

LIBRO DE PONENCIAS DEL X  
CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL



Luis Moisset de Espanés  
Mario Castillo Freyre  
Felipe Osterling Parodi  
Gastón Fernández Cruz  
José Fernando Márquez  
Thiago Rodvalho  
Roger Vidal Ramos  
Guillermo Chang Hernández  
Juan Miguel Rojas Ascón  
Marco Carmona Brenis

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



Instituto Peruano de  
Derecho Civil

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

Lima - 2015

# INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

## MIEMBROS ORDINARIOS

Roger Vidal Ramos	Guillermo Chang Hernández
Jessica López Casas	Augusto Gárate Abad
Rocío Paredes Cueva	Marco Carmona Brenis
Sheila Vidal Ramos	Juan Miguel Rojas Ascon
Emely Melendres Gavilán	José Antonio Bereún Barrantes

## MIEMBROS ASOCIADOS - COLABORADORES

Indhira Vidal Ramos	André Garcia León
Joselin Mercedes Barba Chávez	Rafael Alexis Armas Cabrera
Eloy Alberto Calderon Villanueva	Alan Alexander Calderón Muchcco
Héctor Josue Verastegui	Jonathan Omar Aguilar BenitFs
Cesar Samame Cornejo	Alfredo jose Solórzano Casos
Claudia Beatriz Reyes Espejo	Wendy Estefany Pizan Ballena
Greisy Benites Rodriguez	Juan Alberto Castañeda Mendez
Mirelly Zapata Chávez	Maria V. Steffany Montoya Rodriguez
Emmanuel Calderón Ruiz	Luis Erikson Cuzco Valera
Deysi Roxana Castillo Zavaleta	Cintia Bertha Contreras Ulloa

## MIEMBROS HONORARIOS

Felipe Osterling Parodi	Gastón Fernández Cruz
Mario Castillo Freyre	Rómulo Morales Hervias
Luis Moisset de Espanés	Leysser León Hilario
Fernando Vidal Ramírez	Jorge Beltrán Pacheco
Fernando de Trazgenies Granda	Maria Elena Guerra Cerrón
Enrique Varsi Rospigliosi	Alex Placido Vilcachagua

## LIBRO DE PONENCIAS DEL X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

Coordinador de la obra: Roger Vidal Ramos

Primera edición, junio de 2015

*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° 2015-136709

Tiraje: 1,500 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

## ÍNDICE GENERAL

### **Presentación**

Roger Vidal Ramos ..... 7

### **Prólogo**

Mario Castillo Freyre ..... 9

Luis Moisset de Espanés

*Distracto* ..... 13

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre

*Las obligaciones dinerarias y de valor* ..... 31

Gastón Fernández Cruz

*Tutela y remedios: la indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa* ..... 105

José Fernando Márquez

*Las obligaciones con sujeto plural en el nuevo Código Civil y Comercial argentino* ..... 127

Thiago Rodvalho

*O caso Pickles e o abuso de direito na Inglaterra e nos países de civil law: justiça, segurança jurídica e conceitos indeterminados ..... 141*

Guillermo Chang Hernández

*Breves apuntes sobre el daño moral: la apuesta por su presunción e intentos de cuantificación ..... 151*

Juan Miguel Rojas Ascón / Roger Pavletich Vidal Ramos

*Interpretación negocial subjetiva en el Código Civil peruano de 1984 ..... 171*

Marco Carmona Brenis

*El derecho a la intimidad en las relaciones familiares..... 197*

## PRESENTACIÓN

Hace algunos años, un reconocido catedrático universitario me explicaba la etimología de la palabra «entusiasmo». Me decía que ella deriva del vocablo *en teos*, que significa «en Dios». Quienes son entusiastas tienen, pues, una suerte de impulso divino que los guía y motiva. El comentario viene a propósito de los miembros del Instituto Peruano de Derecho Civil, institución que tengo el honor de presidir, quienes por once años consecutivos vienen organizando el Congreso Nacional de Derecho Civil, reuniendo no sólo a los más destacados juristas latinoamericanos, sino también; y, sobre todo, a las delegaciones de estudiantes de Derecho de todo el Perú.

El libro que hoy presentamos en su quinta edición, es producto de las disertaciones, intercambios de opiniones, perspectivas y posiciones académicas de los profesores que han participado como expositores a lo largo del x Congreso Nacional de Derecho Civil. En este sentido, es preciso reconocer que la premisa fundamental del presente libro, es entender que el derecho es una ciencia cambiante que evoluciona y se transforma permanentemente, no encontrándose nunca acabado ni perfeccionado, pues como señalaba Jossierand — o el Derecho se adecúa a los hechos, o los hechos prescinden del Derecho—. Y, consecuentemente, prescinde también de sus operadores.

En efecto, este tipo de actividades académicas no sólo permite entender y difundir la importancia del Derecho Civil en todo el territorio peruano; sino sobre todo, permite reconocer que el Derecho se encuentra en permanente cambio, en constante evolución, representando un reto para los alumnos, profesores y sus operadores, en general, razón por la cual, el Congreso Nacional de Derecho Civil que este año llega a

su décimo primera edición, representa por excelencia el foro de debate y discusión académica para analizar el fenómeno jurídico y su evolución en el tiempo.

En este contexto nos preguntamos: ¿qué hacer ante la evolución permanente de la ciencia jurídica? ¿Evolucionamos o caemos en el anacronismo jurídico?

Al respecto, consideramos ilustrativa la historia del Sabio de Salamanca, quien fue profesor en la Universidad homónima a fines del siglo xv, el mencionado profesor era experto en astronomía y en geografía, y conocía todo lo que enseñaban los textos antiguos acerca del modelo de Ptolomeo. Sin embargo, Cristóbal Colón demostró que se podía llegar al levante por el poniente, por lo cual perdieron valor los libros de astronomía y de geografía, de los que el sabio de Salamanca era el profeta y el difusor autorizado.

Es así que los nuevos técnicos de la Tierra vinieron a ser los navegantes; los exploradores, los que tenían capacidad para adaptarse a la nueva visión de las cosas. Frente a esa novedad, al sabio de Salamanca se le presentaron dos alternativas. Una, convertirse en Profeta del Apocalipsis, y sin poder negar que América existía, sostener que su descubrimiento era moral y culturalmente negativo, que era malo que América existiera, que resultarían graves daños para la humanidad, y gritar a la gente “a dónde iremos a parar”. Otra alternativa fue convertirse en experto en la nueva realidad, seguir siendo “maestro de vida para millares de discípulos”. No hay duda de que lo deseable es que los operadores jurídicos asuman que se han producido transformaciones, y se pongan rápidamente al día, porque en palabras de Jossierand el derecho puede prescindir de ellos.

En este escenario, creemos justo elogiar, reconocer y alentar el trabajo constante de los miembros del Instituto Peruano de Derecho Civil, por difundir e incentivar el estudio del Derecho Privado, mediante la organización del evento más importante del medio jurídico nacional y de la publicación del libro que hoy presentamos.

Por lo expuesto, deseo agradecer a cada uno de los coautores de este libro, los doctores argentinos: Luis Moisset de Espanés y José Fernando Márquez; al profesor brasileño: Thiago Rodolvalho y a los catedráticos peruanos: Fernando Vidal Ramírez, Mario Castillo Freyre, Gastón Fernández Cruz, Miguel Rojas Ascón, Marco Carmona Brenis y Guillermo Chang Hernández.

Finalmente, nuestro agradecimiento a las diferentes delegaciones estudiantiles, abogados y colaboradores por su participación constante en este evento académico.

Lima, junio del 2015

Roger Vidal Ramos\*

Presidente

Instituto Peruano de Derecho Civil

\* Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Título de Segunda Especialización en Derecho Ambiental y los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad César Vallejo y Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.



## PRÓLOGO

Una vez más, mi amigo, el profesor Roger Vidal Ramos ha tenido la gentileza de solicitarme que prologue el libro de ponencias del Congreso Nacional de Derecho Civil, que organiza el Instituto Peruano de Derecho Civil.

En el año 2014, el Congreso se desarrolló en la ciudad de Arequipa, en el magnífico auditorio del Colegio de Abogados de esa ciudad, con la asistencia de más de mil personas.

En aquella ocasión, el Congreso tenía un gran ausente, a quien se le rindió emotivo homenaje.

Me refiero al doctor Felipe Osterling Parodi, quien había fallecido recientemente, el 30 de agosto de ese año.

Ahí rendimos homenaje al gran maestro y amigo, profesor de muchos de nosotros y quien asistiera de manera constante a estos congresos.

El doctor Fernando de Trazegnies y quien escribe estas líneas tuvimos el honor de pronunciar palabras en recuerdo de tan notable profesor.

Este libro recoge las ponencias del IX Congreso Nacional de Derecho Civil, con trabajos muy variados.

Así, tenemos los artículos de los profesores Juan Miguel Rojas Ascón y Roger Vidal Ramos, «Interpretación negocial subjetiva en el Código Civil peruano de 1984»; José Fernando Márquez, «Las obligaciones con sujeto plural en el nuevo Código Civil y Comercial argentino»; Gastón Fernández Cruz, «Tutela y remedios: la indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa»; Guillermo Chang Hernández, «Breves apuntes sobre el daño moral: la apuesta por su presunción e intentos de cuantificación»; Marco Carmona Brenis, «El derecho a la intimi-

dad en las relaciones familiares»; Luis Moisset de Espanés, «Distracto»; y, finalmente, un trabajo que escribí hace un tiempo con el doctor Felipe Osterling Parodi y que forma parte de nuestro *Tratado de Derecho de las Obligaciones*, el mismo que lleva por título «Las obligaciones dinerarias y de valor».

Antes de concluir estas breves palabras, quiero señalar que la publicación de las ponencias de los congresos nacionales de Derecho Civil, constituye un hecho de gran importancia, pues permite que gran cantidad de estudiantes de derecho y abogados, cuenten con el testimonio impreso de aquello que se expone en tales congresos; y, de esta manera, se contribuye al afianzamiento y desarrollo del derecho civil en nuestro país.

En ese sentido, mi Estudio de abogados se siente muy orgulloso de volver a auspiciar la edición de esta obra, la misma que enriquece la doctrina jurídica nacional.

Estoy seguro de que el x Congreso Nacional, que se realizará en los próximos días en la ciudad de Trujillo, será también todo un éxito.

Lima, junio del 2015

Mario Castillo Freyre\*

---

\* Magíster y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del estudio que lleva su nombre; profesor principal de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio <[www.castillo-freyre.com](http://www.castillo-freyre.com)>.

# Distracto\*

Luis Moisset de Espanés\*\*

*Sumario:* 1. Introducción. – 2. Desaparición del «distracto». – 3. El Diccionario de la Lengua y los vocablos americanos. – 4. Evolución del «distracto» en el Diccionario de la RAE. – 5. El «distracto» en América del Sur. – 6. Anexo. – 7. Respuesta de la Real Academia Española. – 8. Colofón.

## 1. INTRODUCCIÓN

Sucede a veces que los juristas americanos advertimos que vocablos que en nuestros países se les da un significado jurídico concreto, no aparecen en el Diccionario de la Real Academia Española, o se los encuentra con un significado distinto del que les asigna nuestra práctica.

Citaremos, por ejemplo, el vocablo «cuatequil»,<sup>1</sup> del que pensamos ocuparnos con mayor detenimiento en otro trabajo, que en las últimas ediciones del Diccionario de la RAE no figura; o los vocablos «exequible» e «inexequible» que utiliza la justicia colombiana con un significado técnico preciso que no corresponde al que le da el diccionario.

Esta inquietud motivó que, acompañado por el secretario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,

---

\* Ponencia expuesta el día 5 de abril de 2011 en reunión de Pleno de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

\*\* Jurista argentino. Consejero de Derecho y Cambio Social.

1 Se trata de una forma de trabajo indígena forzoso que se aplicaba en el Virreinato de Nueva España (México), similar a la mita del Perú.

don Rafael Navarro Valls, tuviésemos una larga conversación con el entonces director de la Real Academia de la Lengua, que se comprometió a escuchar las inquietudes que le formularan las Academias de Derecho o Jurisprudencia de Iberoamérica. Entre esas inquietudes se encontraba el problema del distracto, que procuraremos reseñar en este trabajo.

## 2. DESAPARICIÓN DEL «DISTRACTO»

Nuestra investigación fue motivada por el correo electrónico que nos envió un discípulo, el doctor Benjamín Moisés, de Tucumán,<sup>2</sup> quien nos preguntaba si conocíamos las razones o causas por las cuales en la última edición del Diccionario de la Real Academia había desaparecido el vocablo «distracto»; manifestaba en esa correspondencia:

«Con sorpresa veo que la palabra distracto, que figuraba en la RAE hasta la 21.<sup>a</sup> edición, ha sido excluida en la 22.<sup>a</sup> ¿Sabe usted por qué?».

No lo sabíamos, por lo que empeñamos nuestro esfuerzo en indagar las razones que pudieron haber impulsado a la Real Academia a suprimir este vocablo que entre nosotros tiene un uso muy frecuente en distintas ramas del Derecho, tanto en el Derecho Civil –contratos, donaciones– como en el Derecho Laboral, con significado contrario al del contrato mismo, ya que se considera «distracto» a la disolución del contrato. En doctrina encontramos discusiones sobre el alcance que tiene este vocablo, en especial si comprende solamente la disolución por mutuo consenso o toda disolución.

En materia de donaciones se ha utilizado la figura del distracto para dejar sin efecto una donación y por ese camino procurar el saneamiento del título que surgía de la donación; esto ha provocado numerosos artículos doctrinarios.<sup>3</sup> En una búsqueda efectuada en el *thesaurus* de la revista *on-line* de *La Ley*, encontramos más de doscientas páginas en las cuales aparecen artículos de doctrina que mencionan el vocablo distracto.

Agreguemos que últimamente, en el campo del Derecho Laboral,

---

2 Correo electrónico del 29 de febrero de 2011 que llevaba como asunto: «distracto» excluido del DRAE.

3 Solamente como ejemplo mencionamos el libro de Gastón R. Di Castelnuovo, titulado *El distracto. Modo inadecuado para bonificar títulos que emanan de una donación* (Astrea, Buenos Aires, 2002) y el artículo de Fernando J. López de Zavalía, titulado «El distracto», publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

tanto jueces como abogados laboristas utilizan con muchísima frecuencia el vocablo *distracto*, refiriéndose específicamente al *distracto* laboral como forma de extinción de la relación de trabajo.<sup>4</sup>

Nos lanzamos afiebradamente a la búsqueda de antecedentes para ver si podíamos despejar nuestras dudas y encontrar la razón que había impulsado a la Real Academia a suprimir ese vocablo del diccionario. Y en esta búsqueda, dos días después, en una noche de insomnio, antes de realizar un viaje a Perú, nos sucedió algo que en un primer momento nos pareció similar a aquello que relata Rudolph von Ihering en *Jurisprudencia en broma y en serio*.<sup>5</sup> Más recientemente se ha publicado una traducción de Tomás A. Banzafh con el título de *Bromas y veras en la ciencias jurídica*, Civitas, Madrid, 1987, donde entre las bocanadas de humo de su cigarro se le aparece el espíritu de Gayo y discute con el jurista romano una serie de problemas;<sup>6</sup> o lo imaginado en épocas más modernas por quien fuera presidente de la Academia de Granada y también de la Mesa Permanente de las Academias de Jurisprudencia de Iberoamérica, don Eduardo Roca Roca, quien en un pequeño libro titulado *El hombre del cuadro*<sup>7</sup> conversa con Esopo, que es el hombre representado en el cuadro,<sup>8</sup> y Esopo<sup>9</sup> se le queja amargamente de los plagios que ha sufrido a lo largo del tiempo.

En esa duermevela se nos apareció el *distracto* y estuvimos conversando con él; yo, medio agitado, le dije:

- ¿Estoy hablando con el espíritu del *distracto*?

---

4 Debo manifestar que yo mismo, como miembro del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, donde integraba la Sala Laboral, en un voto emitido en autos «Chávez, Carlos Óscar c/ Ciudad de Córdoba S.A.C.I.F.», he empleado el vocablo *distracto*, expresando textualmente: «En cuanto a la indemnización por integración del mes de despido, su admisibilidad resulta de no haberse otorgado el preaviso, de conformidad con el art. 233 LCT, toda vez que el **distracto** se produjo el día 1 de julio de 1986».

5 Traducción de Román Riaza. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.

6 En la edición de Civitas mencionada en la nota anterior aparece esa conversación en la estampa titulada «La ratonera del antiguo Derecho Sucesorio». «Charlas de un romanista», parte II, pp. 126 y ss.

7 Ver ROCA ROCA, Eduardo. *El hombre del cuadro y otros relatos*. Granada: Edición privada, 2007.

8 En la penumbra y medio adormilado escucha Eduardo Roca Roca una voz; al principio no sabe quién le habla, pero al levantar la vista comprende que es el personaje representado en el cuadro que cuelga frente a él quien lo interpela.

9 Se trata del semilegendario fabulista griego Esopo, con quien entabla una larga plática (ver libro citado, pp. 9 y ss.).

Pensé, para mis adentros, en la similitud de lo que me sucedía con lo que les había pasado a Von Ihering o a Roca Roca. Pero, sin vacilar el distrauto me respondió:

«¡No! No soy una figura holográfica virtual. ¡Yo estoy vivo! El haber desaparecido del Diccionario de la Real Academia no ha producido mi muerte; si usted investiga las causas verá que, como diría Chueca en la zarzuela de *La Gran Vía*<sup>10</sup> [refiriéndose a *Caballero de Gracia*,<sup>11</sup> Chueca y Valverde, en la zarzuela que lleva ese nombre incluyen un vals dedicado a “*Caballero de Gracia*”] quizás podría afirmarse que «es verdad que estoy un poco antiguo, pero... soy un hombre gentil, de carácter jovial a quien mima la sociedad...».

Todo esto nos dejó muy preocupados y nos llevó a indagar en la página web de la Real Academia la evolución que había tenido en el diccionario el vocablo «distrauto».

### 3. EL DICCIONARIO DE LA LENGUA Y LOS VOCABLOS AMERICANOS

La Real Academia realiza –sin duda– un gran esfuerzo para cumplir con el lema que campea en su escudo: «limpia, fija y da esplendor»; procura no sólo mantener al día y acrecentar el número de vocablos que figuran en el léxico, sino que desde hace algo más de un siglo, aproximadamente, atiende no sólo a aquéllos que se utilizan en España, sino que intenta contemplar los que se emplean en América, en todos los países en que se habla castellano.<sup>12</sup>

Recuerden ustedes que un gran literato y lexicógrafo peruano, Ricardo Palma, que por sus méritos fue recibido como miembro correspondiente por la Real Academia de la Lengua,<sup>13</sup> es designado representante de Perú para asistir a un Congreso que se celebró en España a fines del siglo XIX, con motivo del Cuarto Centenario del descubrimiento de América.

En esa oportunidad toma estrecho contacto con la Real Academia

10 La zarzuela titulada *La Gran Vía* es, musicalmente, obra de Federico Chueca y Joaquín Valverde, y tuvo como libretista a Felipe Pérez y González. Se estrenó el 2 de julio de 1886.

11 *Caballero de Gracia* es una de las calles de Madrid que ve reducida su extensión por la apertura de la «Gran Vía».

12 La verdad es que ya en el Diccionario de Autoridades aparecen algunas voces originarias de América, pero su número es muy limitado.

13 Esta distinción le fue conferida en 1878.

de la Lengua, asiste asiduamente a sus sesiones plenarias<sup>14</sup> y lucha denodadamente por la incorporación al diccionario de vocablos de uso en América.

Durante un tiempo se bate con el espíritu conservador de los miembros de la Real Academia que casi no querían aceptar voces americanas y en esos momentos, algo decepcionado, escribe un libro al que llama *Papeletas lexicográficas*<sup>15</sup> en el que recoge más de 2500 voces de uso no solamente en Perú, sino también en otros países de América.

Luego se reconcilia porque advierte que ha cambiado de postura, ampliando su espíritu y admitiendo cada vez más las voces provenientes de distintos países de América para reflejar toda el habla hispánica, no sólo la del español peninsular.

Últimamente hay casos en que algunos opinan que se llega a extremos excesivos al incorporarse voces del argot y del lunfardo. Precisamente, en la vigésima segunda edición de la RAE, donde desaparece el *distracto*,<sup>16</sup> se encuentra por primera vez «yira», el nombre de un tango de Discépolo<sup>17</sup> y cuando se lee la letra de ese tango encontramos una estrofa en que se expresa: «*cuando rajés los tamangos, buscando ese mango que te haga morfar*».

Si analizamos esas líneas, vemos que «tamango» fue ya admitido por la Real Academia desde 1925 como un vocablo de uso en Chile, con el significado de la envoltura de los pies en cuero de oveja para protegerlos del frío, y en Argentina como un calzado muy ordinario que usan los gauchos:<sup>18</sup> «3. m. Arg., Par. y Ur. p. us. Calzado rústico que se hacía de

---

14 Martha Hildebrandt, en el prólogo a la reedición facsimilar de las *Papeletas lexicográficas*, nos dice que en 1892 asistió a veinte sesiones (PALMA, Ricardo. *Papeletas lexicográficas*. Lima, 2003, p. vi).

15 Hay una reedición facsimilar coeditada por la Academia Peruana de la Lengua y la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2003, con un ilustrativo prólogo de Martha Hildebrandt.

16 También en esa edición ha desaparecido otro vocablo jurídico: «estelionato».

17 Enrique Santos Discépolo es uno de los más destacados autores de letras de tangos, sus composiciones son muy recordadas.

18 Diccionario de la Real Academia, 15.<sup>a</sup> edición, 1925: «1. Chile. Pedazo de cuero de oveja con que se envuelven los pies los naturales para librarse de los efectos del hielo cuando cruzan los Andes. 2. Argent. Calzado muy basto que usan los gauchos».

La definición ha ido evolucionando hasta llegar a la 22.<sup>a</sup> edición en que se dice de tamango:

«1. m. Arg., Par. y Ur. calzado (todo género de zapato).

cuero crudo, con el pelo hacia adentro, de tejidos rústicos o de cubiertas de neumáticos».

En cuanto a «mango» y «morfar», con el sentido que se les da en el tango, recién aparecen en la 22.<sup>a</sup> edición, es decir, en la primera edición del siglo XXI. El pobre y desesperado que busca los «mangos» que le permitan «morfar» está buscando dinero<sup>19</sup> – 2. m. coloq. Arg. dinero (moneda corriente) – para poder comer algo.<sup>20</sup> Y en el anticipo de la 23.<sup>a</sup> edición, en lugar de (tomar alimento), se diría (ingerir alimento).

En el mismo momento que se incorporan estos vocablos de un tango con la aquiescencia de la Academia Argentina de Letras, porque la Real Academia en esto ahora toma cuidado en consultar a cada una de las Academias hermanas sobre lo que incorpora, al parecer no toma el mismo cuidado para cuando dispone que desaparezcan palabras.

No es lo mismo incorporar un vocablo nuevo, que borrar algo de lo que está existente.

#### 4. EVOLUCIÓN DEL DISTRACTO EN EL DICCIONARIO DE LA RAE

¿Cuándo comenzó a vivir el «distracto» en el diccionario de la RAE? La primera aparición del vocablo *distracto* no está en el Diccionario de Autoridades, sino que aparece recién en la tercera edición que data de 1791. Allí se incorpora de forma muy sencilla: «*distracto* s.m.r. disolución del contrato, del latín *contractus disolutio*»; es todo lo que dice del *distracto*, a diferencia de lo que había sucedido en el Diccionario de Autoridades, donde cada vocablo que se incluía era ilustrado con su empleo por algún literato de nota.

La segunda aparición se produce en la siguiente edición, la cuarta, y allí se reproduce textualmente lo anterior, lo que nos provocó la necesidad de averiguar qué significaban las abreviaturas «s.m.r.»; la **s** y la **m** correspondían a sustantivo masculino, pero ignorábamos el significado de la **r**,

---

2. m. coloq. Arg. y Ur. Calzado viejo y deformado».

19 De mango, no con el sentido del extremo de un instrumento ni como nombre de una fruta; dice la 22.<sup>a</sup> edición del diccionario:

«1. m. coloq. Arg. y Ur. peso (unidad monetaria)».

20 También el año 2001, en la 22.<sup>a</sup> edición del Diccionario de la RAE, aparece «morfar» con el siguiente sentido:

«1. tr. coloq. Arg. y Ur. comer (tomar alimento)».

por lo que indagamos en la lista de abreviaturas contenida al comienzo del Diccionario y allí encontramos: «raro uso».

A partir de la quinta edición, que es de 1817, se cambia lo de «s.m.r.» por «s.m.ant.», sustituyendo el «raro uso» por «anticuado» y el «distracto» queda vestido con este mote de anticuado,<sup>21</sup> y así vive hasta la vigésimo primera edición, que data de 1992, sin modificación alguna en el significado; lo único que se modifica es que, a partir de la sexta edición, deja de reproducirse la fuente latina y ya no se dice *contractus disolutio*, sin señalar siquiera su origen latino, que reaparece en la décimo segunda edición, en 1884, donde se aclara entre paréntesis «(del lat. *distractus*)» y se agrega a continuación «For.», por ser de uso forense, y con esta forma se lo encuentra hasta la 19.<sup>a</sup> edición en 1970, pero en la 20.<sup>a</sup> de 1984 se reemplaza «For.» por «Der.», de uso en el Derecho; forma que se mantiene en la 21.<sup>a</sup> edición de 1992, que contiene la última aparición del «distracto» en el Diccionario de la Academia. Quizás resulte conveniente señalar que no encontramos el vocablo en ninguna de las ediciones del Diccionario Manual, quizás como un anticipo de que, por la antigüedad del vocablo, se estaba pensando suprimirlo del léxico.

La búsqueda en otros diccionarios como el de Corominas, que tanto material útil suele brindar, o en el de María Moliner, dan un significado similar y siempre motejando de anticuado el distracto.

Se ve que el hecho de que durante dos siglos la voz haya sido, primero, de raro uso y, después, considerada anticuada es lo que ha decidido a los honorables miembros de la Real Academia a hacerla desaparecer en la última edición.

Pero el distracto, cuando se nos apareció, nos decía: «Yo no he muerto por eso, simplemente estoy ausente de la península ibérica; y ¿qué razones motivan que me haya ausentado? Bueno, a alguien de mi edad el frío suele a veces causarle molestias en los bronquios, y los inviernos tan rigurosos como este último que ha padecido toda Europa, provocaron que emigrara y me fuera a buscar un clima más benigno, más sano, más atractivo, y lo he encontrado en el Río de la Plata. Allí, como también en Asunción del Paraguay donde, como decía Helio Vera, hay sólo dos estaciones:<sup>22</sup> la del ferrocarril y el verano; he buscado un ambiente más adecuado para mi salud, por lo que me aclimaté y allí sigo estando presente. Si usted lo averigua y hace una búsqueda a fondo del problema,

---

21 Por eso recordábamos a Caballero de Gracia, que confesaba estar un poco antiguo.

22 Ver *Diccionario Contrera* de Helio Vera, abogado y periodista paraguayo.

verá que la gente del foro de esos países sigue recurriendo a mí con frecuencia».

Y prosiguió: «Esto me obliga a pensar que si se aceptan vocablos del lunfardo, no hay razón que a quien tiene una rancia estirpe, una genealogía que viene del latín que es el idioma madre del lenguaje jurídico, lo tengan que borrar del Diccionario por anticuado. ¡Ya verá usted que no estoy muerto!».

## 5. EL «DISTRACTO» EN AMÉRICA DEL SUR

Entonces, comenzamos a indagar tomando contacto con amigos de diferentes puntos de América. En esos días escribimos a varias personas, entre ellos dos uruguayos que son correspondientes de nuestra Academia cordobesa: Gustavo Ordoquí Castilla y Arturo Caumont.

Nos respondió Caumont: «Yo lo uso con frecuencia en mis clases y escritos y también se usa en el lenguaje forense de Uruguay».<sup>23</sup>

Le escribimos a un profesor de Paraguay, autor de obras sobre el contrato, Bonifacio Ríos Avalos, y él, siguiendo indicaciones nuestras de cómo podía efectuar una búsqueda, nos mandó una serie de antecedentes del empleo del distracto que procuraremos ver rápidamente.<sup>24</sup>

También escribimos a peruanos y argentinos. El primer argentino en contestar fue alguien que es muy diligente, el actual director del Instituto de la Academia cordobesa en la región Cuyo, Pascual Alferillo,<sup>25</sup> a quien le escribimos el primero de marzo y respondió que después de leer el contenido de nuestro correo en el que le transmitíamos la inquietud de Benjamín Moisés, utilizó de inmediato el buscador Copernic para ver cuántas veces aparecía el distracto en las sentencias de la Cámara Civil —cerca de 10,000 en sus registros particulares— y que había encontrado más de cuarenta fallos que contienen ese vocablo utilizado en temas contractuales, agregando: «a todo efecto puedes argumentar que este uso está totalmente documentado en instrumentos públicos», y termina con una nota:

---

23 Correo electrónico del día 10 de marzo de 2011.

24 Correo electrónico del día 4 de marzo de 2011, que contiene datos sobre obras jurídicas en las que se emplea el vocablo *distractus* y también numerosos fallos de la justicia paraguaya.

25 El Dr. Pascual Alferillo es académico correspondiente de la Academia Cordobesa, profesor universitario y vocal de Cámara Civil en la ciudad de San Juan.

«Estaba por cerrar este *e-mail* y se me ocurrió colaborar con esta investigación y consultar con la web de *La Ley*, y dio el siguiente resultado: “en sumarios de jurisprudencia la palabra es citada 1652 veces, y en trabajos doctrinarios está expuesto el término ‘distracto’ en 235 oportunidades”, espero que sirva para hacerle comprender a la Real Academia Española que los argentinos aún seguimos usando el término».<sup>26</sup>

De Buenos Aires le escribí a José María Gastaldi que también me ha enviado respuestas por el uso que él hace en clase, dice que no con demasiada frecuencia, pero que emplea el vocablo «distracto» en sus trabajos, sobre todo en el libro de pacto comisorio.<sup>27</sup>

Les comentaba que lo primero que hicimos el día 1 de marzo fue escribir a quien fuera director de la Real Academia, Víctor García de la Concha, creyendo que seguía ocupando ese cargo; ignorábamos que por edad había finalizado su mandato, ahora es director honorario. Le escribimos a él porque habíamos tenido relación epistolar una década antes con motivo de la corrección que debió efectuarse en el Diccionario de la Real Academia de un error que apareció durante cien años con relación a la definición de año bisiesto, que a partir de la 13.<sup>a</sup> edición, de 1899, hasta la 21.<sup>a</sup> de 1992, era definido en dos partes del diccionario de manera distinta; evidentemente en una estaba mal y en otra, bien.

Habíamos escrito a García de la Concha señalando ese error, y el año 2001, en la 22.<sup>a</sup> edición, se corrigió. Ahora escribimos sobre el «distracto», pero hasta la fecha<sup>28</sup> no han contestado nada ni él ni el nuevo director.

En ese correo le expresamos nuestra inquietud y le preguntamos si podía darnos a conocer las razones que habían pesado en la Academia para suprimir la voz «distracto».

Queremos recalcar que la Real Academia de la Lengua, además de la virtud de consultar a las Academias regionales, tiene también la virtud

---

26 Correo electrónico del día 1 de marzo de 2011, ampliado en otra carta del día 3 de ese mes, en el que me dice que ha encontrado nueve fallos de Cámara y 28 de la Corte de la provincia de Mendoza en que se emplea el vocablo *distracto*.

27 El día 27 de marzo de 2011 me envió un detallado informe sobre el tema, que mucho agradezco. Allí señala, por ejemplo, el uso que él hace del vocablo en la p. 25 de su libro sobre *Pacto comisorio*. Menciona también la preocupación que tienen los escribanos sobre el tema *distracto*, aplicado especialmente a donaciones, y brinda datos sobre fallos de la Cámara Civil de la Capital Federal, de la Corte de Justicia de Salta y de tribunales contencioso- administrativos en que se emplea el vocablo *distracto*.

28 Martes, 5 de abril de 2011, día en que realicé esta exposición en el Pleno de la Academia de Córdoba.

de integrar su cuerpo de numerarios con representantes de cada una de las otras Reales Academias que integran el instituto de España. Es decir, cuenta con un representante por cada una de ellas para que, de esa forma, cuando se tiene que introducir modificaciones en los significados o agregar algún vocablo nuevo, alguien vinculado con la materia, pueda expresar su opinión.

Precisamente, en la época en que se produjo la corrección de los significados de «año bisiesto» había estado en Córdoba días antes, cenando en la casa de Antonio María Hernández, el Excmo. Señor Dn. Eduardo García de Enterría, numerario de las Academias de la Lengua y de Jurisprudencia, y en esos momentos, previos al Congreso de Valladolid en que se presentó la última edición del diccionario, le habíamos expresado nuestra preocupación.

Cuando pudimos consultar en la web la 22.<sup>a</sup> edición, en que ya estaba corregida la caracterización del «año bisiesto», le escribimos a García de Enterría felicitándolo por varias cosas: primero porque la Academia había puesto en la red todos sus diccionarios.<sup>29</sup> Antes, quien debía hacer una investigación, se veía sumamente limitado porque si no tenía acceso a bibliotecas muy completas, no podía buscar la filiación de un vocablo y la evolución en su significado.

Aquí, en Córdoba, uno podía remontarse hasta la 16.<sup>a</sup> edición de 1936 y de ahí saltar al ejemplar que tenía Vélez de la 7.<sup>a</sup> edición de 1837, y retroceder al ejemplar del Diccionario de Autoridades que se encuentra en la antigua biblioteca jesuítica.

Hoy, quien tenga inquietudes filológicas y desee investigar qué ha pasado con una voz, puede abrir la página de la RAE y efectuar allí una búsqueda que le permite determinar en qué momento apareció un vocablo y cuál ha sido el significado que ha ido teniendo y su evolución a lo largo del tiempo, es decir, conocer toda su historia.

Esta útil herramienta que la Real Academia ha puesto al alcance de todos posibilitó nuestra búsqueda, a lo que se han sumado los contactos que tomamos con juristas amigos que nos escribieron de inmediato.

Debemos señalar que un joven, hijo de uno de los profesores de Contratos más destacado que ha existido en la República Argentina, Fernando J. López de Zavalía, a quien la Academia distinguió en su momen-

---

29 Con anterioridad solamente se podían consultar en la red el Diccionario de Autoridades y la 21.<sup>a</sup> edición de 1992.

to como Maestro del Derecho,<sup>30</sup> nos dijo que en el tomo primero de la obra de contratos de su padre está empleado y explicado el alcance del vocablo distracto.<sup>31</sup> A continuación, reproducía en ese correo tres largos párrafos de la obra de su padre, dato que, por supuesto, agradecemos.

El mismo día, en otro correo, nos decía: «Con el buscador de Google, configurado en la opción “Buscar sólo páginas en español” la palabra “distracto” arroja 37,600 resultados».

A estos datos debe agregarse que López de Zavalía se ocupó del problema que en materia notarial se presenta con el uso del distracto para solucionar el disfavor que padecen las donaciones de inmuebles, problema que había motivado que un notario de Buenos Aires publicara dos artículos vinculados con el empleo del distracto como herramienta para bonificar los títulos de donación que resultan siempre objetados.<sup>32</sup>

También se ha ocupado del tema, entre otros, el escribano Carlos Nicolás Gattari: «Distracto de donación», *Revista del Notariado*, n.º 844, pp. 21-24, y «Bonificar donación investigando y contando el resultado», *Revista del Notariado*, n.º 846, p. 533. A raíz de eso, López de Zavalía le escribe una carta a Di Castelnuovo analizando el concepto de distracto; esa carta es un verdadero artículo de doctrina y fue publicada en la *Revista Notarial de la Plata*.<sup>33</sup>

Pues bien, el hijo de López de Zavalía reflexionaba: «los distinguidos miembros de la RAE no vacilan en incorporar al diccionario vocablos del lenguaje popular o del «lunfardo», pero no deben negar a los hombres de derecho la posibilidad de emplear vocablos jurídicos de larga tradición, aunque provengan de lenguas muertas. El «distracto» está vincu-

---

30 Esa distinción solamente se ha otorgado en tres oportunidades. La segunda de ellas, en 1996, tuvo como destinatario a López de Zavalía. Con anterioridad, en 1990, se distinguió a un romanista, Agustín Díaz Bialet, y posteriormente, en 2008, a un constitucionalista y miembro de la Corte Suprema de la Nación, Carlos S. Fayt.

31 Correo electrónico del día 2 de marzo, en el que expresaba textualmente: «En nuestra doctrina, el término “distracto”, está vinculado a la definición misma de contrato, en esa célebre discusión entre la tesis amplia y la tesis restringida, como lo demuestra la pág. 16 de la última edición del tomo I de Teoría de los contratos, que a continuación te transcribo: [...]».

32 Ver DI CASTELNUOVO, Gastón R. «El distracto. Medio inadecuado para bonificar títulos provenientes de donación». En: *Revista Notarial*, n.º 919, p. 575, y «La simulación, el distracto y, otra vez, las donaciones a extraños». En *Revista Notarial*, n.º 926, p. 41.

33 Ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. «Acerca del distracto». En *Revista Notarial*, n.º 926, p. 73. Puede consultarse también en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: <www.acaderc.org.ar>.

lado a la definición misma del contrato y a esa célebre discusión entre la tesis amplia y la restringida.<sup>34</sup>

En la obra de López de Zavalía se advierte que el vocablo «distracto» tiene raigambre en el propio Código Civil argentino, ya que si bien no está utilizado en ninguno de los artículos del código, en la nota al artículo 1493, primero del título de la locación, Vélez lo utiliza y no debemos olvidar que el codificador tenía gran preocupación por el uso del lenguaje, y por esa razón en su biblioteca encontramos varios diccionarios y entre ellos la edición de 1837 del Diccionario de la Real Academia.<sup>35</sup>

En Paraguay también continúa empleándose el vocablo *distracto*. El profesor Bonifacio Ríos Ávalos, a quien le consultamos sobre el tema, contestó diciéndonos que en su obra *Introducción al estudio de los hechos y actos jurídicos*, «en el punto referido a las rescisiones de los contratos, es decir, al modo en que la voluntad de las partes puedan poner fin a su acuerdo anterior, se refiere al *distractus*».<sup>36</sup>

A continuación agregaba: «Otro autor paraguayo, José Antonio Moreno Rodríguez, en su obra: *Curso de Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*. Intercontinental Editora, 1991, igualmente se refiere al “*distracto*” como un modo de poner fin a las relaciones contractuales para el futuro».<sup>37</sup>

También su carta incluía casos de jurisprudencia en que se mencionaba el *distracto* y se los había conseguido una señorita llamada Patricia Camps, buscando en la Revista *La Ley* de Paraguay, lo que testimonia la amplitud con que se utiliza el vocablo en el ambiente jurídico de ese país.

