.

Los daños punitivos son una institución jurídica que tuvo origen en dos casos ingleses relacionados del siglo XVII: *Wilkes vs. Wood* y *Huckle vs. Money*, en los cuales se mandó pagar más de lo que fue el daño sufrido con propósitos sancionatorios y preventivos.

Actualmente, se reconocen los daños punitivos en Quebec (Canadá), Australia, Nueva Zelanda, Irlanda del Norte, Escocia y los Estados Unidos de América, país donde el instituto tuvo expansión más notable.

7 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistemática. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*», edición digital, p. 26.

8 Refiriéndose a la negativa de una función sancionadora de la responsabilidad civil.

9 LOPEZ HERRERA, Edgardo. «Introducción a la responsabilidad civil». *Op. cit.*

Sobre este tipo de función de la responsabilidad civil, bien precisa LÓPEZ HERRERA, cuando señala:

En todas las definiciones están presentes dos elementos que son fundamentales para definir los daños punitivos. El castigo (*punishment*) y la disuasión (*deterrence*). Esos dos elementos que pueden ser también traducidos como la faz sancionadora y la faz preventiva del derecho de daños, son los fines que persigue el instituto.

Por ello, al no tener autonomía se puede decir que el daño punitivo requiere la presencia de un daño esencial o principal y que sólo ameritará demandar el daño punitivo en circunstancias propias de cada caso, como puede ser el grado de lesividad o intencionalidad de la conducta dañosa. De esta manera, siguiendo nuevamente a LÓPEZ HERRERA, «[...] puede advertirse otro de los rasgos distintivos de los daños punitivos: el elemento subjetivo debe ser agravado, la mera negligencia no es suficiente para imponer daños punitivos».

2.8. Otras clasificaciones

Desde una perspectiva del Análisis Económico del Derecho, se han construido tres funciones esenciales de la responsabilidad civil: (i) el desincentivo de actividades que aumenten el número y gravedad de accidentes; (ii) la compensación de las víctimas, y (iii) la reducción de los costos administrativos inherentes a todo sistema de responsabilidad civil.

Finalmente, no podemos dejar de citar lo escrito por el profesor Gastón FERNÁNDEZ CRUZ¹⁰, para quien las funciones de la responsabilidad civil deben mirarse desde las dos perspectivas que puede abarcarse dicha materia: una diádica o micro sistémica y otra macro sistémica.

Desde una perspectiva diádica –expresa Gastón FERNÁNDEZ CRUZ –¹¹ la responsabilidad civil cumple una triple función:

- a) Satisfactoria; como garantía de consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno del interés.
- b) De equivalencia; que explica por qué la responsabilidad civil representa siempre una afectación patrimonial, en donde «alguien» deberá siempre soportar las consecuencias económicas de las ga-

¹⁰ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*, p. 12.

¹¹ *Idem.*

rantías asumidas para la satisfacción, digno de tutela. Presente el fenómeno exógeno del daño, se deberá decidir si esta afectación patrimonial se deja allí donde se ha producido o, si por el contrario, conviene trasladarla a otro sujeto.

- c) Distributiva; presente sólo cuando el daño ha afectado un interés tutelado, cuya función consistirá — como su propio nombre lo indica — en distribuir entre determinados sujetos el costo de su actividad, induciendo de esta manera a una regulación espontánea acorde con los lineamientos macroeconómicos perseguidos. De esta manera, esta función servirá para la aplicación de justificativos teóricos del traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable a través de los denominados «factores atributivos de responsabilidad».

De igual forma, FERNÁNDEZ CRUZ¹² expresa, que desde una perspectiva sistémica o macroeconómica, la responsabilidad civil cumplirá básicamente dos funciones esenciales, con sujeción al modelo económico que se tome en referencia:

- (i) Una función de incentivo o desincentivo de actividades;
- (ii) Una función preventiva

3. LA IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DESARROLLO DE DICHA INSTITUCIÓN

Es evidente que conocer y aceptar qué tipo o función ha adoptado determinado ordenamiento jurídico, nos permitirá conocer cuáles son los alcances de dicha la institución, qué daños resarcibles se priorizarían, qué criterios de imputación de responsabilidad predominarían unos sobre otros, etc.

FERNÁNDEZ CRUZ, por ello acertadamente precisa:

Así, en el Derecho norteamericano el conflicto entre los objetivos de *compensation* y *deterrence*, se ha plasmado en la lucha por su prevalencia entre los regímenes de *negligence (the least cost avoider)* o de *strict liability (the best-place decider)* desde que es apreciable que el objetivo de *compensation* puede obtenerse mejor y más ampliamente a través de la regla de imputación de la responsabilidad por la *strict liability* (responsabilidad objetiva). Mientras que el objetivo de *deterrence* (prevención), puede actuarse y obtener mejores resultados a través de la culpa (régimen de *negligence*).

12 *Idem.*

4. LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN CÓDIGO CIVIL PERUANO

A esta altura del trabajo, toca revisar qué función persigue, en materia de responsabilidad civil, nuestro Código Civil.

Para tal efecto, es oportuno resaltar que dicho cuerpo normativo regula la responsabilidad civil desde dos perspectivas: la contractual y la extracontractual; empero, trataremos de esbozar su función desde una perspectiva general, es decir, de todo el sistema de responsabilidad civil peruano.

En primer término, tenemos que el artículo 1969 del Código Civil, dispone que: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor» y el artículo 1970 del mismo Código señala: «Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo», mientras que la primera parte del artículo 1985 de la misma norma precisa: «La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral [...]».

Resulta curioso verificar cómo nuestro Código Civil usa indistintamente el término *indemnización* y *reparación del daño* como si fuesen términos de similar alcance, más alarmante, incluso, es comprobar cómo se materializa esta indebida asimilación, dentro de las dos cláusulas normativas generales del sistema de responsabilidad civil extracontractual que adopta nuestro sistema jurídico: la primera cláusula normativa general representada por la culpa y el dolo (artículo 1969 del Código Civil) no habla de que el daño deba indemnizarse, mientras que la segunda representada por el riesgo o exposición al peligro (artículo 1970 del Código Civil) no dice que el daño deba repararse.

Asimismo, se aprecia de las distintas normas contenidas en la sección sexta del Libro VII del Código sustantivo la misma confusión, así se utiliza el término «reparar» en los artículos 1972¹³, 1977¹⁴, 1979¹⁵, mientras

13 Artículo 1972 del Código Civil peruano de 1984: «En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la **reparación** cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño» (resaltado nuestro).

14 Artículo 1977 del Código Civil peruano de 1984: «Si la víctima no ha podido obtener **reparación** en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo» (resaltado nuestro).

15 Artículo 1979 del Código Civil peruano de 1984: «El dueño de un animal o aquel que

que en los artículos 1969¹⁶, 1973¹⁷, 1982¹⁸, 1983¹⁹, 1985²⁰, 1987²¹ de nuestro Código Civil habla de «indemnización», incluso podemos apreciar que dicho cuerpo normativo utiliza en un mismo artículo, indistintamente, los términos «indemnización» y «reparación», ello se considera, por ejemplo, en el artículo 1977²² del Código.