Todas estas respuestas, conseguidas en menos de una semana, nos impulsaron a continuar con esta investigación y lo hicimos con la ayuda de la señora Pilar Hiruela de Fernández, quien buscó en los sitios de *LexisNexis* y de *Actualidad Jurídica*, y nos suministró los datos de la cantidad de veces que en ellos aparece la palabra «*distracto*».

Escribimos también al director de la revista *Zeus*, de Rosario, el señor Gustavo Caviglia, y el 30 de marzo recibimos un correo con detallada mención de la aparición del *distracto* en fallos de los últimos diez años, que no reproduzco para no extender excesivamente este informe.

---

34 Ver más arriba nota 30.

35 Los hijos de don Dalmacio Vélez Sársfield, Aurelia y Constantino, donaron a la Universidad de Córdoba la biblioteca de su padre, que se encuentra en un templo, junto con los manuscritos del Código Civil, en la Biblioteca Mayor de la Universidad.

36 Correo electrónico del 4 de marzo de 2011.

37 Correo citado en la nota anterior.

Sin embargo, deseamos señalar que el investigador hoy tiene que recurrir a las herramientas que brinda Internet y resulta de interés emplear dos de los buscadores que más se utilizan: Google y Yahoo. En Google ayer tomamos datos, verificando de nuevo una búsqueda que ya habíamos hecho antes, y encontramos que en las páginas en castellano figuraban ayer alrededor de 49,700 entradas; y en Yahoo algo más de 32,000 entradas, es decir, que el vocablo sin duda conserva plena vigencia.

Posiblemente, la RAE cuando tomó la decisión de eliminar el «distracto» no ha recurrido a ese tipo de herramienta, cuyo uso hoy no puede omitirse cuando se trata de verificar si un vocablo se emplea o no.<sup>38</sup>

Finalmente, debemos mencionar que a esta búsqueda han contribuido otras personas como Edgardo Saux,<sup>39</sup> que nos ha suministrado un gran cantidad de fallos de la Cámara Civil de Santa Fe, y José María Gastaldi<sup>40</sup> —cuya contribución ya hemos mencionado más arriba—, que nos contestó con un extenso informe que, entre otras cosas, recordaba la existencia de un trabajo de Lidia Garrido Cordobera que al tratar de la extinción de los contratos, menciona al distracto. Y hoy hemos recibido dos correos del doctor Raúl Heredia, uno de nuestros académicos correspondientes, en los que nos informa que buscando con Microjuris Doctrina de España había encontrado tres resultados en trabajos publicados en la revista *Crítica Inmobiliaria*, pero eran todos trabajos de autores argentinos.<sup>41</sup>

Para finalizar, debemos señalar que en Perú, normalmente, no se emplea el vocablo «distracto», pero un buen amigo, el profesor Carlos Cárdenas Quirós nos ha informado que uno de los autores peruanos más destacados en materia de contratos, Manuel de la Puente y Lavalle, que ha fallecido no hace mucho, tiene dos obras de esta materia en las que trata del distracto.<sup>42</sup> Agradezco a Carlos Cárdenas que no solamente me

---

38 Por supuesto que yira puede tener más entradas que distracto (hay casi un millón). No discutimos la decisión de incorporar al diccionario el título de ese tango —aunque sea una mujer de vida airada— porque nos gusta «Yira», pero deseamos que no se eliminen vocablos de uso jurídico, que siguen teniendo aplicación en países de América.

39 Edgardo Saux es profesor en la Universidad del Litoral, camarista civil en la justicia santafesina y Secretario de la sede Santa Fe del Instituto de la Academia en la Región Centro.

40 Catedrático de Contratos en la Universidad de Buenos Aires.

41 Correo electrónico del día 5 de abril de 2011.

42 Correo electrónico de Cárdenas del 21 de marzo de 2011: «Te envío las páginas de dos libros de Manuel de la Puente en los que menciona el distracto. La primera página

envió los datos que reseño, sino también fotocopia de las páginas en que De la Puente habla del distracto.

La primera es anterior a la reforma del Código en 1984; él había participado como miembro de la comisión reformadora y le tocó ser ponente precisamente en el tema contratos; la otra obra, posterior a la reforma, la publicó la Pontificia Universidad Católica del Perú, en una colección titulada Para leer el Código Civil. En la primera de esas obras la referencia al distracto es muy breve, ya que se limita a decir que el distracto es «*entendido como el acto jurídico convencional por el cual se disuelve un contrato*». <sup>43</sup> En la segunda de esas obras se ocupa más detenidamente del distracto al referirse a las formas de extinción de una relación jurídica. <sup>44</sup>

Como nos hemos extendido demasiado y no deseamos abusar de vuestra benevolencia, no proseguiremos exponiendo todo el material que hemos reunido gracias a la colaboración de buenos amigos y con nuestras búsquedas en Internet y nos limitaremos a pedirles que se apruebe el proyecto de declaración que hemos redactado, cuyo texto se leerá por Secretaría, y rogarles que si alguno puede colaborar aportando su conocimiento sobre obras cuyos autores mencionen al distracto, lo hagan.

Se lee y aprueba el proyecto de declaración que se agrega como anexo.

## 6. ANEXO

Resolución n.º 3 de 2011. <sup>45</sup> Lleva la firma del Presidente de la Academia, Juan Carlos Palmero, y del Secretario Académico, Jorge de la Rúa.

VISTO:

- 1) Que el vocablo distracto, de origen latino y uso forense, se incorporó al Diccionario de la Real Academia Española con el significado «disolución del contrato» en 1791 (tercera edición).

---

está sacada de sus *Estudios del contrato privado*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1983, tomo I. Las tres páginas siguientes están tomadas de *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. «Biblioteca Para leer el Código Civil». Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1991, vol. XI, Primera Parte, tomo I».

43 Ver *Estudios del contrato privado*, citado en nota anterior, p. 88.

44 Ver *El contrato en general*, citado en nota 40, pp. 89-91.

45 La resolución fue aprobada por el pleno el día 5 de abril, pero se incorporó al libro de resoluciones el día 8.

- 2) Que en esa oportunidad se lo caracterizó con la abreviatura s.m.r. , que significa «sustantivo masculino, raro uso».
- 3) Que se reprodujo sin cambios en la 4.<sup>a</sup> edición (año 1804).
- 4) Que a partir de la 5.<sup>a</sup> edición (1817) se cambió la abreviatura por s.m.ant. (sustantivo masculino anticuado).
- 5) Que se mantuvo luego sin modificaciones en su significado hasta 1992 (21.<sup>a</sup> edición del Diccionario de la RAE).
- 6) Que en la 22.<sup>a</sup> edición (año 2001) ha desaparecido del léxico.

Y CONSIDERANDO:

- 1) Que posiblemente esta supresión del vocablo se deba al hecho de que no se emplea más en España.
- 2) Que la Real Academia incluye en su diccionario no solamente voces que se emplean en la península ibérica sino también aquéllas que se utilizan en otros países de habla hispánica.
- 3) Que el vocablo «distracto» continúa teniendo uso frecuente en el Río de la Plata (Argentina y Uruguay), y también en Paraguay.
- 4) Que hay ejemplos de uso también en obras de doctrina de Perú y en jurisprudencia de Colombia.
- 5) Que si se acude a Internet con buscadores como Google o Yahoo se encuentra en el primero de ellos más de 45 000 páginas en español en las que aparece usado el vocablo *distracto*, y en el segundo alrededor de 35 000.
- 6) Que en el lenguaje forense su uso se ha renovado en ramas nuevas, como el derecho laboral, en la que es casi de empleo diario (en Google aparecen 11 000 páginas en que se habla de «*distracto* laboral»).
- 7) Que en búsquedas efectuadas en los *thesaurus* de revistas jurídicas de Argentina y Paraguay se ha podido comprobar que el vocablo *distracto* tiene plena aplicación, tanto en fallos judiciales como en artículos de doctrina.
- 8) Que modernas obras de contratos de Perú (Manuel de la Puente y Lavalle), Paraguay (Bonifacio Ríos Avalos y José Antonio Moreno Rodríguez) y Argentina (Alberto G. Spota, Fernando J. López de Zavalía y Juan Manuel Aparicio, miembro de número de la Academia de Córdoba), tratan del *distracto* y que en la propia página web de nuestra Academia aparece un artículo de Fernando J. López de

Zavalía dedicado al distracto.

- 9) Que estos hechos parecen aconsejar se reincorpore el vocablo al Diccionario de la RAE, indicando que se continúa empleando en países de América.

Por todo ello,

La Academia Nacional de Derecho de Córdoba (República Argentina)

### **Resuelve**

Artículo 1) Dirigirse a la Real Academia de la Lengua solicitando se reincorpore en próximas ediciones la voz «distracto», precisando que se emplea en Argentina, Uruguay, Paraguay y otros países de América.

Artículo 2) Solicitar al Excmo. Señor Dn. Eduardo García de Enterría, numerario de las Reales Academias de la Lengua y de Jurisprudencia, y miembro correspondiente de nuestra Academia, se encargue de diligenciar esta solicitud.

Artículo 3) Dar conocimiento de esta resolución a la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires y a la Academia de Derecho de Paraguay, solicitándoles adhieran al pedido de reincorporación de la palabra «distracto».

Artículo 4) Hacer conocer también esta resolución a la Academia Argentina de Letras.

Artículo 5) De forma.

---

## Respuesta de la Real Academia

«Madrid, 12 de julio de 2011

Sr. D. Juan Carlos Palmero

Académico Presidente

Estimado Sr. Palmero:

Nos complace informarle, desde esta nueva unidad de la Real Academia Española, de que la solicitud que nos envió a través de D. Eduardo García de Enterría, para la recuperación de la palabra *distracto* en nuestro Diccionario por ser usual en algunos países de América, ha sido, previo estudio exhaustivo, revisada y aprobada por la Comisión Delegada del Pleno de esta Real Academia, el pasado día 16 de junio.

En la próxima edición del DRAE prevista para el año 2014, podrá ver reflejadas las decisiones y acuerdos tomados por dicha Comisión, habiendo tenido en cuenta las recomendaciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. En caso de que antes de dicha fecha se incorporasen al DRAE en Internet nuevas modificaciones, ésta también figuraría entre ellas, aunque, dada la intensidad de los trabajos conducentes a la finalización del Diccionario, es poco probable que el DRAE digital reciba novedades antes del 2014.

Agradeciéndole el interés prestado a nuestro Diccionario, reciba un cordial saludo.

Silvia María Fernández Alonso».

## Colofón

Aquel joven discípulo a quien hicimos referencia al comenzar este trabajo, el profesor tucumano Benjamín Moisés, que nos había advertido de la desaparición del «*distracto*», el pasado 7 de marzo de 2015, nos envía alborozado otro correo electrónico diciendo:

«¡¡¡"Distracto" aparece de nuevo en la RAE!!!».

Efectivamente, el *distracto* estaba vivo y hace su reaparición triunfal en la edición del año 2014.



# Las obligaciones dinerarias y de valor\*

*Felipe Osterling Parodi* \*\*

*Mario Castillo Freyre* \*\*\*

- 
- \* El texto del presente artículo ha sido extraído de la Segunda Edición del «Tratado de Derecho de las Obligaciones» (OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. 2ª edición. Lima: Thomson Reuters, 2014, tomo III, pp. 925-1000).
- \*\* Felipe Osterling Parodi, (Lima, 1932-2014), fue Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú (en donde se le nombró profesor emérito) y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. También 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. Asimismo, fue Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, fue 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.
- \*\*\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las 2 colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

## — NOMINALISMO

Artículo 1234.- El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado.

### 1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1234

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836 consignaba en el Título 11, del Contrato de Mutuo, el artículo 4 que establecía que: «El pago del dinero recibido, se hará también en dinero».

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 disponía en su artículo 1256, que: «La obligación que resulta del préstamo en dinero, no es sino de la suma numérica expresada en el contrato, suba o baje su valor hasta el momento del pago».

Por otra parte, el Código Civil de 1852 regulaba el tema en su artículo 1817: «Cuando se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuuario está obligado a devolver en moneda corriente el mismo valor de aquéllas al tiempo del mutuo. — Si no se expresó en el contrato que el pago debería hacerse en la misma clase de moneda, cumple el mutuuario con satisfacer en la que esté circulando en el lugar donde se deba pagar»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890 se refería a estas cuestiones en diversas normas, entre ellas los artículos 1496: «Cuando la obligación tiene por objeto dar, entregar o pagar, por cualquier título, cantidad determinada de monedas metálicas que tienen curso legal en la República, debe el deudor entregar igual número de monedas de la especie designada, sin atender al valor que tengan en el mercado, ni a la alza o baja del cambio sobre plazas extranjeras, salvo estipulación diversa o contraria. — Si en la obligación se determina el valor de las monedas metálicas que se han de dar, entregar o pagar, por su relación con otras monedas nacionales o extranjeras, debe el deudor entregar, en monedas de la especie designada en la obligación, el valor que se haya determinado, aunque resulte mayor o menor cantidad numérica de dichas monedas. — En los dos casos anteriores, si al tiempo en que deben entregarse las monedas, no hay, o no tienen curso legal en el mercado, las determinadas en la obligación, cumple el deudor, dando en moneda metálica usual y corriente, el valor que las que debe entregar, tenían al tiempo de contraer la obligación»; 1497: «Cuando el que debe dinero, incurre en mora, y al tiempo en que cumple la obligación, volun-

tariamente o por orden judicial, ha cambiado el valor de la moneda, si éste es menor que el que aquélla tenía al vencimiento del plazo estipulado, debe pagar la diferencia, aunque a ello no se haya obligado expresamente, y, si el valor de la moneda es mayor, no se aprovecha del exceso el deudor moroso»; 1498: «En las obligaciones de entregar cantidad de dinero, los perjuicios que causa la demora, se reparan con los intereses estipulados, y en su defecto, con el interés legal por todo el tiempo que aquélla dura; a no ser que se haya pactado otra cosa en cuanto a perjuicios. — Cuando la deuda es líquida no se deben intereses; pero practicada la liquidación, corren éstos desde el día en que se entabla demanda por la suma que ha resultado de la liquidación. — El interés legal, es de seis por ciento al año, y rige sólo en el caso de que sobre réditos no haya convenio expreso»; y 1499: «Cuando la obligación es de dar, entregar o pagar cantidad de dinero, no designado por la especie o valor de las monedas, sino por los términos — dinero corriente o moneda corriente —, cumple el deudor, entregando la misma cantidad numérica en la moneda que circule al vencimiento de la obligación, sea cual fuere su valor en plaza».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regía la materia en su artículo 1817: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda que tenga curso legal en el Perú»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el numeral 664: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal en el Perú»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el numeral 1564: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1581: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal», que modificado por la Ley n.º 23327 del 24 de noviembre de 1981, quedó con la siguiente redacción: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal. Las partes podrán convenir, por escrito, que el pago de deudas provenientes de préstamos de dinero en moneda nacional, a plazo no menor de un año, sea referido al índice de reajuste de deudas correspondientes que fije el Banco Central de Reserva del Perú para las clases de operaciones que éste determine. — El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación. — Si el deudor retardara el

pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia del día del vencimiento de la obligación o del día en que se efectúe el pago».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no trató sobre el particular.

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, sí lo hacía en su artículo 101: «El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado. Si la moneda nacional se pusiera fuera de curso, el pago se verificará en aquélla que tenga curso legal el día del pago, por el monto nominal equivalente a dicha moneda nacional a la fecha en que fue puesta fuera de curso y de acuerdo al factor de conversión que establezca la ley»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba el tema en el artículo 1255: «El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado. Si la moneda nacional se pusiera fuera de curso, el pago se verificará en aquélla que tenga curso legal el día del pago, por el monto nominal equivalente a dicha moneda nacional a la fecha en que fue puesta fuera de curso y de acuerdo al factor de conversión que establezca la ley»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1202: «El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado».

## 2. ANÁLISIS

Establece el artículo 1234 del Código Civil peruano de 1984 dos reglas a seguir al momento del pago de una deuda dineraria contraída en moneda nacional.

La primera dispone que la ejecución de la prestación deberá necesariamente efectuarse en moneda nacional, en tanto que la segunda regla consagra el principio nominalista en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

De este modo, conforme reza el nominalismo, al momento del pago se tomará en cuenta únicamente el monto nominal de dicha moneda, pactado al tiempo en que se contrajo la obligación; en este caso, aquél en que se celebró el contrato.

Vale decir, el deudor cumplirá entregando al acreedor una suma de dinero en idéntica cantidad a la que se obligó, independientemente de las fluctuaciones que aquélla (la suma de dinero nominalmente pactada) pueda sufrir desde el momento en que fue contraída la obligación hasta el tiempo del pago.

Así, de acuerdo al principio nominalista, si «A» se obliga frente a «B» por la suma de mil nuevos soles, al momento en que deba ejecutar su prestación deberá entregar única y exclusivamente esos mil nuevos soles pactados (monto nominal), aunque el valor de los mil nuevos soles (el cual se mide según el poder adquisitivo de éstos) al momento del pago sea distinto a aquél que tenía al momento en que se contrajo la obligación.

Mucho se ha discutido acerca de las bondades o perjuicios de la asunción de ese principio para el pago de las deudas contraídas en moneda nacional.

Sin embargo, cabe recordar que este sistema (el nominalismo) no es el único que ha imperado en diversas latitudes y épocas. Ocurre que ha alternado su vigencia con una tesis sustancialmente opuesta, llamada valorismo, según la cual al contraerse una obligación dineraria en moneda nacional será indiferente el monto nominal de dicha obligación, y lo que importará será el valor que representa ese monto, el cual deberá conservarse intacto hasta el momento en que aquélla sea ejecutada.

En nuestro país, como ha sido expresado, ha regido el principio nominalista desde el Código Civil de 1936. Cabe señalar que durante los años en que el Perú experimentó la más cruel hiperinflación de su historia, vale decir entre 1987 y 1990, se debatió ampliamente acerca de la conveniencia de variar dicha tesis (adoptar el valorismo) como regla general en el régimen peruano. Sin embargo, tales planteamientos nunca se tradujeron en el campo legislativo.

Distinto camino han seguido países en los cuales también se han producido procesos inflacionarios de magnitud considerable. Por ejemplo, Argentina, nación en la que durante las últimas décadas la legislación ha oscilado entre uno y otro criterio.

Por nuestra parte, debemos reiterar que somos partidarios, en principio, del sistema nominalista, pues es el que tiende a una mayor estabilización de la economía en una sociedad. Creemos que la vigencia y permanencia del principio nominalista en nuestro país, a pesar de la catástrofe de los años 1987 a 1990, demuestra su solidez y bondades. No olvidemos, por lo demás, que si bien el nominalismo es la regla dentro del régimen peruano sobre las obligaciones dinerarias, las partes han tenido y tienen

la libertad de establecer excepciones, especialmente en virtud de lo dispuesto por el artículo 1235 del Código Civil.

En nuestra opinión, el nominalismo, como principio general, es hoy adecuado a la realidad peruana. Existen sólidos argumentos para sustentar esta tesis.

El primero es evidente: el Código Civil de 1984, luego de más de veintinueve años de vigencia, y soportando victoriosamente severas depreciaciones de la moneda nacional, en nada ha entorpecido u obstaculizado la contratación. La experiencia práctica demuestra que con la regulación de intereses, aunque ella no constituya la solución óptima, es posible superar los ocasionales escollos que generan bruscas devaluaciones. El precepto, en el que se entremezclan el Derecho y la Economía, fue el fruto, al generarse la reforma del Código Civil de 1936, de positivos diálogos entre los autores del proyecto del Código Civil de 1984 y los más distinguidos economistas del Banco Central de Reserva del Perú, entidad que, con autonomía constitucional, es la emisora de la moneda.

Tal como señala Barchi Velaochaga:<sup>1</sup> «La inflación puede ser definida como el aumento general y sostenido de los precios con la consecuente pérdida del valor adquisitivo del dinero. Se trata de un fenómeno de orden económico que provoca la depreciación del signo monetario y el derecho sólo puede formular propuestas de coyuntura actuando sobre los efectos del fenómeno; sus causas, que es lo fundamental, sólo podrán revertirse por una adecuada política económica».

Por otra parte, el Perú hoy vive un periodo de estabilidad económica, que poco a poco alcanza resultados de excelencia, que originan confianza en la solidez de la moneda. Es verdad que innumerables transacciones comerciales se efectúan en moneda extranjera, singularmente en dólares de los Estados Unidos de América y euros, pero ello obedece a la liberalización de la economía, que permite pactar en dichas monedas, al ingrato recuerdo de descomunales devaluaciones de la moneda nacional y a la enorme afluencia de dólares en el mercado por la penosa preponderancia del tráfico ilícito de estupefacientes.

Por último, el nominalismo siempre tiene una cláusula de escape. Ella consiste, simple y llanamente, en pactar el valorismo, de acuerdo con la autorización que confiere el artículo 1235 del Código Civil.

---

1 BARCHI VELAPOCHAGA, Luciano. «Principio valorista». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, tomo VI, p. 519.

La jurisprudencia nacional<sup>2</sup> se ha pronunciado sobre este tema al señalar que: «Tratándose de deudas contraídas en moneda nacional, su pago no podrá ser exigido en moneda distinta, entendiéndose como moneda nacional la que rige en el momento del pago parcial o total».

## – CLÁUSULAS VALORISTAS

Artículo 1235.- No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

### 1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1235

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente al cumplimiento recíproco de las obligaciones, puede mencionarse a la Ley de las Siete Partidas, Ley 5, Título VI, Partida Quinta.

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, consignaba en el Título 11, referido al Contrato de Mutuo, el artículo 4 que establecía que: «El pago del dinero recibido, se hará también en dinero».

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 regulaba el tema en su artículo 1256: «La obligación que resulta del préstamo en dinero, no es sino de la suma numérica expresada en el contrato, suba o baje su valor hasta el momento del pago».

Por su parte, el Código Civil de 1852 regía la materia en los numerales 1816: «Si fueron apreciadas las cosas al tiempo del mutuo, está obligado el deudor a satisfacer el valor que se les dio, aunque valgan más o menos al tiempo del pago»; y 1817: «Cuando se prestó moneda de oro o

---

2 Casación n.º 782-97-Lima. Publicada en el diario oficial *El Peruano*, con fecha 8 de octubre de 1999, p. 2447.

plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuatario está obligado a devolver en moneda corriente el mismo valor de aquéllas al tiempo del mutuo. — Si no se expresó en el contrato que el pago debería hacerse en la misma clase de moneda, cumple el mutuatario con satisfacer en la que esté circulando en el lugar donde se deba pagar»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en el artículo 1500: «Si la obligación tiene por objeto entregar valores que no son moneda metálica, como bonos, cédulas, billetes fiscales o de banco, sin fijar el precio que se les da en plaza, o su relación con el cambio sobre mercados extranjeros, cumple el deudor, entregando una cantidad numérica igual a la debida, sin consideración al alza, o la baja de dichos valores; pero, si se ha designado un precio, o un tipo de cambio fijo, debe pagar el deudor la diferencia, si hay baja, y se aprovecha de ella, si hay aumento de valor. — Incurriendo en mora el obligado, responde al acreedor por el menor precio que tengan los mencionados valores después del plazo señalado para la entrega, aun cuando no se haya fijado en la obligación precio, o tipo de cambio; y si los valores no existen en plaza, o no circulan al vencimiento de la obligación, debe entregar el deudor, en moneda corriente, un valor igual al que recibió, o el valor por el cual se obligó, al tipo designado en la obligación».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, legislaba sobre el particular en su artículo 1817: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda que tenga curso legal en el Perú»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el artículo 664: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal en el Perú»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1564: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1581: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal». El texto de este último artículo fue modificado por la Ley n.º 23327, del 24 de noviembre de 1981, quedando con la siguiente redacción:

El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal. — Las partes podrán convenir, por escrito, que el pago de deudas provenientes de préstamos de dinero en moneda nacional, a plazo no menor de un año, sea referido al índice de reajuste de deudas correspondientes que fije el Banco Central de Reserva del Perú para las clases de

operaciones que éste determine. — El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación. — Si el deudor retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia del día del vencimiento de la obligación o del día en que se efectúe el pago.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, no reguló el particular.

Sí lo hicieron el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en su artículo 102: «Sólo por ley especial se podrá permitir que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante. — El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación. — Si el deudor retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1256: «No obstante lo establecido en el artículo precedente, las partes podrán acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante. — El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día de vencimiento de la obligación. — Si el deudor retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1203: «No obstante lo establecido en el artículo 1202, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante. — El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día de vencimiento de la obligación. — Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago».

## 2. ANÁLISIS

### 2.1. Generalidades

Como lo hemos expresado, el artículo 1235 del Código Civil peruano de 1984 plantea, no obstante, el principio nominalista adoptado por el artículo 1234, que las partes contratantes, de común acuerdo, puedan optar por un criterio valorista respecto de obligaciones contraídas en moneda nacional.

Esta situación obedece al impacto que ciertos acontecimientos económicos ostentan sobre el valor de las prestaciones dinerarias. Por ello, nuestra legislación ha previsto un mecanismo contractual que procura paliar los resultados desestabilizadores del equilibrio contractual que ciertos hechos económicos pueden generar.

Así, cuando los efectos de la depreciación monetaria se traducen sobre el valor de las obligaciones de dar sumas de dinero, introduciendo elementos que quebrantan la proporcionalidad y equivalencia en el valor de éstas, el Código Civil otorga a las partes la posibilidad de pactar una cláusula de estabilización, denominada también cláusula valorista, a fin de restablecer el equilibrio en las prestaciones y la equidad en la relación jurídica.

Cuando el dinero, por su desvalorización, no cumple su función de medida de los valores, surge la necesidad de encontrar un nuevo elemento que permita establecer la equivalencia en las operaciones de cambio.

Una forma de satisfacer tal necesidad la constituyen las cláusulas valoristas, puesto que éstas emplean patrones de referencia que reemplazan al dinero, en la función que acabamos de mencionar.

Por ello, se dice que la procedencia de las cláusulas valoristas resulta de una validez y utilidad indiscutibles.

Al respecto, conviene apuntar lo señalado por Eduardo Benavides,<sup>3</sup> quien, al abordar el tema de las cláusulas valoristas, expresa que cuando los hombres de negocios advierten que la realidad excedía largamente las previsiones contractuales que pudiesen efectuar, empiezan a pactar en sus contratos cláusulas de estabilización para protegerse de una serie de trastornos, como una devaluación futura o una posible alza sobreviniente de los precios.

---

3 BENAVIDES TORRES, Eduardo. «El cumplimiento de prestaciones dinerarias en el Código Civil Peruano». En *Thémis* n.º 30, Revista de Derecho. Lima: Asociación Civil Thémis, 1994, p. 178.

En relación con las cláusulas estabilizadoras, según lo hemos expresado, se ha desatado una discusión doctrinaria acerca de su legitimidad. Se ha dicho que tales cláusulas contribuyen a crear una desconfianza en la moneda nacional, que atentan contra el orden público, pues al establecerlas se pone en tela de juicio el poder cancelatorio de la moneda y, finalmente, que contribuyen a acrecentar la inflación.

De otro lado, los patrones comúnmente utilizados por los contratantes, a fin de mantener estable el valor de las prestaciones, son los siguientes:

- Metales nobles.
- Mercaderías.
- Monedas extranjeras.
- Índices de ajuste.
- Fórmulas matemáticas que intentan corregir los montos adeudados.

## 2.2. Tipos de cláusulas

Ahora bien, según el patrón utilizado, podemos distinguir las siguientes cláusulas de estabilización:

### *Cláusula oro u otros metales nobles*

Señalan Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,<sup>4</sup> que cuando el pago debe efectuarse en metálico y las partes añoran seguridad, pueden adoptar una cláusula oro, que puede revestir diversas formas, a saber:

- Cláusula pago en oro, mediante la cual deberá entregarse cierta cantidad de oro.
- Cláusula valor oro, a través de la cual el monto del pago en metálico, deberá ser el necesario para adquirir la cantidad de oro pactada.
- Cláusula pago en moneda de oro, mediante la cual el pago debe efectuarse en monedas de oro que todavía se encuentren en curso legal.

Además, señalan que la aplicación de este tipo de cláusula fue harto

---

4 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Inflación y actualización monetaria*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1981, p. 340.

discutida. Así, por ejemplo, la doctrina clásica francesa inició una prédica contraria, argumentando que la cláusula oro promovía la inseguridad, la inestabilidad, el abuso y, más aún, alimentaba un proceso inflacionario.

En tal sentido, los autores citados expresan que esta cláusula no posee una virtud propia que dé estabilidad a su valor, pues como mercadería que es, su valor fluctúa de acuerdo a las leyes de la oferta y la demanda.

Por otra parte, las cláusulas valoristas pueden, igualmente, referirse a otros metales preciosos. No obstante, conforme señala Eduardo Benavides,<sup>5</sup> estas cláusulas han perdido popularidad al haber aparecido otros factores de estabilidad mucho más sólidos y prácticos.

#### *Cláusula mercadería*

Dependiendo de la modalidad contractual, puede elegirse una cierta mercadería o su valor, como patrón de referencia de una cláusula valorista.

A decir de Eduardo Benavides,<sup>6</sup> las cláusulas mercaderías son aquellas que nos remiten el pago al equivalente a un determinado número de unidades de productos que están en el mercado.

La elección de una mercadería determinada halla su razón de ser en la incidencia económica que ésta pueda tener en la economía del contrato.

Según anota el referido autor, en la medida en que la mercadería elegida juegue un papel importante en la base del negocio, esto es, en la estructura de costos o en el cálculo, aquella cobrará sentido.

Este tipo de cláusulas pueden adoptar diversas modalidades:

- **Cláusula mercadería:** mediante la cual se pacta el pago en una mercadería determinada, que será utilizada como un medio de cuenta distinto al dinero.

En este supuesto, pueden, a su vez, distinguirse como subespecies de las cláusulas mercaderías, las siguientes:

- Cláusula trigo o cualquier producto agrícola.
- Cláusula referida a cabezas de ganado o precio de la carne.
- Cláusulas referidas a materiales de construcción.

---

5 BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. cit.*, p. 178.

6 *Idem.*

- Cláusulas barril petróleo.
  - Cláusula cobre.
  - Cláusula uranio.
  - Cláusula carbón.
- **Cláusula valor mercadería:** a través de la cual se pacta el pago en el valor de una mercadería, distinta al dinero, aunque el deudor se libera entregando el dinero suficiente para adquirir la mercancía elegida.

Es decir, que el objeto debido será una cantidad de dinero determinable en función del valor de una cierta mercadería.

*Cláusulas monetaristas*

Cuando se recurre a una moneda extranjera o a su valor, como cláusula valorista, nos encontramos ante una cláusula monetarista.

Tal cláusula puede revestir diversas formas:

- **Cláusula moneda extranjera:** en cuyo caso el pago se determina en una cierta moneda extranjera.
- **Cláusula valor moneda extranjera:** mediante la cual el pago se fija en relación al valor o cotización que una moneda extranjera pueda tener en el mercado cambiario.

Al respecto, Eduardo Benavides<sup>7</sup> señala que mediante este tipo de cláusula se establece que el pago se hará en moneda nacional, según el equivalente a cierta cantidad de moneda extranjera, para lo cual se utiliza el curso o tipo de cambio de dicha moneda a la fecha de pago.

Algunos autores han levantado sus voces criticando estas cláusulas por considerarlas atentatorias contra la moneda nacional, símbolo de la soberanía del Estado.

Por ello se ha dicho que los argumentos utilizados en su contra ya no eran sólo los de la inseguridad y posibilidad del abuso, sino que la discusión incorporó justificaciones de índole patriótico y nacionalista.

Por nuestra parte, expresamos que lo que en verdad podría esgrimirse serían las fluctuaciones del tipo de cambio o un posible control esta-

---

7 *Ibidem*, p. 179.

tal sobre aquél, como argumentos contrarios a las cláusulas monetaristas.

#### *Cláusulas de escala móvil*

Las cláusulas de escala móvil son aquéllas en las cuales las partes recurren a un patrón variable y flexible en su cuantía, o alternativo a algún otro patrón que se haya previsto en el contrato.

A decir de Benavides Torres,<sup>8</sup> las cláusulas de estabilización que se basan en métodos de escala móvil son comunes en contratos de obra, préstamos bancarios, contratos financieros, contratos de *leasing*, entre otros.

En relación a las cláusulas de indexación o de escala móvil, en ellas, a entender de Uribe Restrepo,<sup>9</sup> la suma base a la que está inicialmente obligado el deudor es reajustada (al momento del cumplimiento) en una cantidad proporcional a la variación experimentada por el índice que se haya escogido para esos efectos, durante el lapso transcurrido entre la fecha de la celebración del contrato y la fecha del pago. Agrega que este tipo de cláusulas buscan mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes en contratos que, por estar diferida en el tiempo su ejecución, se ven amenazados por la depreciación monetaria. De ahí que los índices escogidos por las partes sean comúnmente aquéllos que, en forma más o menos cercana, reflejan las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda, como es el caso del índice de precios al consumidor, el índice de precios al por mayor, el índice de sueldos y salarios, etcétera.

#### *Cláusulas referidas a fórmulas matemáticas*

Según Benavides,<sup>10</sup> cuando las partes desean protegerse contra la inflación, pero también contra la devaluación, tienden a utilizar fórmulas polinómicas en las que se ponderan diversos índices o factores, según el peso que juegan en la estructura de costos del contrato.

#### *Cláusulas de indexación*

Las cláusulas de indexación son aquéllas en virtud de las cuales las partes acuerdan que la cuantía o monto de la deuda se actualice periódicamente, en función a ciertos indicadores económicos o de otra naturaleza.

---

8 *Ibidem*, p. 181.

9 URIBE RESTREPO, Luis. *Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación*. Bogotá: Editorial Temis, 1984, p. 128.

10 BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. cit.*, p. 181.

Expresa Eduardo Zannoni,<sup>11</sup> que la indexación no es ni más ni menos que el sometimiento de la moneda a indicadores o índices que revelan la magnitud de su depreciación en un determinado lapso; de este modo, la suma original se reajusta al momento del pago de la deuda a los efectos de que el acreedor perciba una cantidad de dinero suficiente para mantener intangible el valor de cambio que la suma original representaba el día en que se contrajo la obligación.

*Cláusulas de valor referidas a un índice de reajuste*

Este tipo de cláusulas tiene similar naturaleza que las cláusulas de indexación; empero, se distinguen de éstas por utilizar un patrón distinto, cual es el de un índice ad-hoc que fija una entidad estatal.

*Cláusulas de revisión periódica*

Cuando las partes se comprometen a revisar cada cierto tiempo el monto de la prestación, nos encontramos frente a una cláusula de revisión periódica.

Eduardo Benavides<sup>12</sup> señala que la objeción que puede formularse en torno a este tipo de cláusula es la referida al hecho de que las partes no se comprometen a hacer un reajuste efectivo, sino simplemente a revisar el monto de la deuda.

De este modo, si una de las partes no aceptase la actualización de lo debido, fácilmente puede advertirse la ineficacia de esta cláusula.

*Cláusulas de valor en función a determinadas unidades de referencia*

En palabras de Benavides,<sup>13</sup> durante un tiempo se utilizaron como anclas de estabilidad algunas unidades de referencia, como pueden ser: la remuneración mínima legal, las unidades de referencia tributaria, entre otras.

Empero, este tipo de cláusulas ha sido dejado de lado por la influencia que en ellas ejercen ciertas variables económicas.

Por otra parte, debemos señalar que la doctrina clasifica o divide a las cláusulas de estabilización en internas y externas.

---

11 ZANNONI, Eduardo. *Revaluación de obligaciones dinerarias*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1977, p. 63.

12 BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. cit.*, p. 180.

13 *Ibidem*, p. 181.

En las primeras, o sea, en las internas, la mercadería o el índice escogido por las partes guarda estrecha relación con los sujetos o con el objeto de la obligación. Sería el caso de la indexación de un préstamo a largo plazo otorgado para vivienda, en función del índice de precios de la construcción.

Las cláusulas externas emplean como patrón un índice muy general, o un indicador del todo ajeno a la actividad de las partes y al objeto de la obligación. Sería el caso de cláusulas en que la obligación se refiere al índice de precios al consumidor; o aludir al valor de un producto agrícola como índice de reajustabilidad de las prestaciones derivadas de un contrato de construcción urbana.

Anota Uribe Restrepo que en algunos países la distinción entre cláusulas externas e internas ha servido para establecer criterios normativos sobre la validez o nulidad de las cláusulas no monetarias (se reputarían válidas las internas y nulas las externas). Pero, en general, la actitud de la jurisprudencia frente a la licitud de las cláusulas no monetarias o cláusulas monetarias *latu sensu* ha sido mucho más flexible que aquella asumida frente a las monetarias *strictu sensu*, pues se considera que aquéllas no buscan burlar las normas de carácter público que regulan el sistema monetario de un país, sino evitar que los riesgos de la depreciación recaigan únicamente sobre el acreedor.

De otro lado, debemos precisar que el artículo bajo comentario, según hemos señalado, si bien permite a las partes referir el valor del monto adeudado a ciertos factores referenciales, sólo autoriza en forma expresa la utilización de los índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú, otras monedas o mercancías, siempre con la finalidad de mantener dicho monto en un valor constante.

En tal sentido, dentro de la hipótesis de la norma que venimos comentando, pueden establecerse los siguientes supuestos:

*Deuda contraída en moneda nacional, pero tomando como referencia los índices de reajuste automático que establece el Banco Central de Reserva del Perú*

Los problemas generados a partir de un proceso inflacionario afectan directamente a la economía; empero, a decir verdad, algunos de ellos se extienden sobre el radio de acción del Derecho.

Uno de los problemas económicos a los que se debe enfrentar el Derecho es la depreciación monetaria, siempre que las relaciones jurídicas existentes se vean afectadas.

Frente a esta situación, se ideó una figura jurídica a la que se deno-

mina sistema de ajuste de deudas o de reajuste al capital.

Dicha figura, como es lógico pensar, sólo tiene razón de ser en un contexto inflacionario.

Así, en junio de 1981, mediante Decreto Supremo n.º 136-81-EF, se establece un sistema de índice de reajuste de deudas, para permitir que el servicio del crédito corresponda a la capacidad de pago del prestatario desde que asume dicho crédito.

De este modo, a través de la referida norma, se otorga a las partes la posibilidad de convenir por acuerdo escrito, que el importe dado en mutuo y sus saldos se ajusten con el índice que fijará el Banco Central de Reserva del Perú. Asimismo, el pago de las deudas contraídas en moneda nacional puede referirse al índice que acabamos de anotar.

En igual sentido, y como ya lo señalamos, mediante Ley n.º 23327, del 24 de noviembre de 1981, se permitió a las partes, y sobre todo a las entidades financieras, ajustar en función de índices que fija el Banco Central de Reserva, los préstamos dinerarios de plazo no menor a un año.

Ahora bien, consideramos de sumo interés analizar por qué se estableció un sistema de ajuste de deudas en el Perú.

Al respecto, debemos señalar que el impacto inflacionario acaecido sobre el sector financiero peruano, en especial, durante las décadas de los años setenta y ochenta del siglo xx, ocasionó que el sistema vigente de crédito propiciara la paralización del desarrollo de las actividades económicas de mediano y largo plazo. Nos referimos a las actividades agrícolas, pesqueras, industriales, mineras, manufactureras, entre otras, que, por su naturaleza, deben esperar, para ver sus réditos, entre tres y cinco años aproximadamente.

Por ello, la contracción de las inversiones de mediano y largo plazo es consecuencia de un problema de diferencias en el tiempo entre el flujo de ingresos del proyecto y el flujo de pagos exigidos por las altas tasas de interés. Esto es, cuando el pago por concepto de intereses, además de ser excesivo, lejos de coincidir con los años de productividad de las inversiones, coincide con el periodo de maduración del proyecto, no sólo reviste de mayor riesgo y onerosidad a la operación emprendida, sino que muchas veces la retrae.

La inversión, según anota el profesor de la Universidad de Liverpool G.L.S. Shackle,<sup>14</sup> es una acción destinada a producir un rendimiento

---

14 SHACKLE, G.L.S. «Elasticidad del interés de la inversión». En *Teoría de los tipos de inte-*

al cabo de un intervalo de tiempo. Esta acción se emprenderá si los resultados previstos hoy valen más que los medios más baratos para tal acción, valorados ambos en dinero actual.

Por nuestra parte, estimamos que al encontrarse el pago de intereses entre los criterios a considerarse antes de adoptar una decisión de inversión, aquél se perfila como un factor determinante del nivel de gasto de dicha inversión.

Por ello rezan las teorías econométricas que la fijación de un tipo de interés cumple un papel trascendente en la función de producción del capital: mejorar la disponibilidad del crédito e incidir en la tasa de inversión.

La veracidad de esta afirmación se traduce en la escasa actividad de nuestro aparato productivo, la que puede advertirse nítidamente en la tendencia a la baja que presentó la demanda de créditos a largo plazo. Así, por ejemplo, el crédito destinado a la capitalización del sector agrícola disminuyó en seis años en un 54% —en términos reales— desde 1974.

El crédito hipotecario, clave por sus efectos sobre la generación de empleo y sus factores multiplicadores sobre otras industrias, en el periodo comprendido entre los años 1972 y 1979, cayó en un 78%.

De igual manera, los demás sectores, fundamentalmente aquéllos referentes al desarrollo económico del país, se vieron afectados.

Esto obedece al hecho de que quien arriesga su dinero busca el desarrollo de un proyecto, que sin dejar de tener su componente de riesgo, logre en el más breve plazo recuperar la inversión y pagar los intereses del préstamo adquirido para llevarlo a cabo.

Frente a ello surgió la necesidad de contar con un mecanismo que fomentara el desarrollo de las actividades económicas de largo y mediano plazo, en aras de enrumbar al país por las rutas del crecimiento económico.

De este modo, el ajuste de capital se perfiló como una alternativa nueva y no excluyente del sistema de crédito que existía, a fin de contribuir a la expansión de las fronteras del planeamiento de inversiones a mediano y largo plazo.

Adicionalmente, es preciso señalar que la simple disminución en las tasas de interés aplicables a las operaciones de largo y mediano plazo, antes que resolver el problema lo agravaría, ya que en una economía en

que el ritmo inflacionario no se ha neutralizado, una significativa reducción de las tasas de interés conlleva la fijación de un interés real negativo, el que por encontrarse por debajo de la tasa de inflación, descapitaliza al ahorrista, cuyo dinero depositado perdería su poder adquisitivo, desincentiva a potenciales ahorristas y, de otro lado, beneficia al usuario del crédito, quien sólo se verá obligado a pagar una tasa de interés barata, esto es, menor que el crecimiento de los precios.

En otro sentido, cabe señalar que el problema del pago de importantes sumas de dinero por concepto de intereses, en los primeros años de las inversiones de mediano y largo plazo, intentó ser resuelto mediante ciertas prácticas que a continuación anotamos:

- El uso de créditos en moneda extranjera, ya que ofrecen una escasa desvalorización y una ventaja, al poseer una tasa de interés referida al *prime rate o libor*, lo que la hace más baja que aquélla fijada para el crédito doméstico.
- El contraer créditos en moneda nacional, pero por montos mayores a los que realmente se necesitan en el proyecto de inversión, a fin de cubrir los altos pagos de interés en la etapa inicial de la inversión.
- La refinanciación sucesiva, en aras de afrontar con los préstamos auxiliares de otras instituciones financieras los pagos del préstamo principal.

No obstante, estas prácticas no se presentan como la respuesta más adecuada, toda vez que en términos de costo efectivo aquéllas suponen mayores costos que los que se habrían de asumir, si se adoptase un crédito bajo el sistema tradicional.

Por otra parte, es menester señalar que la utilización de créditos en moneda extranjera dolariza nuestra economía, mientras que por depender el otorgamiento de un crédito financiero de la solvencia de las personas/empresas solicitantes, no todos los usuarios del crédito podrán incurrir en créditos por montos mayores a los necesitados.

La refinanciación sucesiva, por su parte, no da siempre buenos resultados, al margen de ser sumamente mortificante para el prestatario.

Es por ello que se optó por el diseño de un esquema nuevo de crédito, al que, según hemos señalado, se denominó sistema de reajuste de deudas.

Este sistema presenta una serie de bondades, las que brevemente anotamos:

- Al no ser excluyente del sistema tradicional de crédito, las operaciones pueden realizarse bajo un sistema u otro.

No obstante ello, debe considerarse que si bien el costo del crédito es el mismo, el sistema de ajuste de deudas, al trasladar en el tiempo las mayores amortizaciones y pagos por concepto de interés al periodo de productividad de la inversión, permite que el inversionista deba enfrentarse a aquéllos pasados los primeros años de la inversión, esto es, durante la etapa en la que existe una disponibilidad de liquidez.

- Con el sistema propuesto, el inversionista no paga menos, ni paga más, porque los montos a pagar en ambos sistemas de crédito, si bien difieren nominalmente, poseen un valor real idéntico.

Por ello, se ha dicho que la equivalencia en el costo efectivo del crédito, hace que el flujo de pagos en ambos sistemas, en valor actual, sea el mismo.

- Favorece la política antiinflacionaria, al evitar un incremento en las inversiones de corto plazo. Este tipo de inversiones, como sabemos, fortalecen un proceso inflacionario. Ello, en razón a que las actividades económicas de corto plazo, además de tener un propósito netamente especulativo, antes de contribuir a la producción de bienes y servicios, únicamente hacen posible la circulación de éstos, aumentando así la velocidad del dinero.
- El rendimiento de un crédito sujeto o no al sistema de ajuste de capital, es el mismo para la institución financiera. Esto significa que tal entidad se interesará en prestar bajo este sistema.

En tal sentido, es preciso anotar que la sumatoria de la tasa de interés y el índice de ajuste de deudas no es mayor a la tasa de interés que se cobra por las operaciones de crédito de mediano y largo plazo, porque ésta fue precisamente una de las cuestiones centrales que preocupó a las autoridades en el diseño de este tipo creditorio.

- Los especialistas han señalado además que el sistema propuesto no reporta menores pagos por Impuesto a la Renta por parte de las instituciones financieras, de modo que no se afecta al Tesoro Público.

Ello, en razón de que el reajuste que afecta a los saldos pendientes de pago se considerará como una forma de ingreso devengado, de manera tal que la totalidad del ingreso graduable no se verá afectado.

Ahora bien, debemos precisar que el establecimiento del referido sistema posee motivaciones e implicancias distintas, según la incidencia de aquél sobre las operaciones de crédito celebradas, de un lado, por las entidades financieras, y de otro, por los particulares o personas ajenas al sistema financiero.

En tal sentido, trataremos primero el significado de la aplicación del sistema de reajuste de capital en el sector financiero, para luego abocarnos a la importancia de su establecimiento en el ámbito contractual de las personas ajenas al sistema financiero.

*El sistema de ajuste de deudas en el sector financiero*

Bajo una óptica financiera, el sistema de reajuste al capital importa un nuevo esquema de crédito que intenta resolver los problemas presentados por el financiamiento de los primeros años de los créditos de largo y mediano plazo en épocas de inflación.

El inversionista que concertó un crédito sujeto al sistema de reajuste de deudas deberá cancelar los mayores pagos por concepto de interés, cuando es más oportuno y posible hacerlo, esto es, pasados los primeros años de la inversión, a los que se conoce como periodo de maduración.

Ello es posible porque el referido sistema hace coincidir en el tiempo los mayores pagos del préstamo y sus intereses, con el periodo de productividad o mayores ingresos de la inversión.

Así, al constituirse el sistema de reajuste de deudas en una nueva modalidad de créditos que intenta fomentar la inversión de largo plazo, se ha diseñado una salida al entrampamiento que plantean las actividades de largo y mediano plazo.

Resulta de interés anotar que, a fin de paliar la problemática a la que nos hemos venido refiriendo, los inversionistas idearon formas ingeniosas de obtención de crédito, las que constituyen variantes del sistema de ajuste al capital.

Según se ha dicho, en los créditos obtenidos en moneda extranjera, la tasa *prime rate* o *libor* es el equivalente a la tasa de interés básica, y la tasa de devaluación sustituye al índice de reajuste de deudas para ajustar el principal obtenido.

De otro lado, cuando se contraen créditos por montos mayores a los necesarios, los desembolsos reajustan el valor original del crédito.

En cambio, cuando se solicitan préstamos auxiliares, se modifica el valor original del crédito, de modo que esta modalidad es también una forma rudimentaria de ajuste al capital.

Por otra parte, el ajuste de las deudas generadas por créditos otorgados vía intermediación financiera se lleva a cabo mediante un sistema de corrección de deuda que intenta convertirse en una forma más equitativa de amortización del capital prestado durante la vigencia del crédito.

Ahora bien, según hemos venido señalando, el principal objetivo del sistema propuesto es el de reactivar las inversiones en actividades económicas de mediano y largo plazo. A fin de lograr un propósito de tal envergadura, quienes idearon el sistema de ajuste de capital tomaron en consideración que la tasa de interés, originalmente, refleja el costo de oportunidad del capital. Sin embargo, en épocas de inflación, dicha tasa intenta, además, restituir el poder adquisitivo del capital; así, el monto de la tasa de interés se elevará al ritmo de la depreciación monetaria, la que, durante un proceso inflacionario, se producirá, sin lugar a dudas, constantemente.

A decir de Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,<sup>15</sup> el interés cumple, tradicionalmente, la función de un seguro de garantía para cubrir el riesgo que corre el dueño del capital de que no se lo reintegren.

Esa función de cobertura hace que la tasa normal de interés pueda verse acrecentada en cierta medida, y ésta varía según la solvencia de la persona que deba reintegrar el capital y los riesgos de la operación en que se emplee el dinero.

Sin embargo, en épocas de inflación, la tasa de interés se ve totalmente deformada porque ingresa en ella un nuevo elemento, que en la práctica se cobija bajo el nombre de interés, aunque no es verdaderamente tal cosa, sino que tiende a cubrir la pérdida del valor que sufre el dinero como consecuencia directa de la inflación.

Por ello, se ha separado y extraído de la composición del monto de la tasa de interés el *quantum* destinado a restituir la depreciación monetaria del capital otorgado.

Así, la estructura de la tasa de interés para las operaciones de deudas contraídas bajo el sistema de reajuste representará el costo de oportunidad del capital, teniendo en cuenta los factores riesgo y tiempo de la operación.

Esto, como es evidente, conlleva al establecimiento de una tasa de interés más baja.

---

15 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Op. cit.*, pp. 221 y 222.

La restitución del valor del capital, en cambio, se efectuará mediante la aplicación del índice de reajuste de deudas al monto del capital original.

De esta manera, entonces, se logrará que los mayores egresos de una inversión de mediano o largo plazo coincidan en el tiempo con los mayores ingresos que aquélla puede generar.

Por otra parte, debemos anotar que este sistema se aplica únicamente sobre las operaciones activas de mediano y largo plazo de las entidades financieras, vale decir, el ajuste de las deudas no se aplica sobre los depósitos u operaciones pasivas.

El sistema propuesto es sólo una alternativa al sistema tradicional de crédito, no elimina ni sustituye a este último.

Antes de concluir con el tema, hemos de anotar simplemente que el sistema de reajuste al capital, financieramente, brinda la posibilidad de enfrentar menores pagos, por concepto de interés, durante el periodo de maduración de la inversión, con un costo efectivo idéntico al de un crédito obtenido bajo el sistema tradicional.

*El sistema de ajuste de deudas en el ámbito contractual de las personas ajenas al sistema financiero*

Los efectos de una depreciación monetaria, resultante de un proceso inflacionario, igualmente alcanzan a las operaciones de crédito que los particulares celebran entre sí.

Ante ello, nuestros legisladores, a través del artículo 1235 del Código Civil peruano de 1984, han establecido la posibilidad contractual de un ajuste o corrección en el valor de las deudas dinerarias, denominadas también deudas pecuniarias o monetarias.

Esta permisión expresa halla su razón de ser no sólo en la fundamentación económica que el sistema de ajuste de deudas encuentra en su aplicabilidad sobre el sector financiero, sino también en elementales principios de equidad.

Así, a fin de restablecer el equilibrio en el valor de las prestaciones contractuales, el sistema propuesto, mediante la inclusión contractual de una cláusula valorista o de estabilización, pretende mantener en un valor constante el monto de una deuda contraída, toda vez que dicho monto puede verse afectado frente a la pérdida del poder adquisitivo del capital entregado, durante el periodo comprendido desde el día en que se contrajo la obligación a la fecha de pago.

Es decir, siempre que se haya pactado expresamente en una de las

cláusulas contractuales que el monto de una deuda contraída en moneda nacional, en caso de enfrentar una depreciación monetaria, será referido al índice de reajuste que fija el Banco Central de Reserva del Perú y podrá ajustarse según el sistema de corrección de deudas.

De este modo, el deudor se verá obligado a entregar a su acreedor el valor real de la cantidad originalmente prestada.

Expresa Eduardo Benavides,<sup>16</sup> que actualizar una deuda no quiere decir aumentarla, sino darle el peso que le corresponde, el que las partes le han querido dar, no sólo para el inicio, sino sobre todo para el cumplimiento.

Y para tal efecto, debemos señalar que el Banco Central de Reserva del Perú, en cumplimiento de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1235 del Código Civil peruano, publica, periódicamente, una relación sobre el índice de reajuste de deudas.

Así, bastará que las partes cuenten con el índice correspondiente a la fecha en que se debió pagar y el índice del día en que se hace efectivo el pago. En su caso, deberán procurarse además con tasas efectivas de interés aplicables a las deudas sujetas al sistema de reajuste de capital desde el día del vencimiento de la obligación, dependiendo —evidentemente— del número de días de atraso de aquélla.

En otro sentido, queremos anotar las expresiones de Mosset Iturraspe, citado por Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,<sup>17</sup> quien, respecto al tema que nos ocupa, considera que la tesis valorista, en el campo contractual, suple dentro de un marco de justicia y equidad la laguna legal existente frente a los efectos corrosivos de un proceso inflacionario.

Antes de concluir con este supuesto, precisa mencionarse una cuestión adicional.

Al establecer el artículo 1235 del Código Civil peruano que el monto de una deuda contraída en moneda nacional podrá referirse al índice de reajuste que fije el Banco Central de Reserva, se omite mencionar otros índices en virtud de los cuales podría ajustarse una deuda dineraria, lo que no constituye una crítica, pues dicha omisión se fundamenta en las razones que vamos a anotar más adelante.

---

16 BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. cit.*, p. 176.

17 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Op. cit.*, pp. 373 y ss.

Conforme apunta Benavides,<sup>18</sup> cualquiera de los índices que citamos a continuación pueden utilizarse a fin de actualizar el valor de las prestaciones de dar sumas de dinero; estos son, a saber:

- El índice de precios al consumidor.
- El índice de precios al por mayor.
- Los índices de producción manufacturera, minera, agrícola.
- Los índices de empleo.
- Los índices de variación de las reservas internacionales netas del Banco Central de Reserva del Perú.
- El índice de inflación especializado.
- El índice de precios de la construcción.
- El índice de tarifas públicas.
- Los índices del Producto Bruto Interno.
- Índices fiscales, comerciales, aduaneros, entre otros.

Es de resaltar que conforme lo establece la Circular n.º 027-84-EF/90, el índice de reajuste de deudas a partir del mes de septiembre de 1984 sería el equivalente mensual de la variación registrada en el índice de precios al consumidor de Lima Metropolitana.

*Deuda contraída en moneda nacional tomando como referencia alguna otra moneda*

Como anota Uribe Restrepo,<sup>19</sup> ésta es la llamada «cláusula valor moneda extranjera». Así, según el citado autor, en la cláusula valor moneda extranjera el deudor se libera entregando una suma en moneda nacional referida a la cotización de una moneda extranjera, generalmente la del día del cumplimiento; como ocurre cuando el deudor se obliga a entregar el equivalente a mil dólares en moneda peruana. Aquí la moneda extranjera no figura en la obligación sino como moneda de cálculo. Según Juan Camilo Restrepo, a quien cita Uribe Restrepo, esta modalidad es frecuente en los contratos de seguros: «la prima, convenida en moneda nacional, se acuerda iría reajustada en la misma proporción como vaya subiendo la cotización de alguna moneda extranjera cada cierto tiempo».

---

18 BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. cit.*, p. 182.

19 URIBE RESTREPO, Luis. *Op. cit.*, pp. 124 y ss.

En opinión de Uribe Restrepo, no es muy saludable el empleo de estas cláusulas en forma indiscriminada, puesto que en ocasiones la intención que mueve a los contratantes no es propiamente la de protegerse, sino la de especular con las fluctuaciones de los cambios; situación que se impediría, entendiéndose que la cotización conforme a la cual se calculará la cantidad debida en moneda nacional será la vigente al momento de celebrarse el contrato y no la que rija en el momento del pago. En otras palabras, al hacerse la conversión conforme a la tasa de cambio existente el día en que se originó la obligación se busca proteger al deudor y se hacen recaer sobre el acreedor los riesgos de una devaluación de la moneda extranjera. De esta forma se esterilizan los términos de la obligación y se evita convertir el empleo de esas cláusulas en motivo de especulación y de enriquecimiento injusto.

De otro lado, conviene apuntar la diferencia existente entre una cláusula monetarista o de moneda extranjera y una cláusula dólar, toda vez que la primera está referida a las monedas extranjeras en general, sobre las que puede convenirse el pago de la obligación; éstas son las cotizadas en nuestro país:

- Euro.
- Dólar.
- Dólar canadiense.
- Yen japonés.
- Franco suizo.
- Libra esterlina.
- Bolívar fuerte venezolano.
- Real brasileño.
- Peso chileno.
- Otros.

La cláusula dólar, en cambio, está referida al dólar estadounidense o dólar de los Estados Unidos de América.

Jorge Mosset Iturraspe<sup>20</sup> recuerda que la admisibilidad de la cláusula «dólar» o «moneda extranjera» no ha sido pacífica. La doctrina, tanto

---

20 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos en dólares*. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1990, pp. 122 y ss.

autoral como judicial, se opuso durante mucho tiempo a ella en razón de tratarse de una cláusula monetarista, que trae al contrato interno o doméstico un bien extraño a las partes y a su ambiente económico; y le caben —por otra parte— críticas a las cuales escapan las cláusulas de estabilización o garantías económicas, índice de cereales, carnes, costo de vida, insumos, precios mayoristas, etcétera, que son propias o adecuadas —o pueden serlo en concreto— a la situación de las partes.

El propio Mosset Iturraspe ha insistido varias veces en la inconveniencia de las cláusulas monetaristas, por una pluralidad de razones, entre las que se cuentan las siguientes:

- (a) Por ser contrarias al orden público económico.
- (b) Por la desconfianza que trasuntan frente a la moneda nacional y al sistema económico nacional.
- (c) Por conducir a la agudización del proceso inflacionario.
- (d) Por establecer una competencia con la moneda nacional en punto a la circulación forzosa, la estimación o determinación de los valores, el poder cancelatorio, etcétera.
- (e) Desde un ángulo práctico, en la medida en que tales cláusulas no guardan vinculación ni relación alguna —en la mayor parte de los casos en que aparecen—, con la situación económica concreta de quien debe, como deudor, soportar el pago de la obligación indexada sobre esa base.
- (f) Esa falta de conexión entre la moneda extranjera y el patrimonio, regido por otro patrón monetario lleva a un desfase y a muy graves consecuencias particulares; y, en mérito a la generalización de tales cláusulas, también comunitarias o sociales.

Un ejemplo de cláusula monetarista en referencia al dólar estadounidense, sería el siguiente:

El día de hoy se contrae una obligación de pagar una determinada cantidad de nuevos soles, por ejemplo cien mil, tomando como referencia el valor de esos soles con relación al dólar estadounidense. Supongamos que el día de hoy esos cien mil nuevos soles representan treinta mil dólares. Esto quiere decir que el día del pago se deberá abonar una deuda en moneda nacional (soles) pero referida o equivalente a la cantidad de soles que sea necesaria para adquirir esos treinta mil dólares. Ello no quiere decir que se deban dólares (moneda extranjera); lo que se debe son soles, pero esta cantidad de soles podrá variar desde el día en que se contrajo la

obligación hasta el día del pago, ya que se ha tomado como referencia el valor que dichos cien mil soles representaban ese día (con relación a los dólares), valor que deberá mantenerse el día del cumplimiento (pago).

Similar razonamiento al efectuado en relación con los dólares estadounidenses podríamos verificar no sólo respecto a otras monedas extranjeras, sino con referencia a cualquier mercancía, como sería el caso del cobre, del oro, de la plata, del café, etcétera. Pero estos supuestos serán estudiados posteriormente.

El segundo párrafo de la norma analizada, el artículo 1235 del Código Civil peruano, está vinculado al momento que se tomará como referencia para efectuar dicho cálculo de valor. El tiempo previsto es el del día del vencimiento de la obligación.

Pero podría ocurrir, como antes lo expresamos, que el deudor no cumpla con efectuar el pago de su obligación dineraria el día en que debió hacerlo. En tal caso, el tercer párrafo del artículo 1235 otorga al acreedor de dicha prestación una opción en la ejecución de la deuda entre:

- (a) Que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación.
- (b) Que la deuda sea pagada al valor de referencia al día en que se efectúe el pago.

Si el día del vencimiento de la obligación el monto a pagar en moneda nacional resultase menor que aquél que se debería abonar el día en que el deudor decida hacerlo, el acreedor optará, sin duda, por la segunda posibilidad. Si ocurriese el supuesto contrario, el acreedor no vacilará en escoger la primera de ellas.

La razón de esta norma estriba en proteger los intereses del acreedor frente a un deudor que incumple su obligación; evitando, además, una posible especulación del deudor en su beneficio y en perjuicio directo de los intereses del acreedor.

*Deuda contraída en moneda nacional tomando como referencia el valor de una determinada mercancía*

En las cláusulas de estabilización no monetarias, como expresa Uribe Restrepo,<sup>21</sup> a pesar de la gran variedad de modalidades que pueden revestir, se distinguen tres grandes categorías: cláusulas mercadería, cláusulas valor mercadería y cláusulas indiciarias o de escala móvil.

---

21 URIBE RESTREPO, Luis. *Op. cit.*, pp. 127 y ss.

Así, en las cláusulas mercadería se conviene el pago mediante la entrega de una determinada mercancía distinta al dinero. Dichas estipulaciones no pueden considerarse, en rigor, como de corrección monetaria. Ellas excluyen la presencia del dinero, tanto en la obligación como en el pago.

Por otra parte, Uribe Restrepo al referirse a las cláusulas valor mercadería señala que en estas cláusulas la prestación sí consiste en la entrega de una suma de dinero. La extensión de esta obligación pecuniaria está referida al valor de un género distinto al dinero, que interviene sólo para ese efecto, como cuando el deudor cumple entregando el dinero equivalente al valor de mil barriles de petróleo.

### 2.3. *¿Deuda de dinero o deuda de valor?*

De otro lado, consideramos preciso analizar si una deuda dineraria, al ser actualizada mediante una cláusula valorista, se convierte en una deuda de valor.

Al respecto, debemos señalar que mediante la inclusión contractual de una cláusula valorista, el pago de una obligación dineraria tendrá un monto determinable, puesto que éste se encontrará referido al patrón sobre el cual las partes han depositado su confianza, de modo que lo debido, al momento de contraer la obligación, no es ya una cierta suma de dinero, sino más bien un cierto valor.

Se ha dicho que el pacto de actualización de una deuda dineraria significa otorgarle el tratamiento de las obligaciones de valor, señalándose que dicha indexación importaría la «novación» de una deuda dineraria por una de valor, toda vez que las partes mediante una cláusula de estabilización se obligan a entregar una cantidad o suma de dinero corregida a tenor de la depreciación monetaria.

Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,<sup>22</sup> a la luz de las reflexiones de Félix A. Trigo Represas, Augusto Morello y Antonio Trócoli, señalan que esas obligaciones dinerarias deben ser consideradas como si fuesen obligaciones de valor, ya que lo que se debe, en definitiva, no es una suma de dinero, en cuanto tal, sino el poder adquisitivo, el «valor» que el dinero tenía al momento del nacimiento del derecho creditorio.

---

22 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Op. cit.*, pp. 114 y 115.

## 2.4. La cláusula valor oro y sus especiales consideraciones históricas

Ahora bien, según hemos anotado con anterioridad, entre las cláusulas mercadería usualmente utilizadas, se encuentra la cláusula oro. En relación con esta última, Eduardo Busso<sup>23</sup> señala que cuando el objeto de una obligación pecuniaria es determinado con relación a cierto contenido o valor oro, se configura la cláusula oro, que Nussbaum define como «pacto en virtud del cual el deudor ha de pagar en oro, o en valor oro el importe de la deuda».

Agrega Busso que para Schoo la cláusula oro es la convención por la cual el deudor no podrá liberarse sino mediante el pago de una suma de dinero del mismo valor oro que el contenido en la cantidad recibida al momento de la celebración del contrato, siendo indispensable que la moneda de pago tenga el mismo valor real adquisitivo de oro que el de la moneda del contrato.

Según Luis Fernando Uribe Restrepo,<sup>24</sup> en la historia del Derecho Monetario, la cláusula oro es tal vez la más conocida y fue la de mayor empleo por un largo tiempo. Consiste en la obligación del deudor de entregar determinada cantidad de oro físico, o bien de monedas de oro debidamente especificadas. Recuerda Uribe Restrepo que la cláusula oro, conforme lo expone Alberto Ospina Botero, fue utilizada tanto por los particulares como por los Estados mismos en materia de empréstitos internacionales, y podía revestir dos modalidades: general y especial. «Mediante la primera se acordaba que el pago se haría en moneda oro que tuviera curso legal el día del vencimiento de la obligación y por la segunda se pactaba que se pagaría en monedas de oro de un peso y ley determinados, cualquiera que fuese la moneda oro que tuviese curso legal al tiempo de cumplirse la obligación». Dice el mismo Ospina Botero — citado por Uribe Restrepo — que mediante esas cláusulas buscaban protegerse tanto el acreedor como el deudor; el primero contra la posible pérdida de poder adquisitivo de la moneda y el segundo contra un eventual mayor valor que pudiera alcanzar ella.

Por su parte, Uribe Restrepo, citando a López Santa María, señala que en la clasificación o tratamiento de algunos países, a la cláusula oro suele apartársele de las demás cláusulas mercaderías por razones de orden público y por el influjo que dicho metal, tradicionalmente, ha tenido en el sistema monetario.

---

23 BUSO, Eduardo B. *Código Civil anotado. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediar Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1951, tomo IV, pp. 229 y ss.

24 URIBE RESTREPO, Luis. *Op. cit.*, pp. 118 y ss.

No obstante ello, considera el autor citado que entre las cláusulas valor mercadería y las cláusulas valor oro, no existe diferencia ontológica. En ambas la extensión de la obligación pecuniaria está referida al valor de un género distinto, ya sea oro, ya sea una mercancía diferente. Como dice López Santa María — a quien cita Uribe Restrepo — «Tanto en la cláusula valor oro como en la cláusula valor mercadería el dinero no interviene *in obligatione*».

A entender de Uribe Restrepo, esta aseveración vale en cuanto enseña la similitud que existe entre las mencionadas estipulaciones; pero disiente de lo que expresa este autor acerca de la situación del dinero dentro de aquellas cláusulas, pues Uribe Restrepo considera que en ellas el dinero interviene no sólo en el pago, sino también en la obligación. El objeto debido es siempre una suma de dinero, la cual, si bien no está determinada al momento del nacimiento de la obligación, es determinable en función del valor oro u otra mercancía.

Para Héctor Lafaille,<sup>25</sup> el acuerdo sobre la denominada «cláusula oro» ofrece distintas variantes, que motivaron estudios especiales, ya que se ha tornado frecuente a fin de obtener la estabilidad de las transacciones, sobre todo en aquéllas de tracto sucesivo o de largos vencimientos (seguros, préstamos, etcétera).

Refiere Lafaille que, ajustándose a la noción expresada, cabe distinguir dos formas principales: la relativa a «moneda de oro» (también denominada «moneda específica»), por una parte, y por la otra, la de «valor oro», según que se trate de piezas acuñadas, correspondientes a un sistema unitario previsto, o bien de papel moneda por el valor real de dichas piezas.

Continúa precisando que al plantearse la primera hipótesis se está propiamente en el régimen de las cosas fungibles y debe el deudor procurar el signo convenido, de suerte que solamente cuando él no exista o no sea dado conseguirlo (como si hubiera sido retirado de la circulación), entonces no se extingue la deuda, pero se transforma en la de entregar cualquier especie corriente, en la medida necesaria para adquirir el mismo estándar de oro contenido en la moneda pactada, lo cual es siempre posible establecer. Anota Lafaille que dicha solución subsidiaria, en el supuesto aludido, se aplica directamente para el otro, donde se estipuló sobre determinadas especies fungibles.

---

25 LAFAILLE, Héctor. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1947, tomo VII, volumen II, pp. 158 y ss.

Eduardo Busso,<sup>26</sup> por su parte, señala que la cláusula oro puede revestir dos formas: cláusulas moneda de oro y cláusulas valor oro.

En tal orden de ideas, si la obligación impone al deudor la necesidad de pagar en determinadas monedas de oro, o una cantidad dada en oro fino, se configura la cláusula «moneda de oro». Se sostiene, en general, que este tipo de obligaciones vendría a chocar con las leyes de curso legal, cuando se adoptara una moneda de pago distinta a aquélla a la cual la ley atribuye tal carácter.

En cambio, cuando las partes convienen en que el deudor deberá entregar en billetes o en la moneda circulante, el valor correspondiente a determinada moneda de oro o a determinada cantidad de oro, surgen las cláusulas «valor oro».

Así, se deben cien mil nuevos soles, los cuales representan al día en que se contrajo la obligación el valor de cien onzas de oro en el mercado de Nueva York. Esto determinará, si existe pacto valorista, que el día en que se cancele la deuda deba pagarse un monto en moneda nacional equivalente a la cantidad que en soles (el día del pago) representen el valor de esas cien onzas de oro. Ello tendrá por objeto mantener el mismo valor de la prestación originalmente pactada. Supongamos que esas cien onzas de oro ya no tienen como valor cien mil nuevos soles, sino 120,000 nuevos soles, el día en que deba efectuarse el pago. El deudor, en este caso, no deberá pagar cien mil nuevos soles sino 120,000 nuevos soles, cifra esta última que si bien nominalmente es mayor que la pactada, en un estricto criterio valorista es igual que la pactada.

A entender de Busso, la cláusula «moneda de oro» combina una deuda de dinero y una deuda de cosa, y, en realidad, absorbe a la estipulación «valor oro», ya que en la obligación de entregar una moneda va incluida la deuda del valor correspondiente a la moneda. En tal sentido, es una cláusula valor oro agravada con una deuda de prestación de cosa en tanto que la cláusula «valor oro» no es un reglamento de la forma del pago sino una estipulación determinativa del objeto de la obligación, pues no se refiere a «cómo se paga» sino a «cuánto se debe», y en ella el deudor no lo es de determinado número de monedas por su valor nominal sino de cierto valor oro, teniendo que entregar el número indeterminado de signos monetarios que sean menester para cubrir ese valor. Si pendiente la obligación, el oro sube, el obligado tendrá que entregar mayor cantidad de monedas; si el oro baja, ocurrirá exactamente lo contrario. La deuda se

---

26 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 229 y ss.

paga con la moneda en curso, pero se mide en oro, razón por la cual sufre las oscilaciones de éste y no las de aquélla.

A su turno, Uribe Restrepo<sup>27</sup> señala que a diferencia de la cláusula oro, la cláusula valor oro tiene por objeto referir la cantidad de dinero que se ha de entregar a la cotización que tenga en el momento del pago una determinada cantidad de oro o moneda de oro, como sería el caso en que se quede a deber la cantidad de dinero necesaria para adquirir en el Banco de la República ochocientos gramos de oro.

Pero agrega el citado profesor que cabe notar, sin embargo, que el empleo del oro como medida de obligaciones puede arrojar montos que no se compadecen con la naturaleza de la prestación, debido a la tendencia de sobrevaloración como consecuencia del debilitamiento del sistema monetario internacional; de modo tal que esta falta de estabilidad del oro lo torna poco recomendable como medida para determinar una prestación.

En otro sentido, Uribe Restrepo manifiesta que la licitud de esta cláusula ha sido muy discutida; ante la ausencia de preceptos legales que expresamente abocaran el problema de su validez, correspondió su estudio a la jurisprudencia, habiendo sido Francia el país donde con más amplitud se ha abordado el análisis de su eficacia. Los tribunales franceses —señala—, después de muchas vacilaciones, se pronunciaron por la nulidad absoluta de la cláusula oro. El argumento de mayor peso para sustentar su ilicitud fue el de que ella atentaba contra el orden público al desconocer la soberanía que en materia de regulación del valor y del valor liberatorio de la moneda tiene el Estado.

François Géný ha censurado esa actitud de los tribunales franceses en el sentido de declarar nulas las cláusulas de oro y argumenta que no existe norma legal que las prohíba expresamente. A lo que se le ha contestado —según Uribe Restrepo— que para que dichos actos estén viciados de nulidad no es necesario que se prohíban expresamente, puesto que basta su contradicción con el orden público.

Recuerda Uribe Restrepo que la cuestión de la validez de las cláusulas oro se planteó también en el plano del Derecho Internacional, al haberse pactado aquéllas en convenciones interestatales.

Así, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, al resolver un conflicto surgido con motivo de la ejecución de un empréstito entre Brasil

---

27 URIBE RESTREPO, Luis. *Op. cit.*, pp. 121 y ss.

y Serbia, se pronunció por su validez. La misma Francia –según relata Ospina Botero, a quien cita Uribe Restrepo– empezó a ceder en el campo de las convenciones internacionales y en la ley del 1 de octubre de 1936 estableció que «La nueva definición del franco no es aplicable a los pagos internacionales que, anteriormente a la promulgación de dicha ley, hayan sido estipulados en francos. Respecto de estos pagos internacionales, la unidad monetaria francesa será definida conforme a la ley monetaria en vigor en Francia en la época en que fue contratada la obligación, causa del pago».

Ahora bien, sobre el fin que este tipo de cláusula persigue, Busso<sup>28</sup> señala que las estipulaciones a oro tienen por finalidad evitar que el valor económico de la prestación pecuniaria prometida quede sujeto a las alteraciones que pueda experimentar el valor del signo monetario pactado, y el fundamento de la confianza que la estipulación a oro despierta en los ambientes comerciales deriva de las características que son inherentes al oro como mercancía. Añade que debe tenerse en cuenta, por una parte, que el oro está vinculado al conjunto de la economía universal y es aceptado como instrumento de cambio en todos los regímenes y, por lo tanto, no queda sometido a las vicisitudes contrarias que puedan surgir con relación al proceso económico de un país determinado; y, por otra parte, su envilecimiento como medio de cambio sólo sobrevendría en el caso de que se produjera un desmedido aumento de su existencia (descubrimientos de minas, yacimientos, etcétera), sin relación con el aumento general de las riquezas, del comercio o de la producción. Pero este supuesto, sustraído casi totalmente a la iniciativa humana, no tiene un grado de factibilidad que incida en el mercado de los valores, y por todo ello el oro (sea como moneda, sea como mercancía) es el patrón de valores más estable, o –si se quiere– el menos inestable.

Y, por último, en lo que respecta a su importancia económica, la trascendencia jurídica del problema de las obligaciones a oro deriva de la extraordinaria difusión de ese tipo de estipulaciones, habiéndose señalado en los Estados Unidos de América que en determinado momento (1933), casi como una rutina, todas las obligaciones contenían la cláusula oro.

Por otra parte, precisamos que en lo relativo al contrato de compraventa, el artículo 1546 del Código Civil peruano de 1984 establece la licitud de que las partes fijen el precio con sujeción a lo dispuesto en el

---

28 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 230.

primer párrafo del artículo 1235 del propio Código, precisión que resulta innecesaria y peligrosa, pues podría entenderse que es privativa de dicho contrato, al no haberse establecido normas similares para los otros contratos típicos en los que una de las prestaciones consista en la entrega de dinero. El artículo 1235, lo afirmamos enfáticamente, es de aplicación a todos los contratos.