Ya se ha dicho en líneas precedentes que la indemnización y la reparación (resarcimiento) son cosas distintas, por lo cual trataremos de darle sentido a lo establecido por los codificadores del siglo xx.

Más allá de la confusión suscitada, la finalidad de este trabajo es determinar la función del sistema de responsabilidad civil peruano, por ende nos centraremos en dicha tarea.

Como se ha dicho de la lectura puntual de cada uno de los artículos que regulan la responsabilidad civil extracontractual, no sirve de mucha ayuda, pues «indemnizar» y «reparar» se utilizan como términos similares, lo cual impide afirmar que la función de la responsabilidad civil sea resarcitoria o reparadora o, por el contrario, indemnizatoria; pero lo

lo tiene a su cuidado debe **reparar el daño** que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero» (resaltado nuestro).

- 16 Artículo 1969 del Código Civil peruano de 1984: «Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está **obligado a indemnizarlo...**» (resaltado nuestro).
- 17 Artículo 1973 del Código Civil peruano de 1984: «Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la **indemnización** será reducida por el juez, según las circunstancias» (resaltado nuestro).
- 18 Artículo 1982 del Código Civil peruano de 1984: «Corresponde exigir **indemnización** de daños y perjuicios contra quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible» (resaltado nuestro).
- 19 Artículo 1983 del Código Civil peruano de 1984: «Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquél que pagó la totalidad de la **indemnización** puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes...».
- 20 Artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984: «La **indemnización** comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral...» (resaltado nuestro).
- 21 Artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984: «La **acción indemnizatoria** puede ser dirigida contra el asegurador por el daño...» (resaltado nuestro).
- 22 Artículo 1977 del Código Civil peruano de 1984: «Si la víctima no ha podido obtener **reparación** en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una **indemnización** equitativa a cargo del autor directo» (resaltado nuestro).

que sí nos permite apreciar es que, dentro de las diversas funciones de la responsabilidad civil antes anotadas, nuestro Código Civil se inclina por una función indemnizatoria, o lo hace, por el contrario, por una función resarcitorio-reparadora del daño.

En consecuencia, a efectos de ir aclarando el panorama, resulta de gran utilidad revisar de qué forma el Código Civil regula el efecto que genera un supuesto de responsabilidad civil; es decir, qué consecuencias le impone el ordenamiento jurídico a quien causa un daño a otro (y cuando concurren además todos los elementos de la responsabilidad civil).

De la lectura de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, quien causa daño a otro debe indemnizarlo (según el artículo 1969) o repararlos (según el artículo 1970), lo cual, como es evidente, no ayuda mucho.

Sin embargo, de la misma lectura de ambas normas se aprecia que, en lo que sí se coincide, es en el «daño», pues ambas disposiciones imputan responsabilidad «a quien causa un daño», por lo cual es de suma valía conocer qué entiende por daño nuestro Código Civil, pues de ello dependerá qué función atribuirle al sistema, ya que «el daño» al ser un elemento imprescindible (pero, no el único) para que opere la responsabilidad civil y, además, al ser considerado como el interruptor que podría habilitar responsabilidad, así como el objeto para reparar o resarcir — como se ha dicho — estimamos que su contenido determinará la función de la responsabilidad civil peruana.

En tal sentido, a fin de conocer el contenido del daño, según el Código Civil, debemos recurrir al artículo 1985 de dicho Código que establece que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. En tal sentido, no obstante que la norma utiliza el término «indemnización», su contenido más se asemeja a los alcances del resarcimiento o de la reparación.

En efecto, ello es así toda vez que si la noción del daño, según el citado artículo 1985, comprende todas consecuencias generadas por la conducta dañosa, sean consecuencias económicas (lucro cesante y daño emergente),. como no patrimoniales (daño moral y daño a la persona), y que la consecuencia que pesa sobre quien genera el daño es el nacimiento de una obligación por el daño generado (artículo 1969 y 1970 del Código Civil) y que esta obligación vincula al causante del daño con quien lo padece, para responder por dicho daño, pues como se sabe, la responsabilidad civil extracontractual es fuente de obligaciones (el Código Civil peruano lo vincula dentro del Libro VII — Fuentes de las Obligaciones —) y que una obligación

es el vínculo jurídico entre dos o más personas que obligan jurídicamente a una, a realizar determinada prestación a favor de la otra.

Ahora bien, siguiendo esta lógica se tiene que dicha obligación consiste en responder por el daño generado y que la noción de daño según el artículo 1985 del Código Civil, comprende todas sus consecuencias, por lo cual nos permite afirmar que el sistema de responsabilidad civil peruano es uno resarcitorio o reparador; esto es, busca reparar íntegramente el daño generado por la conducta dañosa, dejando por ello de lado otras funciones como la sancionadora o preventiva, ajenas por lo antes anotado, a la función de la responsabilidad civil, según las normas del vigente Código Civil.

Por su parte se tiene que el artículo 1984 del Código Civil, precisa que: «El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia»; es decir, que el daño moral, siendo incluso de difícil cuantificación, no puede comprender dentro de él criterios sancionadores o punitivos, pues la norma claramente precisa que el daño es indemnizado de acuerdo el menoscabo producido a la víctima, lo que prohíbe tajantemente incluir dentro del daño moral, alguna suma económica como sanción por la conducta, pues en estricto, dicha sanción sería ajena al menoscabo que sufre la víctima, ya que estaría, en todo caso, como una acción estatal como represalia a una conducta, pero —reiteramos— no dentro del menoscabo que sufre la víctima.

En tal sentido, también de acuerdo al artículo 1984 del Código, el daño sólo comprende su reparación, con lo cual aquí también la función de la responsabilidad civil sería resarcitoria.

5. EPÍLOGO: ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL QUE DEBEMOS ADOPTAR. ALGUNAS NOTAS DEMARCATORIAS

Habiendo delimitado —a nuestro parecer— qué función le asiste a la responsabilidad civil extracontractual en nuestro país, cabe dejar sentadas algunas precisiones en torno a su conveniencia y en relación a las nuevas voces que apuestan por una función más amplia y protectora de derechos.

Hoy, se alzan muchas voces apostando a la par de la reparadora por una función preventiva y sancionadora de la responsabilidad civil, que busque, esencialmente, aminorar la producción de conductas dañosas, pues tanto la prevención como la sanción tiene como finalidad —dicen— prevenir la realización de conductas dañosas, esto es, evitar —debido a la presión a través de imposición de sumas indemnizatorias más allá del

daño producido— que el mismo autor del daño como los demás miembros de la sociedad, realicen ese tipo de conductas.

Si bien es cierto, resulta razonable que el Derecho busque evitar la producción de conductas dañosas, cierto es que la incorporación a través de sanciones económicas, resultaría muy densas las decisiones judiciales, y en su caso, regular las situaciones jurídicas de espaldas a la realidad social y económica, pues si hoy sumas indemnizatorias quedan impagas (incluso por parte del Estado), qué podríamos esperar de sumas mayores como las impuestas en los sistemas en donde el daño comprende una sanción por la conducta (Estados Unidos de América), lo cual no quiere decir que se esté tolerando conductas contrarias a Derecho, pues dentro de la función resarcitoria, se busca reparar el daño generado, lo cual — creemos — desde el Derecho Civil, es lo correcto.

Asimismo, no estimamos que buscar sólo la reparación del daño sea un incentivo para la producción de conductas dañosas, pues cualquier obra razonable no desea asumir los costos de un daño, por más mínimo que sea el costo, más aún cuando —según nuestro sistema actual— dicho costo estará representado por todas las consecuencias económicas de su conducta, las cuales, en muchos casos, pueden ser sumas elevadas.

En tal sentido, creemos que la sanción o la prevención le competen a otras áreas del Derecho, ajenas al Derecho Civil, como la administrativa-sancionadora o penal, en donde incluso, de acuerdo a su propia dinámica, promoverían condiciones más justas, ya que el Estado regularía sanciones o penas, por determinadas conductas, permitiéndole a todos conocer las consecuencias de tales conductas.

Por ello, estimo que la responsabilidad civil sólo debe encargarse de reparar o resarcir el daño, y el Estado, si lo estima conveniente, complementar dicha acción con otras sancionadoras o preventivas; empero, desde otras instituciones jurídicas. Esto se hace más palpable cuando se comprueba que hoy la determinación de sumas indemnizatorias resulta difícil para el juzgador, incluir ahora un nuevo criterio, incluso denso al juez complicaría aún más dicha función del juzgador.

6. CONCLUSIONES

- En nuestro Código Civil, de acuerdo a los artículos 1969 y 1970, un primer punto de partida para que opere la responsabilidad civil es el daño.
- El sujeto responsable debe responder por el daño causado.
- El daño comprende toda consecuencia económica que genere, ya

sean daños no económicos o extrapatrimoniales (daño moral y daño a la persona, incluyéndose en este último el daño al proyecto de vida) y daños de naturaleza económica (lucro cesante y daño emergente).

- No existe norma, en el Código Civil peruano, que habilite incluir dentro de la cuantificación del daño, criterios sancionadores o preventivos.
- El daño, en consecuencia, sólo debe comprender las consecuencias directas económicas o no, que genere, mas no otros conceptos ajenos a la función reparadora de la responsabilidad civil.

Análisis propedéutico sobre los negocios jurídicos simulados. ¿Nulidad y anulabilidad, sanciones idóneas?

Juan Miguel Rojas Ascón*

SUMARIO: 1. La simulación ¿supuesto de divergencia consciente de voluntad? 2. La simulación, requisitos y clases. 2.1. Simulación absoluta. 2.2. Simulación relativa. 3. Consecuencias de la simulación: nulidad y anulabilidad. ¿Sanciones idóneas? 4. ¿Cómo verificar si nos encontramos frente a un acto simulado? 5. Referencias bibliográficas.

1. LA SIMULACIÓN ¿SUPUESTO DE DIVERGENCIA CONSCIENTE DE VOLUNTAD?

La simulación ha sido considerada por la teoría tradicional –de corte voluntarista– casi siempre como un supuesto de divergencia entre voluntad y declaración; dentro de esta lógica, la simulación estaría conceptuada como una divergencia consciente entre el elemento interno y externo del actuar subjetivo¹.

* Máster en Contratación Pública por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Postgrados en Derecho Civil y Arbitraje por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad del Pacífico y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Árbitro del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado. Profesor de Derecho Civil. Email: jmrojas@pucp.pe.

Al respecto, STOLFI explica que: «la simulación consiste en manifestar de acuerdo con la otra parte una voluntad aparente: -ya por no querer concertar acto alguno, en cuyo caso se denomina absoluta; -ya porque se quiera concertar un acto distinto del ficticio, en cuyo caso se denomina relativa»².

Sin embargo, se debe precisar que con el tema de la divergencia entre la voluntad y declaración se han enlazado varias figuras (simulación, error obstativo, reserva mental, declaración con *animus jocandi*) que; empero, han sido agrupadas de modo inexacto, ya sea porque en muchas de ellas la divergencia no existe propiamente, o porque no es la divergencia, en todo caso la que determina el criterio de conexión de las distintas figuras mencionadas³.

Pese a lo expresado y a lo inadmisibles de esta clasificación, el Código Civil de 1984 adoptó esta posición voluntarista, al prescribir en sus artículos 190 y 191 que: «Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo; y, que la simulación relativa opera cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero», posición que se afirma con lo expresado por el autor de la Exposición de Motivos, quien le da preeminencia a la voluntad interna sobre la declarada, al precisar que «en la simulación absoluta el acuerdo simulatorio está dirigido a dar creación a un acto sin contenido, ya que en la voluntad de los simulantes no existe intención de que el acto produzca efectos jurídicos más allá del propósito de engañar a los demás. En la relativa, el acuerdo simulatorio recae en un acto oculto y éste es el que produce los efectos queridos por los simulantes y rige sus relaciones, mientras se presenta a los demás como un acto aparente»⁴.

1 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. «Simulación relativa, 'negocio simulado' y la protección a los terceros (a propósito de algunas recientes desorientaciones)». En *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 2005, n.º 54, pp. 91-92.

2 STOLFI, Giuseppe. *Teoría del Negocio Jurídico*, traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz. Madrid, 1959, p. 154.

3 SANTORO PASARELLI, Francesco. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, traducción y concordancias de Derecho Español por A. Luna Serrano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 172.

4 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». En *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima: E.I.B.M., 1985, tomo IV, p. 309.

En este contexto, si siguiéramos la teoría voluntarista, tendríamos que el negocio simulado nunca produciría efectos jurídicos, al no tener correspondencia con la voluntad del o de los sujetos que le dieron vida; en cambio, cuando estemos frente a un negocio disimulado u oculto — en la simulación relativa — éste sí produciría sus normales efectos, pues es un negocio querido por las partes⁵.

Sin embargo, esta posición ha sido seriamente cuestionada; debido a que la simulación, más que una divergencia consciente entre voluntad y declaración, criterio erróneo utilizado por la mayoría de los autores en nuestro medio⁶, contiene un acuerdo sobre la no-realidad del negocio y sobre la producción de una apariencia. El elemento negativo (no-realidad) adquiere, en esta perspectiva, un matiz positivo (la ficción)⁷.

En esta línea, doctrina autorizada ha señalado que: «el acto simulado no pertenece a los casos de discordancia entre voluntad y declaración, ya que ninguna de las partes manifiesta una voluntad en contraste con el querer interno más ambas concuerdan en dar cierta forma a una voluntad diversa de la verdadera»⁸.

En efecto, en la simulación la divergencia no existe, porque no hay contraste entre la voluntad y la declaración sino entre una declaración externa, que las partes quieren que sea eficaz respecto de terceros, y una declaración interna o contradecación, que las partes quieren que sea eficaz entre ellas y que es necesaria para la eficacia de la verdadera y sincera voluntad de las partes⁹.

Esta posición permite entender que la simulación sirve para crear, de acuerdo con el interés de los simulantes, una situación jurídica aparente, distinta de la real, ya sea porque las partes modificaron la situación preexistente (simulación relativa) o porque la dejaron tal como estaba (simulación absoluta). Lo que quieren las partes con la simulación es eludir una expectativa de hecho, o una expectativa de derecho¹⁰. En otras

5 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. «Simulación relativa, 'negocio simulado' y la protección a los terceros (a propósito de algunas recientes desorientaciones)». *Ob. cit.*, p. 92.