Ahora bien, frente a la posibilidad de que ciertos acontecimientos económicos impacten directamente en la relación jurídica que adoptó una cláusula estabilizadora, cabe preguntarse si la inclusión de ésta significa su ineludible y forzosa aplicación, de modo que ninguno de los contratantes pueda discutirla.

En principio, creemos que, a la luz de la buena fe contractual, si ambas partes libremente acordaron incorporar dicha cláusula, la pretensión de conseguir su ineficacia se tornaría estéril.

En el mismo sentido, Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos<sup>29</sup> señalan que el principio de la buena fe sirve de barrera a la pretensión de invalidar las cláusulas de estabilización, por quien en un inicio se vio beneficiado con ellas, cuando éstas se tornen, ciertamente, más favorables al otro contratante.

Sostienen, además, que en estos casos el contrato debe mirarse íntegramente y computarse no sólo la onerosidad que pueda derivar hoy de la cláusula, en un tramo limitado de la vida de esa relación jurídica, sino también los beneficios que antes brindó a esa misma parte, para obtener así un resultado equitativo, que establezca el justo equilibrio.

No obstante ello, somos de la opinión de que cuando los efectos de la cláusula de estabilización se tornan inequitativos para una de las partes, desequilibrando gravemente el valor de las prestaciones, por excepción, deberá buscarse una salida a la aplicación de dicha cláusula, por haberse configurado un elemento distorsionante en la relación jurídica.

Habrán entonces que recurrir sea a los patrones clásicos que nos ofrecen las teorías del error, la lesión o la imprevisión, o a la formulación de una solución nueva que permita restablecer el equilibrio en el valor de las prestaciones, que se ha perdido por acontecimientos que impactan el normal funcionamiento de las cláusulas de estabilización.

Tales acontecimientos son, a saber:

---

29 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Op. cit.*, p. 356.

- En el supuesto de haberse pactado una cláusula valor moneda extranjera: la inestabilidad de la moneda elegida y/o las distorsiones en el mercado cambiario.
- En el caso de haberse pactado una cláusula valor oro o de ciertas mercancías: las fluctuaciones en el precio de las mercaderías o metales elegidos, o la posible intervención estatal sobre aquél.

Al respecto, Mosset Iturraspe, citado por Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,<sup>30</sup> anota que si bien contratar es prever, a nadie se le puede exigir la previsión o anticipo de lo imprevisible por extraordinario e inevitable; una pretensión semejante puede –muy bien– calificarse como abusiva o contraria a la buena fe.

Afirma así, el citado autor, que las cláusulas de estabilización, lo mismo que cualquier otra cláusula en el contrato, pueden estar viciadas o afectadas por un acontecimiento imprevisible.

## 2.5. Las cláusulas valoristas y su relación con los intereses

Dentro del análisis de las cláusulas de estabilización es necesario anotar que éstas tienen una finalidad distinta de aquélla otorgada a los intereses, cual es, como hemos señalado con anterioridad, la de mantener el equilibrio del valor de las prestaciones objeto de obligaciones de dar sumas de dinero, al protegerlas de la depreciación o desvalorización monetaria.

El devengamiento de intereses, en cambio, se produce: para compensar el costo de oportunidad del crédito otorgado o el aprovechamiento del capital prestado; o para indemnizar el retardo acaecido en el pago.

Se trata, pues, de dos materias distintas; por ello, sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que en un contrato en el que se haya pactado una cláusula de estabilización naturalmente procede el devengamiento de intereses de cualquier tipo.

A decir de Eduardo Zannoni,<sup>31</sup> el rubro de intereses y el correspondiente a la depreciación monetaria no son excluyentes entre sí. Ambos reconocen una causa diferente: los intereses, para compensar el perjuicio ocasionado por la privación temporaria del capital; en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como repara-

---

30 *Ibidem*, p. 354.

31 ZANNONI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 131.

ción el monto del dinero originario en signo monetario envilecido.

Así también lo entienden Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,<sup>32</sup> quienes al respecto señalan que resulta impropio denominar interés a ciertas escorias, entre las cuales cabe incluir, en primer lugar, el incremento de la tasa para cubrir la depreciación monetaria.

Esta aseveración pone de manifiesto, a nuestro modo de ver, la inconsecuencia lógica evidente en la aplicación de una tasa de interés que únicamente pretenda cubrir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, toda vez que, como señalan los referidos autores, se estaría disimulando la compensación por desvalorización monetaria bajo la apariencia de un mal llamado «interés».

Antes de zanjar la cuestión atinente a la compatibilidad del pago de intereses con el sistema de actualización de deudas, consideramos necesario anotar el planteamiento que Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos<sup>33</sup> elaboraron en torno al tema. Al respecto, señalan los citados autores que en tanto se considere que el acreedor debe ser compensado por las pérdidas sufridas en forma total, producida la actualización de las obligaciones de dar sumas de dinero, cabe preguntarse si el acreedor tendría derecho a recibir una suma adicional por concepto de intereses.

La satisfacción del acreedor no opera únicamente con la actualización del crédito, pues, aunque por esta vía ha de recibir una cantidad nominalmente superior a la adeudada, en realidad —midiendo todo en valores— se le estará entregando exactamente lo mismo que le era originariamente debido. La actualización de los créditos, por lo tanto, no constituye obstáculo para que se admita la procedencia del derecho a percibir una compensación a la que generalmente se le da el nombre de «intereses».

## **2.6. Apreciación del medio jurídico peruano en torno a la regla nominalista y a las excepciones valoristas**

El artículo 1235 del Código Civil peruano de 1984 no ha estado libre de críticas, en nuestra opinión injustificadas. Una de ellas provino de un grupo de investigación de la revista *Thémis*,<sup>34</sup> que —si bien en el contexto

---

32 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Op. cit.*, p. 113.

33 *Ibidem*, p. 224.

34 JIMÉNEZ, José Alfredo, Alberto REBAZA y Verónica ZAVALA. «Indexación y Derecho». En *Thémis*, Revista de Derecho, n.º 14, año 1989.

de una época muy difícil— dentro de su trabajo titulado «Indexación y Derecho» sostenía que en el caso del artículo 1235 el legislador había dado esta prerrogativa únicamente a los contratantes, sembrando en nombre de una seguridad (seguridad que consiste en saber al momento de obligarse el *quantum* de dicha obligación) una gran injusticia, porque a falta de pacto los jueces tenían que guiarse por el principio nominalista; lo que —a entender de los autores en mención— hizo sin buscar un medio adecuado que logre la seguridad jurídica junto con la justicia que en este caso es recibir aquello que realmente se pactó.

Adicionalmente se dijo que al relegar el principio valorista solamente a los acuerdos contractuales se estaba dejando de lado aquellos casos de responsabilidad extracontractual en que el deudor de la indemnización se ve favorecido por el envilecimiento diario de la moneda que fue utilizada para cuantificar el daño al momento de interponer la demanda, hipótesis en las cuales instituciones del Derecho Civil como la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación y otras no son aplicables.

Agregaba este grupo de trabajo que es en estos casos en que el juez se encuentra en la disyuntiva de ignorar el Derecho en nombre de la justicia o de ignorar la justicia en nombre del Derecho.

Recordaba, además, que países como Argentina y Chile, que han convivido con una inflación similar, optaron por la justicia, pues su sistema jurisprudencial así se lo permitía, en tanto que en nuestro país es prácticamente imposible, puesto que si un juez no aplica la ley pertinente, en este caso el artículo 1234 del Código Civil, incurriría en prevaricato.

Por todas esas razones consideraron que la solución debía provenir de la legislación y que en ésta se aceptara el principio valorista. Precisaban que no creían que fuese necesario que se cometieran injusticias como las que se dieron en Chile y Argentina en el periodo de transición del nominalismo al valorismo judicial, cuando sobre controversias similares se emitían sentencias opuestas; sin embargo, eran conscientes de los perjuicios que podían sufrir en ciertos casos los deudores de una prestación cuando veían que ella era revalorizada, por lo que no podían —así lo manifestaban— dejar de lado las enseñanzas de la jurisprudencia, especialmente la argentina, la cual indexó, cuidándose de no causar un sacrificio excesivo al deudor.

Por nuestra parte, concluimos afirmando que la virtud del artículo 1235 del Código Civil peruano radica en que constituye una cláusula de salida al principio nominalista.

Es cierto que en el Perú de hoy, felizmente, carece de significación

la pugnaz diferencia entre el nominalismo y el valorismo. La política económica permite toda clase de pactos en moneda extranjera o mercancías. Carecería, pues, de sentido, teniendo a la mano, por ejemplo, dólares estadounidenses, no estipular directamente en esta moneda, que sin dificultad alguna puede constituirse en la prestación *in obligatione*, para apelar a moneda nacional como objeto de la obligación y establecer de modo referencial, para el tiempo del pago, esa moneda extranjera.

Pero no debemos olvidar dos realidades.

Primero, que en las décadas anteriores a la de los noventa del siglo veinte, el Perú ha sido un país tradicionalmente restrictivo para la contratación en moneda extranjera, y que ello determinaba, ante la obligatoriedad de pactar en moneda nacional, que el acreedor ocasionalmente deseara protegerse con la estipulación valorista.

Y luego, que ante el relativo criterio de permanencia que debe presidir la vigencia de un Código Civil, la conducción económica es mucho más fluctuante —a menudo errática— y nada hace predecir que una economía hoy liberalizada continúe con los mismos patrones de conducta durante todo el plazo de vigencia del cuerpo civil.

Además, la filosofía que inspiró a los autores del Código fue que la generalidad de las transacciones comerciales a plazo se realicen en moneda nacional. Pero que en casos excepcionales —por ejemplo, en la venta de un bien inmueble a pagarse en cinco años— pudiera pactarse el valorismo, ya que de lo contrario el envilecimiento de la moneda nacional durante ese lapso, y la correlativa revaluación del inmueble, generarían serios deterioros en un equilibrio contractual que las partes, sin duda, deseaban que prevaleciera.

De otro lado, debemos precisar que el Banco Central de Reserva del Perú viene publicando circulares sobre los índices de reajuste de deudas desde el mes de julio de 1981, habiendo adoptado ese mecanismo en virtud de lo dispuesto por el artículo primero del Decreto Supremo n.º 136-81-EF, publicado el 3 de julio de 1981.

Finalmente, debemos recordar que la jurisprudencia nacional no ha sido ajena a las consideraciones antes esgrimidas. Así, los tribunales peruanos se han pronunciado sobre el particular en diversos fallos, a saber:

El país ha sufrido el proceso inflacionario y devaluatorio de nuestra moneda más agudo de la historia, por lo que deviene en justicia acceder a la actualización reclamada, toda vez que el valor nominal fijado resulta ínfimo y no corresponde al

sentido de las consideraciones de los fallos pronunciados en autos.<sup>35</sup>

Para fijar el monto indemnizatorio actualizado debe evaluarse el valor reclamado por el demandante al momento de interponerse la demanda, comparándolo con algún parámetro de actualización, por lo que se toma como parámetro de referencia el valor de una moneda que mantiene valor de cambio constante como es el dólar americano.<sup>36</sup>

La indemnización por responsabilidad extracontractual necesariamente debe ser compensada con una suma de dinero que tenga curso legal. Si bien en virtud de la teoría valorista se viene utilizando como unidad de referencia una moneda dura como el dólar americano, debe entenderse que sólo sirve para graduar el monto, mas no para autorizar una indemnización en moneda extranjera.<sup>37</sup>

## — OBLIGACIONES DE VALOR

Artículo 1236.- Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

### 1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1236

El artículo 1236 del Código Civil peruano no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; en el Código Civil de 1936; en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973; en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980; en el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981; ni en el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984.

---

35 Expediente n.º 1928-94. Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

36 Expediente n.º 1898-91-Lima-91-Lima.

37 Expediente n.º 2341-92-Junín.

## 2. ANÁLISIS

En 1984 el texto del artículo 1236 del Código nacional era el siguiente:

Artículo 1236.- Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

La regla contenida en el artículo 1236 del Código Civil — que fluía del contenido del artículo 1235 del mismo Código antes comentado — fue modificada por el Decreto Legislativo n.º 768, que norma el Código Procesal Civil, promulgado el 29 de febrero de 1992 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de marzo de 1992. El texto del referido precepto establecía lo siguiente:

Artículo 1236.- Cuando por mandato de la ley o resolución judicial deba restituirse una prestación o determinar su valor, éste se calcula al que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

El Juez, incluso durante el proceso de ejecución, está facultado para actualizar la pretensión dineraria, aplicando los criterios a que se refiere el artículo 1235 o cualquier otro índice de corrección que permita reajustar el monto de la obligación a valor constante. Para ello deberá tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, en resolución debidamente motivada.

La actualización del valor es independiente de lo que se resuelve sobre intereses.

Como se recuerda, el mencionado decreto legislativo dispuso que el Código Procesal Civil debía entrar en vigencia el 1 de enero de 1993. Sin embargo, posteriormente, a través del Decreto Ley n.º 25940, se prorrogó su entrada en vigor hasta el 28 de julio de 1993, fecha desde la que nos rige.

Consideramos que el texto sustitutorio del numeral 1236 del Código Civil era, en términos generales, acertado, pues luego de repetir en su primer párrafo el precepto original, recogía en el párrafo segundo una norma que facultaba a los tribunales a efectuar, incluso durante el proceso de ejecución de sentencia, la actualización de prestaciones dinerarias.

Otro aspecto de interés era que a través del segundo párrafo de la modificatoria del artículo 1236 se autorizaba a los jueces a emplear cualquiera de los índices de estabilización contemplados por el artículo 1235 del Código Civil.

Sin embargo, se precisaba que debían tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto, en resolución debidamente motivada. Esto sig-

nificaba, a nuestro criterio, que el juez tenía que explicar por qué razón había adoptado un índice de referencia determinado y no otro. Entendemos que el índice que escogiese el juez debía estar íntimamente relacionado con la deuda de valor de que se tratara, a fin de que ésta mantuviera intacto dicho valor.

No obstante lo anterior, posteriormente se volvió al texto original de la norma consignada en el Código de 1984, en virtud de la modificación operada por el artículo 1 de la Ley n.º 26598, promulgada el 22 de abril de 1996.

Como se observa, el problema con que debe enfrentarse el valorismo es el relativo a la elección de un indicador económico adecuado para medir los cambios en el poder adquisitivo de la moneda.

Expresan los profesores franceses Starck, Roland y Boyer,<sup>38</sup> que cuando la deuda tiene por objeto una restitución o una reparación, se habla de deuda de valor. Se trata de una noción que la doctrina francesa, bajo la influencia del Derecho Germánico, ha dado a conocer para explicar las numerosas soluciones del derecho positivo. La idea general es eliminar la incertidumbre de la depreciación monetaria, difiriendo el momento de la evaluación: la deuda «[...] en lugar de estar fija a una determinada cifra por adelantado, lo está según un “valor” real, ella misma apreciada en el momento del vencimiento». Agregan que, según un análisis, la deuda de valor residiría en una obligación de hacer que sujeta al deudor para procurar al acreedor cierto resultado, sea cual fuere el precio, mientras que la deuda en efectivo consistiría en una obligación de dar sustentada sobre una cantidad fija de unidades monetarias.

A decir de Uribe Restrepo,<sup>39</sup> una primera distinción se haría sobre la base de la clase de poder adquisitivo buscado por las partes. Dicho poder adquisitivo puede ser interno o externo. Según Hirschberg, citado por Uribe Restrepo, debe presumirse, por regla general, que las partes están interesadas en el poder adquisitivo interno, presunción que en ciertos casos de operaciones relacionadas con el comercio exterior, podría ser desvirtuada, con el objeto de que se midiera el poder adquisitivo con base en el tipo de cambio.

Refiere Uribe Restrepo que en el campo interno, siguiendo a Hirschberg, son dos las alternativas que se presentan frente al problema de cómo medir las fluctuaciones en el poder adquisitivo.

---

38 STARK, Boris, Henri ROLAND y Laurent BOYER. *Op. cit.*, p. 77.

39 URIBE RESTREPO, Luis. *Op. cit.*, pp. 44 y ss.

Una primera solución sería la de dejar a los jueces la facultad discrecional de escoger el índice que consideren más adecuado. Esta solución fue acogida durante la revaluación alemana, y es criticada por Hirschberg en razón de que la incertidumbre acerca de cuál sería el criterio que debería seguir el juez condujo a litigios innecesarios. Considera Uribe Restrepo que resulta evidente, dentro del marco de la solución valorista, que no parece prudente dejar a la entera voluntad de los jueces la elección del índice que determine la fluctuación en el poder adquisitivo, pues en el fondo, ellos (los jueces) estarían determinando la extensión misma de la obligación, ya que evidentemente ésta puede llegar a montos muy distintos según el índice utilizado, creando así inseguridad y aun desigualdades.

Anota Uribe Restrepo que una segunda solución sería la de establecer distintos índices según el tipo de contrato, o mejor, según el tipo de acto jurídico que dio lugar a la obligación dineraria. Dividirían así los contratos relacionados con el consumo, o con la producción y el comercio mayorista, o con el crédito y la inversión, y se aplicaría a cada categoría un índice apropiado. Pero, sin embargo, esta solución, aunque aparentemente más justa y técnica, implicaría un gran esfuerzo por parte del legislador y sólo serviría para fomentar más litigios (se empezaría por discutir sobre la categoría a que pertenece el respectivo acto), lo que dista mucho de ser lo ideal.

En tal orden de ideas, y no obstante haber considerado acertada la reforma del texto original del artículo 1236 del Código Civil peruano, creemos que un uso inadecuado por parte de los tribunales acerca de esta facultad de reajuste de las obligaciones dinerarias podría consagrar montos excesivos o diminutos, si se adoptasen reajustes con base en indicadores arbitrarios. La solución parecería pues orientarse a los índices vinculados a la naturaleza del acto jurídico que originó dicha obligación. Por eso preferimos la brevedad y concisión del texto original de la norma, que — como hemos señalado — actualmente se encuentra en vigencia.

Por lo demás, resulta evidente que el artículo 1236 del Código Civil no es que constituya una excepción al principio nominalista en las obligaciones dinerarias, dentro del régimen peruano a este respecto, sino que versa sobre un supuesto muy distinto: no trata sobre las deudas de dinero, sino sobre las deudas de valor.

Enseña Uribe Restrepo<sup>40</sup> que dentro de una economía como la actual, que se caracteriza por la inestabilidad y por el deterioro progresivo

---

40 URIBE RESTREPO, Luis. *Op. cit.*, pp. 65 y ss.

del poder adquisitivo del dinero, no pueden los jueces, quienes son en última instancia los llamados a darle vida y sentido al Derecho, permitir que el principio nominalista, concebido para regir una situación económica bien diferente, continúe aplicándose con una rigidez tal que sólo conduzca a vulnerar principios indiscutibles del Derecho como la justicia y la equidad.

Por el contrario — dice Uribe Restrepo —, se requiere que las normas jurídicas sean interpretadas en una forma dinámica, que permita alcanzar los fines por ellas perseguidos. Es entonces cuando los jueces, ante la ausencia de una normativa legal adecuada, deben apelar a principios generales del Derecho, para impedir que se pronuncien fallos que repugnan o chocan contra los conceptos más elementales de justicia.

De otro lado, resulta claro que la actualización de valores es independiente de lo que se resuelva sobre intereses. Ella constituye una solución natural, pues la estabilización de las sumas de dinero en las obligaciones de dar tiene por finalidad la simple actualización del capital adeudado, en tanto que los intereses, si son compensatorios, buscan compensar o retribuir el uso del bien adeudado, en tanto que si son moratorios tendrían por finalidad indemnizar la mora en el pago.

No está de más señalar que tampoco serían incompatibles con las cláusulas de estabilización las indemnizaciones por concepto de daños y perjuicios, pues estas últimas están dirigidas a resarcir los deterioros patrimoniales, compensatorios o moratorios, según fuere el caso.

En suma, resulta lógico, a todas luces, el principio comentado, que constituye un avance significativo en relación con el Código anterior, de 1936, que no preveía tal solución.

En efecto, el objetivo del artículo 1236 del Código peruano radica, fundamentalmente, en la necesidad de que el acreedor que ve incumplida la obligación por el deudor y que le exige la restitución de una prestación o su valor, reciba en valores constantes dicha prestación o dicho valor. En caso contrario, en países como los nuestros en que la devaluación de la moneda nacional, en menor o en mayor grado, es frecuente, surgiría un indebido aprovechamiento por el deudor, quien vería compensado su dolo o su culpa con pagos diminutos, es decir, con beneficios que repugnan a los más elementales principios de justicia.

La inejecución de la obligación de valor, por causas imputables al deudor, tiene que ir aparejada por una indemnización de daños y perjuicios que va más allá de la restitución de la prestación o de su valor. Es verdad que el demandante, en este caso, el acreedor, algunas veces deja

librada la determinación del monto indemnizatorio a su fijación por el juez. Pero suele ocurrir, y ello es lo más frecuente, que en la demanda de indemnización se señale su cuantía. Si el juez, al ejecutar un fallo condenatorio, careciera de la atribución de actualizar su valor, el monto de la indemnización, como consecuencia de la devaluación de la moneda, podría ser absolutamente discordante con la legítima pretensión del acreedor al promover su demanda, debido, justamente, al envilecimiento de lo originalmente reclamado. Pero debemos subrayar que seguimos refiriéndonos a las deudas de valor, no a las de dinero, cuyo monto —inamovible, por cierto— se ciñe a la rigidez del artículo 1234 del Código Civil peruano, por más justo o injusto que fuere el resultado, con la variante valorista que prevé el artículo 1235 del mismo Código.

Desde luego que en esta materia prevalece la autonomía de la voluntad y cabe, por lo tanto, el pacto en contrario, aun cuando adelantamos que sería altamente improbable que un acreedor aceptara tal estipulación al tiempo del nacimiento de una deuda de valor.

¿Pero cuáles son las deudas de valor que, teniendo esta naturaleza, contempla el Código de 1984?

Son numerosos los casos en que el Código Civil peruano recoge supuestos de deudas u obligaciones de valor. Sin embargo, antes de realizar un breve recuento de dichos preceptos normativos, creemos necesario señalar que la jurisprudencia nacional se ha pronunciado sobre el tema prescribiendo que: «El artículo 1236 del Código Civil dispone que cuando por mandato de la ley o resolución judicial debe restituirse una prestación o determinar su valor, éste se calcula al que tenga el día del pago».<sup>41</sup> También se ha señalado que: «El *quantum* necesariamente debe representar lo que de valor patrimonial se estimó en el momento de la interposición de la demanda, y luego el monto definitivo que se ordena pagar debe adecuarse al poder adquisitivo que la moneda tiene al momento de la extinción de la obligación».<sup>42</sup>

Ahora bien, a continuación efectuamos, sólo a modo ilustrativo, una enumeración de los preceptos en que el Código Civil de 1984 recoge supuestos de deudas de valor:

---

41 Expediente n.º 1928-98. Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

42 Expediente n.º 564-99-Arequipa. En *Normas Legales*, n.º 240, p. J-22.

### **2.1. Valorización del inventario de bienes del ausente**

Según el artículo 51, primer párrafo, del Código Civil la posesión temporal de los bienes del ausente, a que se refiere el artículo 50, debe ser precedida de la formación del respectivo inventario «valorizado».

### **2.2. Supuesto de pérdida del derecho a utilizar el plazo**

De acuerdo con el inciso 1 del artículo 181 del Código, el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda.

Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por «valor» suficiente para el cumplimiento de su prestación.

### **2.3. Cumplimiento del cargo**

Según lo dispone el artículo 187, el gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el «valor» de la liberalidad.

### **2.4. Falta de contribución de uno de los cónyuges al sostenimiento del hogar**

De conformidad con el artículo 305 del Código, si uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte. En este caso, está obligado a constituir hipoteca y, si carece de bienes propios, otra garantía, si es posible, según el prudente arbitrio del juez, por el «valor» de los bienes que reciba.

### **2.5. Supuesto de reembolso de valor del suelo**

Según el artículo 310, son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor. También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el «valor» del suelo al momento del reembolso.

## **2.6. Inventario de los bienes al fenecer la sociedad**

De acuerdo al artículo 320, fenecida la sociedad de gananciales, se procede de inmediato a la formación del inventario «valorizado» de todos los bienes. El inventario puede formularse en documento privado con firmas legalizadas, si ambos cónyuges, o sus herederos, están de acuerdo. En caso contrario, el inventario se hace judicialmente.

## **2.7. Supuesto de reintegro de valor de la casa familiar, en caso de fenecimiento de la sociedad de gananciales**

De conformidad con el tercer párrafo del artículo 323, cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de «valor», si lo hubiera.

## **2.8. Reintegro de valor en caso de enajenación de bienes hereditarios**

Según lo dispone el artículo 666, el poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario está obligado a restituir su precio al heredero, y si se le adeudara, se transmitirá a este último el derecho de cobrarlo. En todos los casos, el poseedor de mala fe está obligado a resarcir al heredero el «valor» del bien y de sus frutos y a indemnizarle el perjuicio que le hubiera ocasionado.

## **2.9. Caso en que los gananciales fuesen de menor valor que la casa familiar**

De acuerdo a lo previsto por el artículo 731, cuando el cónyuge sobreviviente concorra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcancen el «valor» necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el «valor» del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.

Se indica también que la diferencia de «valor» afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.

## **2.10. Facultades del cónyuge supérstite con respecto a la casa familiar**

Según el artículo 732, si en el caso del artículo 731 el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el «valor» del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario.

## **2.11. Legados que excedan la parte disponible de la herencia**

De conformidad con el artículo 770, si el «valor» de los legados excede de la parte disponible de la herencia, éstos se reducen a prorrata, a menos que el testador haya establecido el orden en que deben ser pagados.

## **2.12. Ausencia de sucesores testamentarios o legales**

De acuerdo a lo establecido por el artículo 830, a falta de sucesores testamentarios o legales, el juez o notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria a la Sociedad de Beneficencia o, a falta de ésta, a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante en el país, o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana, si estuvo domiciliado en el extranjero.

Es obligación de la entidad adjudicataria pagar las deudas del causante si las hubiera, hasta donde alcance el «valor» de los bienes adjudicados.

Corresponde al gestor del proceso o trámite de sucesión intestada el diez por ciento del «valor» neto de los bienes adjudicados, que será abonado por la entidad respectiva con el producto de la venta de dichos bienes u otros, mediante la adjudicación de alguno de ellos.

## **2.13. Colación de bienes**

Según el artículo 833, la colación de los bienes se hace a elección de quien colaciona, devolviendo el bien a la masa hereditaria o reintegrando a ésta su «valor». Si el bien hubiese sido enajenado o hipotecado, la colación se hará también por su «valor». En ambos casos, el «valor» del bien es el que tenga en el momento de la apertura de la sucesión.

#### **2.14. Colación en especie**

De conformidad con el artículo 834, el que colaciona en especie deducirá en su favor el «valor» de las mejoras que hubiere hecho, y resarcirá a la masa hereditaria el valor de los deterioros que el bien haya sufrido por culpa suya.

#### **2.15. Supuesto de liberalidad consistente en dinero o valores**

De acuerdo al artículo 835, si la liberalidad consistió en dinero, créditos o títulos valores, se hará un equitativo reajuste, según las circunstancias del caso, para determinar el «valor» colacionable al tiempo de la apertura de la sucesión.

En caso de discrepancia entre los herederos, el «valor» será determinado, en la vía incidental, por el juez a quien corresponde conocer de la sucesión.

#### **2.16. Discrepancia sobre el valor de los bienes colacionables**

Dispone el artículo 858 que si hay desacuerdo entre los herederos sobre los derechos de alguno de ellos acerca de la obligación de colacionar o del «valor» de los bienes colacionables, se hará la partición prestando garantía para los resultados del juicio que se promoviere.

#### **2.17. Imposibilidad de adjudicar en especie los bienes a los herederos**

Conforme al artículo 859, los bienes se adjudicarán en especie a cada uno de los herederos. De no ser posible, el «valor» de sus cuotas le será pagado en dinero.

#### **2.18. Indemnización en bienes adjudicados**

Según el artículo 866, vencido el heredero en un juicio sobre los bienes que se le adjudicaron, sus coherederos le indemnizarán, a prorrata, el «valor» que ellos tenían al momento de la evicción. Si alguno resulta insolvente, la responsabilidad la asumen los solventes y el que la pide.

#### **2.19. Obligación del poseedor de mala fe**

Establece el artículo 910, que el poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su «valor» estimado al tiempo en que los percibió o debió percibir.

## 2.20. Restitución del valor de las mejoras

De conformidad con el artículo 917, el poseedor tiene derecho al «valor» actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual.

La regla del párrafo anterior no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial, sino cuando se trata de las necesarias.

## 2.21. El caso de la expropiación

Se trata de una típica deuda de «valor». Según lo establece el artículo 928, la expropiación se rige por la legislación de la materia.

Esta norma ha sido aclarada por el artículo 70 de la Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993 y que entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993, con la siguiente redacción:

Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justificada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

## 2.22. Objeto hecho con materia ajena

Según el artículo 937, el objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el «valor» de la cosa empleada.

La especie que resulta de la unión o mezcla de otras de diferentes dueños, pertenece a éstos en proporción a sus «valores» respectivos.

## 2.23. Edificación de buena fe en terreno ajeno

De conformidad a lo prescrito por el artículo 941, cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el «valor» de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el «valor» actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el «valor» comercial actual del terreno.

**2.24. Edificación en terreno ajeno, habiendo obrado de mala fe el propietario del terreno**

Según prescribe el artículo 942, si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el «valor» actual de la edificación o pagar el «valor» comercial actual del terreno.

**2.25. Edificación de mala fe en terreno ajeno**

De acuerdo con el artículo 943, cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su «valor». En el primer caso, la demolición es de cargo del invasor.

**2.26. Supuesto de invasión de propiedad vecina con edificación**

Prescribe el artículo 944 que cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de ésta se haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su «valor», salvo que destruya lo construido.

Si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente.

Cuando la invasión a que se refiere este artículo haya sido de mala fe, regirá lo dispuesto en el artículo 943.

**2.27. Edificación o siembra con materiales ajenos o plantas o semillas ajenas**

Conforme al artículo 945, el que de buena fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas adquiere lo construido o sembrado, pero debe pagar el «valor» de los materiales, plantas o semillas y la indemnización por los daños y perjuicios causados.

Si la edificación o siembra es hecha de mala fe, se aplica lo previsto en el párrafo anterior, pero quien construye o siembra debe pagar el doble del «valor» de los materiales, plantas o semillas y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

### **2.28. Inseminación con elementos reproductivos ajenos**

Según el artículo 946, en los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el «valor» del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de dicho «valor», si lo hace de mala fe.

### **2.29. Decisiones en caso de copropiedad**

El artículo 971 prescribe que las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:

1. Unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él.
2. Mayoría absoluta, para los actos de administración ordinaria. Los votos se computan por el «valor» de las cuotas.

### **2.30. Partición convencional en caso de copropietario incapaz**

Conforme al artículo 987, si alguno de los copropietarios es incapaz o ha sido declarado ausente, la partición convencional se somete a aprobación judicial, acompañando a la solicitud tasación de los bienes por tercero, con firma legalizada notarialmente, así como el documento que contenga el convenio particional, firmado por todos los interesados y sus representantes legales. Puede prescindirse de tasación cuando los bienes tienen cotización en bolsa o mercado análogo, o «valor» determinado para efectos tributarios.

### **2.31. Pared medianera levantada en uno de los predios**

De acuerdo al artículo 995, si la pared que separa los predios se ha levantado en terreno de uno de ellos, el vecino puede obtener la medianería pagando la mitad del «valor» actual de la obra y del suelo ocupado.

### **2.32. Usufructo y expropiación**

Conforme al artículo 1003, en caso de expropiación del bien objeto del usufructo, éste recaerá sobre el «valor» de la expropiación.

### **2.33. Derecho de superficie**

Según lo establecido por el artículo 1030, puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener

temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo.

Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su «valor», salvo pacto distinto.

### **2.34. Supuesto de onerosidad de la servidumbre**

De acuerdo al artículo 1052, la servidumbre del artículo 1051 es onerosa. Al «valorizársela», deberán tenerse también en cuenta los daños y perjuicios que resultaren al propietario del predio sirviente.

### **2.35. Formalidades de la escritura de constitución de hipoteca para garantizar títulos transmisibles por endoso**

Según el artículo 1108, la escritura de constitución de hipoteca para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador, consignará, además de las circunstancias propias de la constitución de hipoteca, las relativas al número y «valor» de los títulos que se emitan y que garanticen la hipoteca, la serie o series a que correspondan, la fecha o fechas de la emisión, el plazo y forma en que deben ser amortizados, la designación de un fideicomisario y las demás que sirvan para determinar las condiciones de dichos títulos.

### **2.36. Prohibición de pacto comisorio**

De acuerdo al artículo 1111, aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el «valor» de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.

### **2.37. Principio de identidad en el pago**

Según establece el artículo 1132, el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor «valor».

### **2.38. Teoría del riesgo en caso de pérdida del bien por culpa del acreedor**

Según dispone el inciso 3 del artículo 1138 del Código Civil si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su «valor» reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

### **2.39. Pérdida del bien en caso de obligación nacida de delito o falta**

De conformidad con el artículo 1140, el deudor no queda eximido de pagar el «valor» del bien cierto, aunque éste se haya perdido sin culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. Esta regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora.

### **2.40. Imposibilidad de la prestación de hacer por culpa del acreedor**

Según dispone el artículo 1155, si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.

Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su «valor» reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

### **2.41. Consolidación en caso de obligaciones indivisibles**

De acuerdo al artículo 1178, la consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores. El acreedor, sin embargo, sólo puede exigir la prestación reembolsando a los codeudores el «valor» de la parte que le correspondió en la obligación o garantizando el reembolso.

### **2.42. Novación, compensación, condonación, consolidación o transacción entre el deudor y uno de los acreedores de obligación indivisible**

Según establece el artículo 1179, la novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el «valor» de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.

La misma regla se aplica en los casos de compensación, condonación, consolidación y transacción.

### **2.43. Daños y perjuicios en obligación indivisible**

Conforme al artículo 1180, la obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquéllos que hubiesen

estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del «valor» de la prestación que les corresponda.

#### **2.44. Daños y perjuicios en obligación solidaria**

Dispone el artículo 1195 que el incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el «valor» de la prestación debida.

El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento.

#### **2.45. Cláusulas valoristas**

Conforme al artículo 1235, no obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en «valor» constante.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al «valor» de referencia, al día del vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al «valor» de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

#### **2.46. Obligaciones de valor**

Conforme al artículo 1236, cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

#### **2.47. Intereses en obligaciones no pecuniarias**

Según el artículo 1247, en la obligación no pecuniaria, el interés se fija de acuerdo al «valor» que tengan los bienes materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si el bien ha perecido al momento de hacerse la evaluación.

#### **2.48. Intereses en obligaciones consistentes en títulos valores**

De acuerdo al artículo 1248, cuando la obligación consiste en títulos

valores, el interés es igual a la renta que devenguen o, a falta de ella, al interés legal. En este último caso, se determina el «valor» de los títulos de acuerdo con su cotización en la bolsa o, en su defecto, por el que tengan en la plaza el día siguiente al de su vencimiento.

#### **2.49. Pago indebido aceptado de mala fe**

Conforme al 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.

En caso de 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.

#### **2.50. Aplicación supletoria de las normas de pago indebido a las obligaciones de hacer y de no hacer**

Como establece el artículo 1276, las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.

En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del «valor» de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

#### **2.51. Imposibilidad de probar el monto de los daños y perjuicios**

Según el artículo 1332, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con «valoración» equitativa.

#### **2.52. Efectos de la resolución contractual**

Conforme al tercer párrafo del artículo 1372 del Código Civil, por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el «valor» que tenían en dicho momento.

**2.53. Momento de apreciación de la desproporción entre las prestaciones, en caso de lesión**

De acuerdo al artículo 1449, la desproporción entre las prestaciones se apreciará según el «valor» que tengan al tiempo de celebrarse el contrato.

**2.54. Supuesto de fenecimiento del proceso de lesión**

Según el artículo 1450, fenecce el proceso si el demandado, dentro del plazo para contestar la demanda, consigna la diferencia de «valor».

**2.55. Reconvención del reajuste de valor en la lesión**

Señala el artículo 1451 que el demandado puede reconvenir el reajuste del «valor». En este caso, la sentencia dispondrá el pago de la diferencia de «valor» establecido, más sus intereses legales, dentro del plazo de ocho días, bajo apercibimiento de declararse rescindido el contrato.

**2.56. Supuesto de imposibilidad de ejercitar la acción por lesión**

Conforme al artículo 1456, no puede ejercitar la acción por lesión el copropietario que haya enajenado bienes por más de la mitad del «valor» en que le fueron adjudicados.

**2.57. Obligación del transferente frente al adquirente**

Según dispone el artículo 1485, en virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su «valor».

**2.58. Derechos del adquirente frente al transferente**

Prescribe el inciso 1 del artículo 1495, que el adquirente tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedirle al transferente el «valor» del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido; y según el inciso 3, los frutos devengados por el bien durante el tiempo que lo poseyó de buena fe o su «valor», si fue obligado a devolverlos con el mismo bien.

### **2.59. Reembolso del valor de mejoras en el saneamiento por evicción**

De conformidad al artículo 1496, si las mejoras son abonadas al adquirente, habiendo sido hechas por el transferente, su «valor» será considerado a cuenta de lo que tenga que pagar éste a aquél.

### **2.60. Supuesto de evicción parcial**

De acuerdo al artículo 1501, en caso de evicción parcial, el adquirente tiene derecho a recibir el «valor» de la parte del bien cuyo derecho se pierde. Sin embargo, puede optar por la resolución del contrato, si esa parte es de tal importancia con respecto al todo que la haga inútil para la finalidad de la adquisición.

### **2.61. Evicción en transferencia de bienes en conjunto**

Conforme al artículo 1502, el adquirente puede ejercitar la facultad opcional del artículo 1501 cuando se le transfieren dos o más bienes interdependientes o en conjunto, si por razón de evicción pierde el derecho sobre alguno de ellos.

El derecho a que se refiere el párrafo anterior rige aun cuando se haya señalado un «valor» individual a cada uno de los bienes transferidos.

### **2.62. Saneamiento por vicios ocultos**

Según el artículo 1505, hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban «valor» o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.