6 Ver: VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Grijley, 1997, entre otros.

7 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico. Principios generales y su aplicación práctica*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 145.

8 STOLFI, Giuseppe. *Ob. cit.*, p. 156.

9 SANTORO PASARELLI, Francesco. *Ob. cit.*, pp. 173 y 174.

10 SANTORO PASARELLI, Francesco. *Ob. cit.*, p. 177.

palabras, la simulación no representa una divergencia consciente entre voluntad y declaración, debido a que las partes quieren y así lo declaran, engañar a los terceros mediante una apariencia negocial; la cual podrá contener preceptos de autorregulación privada o carecer completamente de ellos. Estaremos así frente a una simulación absoluta o relativa, respectivamente.

2. LA SIMULACIÓN, REQUISITOS Y CLASES

Existe simulación cuando las partes de un negocio bilateral, de acuerdo entre ellas —o el autor de una declaración con destinatario determinado en inteligencia con éste— dictan una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones, persiguiendo a través del negocio un fin (disimulado) divergente de su causa típica¹¹.

Es decir, el negocio simulado presupone necesariamente el acuerdo con la otra parte acerca de la naturaleza simulada. Un contrato sólo es imaginable como negocio simulado cuando ambas declaraciones son fingidamente de mutuo acuerdo¹².

En este sentido, la simulación implica la ostentación de un negocio jurídico aparente y el ocultamiento de la real intención de las partes de no concluir o concluir un negocio diverso de aquel aparente y, por ende, productivo de efectos distintos en sus relaciones recíprocas¹³. Es decir, por el acuerdo simulatorio las partes no quieren, en realidad, llevar a cabo un negocio, en cuyo caso la simulación se llama absoluta o, por el contrario, en el sentido de que las partes quieren realizar un negocio distinto del simulado, y entonces, se llama relativa¹⁴.

En efecto, en la simulación, más que divergencia entre voluntad y declaración, nos hallamos ante una divergencia entre dos declaraciones de voluntad concordes: aquélla que mira a crear la apariencia y la que atiende a la diversa y efectiva relación entre los contratantes; se quiere el

11 BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción y concordancias con el Derecho Español por A. Martín Pérez. Granada: Editorial Comares, S.L. 2000, pp. 344 y 345.

12 FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*, traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 483.

13 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico*. *Ob. cit.*, p. 145.

14 SANTORO PASARELLI, Francesco. *Ob. cit.*, p. 176.

negocio, pero no se desean sus efectos¹⁵.

En este contexto, los requisitos de la simulación, en general son: 1) el acuerdo simulatorio entre el o los autores del negocio; y, 2) el propósito de engaño¹⁶.

Sobre el *acuerdo simulatorio* se ha establecido que en la simulación absoluta tiene una eficacia negativa, paralizante o contraoperante; en tanto, las partes están obligadas a acomodarse a los límites y obligaciones negativas que recíprocamente han consentido y asumido, relativas a excluir, restringir o modificar el valor vinculante irrevocable de la regulación de intereses adoptada¹⁷. Asimismo, se ha indicado que: siempre será necesario que el acuerdo simulatorio no haya permanecido inexpressado e inoperante, en la esfera interna de la conciencia de las partes, en estado de mera aspiración no realizada. Es preciso que haya tomado cuerpo en una contradecларación, de la cual resulte, por vía de interpretación, la común intención de las partes¹⁸.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, el acuerdo simulatorio también puede alcanzar eficacia positiva, llamada «conforme-operante», en cuanto conduce, no a remover, sino a utilizar el precepto del negocio en el sentido divergente que se ha convenido¹⁹.

Adicionalmente, se debe advertir que según las coordenadas legislativas de nuestro Código Civil, incumplir o violar el acuerdo simulatorio podría generar una eventual demanda por daños y perjuicios, acción que según el artículo 2001, inciso 2 prescribiría a los siete años. Este plazo se computaría, en nuestro entender, a partir del perjuicio causado al otro simulante o al tercero y no desde la celebración del negocio.

Si bien, el inciso 2 del artículo 2001 tiene como antecedente legislativo el artículo 1168.8 del Código Civil de 1936, «no se percibe el motivo de su elaboración. Dicho inciso habla de 'violación de un acto simulado'. Y bien, violación de un negocio sólo puede indicar incumplimiento de

15 TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Padua: Editorial Revista de Derecho Privado, 1966, p. 162.

16 Sobre el particular resulta contradictorio que el profesor Palacios Martínez reconozca que la simulación no es una divergencia consciente entre la voluntad y su declaración; y, sin embargo, le atribuya, a la divergencia, la naturaleza de requisito de la simulación. En PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico*. *Ob. cit.*

17 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, pp. 352 y 353.

18 BETTI, Emilio *Ob. cit.*, p. 353.

19 *Ibidem*.

obligaciones respectivas [...] por culpa, dolo o morosidad, es decir, por una contravención que en cierto modo depende del deudor. Luego, violar un acto simulado sólo puede tener sentido lógico si ese acto tiene validez. No se viola sino aquello que es legalmente válido. De ahí la consiguiente responsabilidad por daños y perjuicios»²⁰.

Lo antes mencionado se reafirma con los inconsistentes argumentos esgrimidos por el redactor del Anteproyecto de Código Civil al expresar que: «el Anteproyecto, al igual que el código, confiere a la acción indemnizatoria por la violación de un acto simulado; un plazo especial. Pero, debe interpretarse que se trata de una simulación que no tiene una finalidad perjudicial ni ilícita. Las especiales características de la relación jurídica entablada entre los simulantes motivan que el Anteproyecto proponga un plazo prescriptorio especial»²¹.

Al respecto, con acierto se han preguntado: ¿cuáles son las especiales características de la relación jurídica entre los simulantes que justifiquen una prescripción especial? Una de dos: o se admite que la simulación es un negocio estructuralmente válido y, por lo tanto, la acción indemnizatoria prescribe a los diez años como las acciones personales, o en cambio, se admite que en realidad nunca hubo un negocio jurídico, sino una simple apariencia por lo que la acción de indemnización prescribiría como responsabilidad extracontractual a los dos años. Con la actual situación podría ocurrir el curioso caso de que al octavo año la parte afectada con la violación del acuerdo simulatorio se quede sin propiedad y sin indemnización, sin indemnización por haberse vencido el plazo de ocho años y sin propiedad porque la violación consistió en vender el bien a un tercero de buena fe²².

Por último, VIDAL RAMÍREZ sostiene que el plazo propuesto de siete años se aplica a la simulación inocente porque no tiene una finalidad perjudicial ni ilícita. Recordemos que el artículo 2001, inciso 2 sólo alude a las partes, no a terceros. Entonces, ¿cuál es el plazo de que disponen los terceros para resarcirse de los perjuicios de un acto absolutamente simulado o de su violación?; ¿y por qué habría de haber plazos distintos para las partes si el negocio tuviera una finalidad perjudicial o ilícita? Son preguntas

20 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 1997, tomo VIII, p. 143.

21 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría general del acto jurídico*. Lima, 1985, p. 344.

22 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Grijley, 1997, pp. 392 y 393.

a las que no encontramos respuesta segura y el inciso queda para nosotros tan arcano como antes lo fue su antecedente 1168 en el Código de 1936²³.

Particularmente, consideramos que lo más recomendable hubiese sido extender el plazo de prescripción a los diez años debido a que el negocio jurídico simulado dogmáticamente no es nulo ni anulable, sino ineficaz.

Sobre el *propósito de engaño*, se debe precisar que este requisito, adquiere mayor relevancia cuando se busca demandar la anulabilidad del negocio disimulado; en la medida en que la finalidad de engañar no necesariamente implica finalidad de perjuicio. El propósito de engaño no tiene en sí nada de ilícito; las partes pueden recurrir a él por simple ostentación, motivos de conveniencia social o de susceptibilidad individual que les induzcan a ocultar a terceros la verdadera naturaleza del negocio o el estado de sus negocios²⁴.

Finalmente, cabe precisar que: «la designación incorrecta de un negocio (por ejemplo, un arrendamiento en lugar de compraventa) [...] no se encuadra en el supuesto de hecho del negocio simulado, aun cuando se hubiera hecho de forma consciente por quienes son parte en el negocio»²⁵.

Las clases de simulación son:

2.1. Simulación absoluta

La simulación absoluta tiene lugar cuando se concluye un negocio que resulta totalmente aparente en cuanto no es querido en realidad ningún efecto derivado de éste. Aquí resulta necesario probar la existencia del acuerdo simulatorio, o bien, aquella inequívoca intención de los sujetos para manifestar al exterior un negocio sólo en apariencia productor de efectos jurídicos. El negocio simulado en forma absoluta puede ser asimilado a un fantasma, una apariencia que no guardan tras de sí ninguna realidad negocial²⁶. En este sentido, se ha precisado que habrá simulación absoluta cuando se declara querer y, en realidad, no se quiere ningún negocio; se dice, entonces, que el negocio *colorem habet, substantiam vero nullan*²⁷.

23 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Grijley, 1997, p. 393.

24 STOLFI, Giuseppe. *Ob. cit.*, p. 154.

25 FLUME, Werner. *Ob. cit.*, p. 484.

26 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico*. *Ob. cit.*, p. 146.

27 TRABUCCHI, Alberto. *Ob. cit.*, p. 162.

Asimismo, se ha señalado que en la simulación absoluta, falta en las partes no sólo la recta determinación causal sino también cualquier intención de negocio, y el acto no es estimado como seriamente vinculante en un sentido distinto de que se hace patente, ya que la voluntad se dirige solamente a hacer surgir la precaria apariencia de una nueva regulación de intereses²⁸.

Según la teoría voluntarista, el negocio jurídico absolutamente simulado es nulo porque las partes celebraron un negocio jurídico cuando no tuvieron la voluntad de celebrarlo; sobre el particular, consideramos incorrecta esta afirmación, en la medida que la atribución de efectos jurídicos es correlativa a la calificación del intento práctico de los particulares²⁹; es decir, el sistema jurídico sólo podrá calificar como negocio jurídico aquel negocio *in concreto* que contenga preceptos de autorregulación privada y que haya estado orientado a la satisfacción de intereses particulares; por lo tanto; el sistema jurídico no podría elevar a la categoría de negocio jurídico el fenómeno simulatorio, ya que, las partes no quisieron darle esa naturaleza. El sistema jurídico sólo deberá constatar su irrelevancia.

2.2. Simulación relativa

En la simulación relativa el negocio disimulado, o sea el negocio oculto, es un supuesto completamente diverso del negocio simulado o ficticio: es, en realidad, un hecho complementario destinado a llenar de su verdadero contenido – si se puede hablar así – al negocio simulado.³⁰ Así, en la simulación relativa falta en las partes la recta determinación causal, es decir, la intención correspondiente a la causa del negocio realizado y típico de él – ausente en sí, en su entidad o en sus elementos concretos –, pero no falta ni una intención ni un precepto negocial estimado como vinculante entre las partes, con las modificaciones oportunas³¹.

En efecto, la simulación relativa se verifica cuando tras del negocio simulado aparente, se esconde un negocio disimulado que entre las partes es efectivo y que produce una normal vinculación entre ellas³². De-

28 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 351.

29 La presencia de la causa es necesaria para el reconocimiento del negocio como tal, así como para la justificación de la eficacia negocial. En PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La conversión y la nulidad del negocio jurídico*. Lima: Ara Editores, 2002, p. 211.

30 SANTORO PASARELLI. *Ob. cit.*, p. 177.

31 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 351.

32 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, *La nulidad del negocio jurídico. ob. cit.*, p. 146. Pese a criticar

biéndose tener claro que el crear deliberadamente una situación jurídica ficticia (negocio simulado) tiene como finalidad el ocultar una realidad jurídica plenamente existente y operativa (negocio disimulado) aunque formalmente diferente de aquella exteriorizada por los sujetos³³.

En este sentido, la principal objeción que puede hacerse a la forma tradicional de analizar la simulación relativa se fundamenta en constatar que en realidad, el negocio simulado no tiene otra finalidad que la de dar vida a una falsa semblanza idónea para eludir el conocimiento de la generalidad de los privados, la naturaleza a él reconocible por el derecho, no podrá ser otra que corresponda a dicha función. No es correcto, entonces atribuirle la naturaleza de negocio al fenómeno sub-materia, sino aquella de mero hecho³⁴.

Por lo tanto, explicar, la simulación relativa utilizando dos negocios jurídicos, el negocio simulado y disimulado, donde el negocio disimulado, sea válido y eficaz, mientras que el otro, en cuanto mera forma y apariencia que se ha utilizado para un propósito de engaño, carecerá

fuertemente la doctrina tradicional, esta definición permite reconocer en ella, que el autor también entiende que la simulación relativa estaría conformada por dos negocios jurídicos: el negocio real y el aparente, evidenciando con esta afirmación una seria incongruencia dogmática. Situación que también se manifestaría cuando el autor critica de manera caústica la estructura clásica del negocio jurídico: «[...] se debe tener en cuenta, incluso, que ella (la nulidad) obedece indirectamente a la utilización de la clasificación superada entre elementos esenciales, naturales y accidentales, la misma que ha sido tildada de excesivamente descriptiva e inconsistente, y, por ello, reemplazada por la bipartición existente entre la estructura (presupuestos, elementos y requisitos) y la función del negocio» (pp. 112 y 113); sin embargo, recurre a la estructura clásica del negocio jurídico para explicar, bajo su óptica, la problemática de la condición suspensiva ilícita e imposible: «Intentaremos construir la respuesta utilizando una breve construcción personal. Se debe tener primigeniamente en cuenta que la condición, como *elemento accidental*, una vez insertada en el específico negocio puede asumir un valor determinante con respecto al interés concreto que las partes persiguen (causa subjetiva: finalidad práctica), por lo que se justificaría, en tal caso, la sanción genérica de nulidad de todo el contenido negocial». «[...] insisto en ello, lo accidental debe ser entendido en un análisis individualizado y considerar que significa solamente que dichos elementos no son necesarios en la estructura del negocio. Por tanto, la diferenciación entre *elementos esenciales* y *accidentales* es viable tan sólo en un plano estrictamente conceptual, ya que en la concreta reglamentación, asumen igual relevancia una vez que el negocio se encuentra en su fase dinámica o funcional, es decir, una vez que su estructura se encuentre completa» (p. 156).