### **2.63. Saneamiento por vicios ocultos en la venta de bienes en conjunto**

Establece el artículo 1506 que cuando se transfieren dos o más bienes conjuntamente, el vicio de cada uno dará derecho a la acción correspondiente y no se extenderá a los otros, a no ser que el adquirente no hubiese adquirido el otro u otros sin el que adolece del vicio. Se presume esto último cuando se adquiere un tiro, yunta, pareja, juego o análogos, aunque se hubiera señalado un «valor» separado por cada uno de los bienes que lo componen.

### **2.64. Saneamiento por cargas, limitaciones o gravámenes ocultos**

De acuerdo al artículo 1509, hay lugar al saneamiento cuando existan cargas, limitaciones o gravámenes ocultos y de los que no se dio

noticias al celebrarse el contrato, si éstos son de tanta importancia que disminuyen el «valor» del bien, lo hacen inútil para la finalidad de su adquisición o reducen sus cualidades para ese efecto.

### **2.65. Obligación del transferente con respecto al adquirente**

Según lo establecido por el inciso 1 del artículo 1512 del Código Civil, la resolución a que se refiere el artículo 1511 impone al transferente la obligación de pagar al adquirente, el «valor» que tendría el bien al momento de la resolución, si es que no existiera el vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición.

### **2.66. Saneamiento por hecho propio del transferente**

De conformidad con el artículo 1524, el transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuye el «valor» del bien, lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto.

### **2.67. Precio mixto**

Según el artículo 1531, si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que se le dé.

Si no consta la intención de las partes, el contrato es de permuta cuando el «valor» del bien es igual o excede al del dinero; y de compraventa, si es menor.

### **2.68. Limitaciones al pacto de retroventa**

Conforme al artículo 1587, es nula la estipulación que impone al vendedor, como contrapartida de la resolución del contrato, la obligación de pagar al comprador una cantidad de dinero u otra ventaja para éste.

También es nula, en cuanto al exceso, la estipulación que obliga al vendedor a devolver, en caso de resolución del contrato, una suma adicional que no sea la destinada a conservar el «valor» adquisitivo del precio.

### **2.69. Potenciales retrayentes**

Según el inciso 6 del artículo 1599, tienen derecho de retracto los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su «valor».

### **2.70. Donación de bienes muebles de escaso valor**

Conforme al artículo 1623, la donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su «valor» no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria vigente al momento en que se celebre el contrato.

### **2.71. Donación de bienes muebles de relativo valor**

De acuerdo al artículo 1624, si el «valor» de los bienes muebles excede el límite fijado en el artículo 1623, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad. En el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan.

### **2.72. Donación de bienes inmuebles**

Según dispone el artículo 1625, la donación de bienes inmuebles debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su «valor» real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad.

### **2.73. Donación inoficiosa**

Conforme al artículo 1629, nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento.

La donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida.

El exceso se regula por el «valor» que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

### **2.74. Invalidación de la donación en casos de supervivencia o sobrevivencia de hijos**

De acuerdo al artículo 1635, invalidada la donación se restituye al donante el bien donado, o su «valor» de reposición si el donatario lo hubiese enajenado o no pudiese ser restituido.

Si el bien donado se halla gravado, el donante libera el gravamen pagando la cantidad que corresponda y se subroga en los derechos del acreedor.

### **2.75. Excepción a la invalidación de pleno derecho de la donación en que sobreviva un hijo del donante**

Señala el artículo 1636 que no queda invalidada de pleno derecho la donación en el caso del artículo 1634, cuando el «valor» del bien donado no exceda de la décima parte de los bienes que tuvo el donante al tiempo

de hacer la donación. En este caso, es necesario que el donante la declare sin efecto.

### **2.76. Invalidación de donaciones con cargo**

Según el artículo 1642, en el caso de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo, su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el «valor» del servicio prestado o del cargo satisfecho.

### **2.77. Mutuo entre cónyuges**

Prescribe el artículo 1650 que el mutuo entre cónyuges constará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, cuando su «valor» exceda el límite previsto por el artículo 1625 (límite que –dicho sea de paso– ya no existe).

### **2.78. Excepciones a las formalidades del mutuo de incapaces o ausentes**

De acuerdo al artículo 1652, en el caso del artículo 1651, no será necesaria la intervención de los representantes o el cumplimiento de las formalidades de la transacción, según el caso, cuando el «valor» del bien mutuado no exceda diez veces el Sueldo Mínimo Vital mensual.

### **2.79. Imposibilidad de devolver el bien mutuado**

Establece el artículo 1661 que si el mutuuario no pudiese devolver bien similar en especie, cantidad y calidad al que recibió, satisfará su prestación pagando el «valor» que tenía al momento y lugar en que debió hacerse el pago.

### **2.80. Obligación de devolver valor en caso de bienes evaluados previamente**

Según el artículo 1662, si en el caso del artículo 1661 fueran evaluados los bienes al momento de la celebración del contrato, el mutuuario está obligado a satisfacer el «valor» que se les dio, aunque valgan más o menos al momento del pago.

### **2.81. Destrucción de bien arrendado, que había sido asegurado**

De acuerdo al artículo 1684, si el bien destruido o deteriorado por incendio había sido asegurado por el arrendador o por cuenta de éste, la responsabilidad del arrendatario frente al arrendador se limita a la dife-

rencia entre la indemnización abonada o por abonar por el asegurador y el daño efectivo.

Si se trata de bien «valorizado» y el seguro se ha fijado en una cantidad igual a la tasación, no hay responsabilidad del arrendatario frente al arrendador, si éste es indemnizado por el asegurador.

Quedan a salvo, en todo caso, las normas concernientes al derecho de subrogación del asegurador.

### **2.82. Destrucción del bien y pluralidad de arrendatarios**

Conforme al artículo 1685, si son varios los arrendatarios, todos son responsables por la pérdida o deterioro del bien en proporción al «valor» de la parte que ocupan, salvo que se pruebe que el siniestro comenzó en la habitación o parte del inmueble arrendado a uno de ellos, quien, en tal caso, será el único responsable.

### **2.83. Obligación del hospedante en cuanto a custodia de bienes**

Señala el artículo 1721 que el hospedante no puede negarse a recibir en custodia o a que se introduzcan los bienes a que se refiere el artículo 1718, sin justos motivos. Se consideran tales, el excesivo «valor» de los bienes en relación con la importancia del establecimiento, así como su naturaleza en cuanto constituya obstáculo respecto a la capacidad del local.

### **2.84. Reembolso del valor del bien dado en comodato**

Prescribe el artículo 1742 que el comodatario debe pagar el «valor» del bien dado en comodato si perece por causa que no le es imputable, cuando hubiese podido evitarla sustituyéndolo con uno de su propiedad.

### **2.85. Enajenación del bien por los herederos del comodatario**

Según el artículo 1749, 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 haya hecho uso de la acción reivindicatoria.

Si los herederos hubiesen conocido del comodato, indemnizarán además los daños y perjuicios.

### **2.86. Imposibilidad de devolver el bien dado en comodato**

Establece el artículo 1750 que cuando sea imposible devolver el bien, el comodatario pagará, a elección del comodante, otro de la misma especie y calidad, o su «valor», de acuerdo con las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido.

### **2.87. Reparación del bien dado en comodato**

Según indica el artículo 1751, pagado el bien dado en comodato por haberse perdido, si posteriormente lo halla el comodatario, no podrá obligar al comodante a recibirlo, pero éste tendrá la facultad de recuperarlo, devolviendo al comodatario lo que recibió.

Si el hallazgo lo realiza el comodante, puede retenerlo devolviendo el bien o «valor» que recibió o, en su defecto, entregando el bien hallado al comodatario.

Si el bien fue hallado por un tercero, el comodante está facultado para reclamarlo y, una vez recuperado, devolverá al comodatario lo que éste le hubiese pagado.

### **2.88. Contrato de obra por pieza o medida**

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1781, el que se obliga a hacer una obra por pieza o medida tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada.

El pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada.

No produce este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta ni el pago de «valorizaciones» por avance de obra convenida.

### **2.89. Acciones por depósito hecho a incapaz**

Según prescribe el artículo 1815, no hay acción civil por el depósito hecho a un incapaz, sino únicamente para recobrar lo que existe y para exigir el «valor» de lo consumido en provecho del depositario.

### **2.90. Obligación de depositarios de títulos valores**

Conforme al artículo 1828, los depositarios de títulos valores, o documentos que devenguen intereses, están obligados a realizar su cobro en las épocas de sus vencimientos, así como a practicar los actos que sean necesarios para que dichos documentos conserven el «valor» y los derechos que les correspondan.

## 2.91. Enajenación del bien por el heredero del depositario

Señala el artículo 1843 que 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 de que el «valor» no le hubiese sido entregado.

En el supuesto de que el heredero conozca que el bien está en depósito, se sujeta a lo dispuesto en el párrafo anterior y responde, además, por los daños y perjuicios.

## 2.92. Cláusula de reajuste de valor en la renta vitalicia

De conformidad a lo establecido por el artículo 1930, es válida la cláusula que permite el reajuste de la renta a fin de mantenerla en «valor» constante.

### — DEUDA CONTRAÍDA EN MONEDA EXTRANJERA

Artículo 1237.- Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día del pago.

## 1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1237

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852 ni en el Proyecto de Código Civil de 1890.

El tema es tratado por el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, artículo 215: «El pago de una deuda fijada en moneda extranjera, podrá hacerse en moneda nacional, a no ser que se haya estipulado expresamente lo contrario. — La conversión se hará con arreglo al tipo de cambio corriente en el día y lugar del

pago»; seguido por el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, artículo 205: «El pago de una deuda fijada en moneda extranjera, podrá hacerse en moneda nacional, a no ser que se haya estipulado expresamente lo contrario. — La conversión se hará con arreglo al tipo de cambio corriente en el día y lugar del pago».

Posteriormente regularon la materia el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, artículo 1240: «El pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del pago»; y el Código Civil de 1936, artículo 1249: «El pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del pago».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema fue previsto por la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, artículo 98: «El pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del vencimiento. — Si el deudor retarda el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional, según el tipo de cambio de la fecha de vencimiento o el que rija el día del pago»; por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, numeral 103: «Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales. — El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del vencimiento de la obligación. — Si el deudor, en el caso previsto por el párrafo anterior, retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago»; por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1257: «Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales. — El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación. — Si el deudor, en el caso previsto por el párrafo anterior, retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago»; y, finalmente, por el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, artículo 1204: «Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales. — El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación. — En el caso previsto por el párrafo anterior, si el deudor

retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago».

## 2. ANÁLISIS

Como expresa Mosset Iturraspe,<sup>43</sup> conviene tener muy en claro que la cláusula dólar puede cumplir en los contratos dos funciones diferentes:

- (a) Incorporarse con el solo objeto de jugar como índice móvil, cláusula de estabilización o de garantía, para cubrir el negocio de la inflación, debiendo el deudor o *solvens*, al momento del pago, convertir los dólares en moneda nacional al cambio admitido o convenido lícitamente, sin que actúe como moneda de pago la nacional, de curso legal. Éste es el supuesto ya analizado dentro de las hipótesis que contempla el artículo 1235 del Código Civil peruano. En realidad, en este caso –en estricto– no estaríamos frente a la llamada «cláusula dólar», sino ante la «cláusula valor dólar».
- (b) Incorporarse al contrato como moneda esencial de éste, en la cual se debe efectuar el pago por el deudor. Éste es el supuesto contemplado por el artículo 1237 del Código nacional. Esta es, en estricto, la «cláusula dólar».

En opinión de Eduardo B. Busso,<sup>44</sup> en principio los signos monetarios extranjeros no son dinero fuera de los límites de su soberanía y se les debe considerar mercancías. Pero ello no impide que puedan funcionar como «medios de pago» en la medida en que sean admitidos en el tráfico mercantil.

El principio general planteado por el artículo 1237 del Código Civil peruano de 1984 está contenido en su primer párrafo y consiste en que pueden concertarse obligaciones en monedas extranjeras no prohibidas por leyes especiales.

Debe quedar claro que este precepto no contempla el supuesto de que la obligación haya sido pactada en moneda nacional sin haberse adoptado ningún índice de referencia (artículo 1234), ni tampoco aquel otro supuesto en que se hubiera estipulado una obligación dineraria en moneda nacional, pero tomando como índice de referencia a una moneda

---

43 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, pp. 121 y 122.

44 BUSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 211.

extranjera (artículo 1235). El supuesto del artículo 1237 es que se hubiese contraído una obligación en moneda extranjera y no en moneda nacional, lo que equivale a decir que aquello que se debe no es un monto determinado o determinable en moneda nacional, sino un monto determinado en moneda extranjera.

El artículo 1237 del Código Civil hace referencia, en su primer párrafo, a la frase «no prohibidas por leyes especiales» por estar la norma escrita en plural. Podría entenderse esta disposición como aludiendo a monedas extranjeras no prohibidas por leyes especiales, pero no es éste su sentido.

El Código se ha ubicado en la hipótesis de que en virtud de una disposición legal se margine la posibilidad de contraer obligaciones en moneda extranjera, lo que podría ocurrir por diversas razones derivadas de la conducción económica del país. Sin embargo, hoy no se plantea tal situación, como sí sucedía con frecuencia en el pasado. Se aclara, sin embargo, que el legislador utilizó la expresión «leyes especiales» para exigir que cualquier restricción emanara del Congreso de la República, evitando, en esta materia, intervenciones autónomas del Poder Ejecutivo o del Banco Central de Reserva del Perú que, eventualmente, pudieran haber sido excesivas.

Expresa el tratadista español Antonio Hernández Gil,<sup>45</sup> que en las deudas de moneda extranjera el medio de pago está constituido, en principio, por la propia moneda extranjera. Pero existen amplias zonas de las relaciones obligacionales en que el abono de divisas no resulta realizable, bien por una imposibilidad material, bien por una imposibilidad legal (la no autorización de la adquisición de divisas o la prohibición de su disponibilidad). Entonces, el pago ha de efectuarse en la moneda nacional de curso forzoso en el lugar del cumplimiento. Esto exige la reducción de una moneda a otra, el establecimiento de la equivalencia. Agrega el citado profesor que el tipo de cambio en razón del cual debe fijarse la equivalencia es el vigente en el lugar del cumplimiento. Se discute si el día que ha de tenerse en cuenta a efectos de la fijación del tipo de cambio es el del vencimiento o el del pago. En la hipótesis del cumplimiento normal no hay problema por la coincidencia de ambos momentos. La dificultad surge cuando se produzca un retraso en el cumplimiento o, más ampliamente, un incumplimiento. La solución correcta, en opinión de Hernández

---

45 HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Editorial Ceura, 1983, pp. 410 y ss.

Gil, es atenerse al día del vencimiento. Ahora bien, las fluctuaciones en los tipos de cambio que se produzcan con posterioridad al vencimiento y antes del pago no deben traducirse en un perjuicio para el acreedor. Éste estará asistido del derecho a reclamar, en concepto de indemnización, la diferencia. Por el contrario, el deudor que incumple habrá de soportar las consecuencias de su conducta.

En el Perú no existe tal dificultad. El tercer párrafo del artículo 1237 faculta al acreedor, para la hipótesis de que el deudor retarde el pago, a exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

Según Uribe Restrepo,<sup>46</sup> la estipulación en moneda extranjera efectuada dentro de una operación interna denota una desconfianza en la moneda nacional como medida de valor. De ahí que, en estos casos, la ley permita al deudor ejercer la llamada facultad de sustitución, en virtud de la cual puede liberarse entregando a su acreedor el equivalente en moneda nacional. Esta es la llamada «deuda valutaria impropia», en oposición a la deuda valutaria propia, en la cual el acreedor tiene derecho a exigir el pago en moneda extranjera.

El mismo problema se ha planteado muchas veces en Argentina. Jorge Mosset Iturraspe<sup>47</sup> precisa que, en opinión de la doctrina de su país, las razones que llevan a los celebrantes a no contratar en moneda nacional son las siguientes:

- (a) El primero, fundamental, indudable, el argumento de la moneda nacional; su depreciación extrema le ha quitado la confianza del ciudadano, no inspira fe, no se cree en ella, ni se la quiere.
- (b) Luego, la búsqueda afanosa de una moneda de reemplazo, sustitutiva; la necesidad de que exista en los negocios onerosos una moneda que sirva de precio o contraprestación, que sea fuerte y estable.
- (c) Es, otra vez, la seguridad, como valor anhelado, ahora en su versión económica; la moneda nacional es inseguridad, imposibilidad de prever o anticipar, fuente entonces de negocios aleatorios, verdaderas aventuras, o de malos negocios, a secas.
- (d) El mal ejemplo del propio Estado, que ha contratado su enorme

---

46 URIBE RESTREPO, Luis. *Op. cit.*, p. 123.

47 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, pp. 118 y ss.

deuda interna en bonos que se rescatan en dólares; y una y otra vez, aquí y allá, alude a la moneda norteamericana.

- (e) El sálvese quien pueda: al contratante acreedor de los dólares no le interesa la situación de su deudor, su comprador, inquilino o mutuario; ¿cómo hará para conseguirlo?; ¿a qué precio?; ¿qué oscilación deberá soportar?; son los problemas ajenos, extraños, que no le competen a la otra parte.
- (f) La tentación de un enriquecimiento, cualquiera que sea su costo; el contrato ha dejado de ser un instrumento de cooperación leal, una unión de intereses equilibrados.
- (g) Es innegable que también coadyuva la oscuridad que ha imperado acerca de la vigencia y el alcance de las normas monetarias y privadas que se refieren a la contratación en dólares, como el desconocimiento preciso sobre las posibilidades que otorga el mercado de cambios: la licitud o ilicitud del dólar marginal, negro o libre.
- (h) Todo esto, y mucho más que los especialistas en economía, mercado y psicología pueden agregar, ha llevado, como ya se ha señalado, a una dolarización de la economía (Mosset se refiere a una situación que en el Perú se ha venido disipando en los últimos años): se piensa en dólares, se contrata en esa moneda, se quiere sólo esa moneda para inversión, ahorro o salvaguarda, o meramente para continuar en las transacciones.

Pero más allá de las razones antes señaladas por Mosset Iturraspe, este profesor anota los argumentos decisivos a favor de la admisibilidad de la contratación en moneda extranjera:

- (a) La contratación en dólares es un uso interesado, que aparece como cláusula predispuesta en la contratación. Como lo demostró Federico de Castro y Bravo en su polémica con Joaquín Garrigues, no tiene fuerza normativa en sí misma, no es un uso con poder jurigenético.
- (b) Esa realidad negocial o del tráfico no puede desconocer el orden público en su faz económica.
- (c) Desde la visión de la Filosofía del Derecho, Reale, Goldschmit y los cultores del *trialismo* nos han enseñado que la realidad se debe compadecer, en su afán normativo, con la legislación vigente y con la escala axiológica, con los valores reconocidos en una comunidad.

Por nuestra parte, consideramos claro que, de acuerdo con la legislación peruana, cuando se contrae una deuda en moneda extranjera ésta

podrá ser pagada en la misma moneda extranjera (no en otra moneda extranjera) o en moneda nacional.

En virtud del texto original del artículo 1237 del Código peruano, esta era considerada imperativamente como una obligación de carácter facultativo, impuesta por mandato de la ley en favor del deudor de una obligación en moneda extranjera. El deudor, al pagar su obligación, podía elegir entre hacerlo en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional, al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación o, en su caso, al tipo de cambio de venta del día en que efectuara el pago. Pero si era el acreedor quien demandaba el cumplimiento de dicha obligación, no podía hacerlo en un monto dinerario expresado en moneda nacional, sino en la moneda extranjera pactada, pues cosa distinta era que el deudor pudiera pagarla en moneda nacional.

En esta obligación facultativa la moneda extranjera constituía la prestación principal, mientras que la moneda nacional integraba la prestación accesoria.

Como expresa Uribe Restrepo,<sup>48</sup> con la facultad de sustitución se busca preservar el curso legal o poder liberatorio de la moneda colombiana. De ahí que la jurisprudencia de su país haya considerado inválidas las cláusulas mediante las cuales el deudor renuncia a dicha facultad, llamadas «cláusulas de pago», pues ellas equivalían a una derogación particular del poder liberatorio que imperativamente ha asignado la ley a la moneda nacional.

Por otra parte, y volviendo al Código peruano, en lo que respecta a la moneda extranjera y a la facultad de pagar en nuevos soles, consideramos que naturalmente las partes podrían ser más específicas que la ley en lo que respecta a qué precio de venta se deberá tomar en consideración. Así podría señalarse, por ejemplo, que fuese el precio más alto del día de pago en el mercado del jirón Ocoña (mercado compuesto por múltiples casas de cambio y cambistas informales, ubicado en el centro de Lima, que constituye la plaza más importante de este tipo de transacciones en toda la ciudad); o el precio más bajo del día de pago, que se registre en el Banco de Crédito del Perú; y, de este modo, numerosas posibilidades de pactos acerca del tipo de cambio de venta.

El sentido de la norma, al prever que el pago se efectuará al tipo de cambio de venta, consiste en que sólo de esta forma el acreedor que reciba dicha cantidad dineraria podría adquirir un número igual de unidades de moneda extranjera a la pactada en el contrato.

---

48 URIBE RESTREPO, Luis. *Op. cit.*, p. 123.

Evidentemente, el texto original del artículo 1237 del Código Civil, en el sentido de la facultad para el deudor de pagar en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional, era un precepto de carácter imperativo y contra él no cabía pactar.

Sin embargo, resultaba frecuente observar en diversos contratos —sobre todo, de arrendamiento— estipulados en moneda extranjera (dólares estadounidenses), la presencia de una cláusula que, reconociendo la existencia de la facultad establecida por el segundo párrafo del artículo 1237, imponía al deudor que optase por pagar en moneda nacional, la obligación de adquirir con ese dinero la cantidad de unidades de moneda extranjera pactada, a fin de entregarla al acreedor.

Lo que se buscaba con cláusulas de este tipo era obligar al deudor a efectuar el pago ineludiblemente en la moneda extranjera estipulada. No obstante, no existe duda alguna acerca de que una disposición contractual redactada en esos términos no hubiese podido prevalecer judicialmente.

Sin embargo, y para concluir nuestros comentarios sobre el precepto en su texto original, debemos señalar que, a pesar de la existencia de la disposición facultativa del segundo párrafo del artículo 1237, la gran mayoría de obligaciones contraídas en moneda extranjera se pagaban en la moneda originalmente pactada. Esto era tomado por el acreedor, sin duda, como un actuar idóneo y de buena fe por parte del deudor.

Pero el texto del artículo bajo comentario fue modificado por el Decreto Ley n.º 25878, de fecha 24 de noviembre de 1992, y publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 26 del mismo mes.

En virtud de este dispositivo se sustituye la redacción original del artículo 1237 del Código Civil, por la siguiente:

Artículo 1237.- Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día del pago.

Analicemos detenidamente las variaciones introducidas:

- (a) En primer lugar, se mantiene intacto el primer párrafo del precepto, en el sentido de que pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera, siempre que la ley no prohíba tal pacto.
- (b) De otro lado, el segundo párrafo del texto modificado del artículo 1237, si bien no elimina, como principio general, la obligación facultativa para el deudor de obligación contraída en moneda extranjera, de pagar la deuda o en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar de vencimiento de la obligación, deroga el carácter imperativo de tal principio. El texto original, incluso, y como acabamos de señalar, no admitía pacto en contrario. Ahora sí se admite dicho pacto.

Actualmente es posible que las partes dispongan un régimen distinto (vale decir, uno no facultativo). Así, los contratantes podrían pactar que la obligación contraída en moneda extranjera podrá ser exigible en dicha moneda, vale decir, que si se estipulase el pago de una obligación en dólares estadounidenses, el acreedor podría exigirlo en tal moneda. En este caso —de haberse pactado ese presupuesto— el deudor deberá pagar en dólares y sólo en dólares.

Sin duda, es éste el cambio fundamental del texto modificado del artículo 1237.

- (c) El tercer párrafo del texto modificado prácticamente recoge los mismos principios que el último párrafo del precepto original.

Con esta variante nuestro país introdujo la posibilidad de que por acuerdo entre las partes contratantes, una obligación pueda hacerse exigible en una moneda extranjera cualquiera. Pero debemos subrayar que esta no es la norma general, sino un caso de excepción. El principio facultativo de pago está vigente, salvo que las partes estipulen en contrario.

En nuestro país únicamente el nuevo sol es la moneda de curso legal. El dólar, al igual que cualquier otra moneda extranjera, carece de estas características.

Sin embargo, cabría formularnos la pregunta de si en virtud de la modificatoria del artículo 1237, las monedas extranjeras podrían haber adquirido curso forzoso en el Perú.

Si bien el principio general es el facultativo, se permite a las partes pactar en contrario, vale decir, se admite que el deudor se obligue a pagar sólo en la moneda extranjera que constituye la prestación.

En estos casos, y por la autorización expresa que concede el texto modificado y vigente del artículo 1237 del Código Civil peruano, las par-

tes estarían otorgando curso forzoso en el territorio de la República a la moneda extranjera estipulada (que por lo general será el dólar de los Estados Unidos de América), pero únicamente para la relación obligacional surgida entre ellas.

Justamente, el texto original del artículo 1237 tenía la función de hacer prevalecer el curso forzoso exclusivamente para la moneda nacional. La modificación al precepto, como se ha señalado, introdujo, en el supuesto allí previsto, el curso forzoso de monedas extranjeras (cualesquiera que éstas sean).

Cabe concluir con algunas aclaraciones.

Aunque lo reiteremos, pues ya nos hemos referido al tema, un lector advertido observará que el artículo 1237, tanto en su texto original como en el precepto que lo modificó, se refiere a las «obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales». El propósito de consignar la exigencia de «leyes especiales», para impedir concertar obligaciones en moneda extranjera, fue el de liberalizar la economía del Perú, sobre todo a principios de la década del ochenta, cuando aún se sentían los efectos restrictivos que habían presidido la conducción económica, singularmente durante el periodo 1968-1975. Para ello se exige que sólo por ley de la República, aprobada por el pleno del Congreso, puedan adoptarse tales restricciones. No es posible, en consecuencia, que normas de rango inferior, que emanan exclusivamente del Poder Ejecutivo, llámense decretos supremos, resoluciones supremas o resoluciones ministeriales, prohíban que se estipule en monedas distintas a la nacional. Y si ello se quiere, pues que el Congreso lo apruebe.

Es necesario precisar que en esta materia el Código Civil marcó la delantera a la Constitución Política de 1993, la que recién en esa fecha elevó a rango constitucional la posesión, tenencia y transacciones en monedas extranjeras. Se podría afirmar que al igual que el artículo 1237 del Código de 1984 representó una reacción a los abusos cometidos por los gobiernos de la década de los años setenta, el artículo 64 de la Constitución de 1993 («El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera») constituyó reacción a los abusos que en torno a la tenencia y contratación en moneda extranjera representó el gobierno que condujo al país entre julio de 1985 y julio de 1990.

Debe aclararse que así como los artículos 1234, 1235 y 1236 del Código Civil están estrechamente vinculados a los principios nominalista y valorista, el precepto que comentamos es ajeno a dichas materias si de moneda nacional se trata. En todo caso, el artículo 1237 es un precepto

nominalista con relación al número de unidades de moneda extranjera que se deba entregar. Aquí es la moneda extranjera la que está *in obligatione* y, por lo tanto, la que debe ser restituida. Esta restitución, como regla general, se efectúa, a exclusivo criterio del deudor, en la misma moneda extranjera estipulada o en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación, salvo, en este último caso, que el deudor retrase el pago, en cuya eventualidad el acreedor podría elegir entre el tipo de cambio del día y lugar de tal vencimiento o el que rige el día del pago. La excepción, prevista por la variante del texto original del artículo 1237, es el pacto para que la restitución se verifique en la misma moneda extranjera estipulada. Ya hemos comentado el tema en los conceptos de introducción relativos al nominalismo y al valorismo. Sólo deseamos reiterar que, en este caso, la moneda extranjera para el pago también estaría privativamente *in obligatione*.

Es claro, de lo expuesto, que en esta materia carece de juego dialéctico el debate nominalista y valorista. La obligación se paga, en definitiva, en la misma moneda o en su equivalente en moneda nacional, lo que permite al acreedor adquirir el mismo número de unidades de moneda extranjera que el originalmente pactado.

Finalmente, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado sobre este particular al señalar que: «La opción de conversión a moneda nacional de una obligación asumida en moneda extranjera, si bien opera, en principio, a favor del deudor, no puede, excluida y excluyentemente, corresponder sólo a éste, sino también al acreedor, más todavía si consideramos que el pago tiene como contrapartida la existencia de un crédito cierto cuyo titular debe poder optar dentro del territorio nacional (asumiendo el riesgo de la variación del valor adquisitivo), por exigir su satisfacción en la moneda oficial circulante aquí o en la originaria de la obligación debida».<sup>49</sup> Asimismo, se ha señalado que: «El artículo 1237 del Código Civil permite pactos de obligaciones en moneda extranjera no prohibidos por leyes especiales, y que el pago de una deuda en moneda extranjera pueda hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación».<sup>50</sup>

---

49 Expediente n.º 176-2005-Lima.

50 Expediente n.º 398-96-Lima. En *Anales judiciales*, tomo LXXVIII, p. 17.

# Tutela y remedios: la indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa

Gastón Fernández Cruz\*

*Sumario:* 1. En torno a la noción general del enriquecimiento sin causa: antecedentes generales. – 2. Recepción del enriquecimiento sin causa en el sistema peruano. – 3. El enriquecimiento sin causa en el Código Civil vigente. – 4. De los requisitos del enriquecimiento sin causa. – 4.1. De los requisitos del enriquecimiento sin causa: a) Del enriquecimiento. – 4.2. De los requisitos del enriquecimiento sin causa: b) Del empobrecimiento. – 4.3. De los requisitos del enriquecimiento sin causa: c) De la relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento. – 4.4. De los requisitos del enriquecimiento sin causa: d) De la falta de causa que justifique el enriquecimiento. – 4.5. De los requisitos del enriquecimiento sin causa: e) De la subsidiariedad de la acción in rem verso. – 5. Tutela restitutoria versus tutela resarcitoria. – 6. El vocablo «indemnización» en su utilización como expresión de la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa. – 7. Consideraciones finales.

---

\* Profesor ordinario principal de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Titular de las cátedras de Derecho de las Obligaciones y de Responsabilidad Civil. Ha sido profesor visitante de la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna, Italia y conferencista internacional en las Universidades Castilla-La Mancha, Toledo, España, y en la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa. Socio Principal del Estudio Fernández & Vargas Abogados.

## 1. EN TORNO A LA NOCIÓN GENERAL DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: ANTECEDENTES GENERALES

Se atribuye gran complejidad al análisis de la institución del «enriquecimiento sin causa», lo cual deriva principalmente de la diversa funcionalidad que se le ha atribuido en la doctrina a este instituto a lo largo del tiempo y que han sido implantados, a su vez, en distintos ordenamientos. En tal sentido, el enriquecimiento sin causa ha sido identificado por algunos como un principio general del Derecho, o como una fuente de obligaciones en tanto fundamento y extensión de la teoría de los cuasi contratos, o como acción subsidiaria fundada en un principio general, o como una acción fundada en la dinámica de la causa.

En cuanto a la teoría que considera al enriquecimiento injusto como un principio general del Derecho, se debe partir por entender que dicha concepción se deriva del principio por el cual «nadie puede enriquecerse a costa de otro», siendo ésta la premisa fundamental de esta postura. En tal medida, con esta teoría en realidad se confundió lo que es propiamente la acción del enriquecimiento sin causa con el principio general por el cual se prohíbe el enriquecimiento injusto. En efecto, la figura del enriquecimiento injusto se funda en una regla de naturaleza moral y social que se identifica con la vocación de justicia que imparte todo ordenamiento.

Sin embargo, la acción de enriquecimiento sin causa no puede ser equiparada con un principio general dado que es un *instrumento técnico* destinado a remediar desequilibrios que se producen en el ámbito del Derecho Patrimonial,<sup>1</sup> para lo cual requiere la concurrencia de ciertos requisitos a fin de que se configuren determinados efectos para la efectiva resolución de conflictos. En tal medida, lo que se busca es que el enriquecimiento sin causa sea susceptible de aplicación concreta, lo cual no ocurre si se le identifica como un principio general del Derecho, en tanto que no hay posibilidad alguna de llevar a cabo con ella ningún tipo de construcción.<sup>2</sup>

En este sentido señalaba bien Ripert que «[...] todas las construcciones jurídicas a las que ha dado lugar el enriquecimiento sin causa son más o menos inútiles para explicar el alcance de la acción. Lo que se intenta es disimular el carácter moral de la regla propuesta. En la práctica los tribu-

---

1 ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1979, p. 11.

2 Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. «La doctrina del enriquecimiento injustificado». En *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Obra conjunta escrita por Luis Díez-Picazo y Ponce de León y Manuel de la Cámara Álvarez. Madrid: Civitas, 1988, p. 37.

nales se preguntan únicamente si la persona enriquecida no tiene el deber de justicia de indemnizar a la persona empobrecida, en la medida en que esta persona se ha empobrecido [...]»<sup>3</sup> en razón al enriquecimiento ajeno.

Respecto a la segunda teoría que identifica al enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, hay que precisar que esta postura se desarrolla como producto de la evolución de la concepción anterior en tanto que la doctrina comenzó a fundamentar dicha figura sobre la base del principio antes expuesto. En tal sentido, el enriquecimiento sin causa pasó a consolidarse como el fundamento de los cuasi contratos. Por ende, algunas pretensiones restitutorias pasaron a fundamentarse con base en el principio general que prohíbe los enriquecimientos injustos — como la gestión de negocios ajenos sin mandato, el pago de lo indebido, etcétera —, caracterizándose todas ellas principalmente por el hecho de no provenir de la voluntad, ni de la ley, con lo cual la figura jurídica del enriquecimiento sin causa pasó a convertirse en una categoría jurídica.

En lo referente a la asimilación del enriquecimiento sin causa como acción subsidiaria fundada en un principio general, se entiende que esta postura se desarrolla como consecuencia del abandono de la categoría de los cuasi contratos por la doctrina comparada, derivándose de ello que las pretensiones que agrupaban dicha figura pasaron a formar parte de la institución del enriquecimiento injusto. En consecuencia, en un primer momento se entendió que toda persona que se hubiese visto afectada por el enriquecimiento injusto de otro, sin que mediara causa alguna, podía interponer la acción de enriquecimiento sin causa en orden a la vulneración de dicho principio. Sin embargo, en forma posterior se buscó delimitar su utilización, para lo cual se estableció que esta acción únicamente procedía en aquellos casos en que el afectado no haya tenido ninguna otra acción que ejercitar. En efecto, tanto la jurisprudencia italiana como francesa fueron buscando reglas que restringieran su empleo, llegando a establecer como requisitos para su aplicación: i) la existencia de un enriquecimiento que tenga su origen en un empobrecimiento correlativo; ii) la ausencia de causa justificadora de dicho enriquecimiento; y iii) la inexistencia de un remedio jurídico específico. Este carácter de subsidiariedad del enriquecimiento, a pesar de su antigüedad, aún es de aplicación en la actualidad en gran parte de las codificaciones latinoamericanas; entre ellas, la codificación peruana.

---

3 Citado por AMEAL, Óscar. «Enriquecimiento sin causa. Subsidiariedad o autonomía de la acción». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor, Dr. Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 1065.

Por último, respecto de la tesis en función de la cual la acción de enriquecimiento sin causa encuentra su fundamento en la dinámica de la causa, se entiende que dicha postura surge como crítica a la posición anterior con base en la cual se había fijado el carácter subsidiario de la acción, toda vez que dicha concepción conllevaba al mismo resultado que el que originalmente la motivó, vale decir, la insuficiencia de la técnica jurídica. Es en tal contexto que se opta, más bien, por una concepción que basa su fundamento en la naturaleza dinámica de la causa, en tanto que si se parte por entender que «[...] la causa es una legítima atribución por el orden jurídico de una ventaja [...]», y «[...] sin causa significa que una persona obtiene un provecho sin que le sea atribuido [...]»,<sup>4</sup> entonces la acción de enriquecimiento sin causa debe ser comprendida, a su vez, como un recurso para que dicha ventaja que se produjo sin existencia de causa pueda ser restituida en aquellos casos en que lo que se pretende restituir no sea posible de ser repuesto en su propia individualidad. En tal medida, la acción de enriquecimiento sin causa se convertiría más bien en un remedio dotado de una serie de atribuciones para nivelar aquellos desequilibrios patrimoniales que en la doctrina se les ha venido denominando impropias.

## 2. RECEPCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL SISTEMA PERUANO

En lo que respecta a nuestra legislación, es pertinente señalar que la regulación del enriquecimiento sin causa ha tomado diversas posiciones a lo largo de su trayectoria legislativa. En efecto, el enriquecimiento sin causa ha pasado de considerarse como una regla ética o principio moral indefinido que comprendía o englobaba al pago indebido y a la gestión de negocios, para pasar, posteriormente, de forma paulatina, a ser considerado como un resultado de la voluntad presunta del hombre, es decir, como un cuasi contrato, para luego ser definido como una institución concreta y, por último, para pasar a configurarse como una fuente de obligaciones de carácter independiente.<sup>5</sup>

En el Código Civil de 1852 puede apreciarse que el enriquecimiento sin causa fue ubicado dentro del Libro III «De las obligaciones y contra-

---

4 ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *Op. cit.*, p. 37.

5 Ver para una evolución histórica del enriquecimiento sin causa en el sistema peruano: REVOREDO MARSANO, Delia. *Instituciones del Derecho Civil peruano (visión histórica)*. Obra Colectiva. Lima: Cultural Cuzco, 1996, tomo III, pp. 2296 y ss.

tos», al interior de la Sección Séptima denominada «De las obligaciones que nacen del consentimiento presunto», refiriéndose el Título Primero a los cuasi contratos, el Segundo a la comunidad y partición de herencia; y el Tercero a las obligaciones que nacen de delitos o de cuasi delitos. Así, el artículo 2110 del Código Civil de 1852 consagró por primera vez la figura del enriquecimiento sin causa, estableciendo en su numeral 2 el imperativo de que «nadie debe enriquecerse con detrimento de otro [...]».

En el Código Civil peruano de 1936, si bien se mantuvo la figura del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, esta figura ya no fue vista como una de naturaleza cuasi contractual, sino que pasó a establecerse como una acción independiente, estando contenida en el Título IX, referido a los 'Actos Ilícitos', perteneciente a la sección primera denominada «De los actos jurídicos», la cual integraba el Libro V «Del Derecho de las Obligaciones». Así, el artículo 1149 del Código Civil de 1936 sancionó que «[...] Aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro, está obligado a la restitución [...]».