33 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico. ob. cit.*, p. 146.

34 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. «Simulación relativa, 'negocio simulado' y la protección a los terceros (a propósito de algunas recientes desorientaciones)». *Ob. cit.*, p. 94.

valor jurídico alguno³⁵ es incorrecta; en tanto, en la simulación relativa sólo existe un negocio jurídico –el disimulado (real u oculto)– puesto que el aparente es solo un hecho que sirve para engañar a los terceros pero en modo alguno puede ser considerado negocio jurídico; en tanto su calificación por parte del sistema jurídico no puede ir más allá del intento práctico de los privados³⁶.

3. CONSECUENCIAS DE LA SIMULACIÓN: NULIDAD Y ANULABILIDAD.

3.1. ¿Sanciones idóneas?

Nuestro Código Civil, establece la sanción de nulidad para la simulación absoluta y la de anulabilidad para el negocio simulado relativamente. En efecto, el Código Civil prescribe en los artículos 219° inc. 5, y en el artículo 221° inc 3 que el negocio jurídico simulado absolutamente es nulo y el simulado relativamente es anulable.

Al respecto, es necesario señalar que en la simulación relativa bajo la reglamentación del Código Civil, el único negocio jurídico que podría ser anulable es el disimulado (real u oculto); en tanto, es el único que recoge los preceptos de autorregulación privada de las partes negociales; en cambio, el negocio simulado, siempre será nulo, aunque en puridad ni siquiera debería ser considerado negocio jurídico porque solo es una apariencia vacía que carece de elemento preceptivo.

En este extremo, analizaremos si la nulidad y la anulabilidad son sanciones idóneas para el fenómeno simulatorio. Sobre la nulidad, se puede decir que etimológicamente deriva de la palabra “nulo” cuyo origen proviene de “nullus”: de “ne” que significa “no” y “ullus” que significa “alguno”, haciendo que por nulo deba entenderse “lo falto de valor y fuerza para obligar o tener, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo”³⁷.

En este sentido, se ha señalado que la nulidad del negocio constituye el medio para la tutela efectiva de intereses generales considerados valores fundamentales para la entera organización social y como conse-

35 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. «Simulación relativa, ‘negocio simulado’ y la protección a los terceros (a propósito de algunas recientes desorientaciones)». *Ob. cit.*, p. 93.

36 Pese a ello, el Código Civil en su artículo 221, inciso 3 señala: *El acto jurídico es anulable por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.*

37 CAMUSSO, Jorge, *Nulidades procesales*, E.D.I.A.R. Bs. As. 1983, p. 9.

cuencia de lo anterior, que la nulidad viene proyectada como un “instrumento de control normativo” utilizado, junto a otros, para no dispensar tutela jurídica a aquellos intereses que estén en contraste con los valores fundamentales del sistema³⁸. Esta nulidad puede hacerse valer contra las partes por todos los terceros interesados en cuyo perjuicio se pactó la simulación³⁹; tales terceros son los causahabientes, los acreedores y los legitimarios del simulado enajenante⁴⁰.

Por su parte, la anulabilidad se diferencia de la nulidad debido a que protege intereses particulares, radicando incluso en ello, la facultad que tienen los privados de poder subsanar el negocio jurídico. En este sentido, negocio anulable es aquel que no careciendo de los elementos esenciales del tipo y hasta originando la nueva situación jurídica que según el Derecho acompaña a aquél, puede –tras la reacción de una parte– ser removido con fuerza retroactiva y considerado como si nunca hubiera existido⁴¹.

La nulidad origina la ineficacia inicial del negocio jurídico, incluso la sentencia judicial que la reconoce tiene un efecto declarativo; en cambio, la anulabilidad como supuesto de invalidez origina una existencia precaria de los efectos negociales; en tanto, pueden ser impugnados por la parte perjudicada y por el tercero con interés⁴², originando con ello, la desaparición absoluta de los efectos negociales, por ello, la sentencia que establece la anulabilidad tiene naturaleza constitutiva.

En este contexto, cabe preguntarnos si sería posible ¿Qué un negocio jurídico inválido para las partes (por simulación absoluta o cuando la anulabilidad fue declarada judicialmente por simulación relativa) pueda ser válido y eficaz para los terceros?.

38 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico*. *Ob. cit.*, p. 114, citando a: MONTICELLI, Salvatore. «Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale». En *Rivista di Diritto Civile*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani – CEDAM, 1990, I, p. 674; GALGANO, Francesco. «Alla ricerca delle sanzioni civili in dirette: premesse generali». En *Contratti e Impresa*. Giuffrè Editore, 1987, II, p. 532 y TOMMASINI, Raffaele. Voz «Nullità (diritto privato)». En *Enciclopedia del Diritto* Dott. Milano: A. Giuffrè Editore, 1978, tomo XXVIII, p. 870.

39 Sobre la acción de nulidad el Código Civil peruano en su artículo 220 sanciona: *La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público*.

40 SANTORO PASARELLI, Francesco. *Ob. cit.*, p. 179.

41 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 410.

42 El artículo 191 del Código Civil señala: «Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero».

Obviamente, la respuesta correcta sería la negativa, debido a que la nulidad o la anulabilidad declarada judicialmente tienen como consecuencia la ineficacia radical y absoluta del negocio jurídico. El negocio nulo no produce efectos ni para las partes, ni para los terceros así éstos actúen de buena fe⁴³, pese a ello el artículo 194 del Código Civil peruano establece:

La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.

Entonces, ¿cuál sería la razón de esta aparente incongruencia?; es decir, porque en nuestro ordenamiento jurídico si sería posible que un negocio nulo para las partes no lo sea para los terceros. Al respecto, a fin de encontrar una respuesta coherente y no como la otorgada por el redactor del Código Civil, debemos recurrir a la legislación comparada; en efecto, si bien existe una diferencia de tratamiento del negocio simulado (o aparente) entre el modelo jurídico peruano e italiano. Lo curioso es que, en sustancia, pese a que el Código Civil peruano de 1984 siguió el modelo italiano, ello no ocurrió al momento de establecer las consecuencias de la simulación, en tanto, sobre este punto se siguió al modelo alemán, país en el que el negocio simulado es nulo⁴⁴.

Dicho de otro modo, el legislador peruano se guió (*rectius*: copió) el Código Civil italiano de 1942 al momento de regular la simulación en el Código Civil de 1984; sin embargo, cuando legisló sobre la naturaleza y consecuencias del negocio simulado, se olvidó del *Codice* de 1942 y se guió por el BGB alemán de 1900. He aquí el origen de esta incongruencia legislativa.