En efecto, se abandonó la posición doctrinal por la cual se consideraba al enriquecimiento sin causa como un cuasi contrato, y si bien se la mantuvo como una de las fuentes de obligaciones, pasó a ser considerada como un acto ilícito optando por la técnica cuasi delictual. La razón por la cual se optó por dicha identificación jurídica fue recogida por el legislador de la época en la Exposición de Motivos del referido cuerpo normativo, en la cual se determinó lo siguiente: «Hemos referido el instituto del enriquecimiento indebido a la teoría de los actos ilícitos partiendo del concepto de que la adquisición tiene por fundamento un hecho que es contrario a derecho [...]».<sup>6</sup> En efecto, con la entrada en vigencia de este Código se abandonaba la tesis que consideraba a la teoría de los cuasi contratos como una fuente de las obligaciones, admitiendo únicamente como tales a la autonomía privada y a la ley. En tal medida, el enriquecimiento sin causa pasó de ser considerado como un cuasi contrato a ser visto como un acto ilícito cuya obligación de restitución provenía directamente de la propia ley.

### 3. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

En el caso del Código Civil de 1984, se modificó la ubicación de la institución materia de análisis, derivándola a la Sección Cuarta del Li-

---

6 Fernando Guzmán Ferrer citado por REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, p. 2341.

bro VII, el cual está referido a las «Fuentes de las Obligaciones». En tal sentido, debe tenerse presente que el artículo 1954 expresa lo siguiente: «*Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo*».

De otro lado, el artículo 1955 señala lo siguiente:

La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

De tal manera, si bien se mantiene la tendencia asumida por el Código de 1936 al seguir siendo considerada como una acción independiente, ahora se la propone como una fuente autónoma de las obligaciones, dejando de lado la técnica cuasi delictual.<sup>7</sup>

En tal sentido, la institución del enriquecimiento sin causa, en tanto independiente, se va a caracterizar por rasgos elementales que la van a diferenciar de otras figuras autónomas como la gestión de negocios, la promesa unilateral o la responsabilidad extracontractual. En nuestro sistema tales rasgos fundamentales son los siguientes:

- a) Que un sujeto se enriquezca u obtenga una ventaja patrimonial.

Artículo 1954.- Aquél que se enriquece [...].

- b) Que otro sujeto sufra un desmedro patrimonial.

Artículo 1954.- Aquél que se enriquece indebidamente **a expensas de otro**.

- c) Que exista relación de causalidad entre el enriquecimiento de uno y el empobrecimiento de otro.

Artículo 1954.- Aquél que se enriquece indebidamente **a expensas** de otro.

- d) Que no exista causa o fundamento para el enriquecimiento u obtención de ventaja patrimonial por parte del enriquecido o que no exista basamento para que éste último retenga dicha ventaja.

---

<sup>7</sup> En tal sentido, se afirma comúnmente que la disciplina de la acción general de enriquecimiento sin causa prescinde del requisito subjetivo del dolo o de la culpa, apartándose así de la norma general sobre hechos ilícitos. Véase: SIRENA, Pietro. «La acción general de enriquecimiento sin causa: situación actual y perspectivas futuras». En *Derecho & Sociedad*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 20. Lima: p. 237.

Artículo 1954.- Aquél que se enriquece **indebidamente** a expensas de otro.

- e) Que el empobrecido no cuente con otra acción instituida por el derecho para superar el empobrecimiento.

Artículo 1955.- La acción a que se refiere el artículo 1954 **no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.**

### 3. DE LOS REQUISITOS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Para que se dé la configuración del enriquecimiento sin causa, entonces, deben concurrir cinco requisitos, a saber: a) el enriquecimiento; b) el empobrecimiento; c) la relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; d) la falta de causa que justifique el enriquecimiento; y, e) la subsidiariedad de la acción *in rem verso*.

A continuación, desarrollaremos cada uno de estos requisitos.

#### 3.1. *De los requisitos del enriquecimiento sin causa: a) Del enriquecimiento*

Debe primeramente decirse que si bien el artículo 1954 del Código Civil no ha determinado cuándo se verifica el «enriquecimiento» al que hace referencia, se entiende en doctrina que dicho enriquecimiento ocurre cuando el enriquecido ha «obtenido algo»,<sup>8</sup> es decir, se requiere que se haya producido una ventaja en su situación patrimonial, vale decir, que ésta se haya mejorado.<sup>9</sup> Así pues, «se entiende que hay enriquecimiento cuando se incorpora al patrimonio de una persona una ventaja de carácter pecuniario».

Resulta relevante resaltar el hecho de que si bien en algunos casos ese incremento adquiere la forma de un desplazamiento de valores de un patrimonio a otro, esto no siempre ocurre así. Como bien ha señalado

8 § 812 del Código alemán, dispositivo éste que señala en su numeral 1) que «[...] quien a través de un acto prestado por otro, o de cualquier otra manera, adquiera algo a expensas de este último sin causa jurídica, está obligado a restituirse. Esta obligación subsiste incluso si la causa jurídica desaparece posteriormente o si el resultado que se pretendía conseguir mediante una prestación de acuerdo con el negocio jurídico no se produce [...]».

9 ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil.*: Derecho de Obligaciones. Traducción del alemán por Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1935, vol. II, tomo 2, p. 586.

Schlesinger «[...] no es empero necesario, para que haya enriquecimiento, un verdadero y propio incremento del patrimonio. Por tanto, constituyen ventajas económicamente relevantes no solamente la adquisición o el aumento de valor de un derecho o la adquisición de la posesión de una cosa, sino también la liberación de una deuda o el ahorro de un gasto o de una pérdida [...]».<sup>10</sup> Así pues, no es necesario para que haya enriquecimiento un verdadero y propio incremento del patrimonio.

En tal sentido, se entiende que es posible que ese «algo» obtenido consista: en la adquisición de un derecho; en la adquisición de la posesión de una cosa; en el ahorro de gastos; no disminución del patrimonio que en otro caso se hubiere efectuado la liberación de una deuda, entre otros.

Así también ha sido entendido el enriquecimiento por la doctrina alemana, en tanto se comprende que «[...] también hay enriquecimiento en el ahorro de gastos y disminuciones de patrimonio de otra suerte indispensables, ya se haya ahorrado o no haya tenido lugar el gasto que se hubiera hecho en otro caso, o bien prestación, la constitución de una deuda o el gravamen de una cosa [...]».<sup>11</sup>

Así, por ejemplo, Von Tuhr explica que:

[...] el enriquecimiento puede producirse de dos maneras: 1) por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*). Este aumento se refiere: bien al activo del patrimonio, cuando un nuevo derecho, propiedad, crédito, etc., se agrega a la fortuna del enriquecido o un derecho ya existente, aumenta de valor, por ejemplo, un inmueble sin edificio, sobre el cual se levanta una edificación o bien al pasivo de este mismo patrimonio, cuando grava el patrimonio del enriquecido alguna deuda y se extingue sin causa jurídica, por ejemplo, si el acreedor hace remisión de la deuda o si un tercero paga sin causa jurídica la deuda del enriquecido; 2) por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*). El enriquecido evita una expensa que normalmente le incumbe o la constitución de una deuda o de una carga sobre la cosa, por ejemplo, merced a que otra persona sin ninguna causa jurídica, ha efectuado esta expensa.<sup>12</sup>

De la misma manera, Álvarez Caperochipi, siguiendo a Núñez Lagos, también da cuenta de tal posibilidad. Explica que la doctrina, al hablar de los modos del enriquecimiento sin causa, distingue:

10 SCHLESINGER, Piero. «Voce: Arricchimento, Azione di (Diritto Civile)». En *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese - UTET, 1968, vol. 2, tomo I, p. 1007.

11 ENNECERUS, Ludwig. *Op. cit.*, p. 587.

12 Citado por: ORAMAS, Alfonso. *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*. Guayaquil: Edino, 1988, pp. 74-75. El texto de Von Tuhr, citado por Oramas, corresponde a *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo VIII, p. 575.

[...] entre un enriquecimiento positivo (*lucrum emergens*) y un enriquecimiento negativo (*damnum cessans*). El enriquecimiento positivo puede deberse tanto a la adquisición de una cosa corporal o de un derecho («En este supuesto se comprenden no solo el ingreso de nuevas cosas corporales, sino la transformación de las que había. Con la frase adquisición de un derecho, nos referimos a todos los derechos reales y personales, en un sentido amplio [...]») como de una disminución del pasivo («Cuando se paga una deuda por otro, este se enriquece y está obligado a restituir, si el pago se hizo sin causa entre el *solvens* y el verdadero deudor. Lo mismo cuando se extingue sin causa una prenda o se cancela una hipoteca o se remite una deuda»); el enriquecimiento negativo consiste en una disminución del patrimonio que ha sido evitada (*damnum cessans*) («se comprenden aquí todos los casos en que hay consumo de cosas pertenecientes a otro, o servicios recibidos o expensas hechas por un tercero si el enriquecimiento ha evitado de esta suerte un gasto»<sup>13</sup>).

Oramas considera por su parte que:

[...] el enriquecimiento negativo [*damnum cessans*] guarda mucha relación con la disminución del pasivo [segunda modalidad del *lucrum emergens*], ya que en los dos casos lo que se ha evitado es una rebaja del activo, ya sea pagando una deuda que le correspondía asumir al enriquecido o bien sea ahorrando el enriquecido un gasto que eventualmente estaría obligado a hacerlo [...].<sup>14</sup>

Por otro lado, se ha afirmado también que la configuración del enriquecimiento sin causa ni siquiera requiere del consentimiento del enriquecido. Así, por ejemplo, basta con que el empobrecido haya asumido, sin justa causa, la deuda que el enriquecido tenía frente a un tercero, aun cuando el enriquecido no haya conocido esa circunstancia o no haya manifestado su consentimiento, para que el enriquecimiento sin causa se configure. En palabras de Oramas:

[...] Como resulta obvio, el enriquecimiento puede realizarse de diversas maneras. Una de ellas es la que se produce sin que exista ningún tipo de consentimiento y sin que medien recíprocas declaraciones de voluntad del empobrecido y del enriquecido, dando lugar por lo tanto a la acción de enriquecimiento sin causa.<sup>15</sup>

### 3.2. *De los requisitos del enriquecimiento sin causa: b) Del empobrecimiento*

El empobrecimiento es identificado con el desmedro patrimonial que afecta a un sujeto, sea por haberse afectado su patrimonio en un monto equivalente al desplazamiento patrimonial efectuado a favor de otro

13 ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *Op. cit.*, pp. 83-84.

14 ORAMAS, Alfonso. *Op. cit.*, p. 76.

15 ORAMAS, Alfonso. *Op. cit.*, 77.

sujeto o por haber puesto dicho patrimonio en una situación más gravosa al asumir la titularidad de deudas u obligaciones. En este sentido, al hablarse de pérdida patrimonial se hace referencia a una verdadera y propia transferencia injustificada de riqueza que se refleja económicamente en el patrimonio de un sujeto, constituyendo la otra cara del enriquecimiento,<sup>16</sup> y en este sentido cabe ser diferenciado del concepto de daño propio de la responsabilidad civil y con éste, por ejemplo, la exclusión del concepto de lucro cesante.<sup>17</sup>

### 3.3. *De los requisitos del enriquecimiento sin causa: c) De la relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento*

Este requisito hace referencia a la necesidad de que se demuestre que tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento fundan su verificación en la realidad con base en un nexo causal común, vale decir, que uno es causa del otro o consecuencia del otro. Este nexo causal es imprescindible para la configuración del enriquecimiento sin causa, toda vez que la conexión entre la ventaja patrimonial del «enriquecido» con el detrimento patrimonial del «perjudicado» justifica su restitución, debiéndose tener presente que el origen de la pérdida y la ganancia debe provenir de una misma circunstancia.

Con esto, como bien ha hecho notar Trabucchi, no se quiere hacer alusión necesariamente a una relación de causalidad directa

[...] entendida en el sentido que deba considerarse relevante solamente el empobrecimiento que dependa del hecho que fue causa inmediata del enriquecimiento. Dada la naturaleza de remedio excepcional y extraordinario que se reconoce a la acción general de enriquecimiento, se admite la posibilidad de evaluar inclusive una causalidad indirecta, en la medida que entre los dos fenómenos subsista la relación de necesidad histórica, en el sentido que se pueda demostrar que el uno no se habría verificado sin el manifestarse del otro: Basta una concatenación efectivamente existente y determinante, aun sin el carácter de exclusividad [...].<sup>18</sup>

16 GALLO, Paolo. «Arricchimento Senza Causa». Artt 2041-2042. En *Il Codice Civile*. Commentario diretto da Francesco D. Busnelli. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 2003, pp. 53-54.

17 Véase por todos: TRIMARCHI, Pietro. *L'arricchimento Senza Causa*. Milano: Giuffrè Editore, 1962, p. 46; y BRECCIA, Umberto. «L'arricchimento Senza Causa». En *Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno*. Volume 9. Tomo Primo. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese - UTET, 1984, p. 839.

18 TRABUCCHI, Alberto. Voce: «Arricchimento (azione di). Diritto Civile». En *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 1958, vol. III, p. 72.

### 3.4. De los requisitos del enriquecimiento sin causa: d) De la falta de causa que justifique el enriquecimiento

En cuanto a este punto, debe señalarse que la causa no es más que la función práctica individual del acto, por lo que

[...] buscar la efectiva función práctica del contrato quiere decir, precisamente, buscar el interés concretamente perseguido. Esto es que no basta verificar si el esquema usado por las partes sea compatible con uno de los modelos contractuales sino que debe buscarse el significado práctico de la operación con relación a todas las finalidades que –inclusive tácitamente– son comprendidas en el contrato [...].<sup>19</sup>

En tal sentido, la función práctica individual del acto es sometida por el ordenamiento jurídico a una suerte de filtro de licitud (se entiende, de los negocios jurídicos en concreto), que permite su protección por dicho ordenamiento normativo, así como ofrece una pauta importante para su interpretación. Como bien señala Ferri:

[...] el negocio como acto individual tiene una función económica individual, en cuanto se refiere a una operación que comprende exigencias e intereses del individuo [...].<sup>20</sup>

Una de las funciones de la causa es la de *justificar la atribución patrimonial que se produce*, que retrata la íntima relación entre los conceptos de «causa» y «función», en especial, el paso de un bien de un patrimonio a otro, la que se manifiesta en: a) la distinción de negocios causales y abstractos, conforme a la que se separa el acuerdo puro de transmisión del negocio jurídico que la origina (por ejemplo, en la venta); b) la justificación de la atribución de bienes, que se manifiesta negativamente en las *condictiones*<sup>21</sup> por falta de causa; c) la justificación de cada crédito y así de la correspondiente obligación; la que separándola artificialmente de la causa del contrato se ha llamado causa de la obligación o de la prestación.<sup>22</sup>

19 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. «Il Contratto». Milano: Dott. A.Giuffré. Editore S.p.A., Italia, 1987, vol. 3, p. 425.

20 Giovanni B. Ferri citado por BIANCA, Massimo. Nota a pie de página 24. *Idem*.

21 La *condictio* es una «tutela posterior de carácter restitutorio». En tal sentido: BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D.; y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen 2. «Hechos y actos jurídicos». Reimpresión. Traducido por Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 896; como, por ejemplo, la pretensión por enriquecimiento indebido (artículo 1954 del Código Civil).

22 DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Reimpresión. Madrid: Civitas, 1991, p. 166. Esta función ha llevado a decir que «la búsqueda de la «causa» sirve sólo para

Por ello, la justa causa es considerada como un hecho impeditivo para la pretensión que contiene el enriquecimiento sin causa, en tanto que el sujeto pasivo que hubiere sido perjudicado por el enriquecimiento de otro únicamente puede pedir la restitución si es que demuestra que no hay causa alguna que justifique dicho enriquecimiento.<sup>23</sup> Lo difícil, sin embargo, se presenta al momento de determinar cuándo es que la referida causa tiene lugar, con lo cual se ha llegado a la conclusión de que no puede ser establecida mediante una fórmula unitaria, entendiendo por ello que tan sólo puede encontrar su definición en un sentido formal, como criterio que consiente exclusivamente juicios *a posteriori*.<sup>24</sup>

Por esta razón se ha preferido afirmar que la falta de causa que justifique el enriquecimiento representa en el fondo la ausencia de una «justa causa», concepto al que hay que atender más bien a su función antes que al contenido de una definición singular, cumpliendo un rol equivalente al de la injusticia del daño en la responsabilidad extracontractual como criterio de selección de intereses merecedores de tutela;<sup>25</sup> todo ello sin perjuicio de algunas definiciones aisladas que pueden servir de guía, como aquella ensayada por Bianca, quien afirma que «[...] el enriquecimiento es [...] “sin causa”, o injustificado, cuando la ventaja económica conseguida a cargo de otros no está justificad[a] por un interés merecedor de tutela [...]».<sup>26</sup>

### 3.5. *De los requisitos del enriquecimiento sin causa: e) De la subsidiariedad de la acción in rem verso*

En cuanto a este requisito, en vista de que no puede soslayarse que la acción de enriquecimiento sin causa ha sido recogida como una concreción específica del principio general por el cual «nadie puede enrique-

---

verificar la voluntad de despojarse efectivamente del bien». En tal sentido: GORLA, Gino. «Causa, Consideration e Forma nell'atto d'alienazione inter vivos». En *Causa e Consideration*. A cura de ALPA, Guido y BESSONE, Mario. Cedam, 1984, p. 136.

23 El «enriquecido» por su parte tendrá eventualmente la carga de probar un hecho impeditivo y, en particular, precisamente, la existencia de un título que lo legitime para gozar o disfrutar del beneficio a causa del empobrecimiento ajeno.

24 SIRENA, Pietro. *Op. cit.*, p. 243.

25 DI PAOLA, Sergio y PARDOLESI, Roberto. Voce: «Arricchimento, I) Azione di arricchimento - Dir. Civ.». En *Enciclopedia Giuridica*. II, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccan. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1988, p. 3.

26 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Volumen 5: «La Responsabilità». Milano: Dott. A. Giuffrè. Editore S.p.A., 1994, p. 818.

cerse a costa de otro», basándose en una función de equidad y justicia, su reconocimiento en nuestro ordenamiento como una fuente autónoma de obligaciones tiene como consecuencia que *su aplicación tenga que caracterizarse por ser meramente residual*, ante lo cual se entiende que únicamente puede recurrirse a ella en aquellos supuestos en que no se encuentre otra vía para obtener la restitución del perjuicio patrimonial.

Debe, en principio, señalarse que la subsidiaridad de la acción de enriquecimiento sin causa constituye una opción legislativa y que es seguida por muchas codificaciones latinas, lo que determina que más allá de que se esté a favor o en contra de su acogimiento es un dato legal que tiene que ser respetado por el juez o árbitro.<sup>27</sup>

En palabras de Breccia se habla de «subsidiaridad» en dos acepciones:

Para subrayar (o resaltar) que [...] opera solamente como norma de cierre del sistema en caso de lagunas (por ejemplo: para evitar que el damnificado por un contrato resuelto pueda invocar el artículo 2041<sup>28</sup> más allá de los límites normativamente previstos o después que haya prescrito la otra acción); o bien para afirmar que la acción de enriquecimiento pueda reemplazar a una pretensión principal infructuosamente ensayada en los conflictos con un tercero [...].<sup>29</sup>

Por ello se ha afirmado también que «[...] la obligación de restituir los enriquecimientos injustificados o sin causa, por más que se la tilde como principio general del derecho, posee un marcado carácter de excepcionalidad: la excepcionalidad misma de todas las obligaciones restitutorias [...]». <sup>30</sup> Autorizada doctrina italiana, comentando el artículo 2042 del Código Civil italiano —que es asumido como fuente directa por el artículo 1955 Código Civil peruano— <sup>31</sup> afirma que «[...] la acción de enri-

27 La subsidiaridad en cuanto a su acogimiento legislativo deriva de la tradición francesa y es acogido casi por todas las codificaciones derivadas del *Code Napoleon*. Empero existen sistemas, como por ejemplo el alemán, y los derivados del *common law*, en los cuales la acción de enriquecimiento sin causa no es considerada subsidiaria. Véase al respecto: GALLO, Paolo. *Op. cit.*, pp. 88-89.

28 El artículo 2041 del Código Civil italiano es el antecedente y equivalente al artículo 1954 de nuestro Código Civil, señalando que «*Quien sin una justa causa se ha enriquecido a costa de otra persona queda obligado, en los límites del enriquecimiento, a indemnizar a ésta última por la correlativa disminución patrimonial [...]*».

29 BRECCIA, Umberto. *Op. cit.*, p. 847.

30 DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 43.

31 El artículo 2042 del Código Civil italiano regula expresamente el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa indicando que «la acción de enriquecimien-

quecimiento tiene carácter subsidiario en cuanto ésta es imposible de ser propuesta cuando el empobrecido puede ejercitar otras acciones para hacerse indemnizar [...],<sup>32</sup> agregándose además que «[...] de este modo se confirma la generalidad del remedio, utilizable cada vez que el supuesto de hecho del enriquecimiento injustificado no se encause en la previsión de otras normas jurídicas. De este modo también, evidencia su estricta residualidad. Si el empobrecido puede valerse de otros remedios, la acción de enriquecimiento queda sin más excluida».<sup>33</sup>

Se observa que la acción del enriquecimiento indebido no es procedente cuando pueda ejercitarse otra acción para obtener la respectiva indemnización, sea contra el propio enriquecido o contra terceros. En la actualidad, es pacífico el entendido de que el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa encuentra también un preciso ámbito de aplicación: «[...] allí donde la acción concurrente directa para hacerse indemnizar del perjuicio sufrido, sea intentada en las controversias con una persona diversa del enriquecido [...]».<sup>34</sup>

Finalmente, cabe señalar cuatro precisiones adicionales:

- a) Que debe ser perfectamente entendida la implicancia de la subsidiaridad del artículo 1955 del Código Civil peruano, en el sentido de que cabe afirmarse la negación del ejercicio de la acción *in rem verso* cuando subsista otra acción, sea contra el enriquecido o terceros. Por lo tanto, no puede entenderse el término «subsidiaridad» sólo referido a la preexistencia de una acción entre «enriquecido» y «empobrecido» o, inclusive, reducido al supuesto denominado «enriquecimiento indirecto», el cual, como se sabe, requiere la previa insolvencia del llamado primariamente a responder.

---

to no puede ser planteada cuando el damnificado puede ejercitar otra acción para hacerse indemnizar del perjuicio sufrido»; norma ésta que es idéntica al artículo 1955 del Código Civil peruano que prescribe que «la acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización».

32 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Volumen 5: «La Responsabilidad». *Op. cit.*, p. 821.

33 *Ibidem*.

34 BRECCIA, Umberto. *Op. cit.*, p. 846. En el mismo sentido: ASTONE, Francesco. *L'Arricchimento Senza Causa*. Milano: Dott. A. Giuffrè. Editore. S.p.A., 1999, p. 235. Y véase adicionalmente por todos: GALLO, Paolo, cuando afirma que «[...] la posibilidad de obrar vía enriquecimiento quedaría excluida también en el caso en el cual subsista un remedio concurrente ejercitable en las controversias frente a otras personas [...]». *Op. cit.*, p. 91.

- b) Que, el principio de subsidiaridad, sancionado en el artículo 1955 del Código Civil peruano, debe ser valuado *in concreto* y no *in abstracto*, es decir, que no debe negarse la acción de enriquecimiento sin causa cuando *ab initio* haya existido un remedio concurrente disponible, sino cuando al momento de interponerse la acción de enriquecimiento exista una acción concurrente que pueda hacer desaparecer la pérdida sufrida, o cuando otra acción no sea ejercitable útilmente, sea por prescripción o insolvencia del obligado.<sup>35</sup>
- c) Que la acción *in rem verso* es una acción típicamente restitutoria y de naturaleza subsidiaria, que subordina su aplicación a cualquier tipo de acción concurrente que pueda eliminar el desequilibrio patrimonial producido, cualquiera sea el título de esta acción concurrente, inclusive una de resarcimiento de daños. Por esto, se ha escrito bien que: «[...] allí donde el enriquecimiento derive de un ilícito aquiliano, o de un incumplimiento contractual, el empobrecido dispondrá de la acción de cumplimiento o de resarcimiento del daño que, con toda probabilidad, resultará un remedio siempre preferible –inclusive sobre el plano probatorio– respecto de la acción de enriquecimiento [...]».<sup>36</sup>
- d) Que, más aún, puede afirmarse con seguridad que el instituto del enriquecimiento sin causa encuentra su verdadero sentido respecto al carácter subsidiario de la acción *in rem verso* cuando justamente preexiste una acción concurrente contra terceros que pueda permitir superar el empobrecimiento sufrido por un sujeto. Ello por cuanto de existir una acción «concurrente» a la acción *in rem verso* entre el empobrecido y el enriquecido, propiamente sería esta acción la que resultaría de aplicación directa excluyendo a la acción de enriquecimiento sin causa. Por esto, ha señalado bien Breccia que: «[...] se puede, por tanto, enunciar el siguiente principio: se tiene “subsidiaridad”, en sentido propio, cuando la acción de enriquecimiento está subordinada al previo ejercicio de otra pretensión de indemnización en las controversias con un diverso sujeto [...]».<sup>37</sup>

---

35 Véase al respecto, por todos: ASTONE, Francesco. *Op. cit.*, p. 216 y ss.; y GALLO, Paolo. *Op. cit.*, pp. 90-91.

36 ASTONE, Francesco. *Op. cit.*, p. 223.

37 BRECCIA, Umberto. *Op. cit.*, p. 846.

#### 4. TUTELA RESTITUTORIA VERSUS TUTELA RESARCITORIA

Como corolario de lo indicado en los numerales precedentes, puede apreciarse entonces que es perfectamente diferenciable el concepto de tutela restitutoria del concepto de tutela resarcitoria. Como se sabe, el concepto de «tutela» es fundamental en el derecho sustantivo y, desde el punto de vista del Derecho Privado, alude a la forma de protección de los derechos de los particulares a quienes se les otorga medios de defensa en cuanto resultan titulares de situaciones jurídicas subjetivas, frente a la violación de éstas o ante el peligro de su violación.<sup>38</sup>

Por lo tanto, las diversas formas de tutela que puede conceder o concede el ordenamiento jurídico están siempre directamente vinculadas al tipo de interés protegido. Por esto «tutelar un interés» significa «[...] prever remedios o instrumentos para las hipótesis en las cuales un interés no encuentra satisfacción en las relaciones intersubjetivas [...]».<sup>39</sup> Pueden darse entonces diversas formas de tutela en cuanto diverso es el interés tutelado. Así, tenemos la existencia de una tutela real o personal; tutela de los poderes de hecho (la posesión, por ejemplo); tutela de los derechos de la persona, y entre éstas la tutela inhibitoria (artículo 17 del Código Civil peruano) dirigida a la prevención de futuras lesiones; tutela de urgencia (medidas cautelares); tutela resolutoria y, por citar las más relevantes, la tutela resarcitoria.

De esta forma, como también ha resaltado Di Majo, a la noción más general de tutela le corresponde una noción más concreta conocida como «remedio», que sería el medio concreto puesto a disposición del sujeto para hacer efectiva una forma de tutela concedida por el ordenamiento jurídico; es decir, son «[...] en concreto medios puesto a disposición del sujeto para hacer efectivas las formas de tutela individualizadas [...]».<sup>40</sup>

A una determinada forma de tutela, entonces, le pueden corresponder la aplicación de varios remedios concretos. Así, por ejemplo, la tutela resolutoria se activa concretamente en la legislación peruana a través de tres remedios concretos: (i) el remedio de la resolución por autoridad jurisdiccional (artículo 1428 del Código Civil peruano); (ii) el remedio de la resolución por intimación (artículo 1429 del Código Civil peruano); y (iii) el remedio de la cláusula resolutoria expresa (artículo 1430 del Código Civil peruano).

---

38 DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei Diritti*. Secoda edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 1993, pp. 2-4.

39 *Idem*, p. 63.

40 *Idem*, p. 46.

De la misma forma, la tutela resarcitoria constituye el medio de defensa previsto por el ordenamiento jurídico para actuar contra los daños (injustamente sufridos), por lo que está dirigida a garantizar específica y excluyentemente la esfera del sujeto que haya sufrido un daño, por lo que se materializa necesariamente en una obligación de resarcimiento a cargo de quien sea declarado responsable. Esta forma de tutela se actúa normalmente a través de dos remedios concretos: (i) la reparación por equivalente, que constituye el remedio resarcitorio general dirigido a asegurar al damnificado el exacto equivalente a la afectación que ha sufrido, medido en términos económicos; y (ii) la reparación en forma específica, remedio a través del cual se pretende asegurar la reconstrucción de aquella misma o similar situación de hecho que había existido antes que el hecho dañoso se hubiera verificado.

Entre los dos remedios resarcitorios precedentemente indicados existe reconocido en la doctrina comparada una diferenciación sustancial:

- a) En la reparación por equivalente se busca en principio la reconstrucción del *statu quo* existente antes de la comisión del daño, esto es, la restauración de la situación de hecho existente antes del suceso dañoso, por lo que es común en la aplicación de este remedio la expresión de que está dirigida a «borrar las huellas del daño». La reparación por equivalente, para obtener este efecto debe actuarse a través de «valores patrimoniales genéricos»,<sup>41</sup> de allí justamente su nombre: «por equivalente», lo que se realiza a través de los modos de valoración o estimación del daño: el *id quod interest* y la *aestimatio rei*. Su finalidad, ante todo y principalmente, es eliminar las consecuencias perjudiciales del hecho dañoso y no la restauración de la misma precisa situación anterior existente a la comisión del daño (*statu quo ante*).
- b) En la reparación en forma específica, llamada también reparación *in natura*, se pretende asegurar la reconstrucción de aquella misma o similar situación de hecho que había existido antes que el hecho dañoso se hubiere verificado. Por esto, se ha dicho que

[...] con la reparación *in natura* del daño se entiende, en primer lugar, satisfacer el interés a la integridad de la esfera jurídica del damnificado, esto es, la reparación de un interés específico que se refiere por ello, no a valores patrimoniales genéricos, sino a valores de uso, conectados a aspectos de la persona o a las diversas utilidades que puedan afirmarse por el uso de las cosas [...].<sup>42</sup>

---

41 *Idem*, p. 157.

42 *Idem*, p. 225.

Por estas razones, la tutela resarcitoria es pues de naturaleza distinta a la tutela restitutoria. La tutela restitutoria es de carácter general y presenta varios y múltiples remedios como, por ejemplo, la acción del pago por repetición; la acción del pago con subrogación; la restitución por ineficacias estructurales; la restitución de prestaciones de valor por efecto de los contratos; y, obviamente, el enriquecimiento sin causa. Se ha dicho por esto bien que

[...] restituciones y resarcimiento son expresiones de necesidades diferenciadas de tutela que manifiestan las situaciones subjetivas allí donde sufren una diversa forma de invasión no consentida [...].<sup>43</sup>

No hay duda, sin embargo, que cierta relación existe entre estas dos formas de tutela, pues en sentido lato restituir «[...] significa restablecer las condiciones de hecho y de derecho que caracterizaban la situación del sujeto antes que una cierta mutación se haya producido [...]», por lo que «[...] se podría objetar que, también a través del resarcimiento del daño se restablece en el fondo la situación originaria, por lo que también el remedio resarcitorio estaría caracterizado por una función lato sensu restitutoria y/o restauradora del statu quo ante [...]». Empero, «[...] en realidad, con el remedio resarcitorio se pretende reaccionar en su totalidad contra el daño producido en la esfera patrimonial del sujeto [...]. En cambio con el remedio restitutorio no se tiene en cuenta al daño (ni importa qué daño patrimonial se haya producido) sino que se atiende a la sola alteración de una situación de hecho y/o de derecho, alteración que necesita ser removida restableciéndose la situación originaria y con esto restaurando el vigor de las normas [...]».<sup>44</sup>

## 5. EL VOCABLO «INDEMNIZACIÓN» EN SU UTILIZACIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA TUTELA RESARCITORIA Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Como se ha indicado en el punto 2) del presente estudio, el Código Civil peruano de 1936 no mencionó en absoluto al vocablo «indemnización» en su articulado, sancionando en su artículo 1149 que «aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro, está obligado a la restitución». En esto se siguió una técnica depurada, que es la misma que emplea el artículo 812, numeral 1) del Código Civil alemán (aunque en el

---

43 *Idem*, p. 7.

44 *Idem*, pp. 293-294.

sistema alemán, la acción proveniente del enriquecimiento sin causa, al igual que en los sistemas derivados del *common law*, no es subsidiaria).<sup>45</sup>

Empero, los actuales artículos 1954 y 1955 del Código Civil peruano toman como modelo los artículos 2041 y 2042 del Código Civil italiano de 1942:

CÓDIGO CIVIL PERUANO 1984	CÓDIGO CIVIL ITALIANO 1942
«Artículo 1954 del Código Civil: Aquél que se enriquece a expensas de otro está obligado a <b>indemnizarlo</b> ».	«Artículo 2041 del Código Civil: Quien sin una justa causa se ha enriquecido a costa de otra persona queda obligado, en los límites del enriquecimiento, a <b>indemnizar</b> a esta última por la correlativa disminución patrimonial».
«Artículo 1955 del Código Civil: La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el <b>perjuicio</b> puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva <b>indemnización</b> ».	«Artículo 2042 del Código Civil: La acción de enriquecimiento no puede ser planteada cuando el <b>damnificado</b> puede ejercitar otra acción para hacerse <b>indemnizar del perjuicio</b> sufrido».
<b>Nota.-</b> El enriquecimiento sin causa es tratado como una fuerte autónoma y distinta a la responsabilidad extracontractual en el Libro sobre «Fuentes de las Obligaciones».	<b>Nota.-</b> El enriquecimiento sin causa es tratado también como una figura distinta a la de los hechos ilícitos (en títulos diferentes), dentro del Libro de las Obligaciones.

Entendiéndose que la tutela restitutoria es distinta a la tutela resarcitoria, y siendo el enriquecimiento sin causa uno de los remedios específicos de actuación de la tutela restitutoria, creemos que lo deseable hubiese sido mantener en el artículo 1954 la referencia a la obligación de restitución a que se refería el artículo 1149 del Código Civil de 1936, y ello

45 «Artículo 812 del Código Civil alemán.- Pretensión de restitución.

Quien mediante la prestación de otro o de cualquier otro modo a su costa adquiere algo sin causa jurídica está obligado frente a éste a su *restitución*. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece posteriormente o si el resultado perseguido con una prestación, según el contenido del negocio jurídico, no se produce. Como prestación también se considera el reconocimiento realizado mediante contrato de la existencia o no existencia de una relación obligacional».

por cuanto en el Perú el vocablo «indemnización» está asentado en su uso como expresión de la tutela resarcitoria (de allí la reconocida expresión «indemnización de daños y perjuicios»). Empero, resulta cierto también que al haberse incorporado el vocablo «indemnización» con un uso indistinto en la codificación civil peruana para cubrir diversas hipótesis de restitución diversas al resarcimiento, debe reconocerse como posible el sustento del significado polisémico de este término, transformándose en un vocablo de alcance general que cubre diversos supuestos restitutorios.<sup>46</sup>

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Partiéndose entonces del supuesto sustentado en el presente estudio de la diferenciación conceptual entre la tutela restitutoria y la tutela resarcitoria, cabe concluir en lo siguiente:

- a) El enriquecimiento sin causa no busca restablecer el equilibrio patrimonial que ha sido alterado directamente producto de un daño, y esto lo diferencia sustancialmente de la tutela resarcitoria, que es un medio de defensa previsto por el ordenamiento jurídico exclusivamente contra los daños injustamente sufridos. La acción del enriquecimiento sin causa es una forma de tutela típicamente restitutoria y de naturaleza subsidiaria que subordina su aplicación a cualquier tipo de acción concurrente que pueda eliminar el desequilibrio patrimonial producido, cualquiera sea el título de esta acción concurrente, por lo que de existir una acción proveniente de la tutela resarcitoria, ésta excluye la posibilidad de acudir al enriquecimiento sin causa.
- b) La disciplina del enriquecimiento sin causa prescinde en absoluto de los criterios de imputación y, en particular, no se puede hacer referencia al requisito subjetivo del dolo o la culpa, lo que aparta a esta forma de tutela totalmente de la normativa general de la responsabilidad civil, en donde se sabe que el juicio de responsabilidad es indispensable para atribuir consecuencias patrimoniales a un «responsable» trasladándole a éste el peso económico del daño.

---

46 Máxime si ya, desde hace tiempo, un sector del Derecho continental, partiendo de la doctrina italiana, ha sostenido la conveniencia de diferenciar los términos «resarcimiento» e «indemnización», de gran acogida hoy por los jóvenes juristas en el Perú. Para esta diferenciación, ver por todos: FRANZONI, Massimo. «Fatti Illeciti». En *Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna/Roma: Zanichelli Editore/Il Foro Italiano, 1993, pp. 1149-1153.

- c) Con relación a la naturaleza de la ventaja patrimonial obtenida, también es perfectamente diferenciable la tutela restitutoria proveniente del enriquecimiento sin causa de la tutela resarcitoria. En materia de daños patrimoniales, en la tutela resarcitoria se habla de: (i) daño emergente, como el empobrecimiento que sufre el damnificado como consecuencia directa y súbita del daño en su patrimonio; y (ii) lucro cesante, como la pérdida de una utilidad que el damnificado presumiblemente hubiese conseguido de no haberse verificado el evento dañoso.
- d) En la tutela restitutoria materia del remedio del enriquecimiento sin causa se presenta más bien: (i) un lucro emergente (*lucrum emergens*), como un aumento de patrimonio; o (ii) un daño cesante (*damnus cessans*), como una no disminución del patrimonio; figuras ambas que representan un enriquecimiento.
- e) El concepto de «empobrecimiento» propio de la figura del enriquecimiento sin causa y el concepto de daño propio de la responsabilidad civil son excluyentes. El enriquecimiento sin causa. Excluye, por ejemplo, el concepto de lucro cesante.
- f) La relación de causalidad en sede de responsabilidad civil exige siempre una causalidad directa (teoría de la «causalidad adecuada» recogida en el artículo 1985 del Código Civil peruano). En cambio, en el enriquecimiento sin causa se admite la posibilidad de evaluar una causalidad indirecta, en la medida que entre el enriquecimiento y el empobrecimiento subsista la relación de necesidad histórica.
- g) El concepto de «indemnización», por su uso asentado en la conciencia jurídica peruana, debiera considerarse sinónimo al concepto de «resarcimiento». Sin embargo, sobre la base del dato actual que brota del diverso articulado del Código Civil peruano de 1984, es perfectamente posible afirmar el uso del vocablo «indemnización» con un carácter general y polisémico.