Sobre el particular, si revisamos, la legislación italiana podemos observar que el contrato simulado no es nulo sino ineficaz. Al respecto, el artículo 1414 del Código Civil italiano prescribe:

El contrato simulado no produce efecto entre las partes.

Si las partes han querido concluir un contrato diverso del aparente, tiene efecto

43 Una compraventa de inmueble nula no generará la transferencia de propiedad por parte del vendedor; sin embargo, el comprador puede adquirir la propiedad de la misma, cuando encontrándose en posesión del inmueble como consecuencia de la compraventa nula haya transcurrido el plazo de prescripción. Nótese que el comprador adquiere la propiedad no por la celebración del contrato sino por el transcurso del tiempo.

44 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 325. Sobre el particular, el §117.1 del BGB prescribe: «Si una declaración exigida a una persona es hecha, con su conocimiento, sólo en apariencia, es nula».

entre estas el contrato disimulado, siempre y cuando subsistan los requisitos de sustancia y forma.

Las disposiciones precedentes se aplican también a los actos unilaterales destinados a una persona determinada, que sean simulados por acuerdo entre el declarante y el destinatario.

Nótese que la legislación italiana no sanciona con nulidad el negocio simulado sino con la ineficacia. Al respecto, la doctrina italiana entiende que, de acuerdo a lo que dispone el primer párrafo del artículo 1414 antes mencionado, el negocio jurídico no produce efectos entre las partes, vista la existencia de una intención contraria manifiesta en el acuerdo simulatorio, trátase de una simulación absoluta o de una relativa⁴⁵.

En efecto, se ha señalado que el Código Civil italiano no califica como nulo sino como ineficaz el contrato simulado. Si la ineficacia a que se refiere el artículo 1414 fuera nulidad, sería una nulidad peculiar ya que sería inoponible a los terceros⁴⁶. Por lo tanto, la simulación sólo es causa de ineficacia relativa del contrato⁴⁷, pues determina consecuencias profundamente diversas entre las partes y respecto de terceros, *inter partes* el contrato simulado es ineficaz; y, si se trata de simulación relativa o de interposición ficticia de persona, la ineficacia del contrato simulado lleva aparejada la eficacia del contrato disimulado, siempre que subsistan los requisitos sustanciales y formales para su validez⁴⁸.

45 GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*, XII edición actualizada con referencia de doctrina y jurisprudencia. Nápoles: ESI, 2006, p. 973.

46 El artículo 1415 del Código Civil italiano regula: «La simulación no puede ser opuesta ni por las partes contrayentes, ni por los causa habientes o por los acreedores del adquirente simulado, a los terceros que de buena fe han adquirido derechos del titular aparente, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de simulación. Los terceros pueden hacer valer la simulación frente a las partes, cuando esta perjudica sus derechos». Este artículo tendría su correlato en el artículo 194 del Código Civil peruano: «La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente».

47 Al respecto consideramos oportuno diferenciar la ineficacia relativa de la nulidad relativa. Sobre el particular, hemos señalado que no se puede estar frente a un supuesto de nulidad cuando un negocio jurídico produce efecto entre las partes y únicamente no produce efectos con relación a ciertos terceros, pues entender la nulidad de esta forma implica alterar la noción de nulidad; por lo tanto, si el negocio surte efectos para unos y no para otros, cual fuere su condición, estaremos frente a un supuesto de ineficacia relativa o inoponibilidad propia de la acción revocatoria o pauliana. El Código Civil peruano de 1984 no regula supuestos de nulidad relativa. ROJAS ASCÓN, Juan Miguel. «Apuntes sobre el fraude a los acreedores». En *Revista Jurídica del Perú*. Lima, 2012, n.º 136, pp. 243-256.

48 GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*, traducción realizada por Francisco de P. Blas-

Asimismo, quienes asumen que la simulación debe tener como sanción la nulidad, terminan constatando que la simulación a diferencia de la nulidad, no puede ser declarada de oficio por el juez, que no es susceptible de conversión⁴⁹, y que, por el contrario, admite la confirmación⁵⁰.

Por lo expuesto, podemos afirmar que en la simulación absoluta — donde se tiene sólo una apariencia vacía — el negocio simulado es inexistente, como negocio sólo fáctica y materialmente relevante para los casos en que la apariencia fenoménica sea punto de referencia para la obtención de un derecho o se haya generado algún perjuicio a un tercero. Se colige, en tal sentido, que la nulidad no es una sanción idónea para la apariencia negocial, en tanto ella no puede ser materia de calificación más allá que la dirigida a constatar su irrelevancia jurídica⁵¹.

Acontece lo mismo con la simulación relativa, los terceros no tendrían por qué propender hacia la pérdida de los efectos negociales entre las partes, que justamente se pretenden enmascarar; por el contrario, los terceros como mecanismo de tutela podrían hacer emerger el eventual

co Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, pp. 338 y 339.

49 En el Perú ver por todos: PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La conversión y la nulidad del negocio jurídico*. Lima: Ara Editores, 2002, quien define a la conversión como: «el procedimiento heterointegrativo del contenido negocial, que mediante la corrección de calificación jurídica extrae de un negocio ineficaz, perteneciente a una *fattispecie* o tipo original, un nuevo negocio de una *fattispecie* o tipo distinto, permitiendo así proteger el resultado práctico perseguido por las partes» (p. 85).

50 GALGANO, Francesco. *Ob. cit.*, pp. 338 y 339.

51 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. «Simulación relativa, 'negocio simulado' y la protección a los terceros (a propósito de algunas recientes desorientaciones)», *ob. cit.*, p. 97. Sin embargo, esta posición no ha sido la única esbozada por el autor. En efecto, el profesor PALACIOS ha presentado una posición diametralmente opuesta al señalar: «La sanción de nulidad para el negocio simulado, sancionada por el artículo 219, inciso 4 del Código Civil, *tiene entonces pleno sustento*, pues el derecho no puede tutelar la existencia de apariencias desprovistas de todo sustrato real en donde la autorregulación no existe. La intención simulatoria incide profundamente sobre el interés negocial. Si las partes entienden perseguir un interés diverso e incompatible con el interés negocial, está en la lógica del derecho tutelar solamente el interés efectivo, y no el ficticio aparente, que las partes no sólo no entienden actuar, sino ante todo que entienden no actuar. Además la sanción de nulidad se entiende predispuesta en tanto el mecanismo simulatorio tiene una fuerte potencialidad de perjuicio de los intereses de terceros, lo que motiva que, por respeto a los intereses ajenos y a los principios de corrección y lealtad de los sujetos negociales, se proceda a establecer dicha sanción (sic) (el resaltado es nuestro). En PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico*. *Ob. cit.*, p. 147.

negocio simulado u oculto⁵²; es decir, sería más apropiado hablar de ineficacia en cuanto la simulación no representa una irregularidad del negocio (violación de normas imperativas, imposibilidad del objeto, etc.).

En este contexto, se debe advertir que la falta de eficacia depende de la voluntad de las partes: Son las partes las que establecen que el contrato no debe producir efectos o debe tener efectos diversos a los aparentes⁵³. En efecto, el negocio simulado no está viciado de nulidad por cuanto en la realidad no se está en presencia de un vicio en uno de sus elementos y además porque no es posible que un acuerdo sea nulo entre quienes lo celebraron y produzca al mismo tiempo efectos respecto de los terceros de buena fe que no se vieron perjudicados por la simulación⁵⁴.