# Las obligaciones con sujeto plural en el nuevo Código Civil y Comercial argentino

José Fernando Márquez\*

*Sumario:* 1. Las obligaciones con sujeto plural. – 2. Obligación y sistematización de la materia. – 3. Obligaciones simplemente mancomunadas. – 4. Obligaciones solidarias. Disposiciones comunes. – 4.1. Concepto. – 4.2. Fuentes e interpretación. – 4.3. Fundamento de la solidaridad. – 4.4. Circunstancias que afectan sólo a algunos de los deudores. – 4.5. Defensas oponibles. – 4.6. Cosa juzgada. – 5. Solidaridad pasiva. – 5.1. Derecho a cobrar y derecho a pagar. – 5.2. Extinción de la obligación. – 5.3. Renuncia a la solidaridad. – 5.4. Responsabilidad por incumplimiento. – 5.5. Interrupción y suspensión de la prescripción. – 5.6. Contribución de los deudores. – 5.7. Muerte de uno de los deudores solidarios. – 6. Solidaridad activa. – 6.1. Derecho al cobro y derecho de prevención. – 6.2. Modos extintivos. – 6.3. Participación en el crédito cobrado por alguno de los acreedores. – 6.4. Reintegro de gastos. – 6.5. Muerte de un acreedor. – 7. A modo de conclusión.

---

\* Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de la Cátedra de Derecho Privado VII, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular, por concurso, de la Cátedra de Derecho Civil II de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro titular del Instituto de Derecho Civil, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Córdoba. Socio correspondiente de la Escuela Peruana de Derecho Notarial y Registral, con sede en la ciudad de Lima, Perú. Socio y director del Estudio Márquez & Asociados, con sede en Córdoba, Argentina.

## 1. LAS OBLIGACIONES CON SUJETO PLURAL

La obligación se caracteriza por crear una relación jurídica entre el acreedor, quien tiene derecho a exigir, y el deudor, quien tiene el deber de cumplir una prestación destinada a satisfacer algún interés no reprobado por el derecho (lícito), según la correcta definición del artículo 724 del Código Civil y Comercial (en adelante, Cód. Civ. y Com.).

El modelo legal propuesto presupone un acreedor y un deudor, mas la realidad demuestra que en la mayoría de las situaciones en alguno o en ambos polos existe más de una persona. Se configuran, entonces, las obligaciones de sujeto plural, llamadas también mancomunadas.

Las obligaciones de sujeto plural plantean dos problemas a resolver por el Derecho. Cómo se relacionan las distintas personas que componen el plural frente a la otra parte, que también puede ser plural (las relaciones externas o verticales) y cómo se relacionan las personas que componen el plural entre sí (las relaciones internas u horizontales).

Repasaremos de manera sucinta (acorde con las pautas editoriales para esta colaboración) las normas que prevé el Cód. Civ. y Com. sobre estas cuestiones, comparándolas con las existentes en el Código Civil vigente (en adelante, Cód. Civ.).

## 2. UBICACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE LA MATERIA

El Cód. Civ. y Com. trata la materia en la Sección 7.<sup>a</sup> («Obligaciones de sujeto plural»), capítulo 3 («Clases de obligaciones»), Título 1 («Obligaciones en general»), Libro Tercero («Derechos personales»). La sección consta de 26 artículos, divididos en 4 párrafos: «Obligaciones simplemente mancomunadas» (1.<sup>o</sup>); «Obligaciones solidarias. Disposiciones generales» (2.<sup>o</sup>); «Solidaridad pasiva» (3.<sup>o</sup>) y «Solidaridad activa» (4.<sup>o</sup>).

El Cód. Civ. la trata en los títulos 13 («De las obligaciones simplemente mancomunadas») y 14 («De las obligaciones solidarias»), Parte Primera («De las obligaciones en general»), Sección Primera (sin nomenclatura), Libro Segundo («De los derechos personales en las relaciones civiles»). Los títulos se ubican después de un título general denominado «De las obligaciones con relación a las personas». Los títulos 13 y 14 contienen 28 artículos.

En esta temática, el Cód. Civ. y Com. no disminuye los artículos involucrados (como sucede en otras materias), pero se ordenan los temas de una manera diferente, pues se elimina la reproducción de normas similares entre las obligaciones divisibles y las simplemente mancomunadas

y se disponen normas comunes a las dos clases de solidaridad (activa y pasiva).<sup>1</sup>

### **3. OBLIGACIONES SIMPLEMENTE MANCOMUNADAS**

El Cód. Civ. y Com. dedica sólo dos artículos a las obligaciones simplemente mancomunadas.

El artículo 825 conceptúa a la obligación simplemente mancomunada como «aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya», considerando que cada cuota se considera deuda o crédito distintos de los otros. El artículo 691 del Cód. Civ. da un concepto similar.

En cuanto a los efectos que genera esta obligación plural, el artículo 826 remite a la regulación sobre obligaciones divisibles o indivisibles (incluidas en la Sección 6.<sup>a</sup> del mismo capítulo). El Cód. Civ. contiene disposiciones similares para las obligaciones divisibles y las mancomunadas, lo que llevó a la doctrina a propugnar su equiparación; el Proyecto de 1998 propuso dicha asimilación en su artículo 749, el que es receptado por el Cód. Civ. y Com.

Cada deuda o crédito son independientes, dependiendo la extensión de la obligación de la naturaleza divisible o indivisible del objeto que la compone. Si la obligación es divisible, cada deudor deberá sólo su parte o cada acreedor podrá exigir sólo la suya, en tanto si la obligación es indivisible cada deudor estará obligado a cumplir con la totalidad de la prestación y cada acreedor podrá exigir la totalidad (artículos 808, 816 y 817 del Cód. Civ. y Com.).

### **4. OBLIGACIONES SOLIDARIAS. DISPOSICIONES COMUNES**

El párrafo 2.<sup>o</sup> de la Sección 7.<sup>a</sup> está dedicado a determinar reglas generales aplicables a las obligaciones solidarias activas y a las obligaciones solidarias pasivas. Sigue la ordenación propuesta por el Proyecto de 1998.

---

1 El ordenamiento responde al que propuso el Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, redactado por la Comisión designada por Decreto n.º 685/95 —en adelante, Proyecto de 1998—.

#### 4.1. Concepto

El artículo 827 del Cód. Civ. y Com. define a la obligación solidaria como aquélla con pluralidad de sujetos en la que el cumplimiento de la obligación puede exigirse a cualquiera de los deudores, o por cualquiera de los acreedores en razón del título constitutivo o de la ley (lo que la diferencia de la obligación indivisible), reproduciendo el concepto que contiene el artículo 699 del Cód. Civ. Mas agrega un elemento que no era considerado en ese cuerpo: la necesidad de que la pluralidad de sujetos haya nacido de una causa única,<sup>2</sup> lo que la diferencia de la obligación concurrente, que el Cód. Civ. y Com. regula en la Sección 8.<sup>a</sup> del mismo Título I del Libro Tercero.

#### 4.2. Fuentes e interpretación

El artículo 828 del Cód. Civ. y Com. ratifica lo dispuesto por el artículo 701 Cód. Civ., requiriendo el carácter expreso de la solidaridad y su interpretación estricta. El principio, entonces, es que ante la duda la obligación plural no es solidaria.<sup>3</sup> Recordemos que según la interpretación más generalizada en el Derecho Comercial, las obligaciones con pluralidad pasiva regidas por las normas del Código de Comercio deben ser consideradas solidarias; como se reúnen en el Cód. Civ. y Com. todas las normas civiles y comerciales, y ante la decisión explícita adoptada en el artículo 828, dicha presunción ya no podrá ser considerada válida.

#### 4.3. Fundamento de la solidaridad

Se ha discutido cuál es el fundamento de la extensión de las diferentes situaciones que se producen entre acreedores o deudores involucrados, a los demás que no participaron (*v. gr.*, el pago realizado a uno de los acreedores que extingue la obligación, o demás situaciones que analizamos adelante). Se justifica en la existencia de una misma obligación (con unidad o pluralidad de vínculos), en la unidad de la prestación, en

---

2 Marca la diferencia entre obligaciones solidarias y concurrentes en cuanto a su origen en una causa única o distinta. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de obligaciones*. Con la colaboración de Manuel Cornet y José Fernando Márquez. Buenos Aires: Zavallia, 2004, tomo 2, p. 75.

3 El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial elaborado por la subcomisión de juristas creada por resolución de la Cámara de Diputados de 5 de septiembre de 1992 (Orden del Día n.º 503/92) — denominada Comisión Federal —, proponía cambiar el principio de la solidaridad en las obligaciones plurales (artículo 701).

el interés común perseguido o en la representación que cada miembro plural ejerce de los otros.<sup>4</sup>

El Cód. Civ. y Com. adopta el criterio de que los efectos de las obligaciones solidarias se producen porque «cada uno de los codeudores y cada uno de los coacreedores representa a los demás en los actos que realiza».<sup>5</sup> Esta postura legal genera la consecuencia de la aplicación de las normas generales de la representación, insertas en capítulo VII («De la representación»), del Título IV, Libro Primero.

#### 4.4. Circunstancias que afectan sólo a algunos de los deudores

El artículo 830 del Cód. Civ. y Com. sienta la regla que ni la incapacidad o capacidad restringida de alguno de los acreedores o deudores solidarios afecta o beneficia la situación de los demás, y que las modalidades concertadas con alguno de ellos sólo tienen efectos entre las partes que las convinieron. Se resume en un artículo las normas contenidas en los artículos 702 y 703 del Cód. Civ.

#### 4.5. Defensas oponibles

El artículo 715 del Cód. Civ. regula las defensas que cada uno de los deudores puede oponer a cada uno de los acreedores, distinguiendo entre defensas comunes —oponibles por todos los deudores— y defensas personales —oponibles sólo por aquél a quien conciernen—. A pesar de que el texto no lo reconoce, la doctrina sentó el principio de que una defensa personal de uno sólo de los deudores, en tanto influya en la situación de alguno o todos los demás deudores, puede ser opuesta por cualquiera.<sup>6</sup>

El artículo 831 del Cód. Civ. y Com. aclara la cuestión y distingue, ahora en el texto legal y de acuerdo a la interpretación que se hace del Cód. Civ., entre las defensas comunes, que pueden ser opuestas por todos los deudores y a todos los acreedores, y las defensas personales, oponibles sólo por aquellos a quienes corresponde; pero aclara que si una defensa personal puede provocar la disminución de la deuda, puede ser opuesta

4 V. PIZARRO, Ramón Daniel y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, tomo 1, p. 565.

5 Este fundamento es defendido por ALTERINI, Atilio Anibal, Óscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 4.<sup>a</sup> Ed., 1.<sup>a</sup> reimpresión, p. 207.

6 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Op. cit.*, p. 64.

por quien no le corresponde, y provocará dicha disminución hasta la concurrencia de la deuda de quien la puede invocar.

#### 4.6. Cosa juzgada

El efecto de la resolución judicial arribada en un juicio en el que no participaron todos los acreedores o todos los deudores está regulado por el segundo párrafo del artículo 715 del Cód. Civ. (agregado por la Ley n.º 17.711), sentando el principio de la invocabilidad de la cosa juzgada por quien no participó.

El artículo 832 Cód. Civ. y Com. ratifica el principio de que quien no participó en el juicio no puede ser perjudicado con la invocación de la sentencia dictada, mas puede alegarla si le es conveniente.

Pero aclara, de manera correcta, dos circunstancias que pueden presentarse:

- a) Que el deudor que invoca la sentencia en un juicio en el que no participó no puede valerse de aquellos aspectos de la sentencia que se fundaron en circunstancias personales del deudor que participó (*v. gr.*, si la demanda se rechazó por incapacidad del deudor demandado).
- b) Que el deudor contra quien se obtuvo la sentencia puede oponer las excepciones personales contra el acreedor que no participó y pretender invocar la cosa juzgada, conclusión lógica de la imposibilidad de haber utilizado dichas defensas contra ese acreedor, al no haber participado en el juicio en el que se dictó la sentencia.

### 5. SOLIDARIDAD PASIVA

La solidaridad pasiva se presenta cuando son varios los deudores.

#### 5.1. Derecho a cobrar y derecho a pagar

Los artículos 833 y 834 del Cód. Civ. y Com. reglan el efecto esencial que produce la solidaridad pasiva: el acreedor tiene derecho a solicitar el pago a uno, a varios o todos los deudores, simultánea o sucesivamente y, como contrapartida, cualquiera de los deudores tiene derecho a pagar la totalidad de la deuda. Los artículos 705 y 706 Cód. Civ. sientan las mismas reglas.

#### 5.2. Extinción de la obligación

El artículo 835 del Cód. Civ. y Com. reglamenta los efectos de los diversos modos de extinción de la obligación sobre la solidaridad pasiva,

reuniéndolos en una sola norma. El Cód. Civ. lo hacía en diversos artículos.

Dispone que:

- a) Se produce la extinción de la obligación cuando uno de los deudores solidarios paga toda la deuda (artículo 706 del Cód. Civ.).
- b) La renuncia a favor de uno de los deudores solidarios, la novación, dación en pago o compensación, respecto a uno de los deudores tienen efectos expansivos y por ello producen la extinción de la deuda de los demás. El artículo 707 del Cód. Civ. da igual solución, pero no contiene a la dación en pago, aunque por su carácter extintivo dicho efecto con respecto a todos los deudores es consecuencia necesaria de su naturaleza.
- c) La confusión entre el acreedor y uno de los deudores solidarios extingue sólo la cuota parte correspondiente a este deudor, subsistiendo la solidaridad de los demás por el remanente, luego de restar la cuota parte extinguida. Idéntica regla sienta el artículo 866 del Cód. Civ.
- d) El deudor que no participó en el acuerdo transaccional puede invocarla, pero no puede serle opuesta. La misma solución adopta el artículo 853 del Cód. Civ.

### **5.3. Renuncia a la solidaridad**

Se produce la extinción de la solidaridad si el acreedor, sin abdicar su crédito, renuncia a la solidaridad.

Si renuncia a favor de todos los deudores, la obligación solidaria pierde su carácter y la obligación, se transforma en simplemente mancomunada (renuncia total, artículo 836 del Cód. Civ. y Com.). Si la renuncia se produce a favor de uno solo de los deudores, la obligación continúa siendo solidaria para los demás, con deducción de la cuota parte del deudor a favor quien se renunció (renuncia parcial, artículo 837 del Cód. Civ. y Com.). Igual solución prescribe el artículo 704 del Cód. Civ.

El Cód. Civ. y Com. expresa que la renuncia parcial puede ser expresa o tácita, mas no tipifica cuándo se produce la renuncia tácita.

El Cód. Civ. entiende que la renuncia tácita surge del reclamo del pago a uno de los deudores de su cuota parte (artículo 705, cuarto supuesto). Aunque el Cód. Civ. y Com. no reprodujo esa regla, es plenamente aplicable, pues el reclamo parcial es una muestra inequívoca de voluntad de dividir la deuda (aunque limitada al deudor a quien reclamó).

#### 5.4. Responsabilidad por incumplimiento

El incumplimiento, relativo o absoluto, en que incurra uno de los deudores hace responsables a los demás deudores solidarios por las consecuencias que en cada caso producen. El artículo 838 del Cód. Civ. y Com. hace referencia a la mora y al incumplimiento imputable (genérico) y atribuye de manera solidaria a todos los deudores las obligaciones derivadas de esas situaciones. La situación está regulada, de manera similar, en los artículos 709, 710 y 711 del Cód. Civ.

En caso de incumplimiento doloso por uno sólo de los deudores «las consecuencias propias» de ese incumplimiento «no son soportadas por los otros». Alterini, Ameal y López Cabana explican la regla: «En este supuesto los demás deudores son responsables ante el acreedor común hasta el límite de las consecuencias inmediatas -necesarias (artículo 520 del Cód. Civ.)- resarcibles en caso de culpa, pero nunca por las mediatas previsibles (artículo 521 del Cód. Civ.) de las que únicamente responderá el deudor que incurrió en dolo, que -siendo personal e intransmisible- solo agrava la responsabilidad de quien lo introduce [...]».<sup>7</sup>

#### 5.5. Interrupción y suspensión de la prescripción

El artículo 839 del Cód. Civ. y Com. remite a la regulación de la interrupción y suspensión de la prescripción dispuesta en el Título I del Libro Sexto. El artículo 2540 del Cód. Civ. y Com. determina que la suspensión de la prescripción beneficia y perjudica a los demás deudores o acreedores si la obligación es solidaria y el artículo 2549 fija la misma solución respecto a la interrupción de la prescripción.

El Cód. Civ. regula los efectos de la interrupción de la prescripción en las obligaciones solidarias en el artículo 713, prescribiendo la propagación de efectos. En cambio, en materia de suspensión de la prescripción el artículo 3981 dispone que el beneficio de la suspensión sólo puede ser invocado por aquellas personas a favor de quienes está establecida.

Encontramos aquí un cambio en la regulación sancionada con respecto al régimen vigente.

#### 5.6. Contribución de los deudores

- a) El principio de contribución

---

<sup>7</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, Óscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Op. cit.*, p. 241.

Extinguida la obligación mediante un modo que implicare un sacrificio de alguno de los deudores, se debe determinar cuánto podrá repetir en contra de los demás deudores solidarios. Se trata de la llamada «cuestión de contribución» o «principio de contribución».

Los artículos 840, 841 y 842 del Cód. Civ. y Com. regulan la cuestión.

El artículo 840 expresa que si un deudor efectúa el pago, puede repetirlo de los demás codeudores «según la participación que cada uno tiene en la deuda». La solución debe aplicarse cualquiera sea el medio de extinción de la obligación, siempre que haya un sacrificio patrimonial del deudor que extinguió; por ejemplo, si la obligación se extinguió por compensación con uno de los deudores, éste habrá utilizado un crédito suyo en beneficio de los demás y, en consecuencia, tiene derecho a repetir de los demás, en los términos que se exponen.

En este sentido, el artículo aclara que la remisión gratuita a favor de un deudor (que produce la extinción respecto a todos los deudores) no genera la obligación de contribución, conclusión lógica por la inexistencia de sacrificio patrimonial alguno.

El artículo 716 del Cód. Civ. fija, igualmente, el principio de contribución entre los deudores, según su «parte y porción».

b) Medida de la contribución

De acuerdo al artículo 841, la cuota de contribución se determina por:

- Lo pactado entre los deudores solidarios.
- La fuente y la finalidad de la obligación; se hace referencia a cuál fue la causa que generó la obligación solidaria y los motivos que llevaron a los codeudores a obligarse de manera solidaria. El artículo agrega que si la deuda solidaria se genera en un supuesto de responsabilidad civil, habrá que determinar «cuál es la causa de la obligación», es decir, porqué nació, en su caso cuál es el deudor que generó el daño y si tiene derecho a repetición.
- Las relaciones de los interesados entre sí y las demás circunstancias.

Si por la aplicación de estos criterios no se puede determinar cuál es la cuota correspondiente a cada codeudor, entonces cada uno participará por partes iguales.

Para la determinación de la cuota de contribución que corresponde a cada deudor el artículo 717 del Cód. Civ. remite al artículo 689, que trata la cuestión en las obligaciones divisibles, de una manera similar al que lo hace el Cód. Civ. y Com.

a) Insolvencia

El artículo 842 del Cód. Civ. y Com. expresa que si se produce la insolvencia de uno de los deudores, los demás deben contribuir por esa parte, en proporción a su participación.

El artículo 717, último párrafo, del Cód. Civ. sienta la misma solución.

## 5.7. Muerte de uno de los deudores solidarios

Si alguno de los deudores solidarios muere, sus herederos responden sólo por su parte (artículo 843 del Cód. Civ. y Com.). Se produce otro caso de cesación de la solidaridad.

El artículo agrega, de manera superflua, que la deuda entra a la masa hereditaria y cualquier acreedor puede oponerse a su partición hasta tanto se le pague. La cuestión, resuelta con las reglas sucesorias, no merecía aclaración alguna en esta parte.

El Cód. Civ. regula la cuestión en el artículo 712 de manera similar.

Es dable destacar que el Proyecto de 1998, en su artículo 769, luego de fijar la regla de la división de la porción del muerto entre sus herederos, aclaraba: «Pero cada uno de los herederos del deudor sigue siendo solidario, por la parte que le corresponde en la cuota de la deuda dividida, con quienes eran codeudores del causante».<sup>8</sup>

## 6. SOLIDARIDAD ACTIVA

### 6.1. Derecho al cobro y derecho de prevención

Los artículos 844 y 845 del Cód. Civ. y Com. regulan el derecho a cobrar de cada uno de los acreedores solidarios.

El artículo 844 determina que el acreedor, o cualquier acreedor, o

---

8 La solución es defendida con el Cód. Civ. por ALTERNI, Atilio Anibal, Óscar AMEAL y Roberto LÓPEZ CABANA, *Op. cit.*, p. 225: «[...] en el supuesto de que fallezca uno de los codeudores solidarios, sus herederos serán responsables ante el acreedor común en relación a sus hijuelas hereditarias, es decir que, a diferencia del causante, no deben pagar cada uno íntegramente el crédito. Cabe acotar que, por la parte de la deuda que les corresponda abonar, los herederos responden solidariamente junto con los demás codeudores primitivos, pero entre sí nunca revisten el carácter de deudores solidarios [...]».

todos ellos conjuntamente, pueden reclamar la deuda.<sup>9</sup>

No se reproduce, en cambio, la previsión del artículo 705 del Cód. Civ. respecto a que para que el acreedor que demandó a un deudor pueda demandar a los demás deudores debe probar la insolvencia del deudor prevenido.<sup>10</sup> La condición es interpretada de manera flexible, no requiriéndose la prueba de la insolvencia en el sentido de inexistencia de bienes del deudor prevenido, sino sólo de haber realizado el acreedor las diligencias suficientes sin haber podido cobrar su crédito.

Con el texto del Cód. Civ. y Com. el acreedor no deberá probar este extremo para intentar el cobro en contra de los demás.

Sin embargo, algún acreedor puede adquirir una preferencia. El artículo 845 del Cód. Civ. y Com. expresa que si uno sólo de los acreedores demanda judicialmente el cobro, el deudor sólo puede pagarle a éste. Se trata del «derecho de prevención», previsto en el artículo 706 del Cód. Civ.

La prevención opera también con relación a otros medios extintivos de la obligación, pues un acreedor no puede renunciar, novar, dar en pago o compensar si otro ya demandó judicialmente el pago.

## **6.2. Modos extintivos**

El artículo 846 del Cód. Civ. y Com. reproduce las mismas soluciones previstas por el artículo 835 para la solidaridad pasiva. Así:

- a) Si uno de los acreedores recibe el pago total, se extingue la obligación respecto a los demás.
- b) La renuncia, novación, dación en pago y compensación entre uno de los acreedores y el deudor extingue la obligación respecto a los demás; se aclara que la renuncia de uno de los acreedores sólo tiene efectos si el deudor aún no fue demandado por ninguno de los otros acreedores, pues en este caso rige el principio de prevención.
- c) La confusión entre uno de los acreedores solidarios y el deudor sólo extingue la cuota correspondiente a ese acreedor.

---

9 Bien visto, si se trata de solidaridad activa, supuesto que plantea el párrafo, no podrá nunca existir «el acreedor» al que refiere el artículo, pues siempre el polo activo será plural. El texto es similar a la primera parte del artículo 705 del Cód. Civ., pero en éste se justifica, pues trata tanto la solidaridad activa como la pasiva, por lo cual puede darse la presencia de un solo acreedor.

10 Artículo 705 del Cód. Civ.: «Si reclamasen el todo contra uno de los deudores, y resultase insolvente, pueden reclamarlo contra los demás [...]».

- d) La transacción hecha por uno de los acreedores solidarios no es oponible a los acreedores que no participaron en el acuerdo, pero pueden invocarla.

### **6.3. Participación en el crédito cobrado por alguno de los acreedores**

El artículo 847 del Cód. Civ. y Com. determina que producido el cobro por alguno de los acreedores se genera el derecho de los demás a participar en ese beneficio en la medida de su interés en el crédito. Para determinar cuál es dicha medida se remite a lo dispuesto en el artículo 841 para la solidaridad pasiva.

Este principio, llamado «de participación», está regulado en el artículo 708 del Cód. Civ.

Sin perjuicio del principio, el artículo 847 fija reglas especiales:

- Si la obligación se extinguió por renuncia de uno de los acreedores o por compensación legal de la deuda con un crédito del acreedor, tendrán derecho a repetir en proporción a su cuota, determinada de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 841 del Cód. Civ. y Com.
- Si la extinción de la obligación se produjo por compensación convencional o facultativa, novación, dación en pago o transacción (medios todos voluntarios por parte del acreedor), entonces los demás acreedores podrán repetir, a su opción, según la cuota que les corresponda en el crédito original, o según lo que corresponda conforme lo que resulte de cada acto extintivo. La solución es correcta pues no deja en manos del acreedor que operó voluntariamente la extinción la determinación de la porción que le corresponde a cada acreedor.

### **6.4. Reintegro de gastos**

El literal c) del artículo 847 del Cód. Civ. y Com. reconoce derecho a los acreedores solidarios a repetir de los demás los gastos razonables que hubieren realizado en interés común, según la cuota de participación que les correspondiere, según las reglas expuestas.

No existe una previsión similar en el Cód. Civ. El artículo proviene del Proyecto de 1998 (artículo 773, literal c).

### **6.5. Muerte de un acreedor**

La muerte del acreedor produce la cesación de la solidaridad y cada heredero tendrá derecho al cobro según su participación en la herencia,

según se realice antes o después de la partición (artículo 849 del Cód. Civ. y Com.).

El Cód. Civ. sienta el mismo principio en el artículo 712.

El Proyecto de 1998 determinó la regla que aunque el crédito se divida entre los herederos del acreedor fallecido, «cada uno de los herederos del acreedor sigue siendo acreedor solidario, por la parte que le corresponde en la cuota del crédito dividido, con quienes eran coacreedores del causante». La propuesta estaba en línea con lo proyectado, en la solidaridad pasiva, para la muerte de un deudor.

## **7. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Del breve repaso de la normas que regulan las obligaciones plurales en el Cód. Civ. y Com. es claro que las soluciones de fondo que entrarán en vigencia a partir del 1 de enero de 2016 no varían esencialmente con las vigentes en el Cód. Civ.

Se ha mejorado el ordenamiento, aclarado algunas cuestiones dudosas y optado por fijar reglas en temas que no existían, pero se ha respetado la regulación que, de manera adecuada, regla estas obligaciones en el Cód. Civ.



# O caso *Pickles* e o abuso de direito na Inglaterra e nos países de *civil law*: justiça, segurança jurídica e conceitos indeterminados

Thiago Rodovalho\*

*Sumário:* 1. Princípios, cláusulas gerais e os institutos de direito privado - à guisa de introdução. – 2. O caso *Pickles* e a rejeição da doutrina do abuso de direito na Inglaterra. – 2.1. Prolegômenos sobre o abuso de direito. – 2.2. O caso. – 2.3. A decisão. – 2.4. Considerações. – 3. Conclusão. – 4. Referências bibliográficas.

---

\* Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, com Pós-Doutorado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Membro da Lista de Árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - CAM-FIEP, do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo - CAESP, da Câmara de Mediação e Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira - CARB, da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras - CAE, da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial - CBMAE, do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CEBRAMAR, e da ARBITRANET. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, do Instituto de Direito Privado - IDP, do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil - IBDP, e do Centro de Estudos Avançados de Processo - CEAPRO. Professor-Assistente de Arbitragem e Mediação na graduação da PUC/SP. Coordenador e Professor de Arbitragem na Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Autor de diversas publicações no Brasil e no exterior (livros e artigos). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5142974418646979>

## 1. PRINCÍPIOS, CLÁUSULAS GERAIS E OS INSTITUTOS DE DIREITO PRIVADO - À GUIA DE INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

A Ciência Jurídica, como toda e qualquer ciência, submete-se a uma metodologia e a uma lógica. Contudo, como adverte Karl Engisch, a lógica e a metodologia do jurista possuem especificidades que as distinguem das demais ciências. Isto porque, a lógica e a metodologia dos juristas têm por objetivo *alcançar juízos verdadeiros ou justos ou ao menos defensáveis*.<sup>2</sup>

«Esse» é o grande objetivo e, ao mesmo tempo, o grande desafio que põe à frente do jurista.

Nesse sentido, num primeiro momento – e aqui se referindo especificamente ao direito privado –, buscou-se atingir esses intentos através de um *modelo fechado* ou *modelo imóvel*. Assim o foi com o Código Civil francês [*Code Napoléon*, 1804], que refletia o pensamento da época, buscando todas as respostas apenas na exegese dos *textos normativos*.<sup>3</sup>

Esse modelo foi exitoso por um certo período de tempo, vindo o *Code Napoléon* a influenciar legislações ao redor do mundo, inclusive, em certa medida, o Código Civil brasileiro de 1916.

Contudo, com o passar do tempo, esse *modelo hermético* mostrou-se *insuficiente* para a adequada solução dos problemas que surgiam na *sociedade moderna*, caracterizada por sua *hipercomplexidade*.

Fez-se necessário, então, buscar novos modelos normativos, cujo contraponto ao *Code Napoléon* foi feito cerca de cem anos depois, com o surgimento do Código Civil alemão [*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB, 1900].<sup>4</sup>

Ao contrário do *Code Napoléon*, o BGB adotou um modelo permeado por *princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados*. Traz, assim, a flexibilização na aplicação do Direito, com base nos parâmetros apresentados.

---

1 Sobre esse tema, já nos manifestamos em coautoria com Francisco José Cahali, em artigo ainda no prelo.

2 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 10.<sup>a</sup> ed., pp. 7/8.

3 Sobre a distinção entre *texto* e *norma*, cfr., entre outros, Friedrich MÜLLER. *Metodologia do direito constitucional*, 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 54/70; e Eros Roberto GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 81/96.

4 Sobre esse momento de *transformação* do direito privado, v., entre outros, Thiago RODVALHO. *Obrigações e meios*, in José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro (coord.). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 62, São Paulo: Revista dos Tribunais/IASP, out./dez de 2013, pp. 166/177.

Trata-se de modelo que se pode denominar, conforme o intérprete, de *modelo móvel* ou *modelo aberto* (flexível),<sup>5</sup> ou, ainda, *modelo semimóvel* ou *semiaberto* (numa posição *intermediária* entre a *rigidez* e a *mobilidade*).<sup>6</sup>

Assim, se o *primeiro modelo* (fechado) priorizava a *segurança jurídica*,<sup>7</sup> esse *segundo modelo* tenta *conjug*ar e *equilibr*ar segurança jurídica e com uma resposta mais adequada aos complexos problemas que se apresentam na sociedade moderna, o que tornou a tarefa do jurista mais desafiadora.

Sendo que esse *modelo semimóvel* do BGB inspirou o atual Código Civil brasileiro (CC/2002), igualmente permeado por *princípios*, *cláusulas gerais* e *conceitos jurídicos indeterminados*.

E esse desafio tornou-se ainda mais complexo depois de 1988, com o advento de nossa Constituição Federal e o fenômeno, no Brasil, a exemplo do que ocorreu e ocorre em outros países, da *constitucionalização do direito civil* ou *direito civil constitucional*, quando a *interpretação do direito privado* passou a ser feita também à luz dos *princípios constitucionais* (dignidade da pessoa humana, *v.g.*). E isso numa realidade constitucional de também ter uma Constituição (CF/1988) permeada por *princípios*.<sup>8</sup>

Passamos a viver, nas palavras de EROS GRAU, um *novo positivismo*, não apenas de *regras* (= normas) *jurídicas*, mas um *positivismo de normas* (regras «e» *princípios*).<sup>9</sup>

Nesse contexto, se o primeiro modelo (fechado) foi insuficiente para dar as respostas de que a sociedade necessitava, nesse segundo modelo, passou-se a vivenciar um outro problema, decorrente dessa mobilidade ou abertura, que conferem maior liberdade ao intérprete, qual seja, o *decisionismo* ou mesmo a *arbitrariedade*.

---

5 JUDITH MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 20/25 e 273 et seq.

6 CLAUS-WILHELM CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, pp. 127/148.

7 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 10.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 206; e CLAUS-WILHELM CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 4.<sup>a</sup> ed., pp. 143/144.

8 AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 29/30.

9 GRAU, EROS Roberto. *Apresentação*. In MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 16. V., ainda, GRAU, EROS Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009, 5.<sup>a</sup> ed., p. 141.

É dizer, passamos a ter julgamentos muitas vezes apenas com *princípios* em detrimento das *regras*, o que, em última análise, compromete a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

Faz-se necessário, portanto, encontrar um ponto de equilíbrio que conjugue *segurança jurídica* com *certa* mobilidade do sistema, para que se encontrem as respostas mais adequadas aos complexos problemas que se apresentam na sociedade moderna.

Nesse sentido, Marcelo Neves, para quem:

Por um lado, a tendência a superestimar os princípios em detrimento das regras torna altíssimo o grau de incerteza e pode descambar em insegurança incontrolável, relacionada à própria quebra da consistência do sistema jurídico e, pois, à destruição das fronteiras operativas. Por outro lado, a tendência a superestimar as regras em detrimento dos princípios torna o sistema excessivamente rígido para enfrentar problemas sociais complexos, em nome de uma consistência incompatível com a adequação social do direito.<sup>10</sup>

Os princípios, portanto, não *negam* as regras, mas se inter-relacionam com elas, fazendo as vezes de *regras de calibração*.<sup>11</sup>

Seja como for, nesse sistema *semimóvel*, torna-se imprescindível ao jurista a compreensão da distinção entre *regras* e *princípios*, e como eles se relacionam na aplicação do direito,<sup>12</sup> que, com o fenômeno da *constitucionalização do direito*, não se restringe exclusivamente à hermenêutica

10 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. xx.

11 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2007, 5.<sup>a</sup> ed., pp. 191/192; e GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009, 5.<sup>a</sup> ed., p. 161.

12 A esse respeito, cfr., entre outros: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013, 14.<sup>a</sup> ed., *passim*; ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. *In* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, 1999, vol. 215, pp. 151/179; AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 29/38; AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *In* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 607/630; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009, 5.<sup>a</sup> ed., pp. 141/207; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. de Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2011, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 85/180; ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. *In* Revista DOXA, 1988, n.º 5, pp. 139/151; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 1/127; Marcelo NEVES. *Entre Hidra e Hércules*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, *passim*; GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1159/1195; e ESSER, Josef. *Princípio y norma*. Barcelona: Bosch, 1961, *passim*.

constitucional,<sup>13</sup> sendo que a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), em seu art. 4.º, remete ao uso de princípios («Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito»).

Demais disso, no direito privado, esse desafio é ampliado com a necessidade de igual compreensão e correção de um sistema *semimóvel* composto por *princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados*, também carecedoras de *preenchimento com valorações*.<sup>14</sup>

Nesse contexto, para ilustrar essa *tensão* entre «*justiça e segurança jurídica*», «*modelo rígido e conceitos indeterminados*», abordaremos o célebre caso *Pickles* e a rejeição da doutrina do abuso de direito na Inglaterra, que demonstra o difícil caminho a se trilhar na busca de um direito que seja ao mesmo tempo *justo* e que também ofereça *segurança jurídica*.

## 2. O CASO PICKLES E A REJEIÇÃO DA DOCTRINA DO ABUSO DE DIREITO NA INGLATERRA

### 2.1. Prolegômenos sobre o abuso de direito

O abuso de direito consubstancia-se em teoria majoritariamente aceita, especialmente nos países de *Civil Law*.<sup>15</sup> No Brasil, a teoria teve sua consagração no CC/2002, com a redação do artigo 187, embora pudesse ser extraída *a contrario sensu* no CC/1916.<sup>16</sup>

Nessa teoria, *grosso modo*, limita-se o exercício de um direito à sua finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CC/2002 art. 187).

Contudo, apesar de *majoritariamente* aceita, a teoria do abuso de di-

---

13 NEVES, V. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. IX.

14 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008,, 4.ª ed., p. 142. Sobre o tema, v. amplamente MENKE, Fabiano. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. In LIMA MARQUES, Cláudia. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abril-2004, vol. 50, pp. 9 et seq.

15 Para uma perspectiva da aceitação da teoria no direito estrangeiro, *cfr.*, entre outros, Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 123/159; levemente ampliada na edição espanhola: RODOVALHO, Thiago. *Abuso del derecho y derechos subjetivos*. Lima: Ara Editores, 2014, pp. 128/169.

16 V. RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 160/165.

reito não se desenvolveu, quiçá possa dizer-se *rejeitada*,<sup>17</sup> no direito inglês, e um centenário precedente é geralmente apontado como aquele que teria *fechado as portas para o abuso de direito na Inglaterra*,<sup>18</sup> trata-se do célebre caso *The Mayor, Aldermen and Burgesses of the Borough of Bradford vs. Pickles*, ou simplesmente *Pickles Case*.

## 2.2. O caso<sup>19</sup>

A família *Pickles* era proprietária de terras sob as quais havia uma importante nascente, que fornecia água para a cidade de Bradford. Na época dos fatos, a Companhia d'Água da cidade havia extraído água da propriedade da família *Pickles* por aproximadamente 40 anos, sem nunca ter pago qualquer valor ou indenização por isso, apesar de tentativas anteriores da família de ser recompensada pelo uso da água.

Por volta de 1890, Edward Pickles anuncia que irá drenar a água de sua propriedade, cuja consequência imediata seria a redução de oferta d'água para a cidade de Bradford. O projeto de *Pickles* tinha toda a feição de ter sido concebido como forma de forçar a Companhia d'Água da cidade a comprar-lhe a propriedade ou a indenizá-lo pela extração da água.