Por lo tanto, queda claro que la sanción idónea para el fenómeno simulatorio será la ineficacia y no la nulidad o anulabilidad; y que la incongruencia existente en nuestro sistema respecto de los efectos del negocio nulo cuando adolece de simulación tuvo su origen en la forma poco adecuada como se copió y mezcló dos sistemas jurídicos tan diferentes como el alemán y el italiano⁵⁵.

4. ¿CÓMO VERIFICAR SI NOS ENCONTRAMOS FRENTE A UN ACTO SIMULADO?

Al respecto, conviene advertir que todos los interesados pueden ejercitar en juicio sus derechos para afirmar que el acto sólo fue aparente y, por tanto, para obtener la declaración de su nulidad⁵⁶. En el Perú, los interesados tendrán un plazo de 10 años para pedir la nulidad del nego-

52 CARNEVALI, Ugo. *Simulazione en Istituzioni di Diritto Privatto* a cura di Mario Bessore, undicesima edizioni. Torino: Giappichelli Editore, 2004, p. 657 citado por PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. «Simulación relativa, 'negocio simulado' y la protección a los terceros (a propósito de algunas recientes desorientaciones)». *Ob. cit.*, p. 97.

53 BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, 3, Il Contrato*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 657.

54 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, p. 194, citando a BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, 3, Il Contrato*. Milano: Giuffrè, 1998; y GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privatto*. Milano: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.

55 Sobre la problemática de la codificación en el Perú, ver: LEÓN HILARIO, Leysser, «La reforma del Código Civil vista en serio». En *El sentido de la Codificación Civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Lima: Palestra, 2004.

56 STOLFI, Giuseppe. *Ob. cit.*, p. 164.

cio absolutamente simulado y un plazo de dos años para impugnar el negocio disimulado por adolecer de anulabilidad.

Debido a que el fenómeno simulatorio tiene como requisito inmanente la finalidad de engaño, será sumamente difícil para los operadores jurídicos advertir cuándo están frente a un negocio simulado. En este sentido, se ha señalado que: «los medios de prueba difieren según que el negocio se impugne entre las partes o bien respecto de terceros, en el primer caso a su vez se distingue según que la simulación se invoque por una de las partes o por sus causahabientes y con mayor razón por quien defiende un derecho propio.

Debido a lo dificultoso de la probanza, la jurisprudencia ha permitido identificar cuáles son los negocios jurídicos más utilizados para simular; entre éstos tenemos a la compraventa por las ventajas de carácter oneroso que ofrece; el contrato de arrendamiento a plazo determinado e inscrito para sustraer los frutos de la acción del acreedor, los contratos de depósito, comodato, garantía mobiliaria, hipoteca porque permiten al deudor conservar la posesión del bien; el contrato de mutuo porque permite aparentar deudas inexistentes; el anticipo de legítima para ocultar contratos de compraventa; y, la constitución de patrimonio familiar para beneficiarse del carácter inembargable e inalienable del mismo.

Adicionalmente, se ha podido extraer jurisprudencialmente algunos indicios que evidenciarían la simulación de un negocio jurídico; cabe precisar, que al estar frente a indicios, éstos deberán ser estudiados y analizados desde una perspectiva amplia que incluya un análisis pormenorizado de todos los medios probatorios aportados por las partes procesales. Es decir, el operador jurídico deberá efectuar una valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de las normas y la motivación de derecho.

En este sentido, los indicios extraídos jurisprudencialmente son: 1) Falta de necesidad de enajenar o gravar el bien; 2) La no modificación de la situación del bien; 3) La falta de entrega del precio; 4) La relación de parentesco, amistad, dependencia o de negocios entre los sujetos celebrantes del negocio jurídico; 5) El conocimiento de la simulación por parte de un tercero; 6) La falta de medios económicos del adquirente; 7) La preexistencia de deudas del transferente; 8) La enajenación de todo el patrimonio del transferente; 9) La ausencia de movimientos (egreso-ingreso) en las cuentas bancarias; 10) La falta de justificación del destino dado al precio; 11) Los antecedentes de conductas similares; 12) Cuando el adquirente no conoció el bien antes de adquirirlo; 13) La falta de previsiones regulares

en los demás aspectos del contrato (forma de pago, lugar de entrega del bien, etc.); 14) La permanencia del enajenante, su familia o personas de su confianza en la posesión del bien; 15) Las donaciones efectuadas a familiares que no son herederos forzosos, etc.

Finalmente, coincidimos con el profesor Emilio Betti, cuando señala que: «se ha establecido que cuanto mayor sinceridad y claridad suela exigirse en las relaciones sociales, tanto menos propenso se será a atribuir eficacia social y jurídica a una intención voluntariamente oculta o no manifestada de modo sincero y adecuado. Viceversa, cuanto más tolerante y elástica sea, en las relaciones sociales, la exigencia de hablar claro, cuanto más tiendan las costumbres sociales a considerar norma de «buena educación» el velar la expresión del propio pensamiento, tanto más propenso será el derecho a tomar en consideración un alejamiento entre la intención y su configuración exterior, tanto más se inclinará a admitir la admisibilidad de propósitos que sean manifestados en forma indirecta y de motivos que apenas hayan franqueado el umbral del foro interior; y será indulgente en el tratamiento de ciertas reticencias y formas de inercia mental⁵⁷.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez. Granada: Editorial Comares, 2000.
- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, 3, Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 1984.
- CAMUSSO, Jorge. *Nulidades procesales*. Buenos Aires: E.D.I.A.R., 1983, p. 9.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, traducción José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*, traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*, XII edición actualiza-

57 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 343.

da con referencia de doctrina y jurisprudencia. Nápoles: ESI, 2006.

- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 1997, tomo VIII.
- LEON HILARIO, Leysser. *El sentido de la Codificación Civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Lima: Palestra, 2004.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Grijley, 1997.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico. Principios generales y su aplicación práctica*. Lima: Jurista Editores, 2002.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La conversión y la nulidad del negocio jurídico*. Lima: Ara Editores, 2002.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. «Simulación relativa, ‘negocio simulado’ y la protección a los terceros (a propósito de algunas recientes desorientaciones)». En *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 2005, n.º 54.
- ROJAS ASCÓN, Juan Miguel. «Apuntes sobre el fraude a los acreedores». En *Revista Jurídica del Perú*. Lima, 2012, n.º 136.
- SANTORO PASARELLI, Francesco. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, traducción y concordancias de Derecho español por A. Luna Serrano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- STOLFI, Giuseppe. *Teoría del Negocio Jurídico*, traducción y notas del Derecho español por Jaime Santos Briz. Madrid, 1959.
- TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Padua: Editorial Revista de Derecho Privado, 1966.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». En *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima: E.I.B.M, 1985, tomo IV.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría general del acto jurídico*. Lima, 1985.

Se terminó de imprimir, en los talleres de
Grández Gráficos S.A.C. el mes de junio de 2013,
www.grandezgraficos.com
Teléf.: (511) 531-4658