Foi, então, que o Prefeito de Bradford e a Companhia d'Água da cidade ingressaram em juízo, requerendo uma ordem judicial (*injunction relief*) a impedi-lo de implementar o aludido projeto, ao argumento de que ele estaria agindo de forma maliciosa (*acting maliciously*) ou meramente emulativa.<sup>20</sup> *Pickles* defendeu-se, alegando que tinha o direito de fazer o que bem entendesse com sua propriedade, e que se a Companhia não

---

17 Nesse sentido, GUTTERIDGE, H.C. *Abuse of rights*. In *The Cambridge Law Journal*, 1933, vol. 5, n.º 1, pp. 22/45, em especial, p. 22: «*The theory of the abuse of rights is one which has been rejected by our law, with the result that the ancient brocard 'dura lex sed lex' finds its most vivid illustration in the present-day decisions of the Anglo-American Courts*».

18 TAGGART, Michael. *Private property and abuse of rights in Victorian England - The story of Edward Pickles and the Bradford water supply*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 3 e 145.

19 Por uma questão de limite de espaço, serão apresentados apenas alguns contornos fáticos do caso, para compreensão da controvérsia. Para um interessante e acurado resgate histórico dos fatos do *Pickles Case*, v., amplamente, TAGGART, Michael. *Private property and abuse of rights in Victorian England - The story of Edward Pickles and the Bradford water supply*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 1/4 (de forma sintética) e, especialmente, 5/47.

20 Nesse sentido, a previsão do nosso CC art. 1.228 § 2.º: «São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem».

quisesse que ele drenasse a água, teria de generosamente compensá-lo. Entendendo que ele agia maliciosamente, a Companhia se recusou a negociar com *Pickles*. O caso chegou até a *House of Lords*.

Agravava, ainda, a situação, o fato de que, no século XIX, Bradford era a cidade que mais rapidamente crescia na Inglaterra, talvez do mundo, na época, fruto da Revolução Industrial. Sua população, que ao final do século XVIII, era em torno de seis mil habitantes, saltou para cerca de cinquenta mil em 1837, passando a enfrentar os problemas dos grandes centros urbanos, como poluição e insuficiência hídrica. Naqueles tempos, a cidade dependia da água que vinha das propriedades da família *Pickles*.

### 2.3. A decisão

Em primeiro grau, a Prefeitura de Bradford e a Companhia d'Água foram exitosos, obtendo ordem judicial a obstaculizar a drenagem da água, apesar de o juiz reconhecer que não havia autoridade para impedir alguém de exercer seus direitos de propriedade de má-fé. Em sede de apelação, a *Court of Appeal* reformou a decisão, concluindo que não haveria nada de errado em tirar vantagem de uma posição geográfica mais favorecida, e, seguindo um precedente anterior da *House of Lords*, assegurou que *Pickles* poderia extrair as águas de sua propriedade, ainda que com propósitos egoístas ou vexatórios.

Em 1895, em decisão final, a *House of Lords* manteve o entendimento da *Court of Appeal*, consignando que *Pickles* estava apenas exercendo seus direitos de proprietário. Neste precedente, a *House of Lords* recusou-se a limitar ou qualificar a absolutidade do direito<sup>21</sup> de propriedade,<sup>22</sup> afirmando que «*the landowner had a right to do what he had done whatever his object or purpose might be, and although the purpose might be wholly unconnected with the enjoyment of his own state*».<sup>23 24</sup>

---

21 Vale lembrar os adágios romanos: *qui iure suo utitur neminem laedit e nemo iniuria facit qui iure suo utitur*. A esse respeito (*absolutist view of rights na Common Law*), v. GUTTERIDGE, H.C. *Abuse of rights*. In *The Cambridge Law Journal*, vol. 5, n.º 1, 1933, p. 22.

22 Michael TAGGART. *Private property and abuse of rights in Victorian England - The story of Edward Pickles and the Bradford water supply*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 3.

23 Michael TAGGART. *Private property and abuse of rights in Victorian England - The story of Edward Pickles and the Bradford water supply*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 62.

24 Nas palavras de um dos julgadores, LORD MACNAGHTEN: «*He prefers his own interests to the public good. He may be churlish, selfish, and grasping. His conduct may seem shocking to a moral philosopher. But where is the malice? [...] If the act, apart from motives, gives rise merely to damage without legal injury, the motive, however reprehensible it may be, will not*

Não deixa de ser curioso (e irônico), contudo, que *Pickles* venceu a batalha, mas perdeu a guerra. Bradford e sua Companhia d'Água continuaram a se recusar a negociar com ele, e ao tempo em que a contenda foi definitivamente resolvida pela *House of Lords*, a cidade não mais precisava extrair água de sua propriedade. Alguns anos depois da decisão, *Pickles* vendeu sua propriedade e emigrou com sua família para a América do Norte, sem que tivesse mais notícias deles.<sup>25</sup>

## 2.4. Considerações

Dois pontos poderiam ser levantados em favor da decisão inglesa. Em primeiro lugar, sua época, final do século XIX, em pleno desenvolvimento da Revolução Industrial e da afirmação do liberalismo. Em segundo lugar, que se trataria de concepção típica da *Common Law*, em oposição à forma como a teoria se desenvolveu na *Civil Law*. Ambas as afirmações não parecem verdadeiras.

Com relação à época e ao liberalismo, se o argumento fosse verdadeiro, deveria ter tido o mesmo efeito na França, berço da concepção moderna da teoria do abuso de direito, cujo desenvolvimento, na jurisprudência francesa, deu-se exatamente ao longo do século XIX, contemporaneamente, portanto, ao *Pickles Case*, e, inclusive, a partir de casos que com ele guardavam certa similitude fática.<sup>26</sup> O mesmo se pode dizer com relação ao liberalismo. Ao lado da Inglaterra, a França também vivenciou fortemente o liberalismo da época, sendo seu célebre *Code Civil* uma expressão disso, inclusive e especialmente com seu art. 544 («*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*»).<sup>27</sup> Não obstante, apesar do liberalismo da época e do *Code Civil*, foi justamente na

---

supply that elemento» (TAGGART, Michael. *Private property and abuse of rights in Victorian England - The story of Edward Pickles and the Bradford water supply*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 63).

- 25 TAGGART, Michael. *Private property and abuse of rights in Victorian England - The story of Edward Pickles and the Bradford water supply*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 1/2.
- 26 V. RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 104/115. Em alguns casos, inclusive, sem a presença de *má-fé* (idem, pp. 108/109).
- 27 A esse respeito, *cfr.* RODOVALHO, Thiago. *Obrigações e riscos*. In José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro (coord.). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IASP, out./dez de 2013, , n.º 62, pp. 165/175.

jurisprudência francesa que o abuso de direito se desenvolveu modernamente, ao contrário da Inglaterra.<sup>28</sup>

De igual sorte se passa com o argumento da *Common Law*. Se assim fosse, nenhum país de *Common Law* adotaria a teoria do abuso de direito, o que não é verdadeiro, haja vista que a teoria é reconhecida nos Estados Unidos, *v.g.*, com a atenção dada às «*social needs of the community*»,<sup>29</sup> após o precedente *Burke vs. Smith* (1888).<sup>30</sup>

Nesse contexto, em obra monográfica sobre o tema, Michael Taggart nos apresenta um interessante ponto de vista.<sup>31</sup> A vagueza e a incerteza do que seria *agir maliciosamente* comprometeriam a certeza do direito e a segurança jurídica, valores que ganharam muita força na época — e ainda são sólidos princípios do direito inglês, inclusive da teoria dos precedentes —, especialmente sob a influência de Jeremy Bentham. Deste modo, citando Arthur Goodhart, um cidadão deveria poder saber exatamente quais são seus direitos e seus deveres, sem a subjetiva opinião de outro, mesmo que esse outro seja um juiz.<sup>32</sup> Assim, a abstração do que seria *exercitar um direito de forma antissocial* conspirou contra a aceitação e o desenvolvimento da teoria do abuso de direito na Inglaterra, a qual poderia, em última análise, transformar-se em um perigoso instrumento nas mãos de *demagogos* e de *revolucionários*, nas palavras de H.C. Gutteridge.<sup>33</sup>

---

28 Nesse sentido, TAGGART, Michael. *Private property and abuse of rights in Victorian England - The story of Edward Pickles and the Bradford water supply*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 145/149.

29 TAGGART, Michael. *Private property and abuse of rights in Victorian England - The story of Edward Pickles and the Bradford water supply*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 162/165 e 167/193.

30 PERILLO, Joseph M. *Abuse of rights: A pervasive legal concept*. In *Pacific Law Journal*, 1995, vol. 27, pp. 44/47.

31 Cfr. TAGGART, Michael. *Private property and abuse of rights in Victorian England - The story of Edward Pickles and the Bradford water supply*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 155/166.

32 TAGGART, Michael. *Private property and abuse of rights in Victorian England - The story of Edward Pickles and the Bradford water supply*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 155/166.

33 GUTTERIDGE, H.C. *Abuse of rights*. In *The Cambridge Law Journal*, vol. 5, n.º 1, 1933, pp. 43/44.

### 3. CONCLUSÃO

É difícil dizer se o caso *Pickles* teria sido decidido de forma diversa se fosse nos dias de hoje. Mas duas lições emergem desse precedente para o direito brasileiro.

A primeira, a própria reafirmação da necessidade da teoria do abuso de direito, corretamente consagrada no atual CC/2002 art. 187.<sup>34</sup> A segunda, o alerta sobre os perigos que emergem da maior *abertura* do sistema com a inserção mais profícua de *conceitos jurídicos indeterminados*, e o risco que isso pode representar para a segurança jurídica e para a sobrevivência dos próprios direitos, garantias e liberdades individuais.<sup>35 36</sup>

---

34 O que não significa que o direito inglês seja completamente infenso a abusos no direito de propriedade, geralmente resolvidos com base no direito de vizinhança. Contudo, o caso *Pickles* desvela áreas que escapam a esse controle. A esse respeito, v. Elspeth REID. *The doctrine of abuse of rights: perspective from a mixed jurisdiction*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.3, October/2004, disponível em <<http://www.ejcl.org/>>, *passim*.

35 Sobre os riscos do recurso excessivo aos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, v. amplamente Jan Peter SCHMIDT. *Dez anos do art.422 do Código Civil – Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé na prática judicial brasileira*, artigo que será publicado em livro em homenagem ao Professor João Baptista Villela, gentilmente cedido pelo autor, *passim*.

36 Vale lembrar, como o faz GUTTERIDGE, que o abuso de direito também se fazia presente do antigo Código Civil soviético (*cf.* GUTTERIDGE, H.C. *Abuse of rights*. In *The Cambridge Law Journal*, vol. 5, n.º 1, 1933, pp. 41/42), bem como, podemos acrescentar, no Código Civil cubano. A esse respeito, e sobre os perigos da teoria do abuso de direito em Estados Totalitários, v. RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 133/139.

# Breves apuntes sobre el daño moral: la apuesta por su presunción e intentos de cuantificación

*Guillermo Chang Hernández\**

*Sumario: 1. Introducción. – 2. El daño resarcible. – 3. Daño a la persona. – 4. El daño moral. – 4.1. Daño moral y daño a la persona. – 4.2. La probanza del daño moral: apuesta por su presunción. – 5. Colofón.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más complejos de todo el sistema de la responsabilidad civil es el referido al reconocimiento del daño moral como daño resarcible, y tal situación se debe fundamentalmente a que el mismo ha sido resistido desde hace mucho ya sea porque a decir de algunos su propia naturaleza lo hace no valorizable económicamente (lo que al final es el objeto del resarcimiento) y además porque su existencia podría devenir en incierta o de difícil probanza.

---

\* Post-Grado en Derecho Civil por la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo-España), docente de las Universidades San Juan Bautista y Alas Peruanas en Ica., socio de Chang & Delgado-Galván Abogados.

Actualmente se reconoce genéricamente que los seres humanos, en su vida de relación con los demás, en ciertas situaciones suelen atentar contra un derecho subjetivo del otro y con ello generarle diversos daños, ante lo cual deben someterse a la obligación de responder a una pena (desde el Derecho Penal) o a un resarcimiento (desde el Derecho Civil).

Los daños que puede sufrir una persona se agrupan, teniendo en cuenta los valores o intereses afectados, en patrimoniales y extrapatrimoniales; entre los primeros encontramos aquellos que afectan el patrimonio de la víctima, es decir, aquellos que poseen una valoración económica, los mismos que son identificables y cuantificables de manera más o menos sencilla; empero, respecto a los daños extrapatrimoniales encontramos aquellos que no afectan el patrimonio de quien padece el daño sino que lo hace en una esfera opuesta a la económica y que se identifica, evidentemente, con todo lo opuesto a ello, es decir, cuando se afecta aquellos derechos o bienes que *per se* o por su propia naturaleza no tienen una afectación o valoración económica, sino que su perjuicio es uno no económico, sentimental o emocional; por ende, es aquel daño que genera un menoscabo en los llamados derechos de la personalidad, en la estabilidad emocional del sujeto, es el sufrimiento que se padece a consecuencia de la conducta dañosa.

Asimismo, el daño extrapatrimonial es aquel que su valoración no se encuentra dentro del ámbito económico o del intercambio comercial, como es el caso del mencionado daño moral y el daño al proyecto de vida o del genérico daño a la persona, adhiriéndonos a la clasificación y diferenciación que hace el maestro peruano Fernández Sessarego<sup>1</sup> de los diversos daños que puede sufrir la persona, distintos a los económicos o extrapatrimoniales. Por ello es de suma importancia conocer qué conceptos engloban cada uno de estos daños antes aludidos, así como delimitar claramente sus diferencias, sin embargo, debido al objetivo planteado en el presente ensayo nos limitaremos a abordar el daño moral.

En este trabajo, como se ha dicho, fundamentalmente trataremos el tema del daño moral, su tratamiento legislativo y algo muy denso y novedoso por esta parte como es su presunción y forma de resarcitoria o cuantificadora, temas estos últimos que, incluso, son objeto de cuestionamientos y negaciones.

---

1 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El Derecho de Daños en el umbral de un nuevo milenio*. Edición electrónica, p. 61.

## 2. EL DAÑO RESARCIBLE

Entender la clasificación esgrimida con relación a los daños que sufre el ser humano<sup>2</sup> implica conocer que la idea misma del daño puede ser clasificado en daño subjetivo o daño a la persona y en daño objetivo o daño a las cosas del mundo. Asimismo, que el momento actual admite que por el término daño subjetivo se comprenda en él tanto al sujeto de derecho como al concebido o el daño a la persona natural.

Así, sistematizar hoy el daño moral y el daño al proyecto de vida dentro del genérico daño a la persona encuentra sustento en que el ser humano es un ente complejo, ya que está constituido por una unidad inescindible de cuerpo o soma y psique, que se sustenta en su libertad. Por consiguiente, a la persona se le puede dañar en cualquiera de dichas manifestaciones, por lo que su tratamiento debe tomar en consideración el específico aspecto de la persona que se ha dañado antes de establecer la modalidad de reparación más idónea en función de sus consecuencias.

Actualmente se acepta en el ordenamiento jurídico peruano que los daños resarcibles que puede sufrir una persona son los llamados daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y los extrapatrimoniales (daño moral y daño a los derechos de la personalidad, agrupados genéricamente en daño a la persona) o también llamados daños económicos o no económicos, materiales o inmateriales, etcétera. Por nuestra parte preferimos hablar de patrimoniales o extrapatrimoniales, en primer lugar, porque así se conoce mayoritariamente a los daños resarcibles y porque, en efecto, resulta coherente identificar a los daños en aquéllos que su resarcimiento afecta un derecho valorizable patrimonialmente y en aquellos cuya afectación no tiene, necesariamente, que afectar el patrimonio de quien padece el daño. Ahora, a efectos de entender los alcances de esta clasificación, resulta importante conocer qué se entiende por patrimonial. Un bien o derecho patrimonial es todo aquello que puede ser valorizable en dinero o intercambiable en el mercado; así, siguiendo al profesor español Luis Díez-Picazo, quien refiriéndose a las relaciones jurídicas patrimoniales precisa que: «Una relación jurídica es patrimonial cuando versa sobre bienes e intereses que poseen naturaleza económica. Los bienes y los intereses poseen naturaleza económica cuando pueden ser objeto de valoración [...]»<sup>3</sup> a esto por nuestra parte debemos agregar que los bienes

---

2 Refiriéndose al daño como objeto de reparación civil.

3 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. T-I. 5.<sup>a</sup> Ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 56.

o intereses pueden ser objeto de valorización cuando son intercambiables en el mercado o en dinero. En tal sentido, los daños patrimoniales son aquellos que en sí pueden ser valorizables en dinero o intercambiables en el mercado.

Por nuestro lado, partiendo de la realidad estructural del ser humano, el daño a la persona es aquél que afecta o lesiona su unidad psicosomática (daño moral, daño biológico, a la salud, etcétera) o su libertad (daño al proyecto de vida). Asimismo, dentro se tiene que ambos aspectos comprenden la protección a los derechos de la personalidad del individuo, esto es, aquéllos que le son inherentes por su condición de ser humano. Esta comprobación nos lleva a determinar que existen dos esferas que abarcan el daño a la persona: el daño a la unidad psicosomática y el daño a su libertad.

### 3. DAÑO A LA PERSONA

Un tema ineludible en la tarea de estudiar el daño a la persona, conforme al estado actual de la doctrina nacional o —como quieren algunos— de la doctrina europea, fundamentalmente la italiana, se debe empezar por estudiar el daño a la persona como categoría genérica de daño extrapatrimonial, pues al final es la persona la que merece protección por daños ya sea que afecten su propiedad o bienes, o por aquellos daños que afectan la esfera de su personalidad (derechos personalísimos).

Durante los últimos años del siglo xx la responsabilidad civil ha sufrido un importante avance en su estructura y concepción, pues ha pasado de reaccionar únicamente por los daños materiales que sufre una persona para empezar a hacerlo también cuando se afectan intereses no patrimoniales como el honor, el dolor o la angustia de un individuo (daño moral), o en algunos casos se ha empezado a reconocer la centralidad de la persona humana como sujeto de protección también desde el Derecho Civil a través del resarcimiento, lo cual ha permitido percibir que lo que interesa (en la responsabilidad civil), básicamente, no es tanto la determinación de la culpa del agente del daño, sino la protección integral del ser humano a fin de que no se prive de un adecuado e íntegro resarcimiento frente a las consecuencias de un daño injusto, cualquiera que sea la naturaleza de dicho daño. Por ello, la aparición del daño a la persona, para Tunc, es uno de los acontecimientos más importantes ocurridos en los últimos años en el tema de responsabilidad civil.

La primera intención de estudio del daño a la persona la encontramos en el profesor Francesco Busnelli y posteriormente en el también

italiano Guido Alpa, quienes sostienen que existe un daño al ser humano más importante que cualquier daño a los objetos del mundo, el cual debe ser reparado en toda circunstancia, con criterios y técnicas que tengan en cuenta su singular naturaleza.<sup>4</sup>

En el medio peruano, el maestro de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Carlos Fernández Sessarego — quien es el que introdujo dicho concepto en el Derecho peruano —, el daño a la persona «supone la reparación de las consecuencias de todo orden del daño causado a lo que constituye el ser humano, es decir, a la unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. Por tanto son objeto de reparación las consecuencias de los daños ocasionados al *somma* o cuerpo en sentido estricto, y a la psique. Pero sobre todo debe atenderse a la reparación de las consecuencias del daño al ejercicio de la libertad en cuanto expresión mundana de una decisión subjetivamente libre».<sup>5</sup>

De igual forma, ya en 1986 el maestro sanmarquino, a su regreso de Italia al Perú, nos dice sobre el daño a la persona: «[...] en general, el daño a la persona, es todo aquel que produce efectos desfavorables en el ámbito psicológico o moral de la persona, ya sea perturbando su equilibrio espiritual, generando distorsiones o deterioros mentales de cualquier tipo y por cualquier causa, interfiriendo en su intimidad, lesionando su honor, deteriorando su prestigio, imputándole conductas que no le corresponden, atribuyéndose la paternidad de sus acciones o creaciones, entabando su vida de relación, atentando contra su salud. En cualquiera de estas hipótesis y en otras específicamente no contempladas pero que afectan la esfera personal del sujeto, se produce un daño que de algún modo debe indemnizarse pese a no ser cuantificable pecuniariamente».<sup>6</sup>

Por tanto, no hay que olvidar que la persona es un ente ontológicamente libre, temporal y coexistencial. Afirma, además, que el daño puede ser apreciado desde dos distintos planos: uno en función de la calidad ontológica del ente dañado, es decir, en atención a su naturaleza, y el otro en función de las consecuencias que dicho daño ha ocasionado al ente. Asimismo, expresa que en atención a la calidad ontológica del ente pueden diferenciarse dos tipos de daños: el daño a la persona (o daño subjetivo) y el daño a las cosas (o daño objetivo).

---

4 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*

5 *Ibid.*

6 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*

En conclusión, para el profesor peruano «la noción de daño a la persona comprende todos los daños que inciden o lesionan el ente ser humano, entendido como estructura psicosomática, constituida y sustentada en su libertad».<sup>7</sup>

Se habla también que el daño a la persona opera cuando se causa un menoscabo o afectación a cualquier derecho de la personalidad del individuo; así el daño a la salud, al honor, al bienestar o a la libertad forman parte de esta categoría del daño.

En tal sentido, el daño moral, al ser entendido genéricamente como el sufrimiento o menoscabo emocional que sufre una persona, vendría a ser una subespecie del daño a la persona y así —creemos— es como debe ser entendido, pues al final es la persona, el ser humano, el que padece los daños, ya sean en la esfera de los derechos de la personalidad o en la esfera de sus emociones o sentimientos; en tal sentido, y retomando el objeto central del presente ensayo, nos concentraremos en el estudio del daño moral.

#### 4. EL DAÑO MORAL

También llamado daño no patrimonial o inmaterial, no económico o extrapatrimonial, pues en cierto momento, e incluso actualmente alguna doctrina peruana lo sigue haciendo, se entendía como única categoría del daño extrapatrimonial. Sin embargo, a pesar de la multiplicidad de conceptos, no existe en doctrina una definición clara de daño moral porque el objeto afectado es de lo más heterogéneo, a lo que se le debe sumar el problema de su cuantificación, que en esencia es la razón de ser del sistema de responsabilidad civil.

Esta multiplicidad de denominación referida en el párrafo precedente es quizá la razón por la cual se entienda que el daño moral es aquella categoría de daño que engloba todos aquellos daños que afecten los derechos de la personalidad (entendido en primer término como daño no económico por no tener una valorización de este tipo), lo cual no consideramos acertado, pues si bien es cierto el daño moral era, otrora, la única categoría de daño distinta al daño patrimonial reconocida por el Derecho, hoy ello no es así, pues existe un reconocimiento de otras categorías de daño distintos a aquellos de naturaleza económica, como el daño a la

---

7 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral*.

salud, al proyecto de vida, etcétera, que en suma son daños a la persona entendida como unidad psicosomática.

En efecto, sobre el particular, Santos Briz expresa que: «Es criterio que puede considerarse predominante la concepción del daño moral como el que afecta principalmente a los derechos de la personalidad. Puede afectar, sin embargo también a otros derechos que al menos en sentido estricto no se incluyen entre los de la personalidad, como a los derechos de familia, corporativos, etcétera, pero no cabe negar que el sector fundamental de los daños morales tenga lugar en los derechos de la personalidad. En este sentido Norr establece como presupuesto mínimo de la indemnización del daño inmaterial la infracción del derecho general de la personalidad».<sup>8</sup>

Tradicionalmente se ha dicho que el daño moral operará cuando se trasgrede los derechos de la personalidad de un sujeto, esto es, lo que el constitucionalismo moderno llama derechos fundamentales de la persona. Sin embargo, y conforme a la nueva concepción de la persona como objeto integral de protección también desde el Derecho Civil, se debe diferenciar entre daño moral y daño a la persona o a los derechos de la personalidad.

Por ello, actualmente, conforme a la sistemática de nuestro vigente Código civil, se puede definir al daño moral, distinguiéndolo del daño a la persona, como «el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etcétera, padecidos por la víctima que tiene el carácter de efímeros y no duraderos».<sup>9</sup>

Felipe Osterling Parodi entiende también por daño moral: «Aquel daño no patrimonial, que es inferido en el derecho de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica».

En nuestro medio la jurisprudencia ha intentado definir el daño moral; así, ha establecido que «es aquel traducido en el dolor y sufrimiento que significa someterse a tratamiento médico y quirúrgico».<sup>10</sup>

Esta definición engloba al daño moral *in estricto*, entendiéndolo como el dolor o sufrimiento; así también lo hace en la Sentencia Casatoria

---

8 MORALES GODÓ, Juan. «Naturaleza del daño moral. ¿Punitiva o resarcitoria?». En *Responsabilidad civil II*. Lima: Rodhas, 2006, p. 188.

9 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de Responsabilidad Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, 5.ª Ed., p. 228.

10 Resolución n.º 23 del Vigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, de fecha 28/08/98 (Expediente n.º 1997-55729-0-1000-J-CL-23).

n.º 1676-2004-Lima, cuando la Corte Suprema del Perú ha expresado que: «El daño moral consiste en el dolor y sufrimiento causado que debe ser apreciado teniendo en cuenta la magnitud o menoscabo producido a la víctima o a su familia de acuerdo a las circunstancias que rodean el caso, así la situación económica de las partes».<sup>11</sup>

Sin embargo, la misma Corte Suprema del Perú en otras oportunidades entiende el daño moral como una categoría genérica de daño que comprende no sólo el sufrimiento o la aflicción generada por la conducta, sino como todo aquel daño que afecta los derechos de la personalidad, asemejándolo a todo daño que no tenga una afectación económica; por ejemplo, así lo ha hecho en la Casación n.º 949-95-Arequipa,<sup>12</sup> en donde dice que: «El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etcétera, son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario, o en su defecto, a través de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador».

#### 4.1. Daño moral y daño a la persona

En la Casación n.º 949-95-Arequipa, antes citada, en un primer momento equipara el daño moral con aquel que afecta a los derechos de la personalidad, los cuales, como se ha dicho, son propios de protección del daño a la persona, lo cual podría causar cierta confusión, por lo cual debemos aclarar que el daño moral es sólo una subespecie del daño a la persona, el cual tiene un campo de acción más amplio y no sólo es aquél que afecta las emociones, sentimientos o estabilidad emocional del individuo, sino que además es aquel que afecta el libre desarrollo o ejercicios de los derechos de la personalidad del individuo como la libertad, la salud, la vida, etcétera.

---

11 *Data 30 000 G. J. Digital.*

12 Publicada en el diario oficial *El Peruano*.

Esta similitud entre el daño moral y el daño a la persona se debe a que para algunos el reconocimiento de nuevos aspectos del daño resarcible (daño a la salud, a la libertad, etcétera) sólo implica una ampliación de la esfera de protección del daño moral, y si éste puede englobar todos los daños que no tengan una afectación económica, esto es, todo lo que comprenda la afectación a la esfera de las emociones, imagen, bienestar, aspiraciones o, en suma, a cualquier derecho de la personalidad del individuo, debe seguir comprendiéndose dentro del daño moral en general.

Asimismo, sobre la distinción que se dan a estas categorías de daños (daño a la persona y daño moral), el profesor y asiduo investigador peruano Leysser León Hilario la considera inútil y precisa que: «Si nos atenemos, como es obligatorio hacer, a este exacto e históricamente demostrable significado, el “daño a la persona” en su versión peruana, por ser reiterativa de un concepto ya incluido en el “daño moral”, y por haber sido incluida sin el menor rigor de términos ni justificación en el de suyo cuestionable artículo 1985 del Código Civil vigente, es completamente inútil»;<sup>13</sup> continua León Hilario citando a Bona en Italia: «Sin disimular su entusiasmo, Marco Bona ha destacado que en la sentencia reseñada, el juez ha tenido el mérito de aclarar que el daño moral constituye, en la actualidad, una categoría inidónea para garantizar un resarcimiento justo de perjuicios no patrimoniales que sobrepasan los límites del “malestar anímico” y sufrimientos similares. “Hijo, quizás, del espíritu que alguna vez animó el daño a la salud, el daño existencial se presenta, hoy, como la nueva arma para acabar la disputa con el artículo 2059 del Código Civil, y para reducir a la unidad los dispersos fragmentos de la vieja categoría del daño no patrimonial. En realidad, el daño existencial no es un intento de pura academia, encaminado hacia la construcción artificiosa de una nueva categoría, sino más bien la expresión del deseo de un retorno a la normalidad, en la cual todo aquello que atenta contra el valor del ser humano debe enfrentar una protección, sin discriminaciones al interior de los bienes fundamentales reconocidos por la Constitución y por la Convención Europea de los Derechos del Hombre”».

Así también en nuestro medio otro gran profesor, Fernando de Trzegnies, desde la entrada en vigencia del Código de 1984, cuestionó la incorporación de la figura del daño a la persona por entenderla comprendida dentro de la noción del daño moral. En ese momento, el profesor De

---

13 LEÓN HILARIO, Leysser. *Inflando resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura*. Versión digital, 2012, p. 139.

Trazegnies<sup>14</sup> señaló: «Basta interrogar a los autores franceses (que fueron los creadores de la expresión del “daño moral”) para comprobar que se trata de una referencia amplia a todo daño no patrimonial».

Por nuestra parte, no compartimos tal opinión –a pesar provenir de tan ilustrado profesor– por cuanto tildar de inútil una categoría de daño como el daño a la persona por la sola noción de respeto a la tradición, que busca fortalecer el concepto de daño moral ensanchando su campo de acción o porque otrora se le otorgaba un alcance más amplio, obviamente debido a que no se había concebido aún la noción de daño a la persona, me parece inadecuado, pues insistir en la supervivencia del daño moral comprendiendo en aquél categorías de daños cuya protección jurídica ha sido recientemente aceptada y tratándole de reconocer alcances mayores al que su propia naturaleza le merece, sería no sólo contradictorio a la rigurosidad académica y conceptual que enarbolan algunos autores, sino que implicaría un estancamiento académico, pues si hoy por hoy una nueva figura jurídica o en éste caso la categoría de daño engloba con mayor precisión determinados supuestos no veo el impedimento para empezar a llamar y a calificar a las cosas como debe ser; en efecto, si hoy ya se reconoce doctrinaria, jurisprudencial y legislativamente otras categoría no económicas agrupadas en el daño genérico de daño a la persona y dentro de aquél otras subcategorías como el daño a la persona, biológico, daño moral, al proyecto de vida, etcétera (subcategorías porque todos ellos afectan a la persona en sí misma y en palabras de Fernández Sessarego, a la unidad psicosomática del ser humano), a la persona como ente sujeto de derecho, no se entiende cómo se pretende seguir apostando por una categoría –como el daño moral– que a la luz del avance de la responsabilidad civil, fundamentalmente en el campo del daño resarcible, es insuficiente para englobar otros tipos de daños resarcibles.

#### **4.2. La probanza del daño moral: apuesta por su presunción**

Si resulta debatible el reconocimiento del daño moral como un daño resarcible, como se ha detallado líneas arriba, creemos que lo es más las posiciones que adoptan aquellas legislaciones en donde se ha regulado el reconocimiento del daño moral al exigir la prueba del mismo.

En efecto, si a nivel sustantivo es complicado optar por el reconocimiento de dicha categoría del daño, a nivel procesal dicha labor lo es

---

14 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. T-II. Lima: Editorial PUCP, 1988, p. 109.

más, pues si se entiende, en términos generales, el daño moral como el sufrimiento, el menoscabo emocional, la afectación psicológica de una persona, imponerle la obligación a quien lo padece de probar la existencia de algo que tiene tanto de subjetivo se convierte en una tarea bien complicada, más aún en la posición de quien lo padece pues a la par de soportar el daño se tiene que encargar de recaudar pruebas para demostrar su sufrimiento, su angustia, su menoscabo emocional.

Obsérvese además que esta labor probatoria, por la especial particularidad del daño moral, se hace complicada pues cómo probamos el sufrimiento, cómo se prueba el dolor, cómo se prueba el menoscabo emocional. Particularmente, sobre este tema suelo bromear con mis alumnos universitarios y decimos que cuando alguien sufra un daño y desee probar el sufrimiento que le genera, guarde en un recipiente muy seguro y en un lugar fresco las lágrimas de su llanto por el sufrimiento padecido. Así de compleja vemos esta probanza. Y esto se reafirma cuando a nivel procesal los jueces son reacios a aceptar el padecimiento de un daño moral si se intenta probar con un certificado psicológico que acredite la afectación emocional sufrida, medio probatorio que sería el razonablemente valedero para esta probanza.

Claro, esta negativa judicial —de reconocer el sufrimiento— parte de que el juez internaliza los efectos de una conducta e interpreta los daños según —creemos nosotros— la posición del autor del daño, lo cual, y conjuntamente con la exigencia probatoria del daño moral, va en contra de los principios generales de la responsabilidad civil, como el resarcimiento íntegro del daño o el de imputación razonable de responsabilidad. En efecto, decimos que el juez internaliza el daño moral pues es muy estricto al solicitar la probanza de este daño en eventos que para él no serían merecedores del mismo como, por ejemplo, el daño que sufre una persona con la pérdida de un sencillo reloj o por la muerte de una de sus mascotas, mientras que por otro lado esta rigurosidad probatoria se debilita en casos como la muerte del padre o del hijo, la agresión violentamente sufrida o la pérdida de un lujoso auto nuevo.

Estos criterios estimamos que no tienen nada que ver con la noción del daño moral como daño resarcible. Esto también —creemos— se debe al impacto social que el juez observa en sus sentencias y no parece acertado que se reconozca un daño moral por una conducta banal como el insulto aislado o la atribución de una conducta negativa, o incluso se ha llegado a sostener que en los casos en que la conducta dañosa no genera una pérdida económica considerable por daño emergente o lucro cesante se entiende —erradamente— que entonces el daño moral es inexistente.

Lo afirmado anteriormente se comprueba en los casos en donde no existe una pérdida económica generada por la conducta dañosa, sin embargo, sí existe un menoscabo emocional o sufrimiento generado.

Siendo ello así, se aprecia que la probanza del daño moral resulta una tarea compleja, pues más allá que en algunos casos sea suficiente hacerlo a través de la descripción simple de los hechos y con un peritaje psicológico de quien alega el daño, en otros casos esto no es suficiente para el juzgador y convierte muchas decisiones en arbitrarias e injustas, más aún cuando el objeto materia de probanza es sumamente difícil para quien padece el daño; por ello estimamos que se debe optar por la presunción del daño moral no sólo porque en sí —creemos— que toda conducta que afecte de alguna manera algún aspecto de la esfera de dominio del sujeto, ya sea de contenido patrimonial o no, causa un menoscabo emocional, un sufrimiento en él. Por ejemplo, no se puede dudar el daño moral que sufre el padre por la muerte del hijo producto de un accidente de tránsito, como tampoco se puede dudar del sufrimiento que padece quien ve destruido su automóvil nuevo recién adquirido, como tampoco se puede negar el daño moral que sufre quien ve menoscabada su capacidad motora producto de una mala praxis médica que hace necesario la amputación de una sus piernas; en estos casos vemos que por la intensidad de la acción dañosa y el perjuicio generado el daño moral es evidente. Sin embargo, también vemos que existen casos en que a pesar de que el daño es bastante inferior a los mencionados, como en el caso de la pérdida de un simple celular o reloj de poco costo, creo que tampoco podemos dudar de que la persona pueda experimentar un sufrimiento, claro que no en la misma intensidad que aquellos, pero existente al fin.

Lo anotado precedentemente no quiere decir que quien sufre un daño moral por la pérdida de un celular de poco costo pretenda una suma exorbitante por daño moral como, por ejemplo, solicitar S/. 10 000,00 por daño moral por la destrucción de un celular; en efecto, si bien el daño moral existe por la causa que lo genera y la circunstancias, creemos que no merecería una suma elevada para resarcir el daño moral sino una suma razonable.

Tampoco se crea que la cuantificación del daño moral debe hacerse con base en la afectación económica que genera el daño pues sólo este dato podría servir de referencia, lo que conjuntamente con las circunstancias del caso concreto puede orientar al juzgador a establecer un *quantum* razonable por daño moral. Ahora, no se puede dudar que éste criterio (valor del daño patrimonial), en términos de razonabilidad en el caso de los daños económicos o patrimoniales, resulta orientador para cuantificar el

daño moral, pues existe una presunción *iuris tantum* que por la pérdida de un bien de bajo costo la afectación emocional podría ser también de baja intensidad y, por ende, su cuantificación, proporcional al daño; mientras que si el valor del bien afectado es mayor se presume –también– *iuris tantum* que la afectación emocional es mayor y, por ende, su cuantificación debe ser proporcional. Claro está que estas presunciones admiten prueba en contrario, como el caso del celular de poco costo pero que amerita un resarcimiento por daño moral mucho mayor al valor de dicho bien porque ha sido el último legado de la madre que en su lecho de muerte lo entregó como recuerdo suyo. En suma, creemos que el daño moral se presumirá en todos los eventos dañosos, claro, admitiéndose prueba en contrario.

Ahora, lo antes anotado no resulta extraño en la experiencia extranjera, toda vez que la presunción del daño moral en una opción por la cual se ha aportado hace mucho; así lo hace, por ejemplo, el BGB alemán o el Código italiano de 1942. Asimismo en nuestro medio hemos observado agradablemente que nuestra corte Suprema ha empezado a apostar por la presunción del daño moral.

En efecto, tenemos que el Código Civil alemán (BGB) en su § 253 impide el resarcimiento en dinero de los daños no patrimoniales en los casos en los que esta posibilidad no esté expresamente prevista por la ley.

Por su parte, el Código italiano de 1942 asume una posición restrictiva a la hora de reconocer legislativamente el resarcimiento del daño moral, pues en su artículo 2059 señala que «*El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por Ley*»; así, en los primeros años de aplicación del Código la única ley que permitía el reconocimiento del daño moral era el Código Penal cuando en su artículo 185 establecía «sólo la coexistencia de un interés público penalmente tutelado hace posible la protección jurídica del interés privado en materia de bienes no patrimoniales».

El tratamiento legislativo que se da al daño moral tanto en Alemania como en Italia es destacado por el profesor Leysser León cuando señala: «La distinción germana entre daños patrimoniales y no patrimoniales, arraigada y florecida en la experiencia italiana en materia penal y civil, carece de sustento legislativo en el Perú. En nuestro Código Civil, la clasificación acogida ha sido la francesa, o sea, aquella que diferencia el daño “material” del daño “moral”»,<sup>15</sup> agregando posteriormente el mismo León

---

15 LEÓN HILARIO, Leysser. «¡30,000.00 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo “el daño al proyecto de vida” continua inflando peligrosamente los resarcimientos».

Hilario que: «Estas distinciones no son equivalentes. A pesar de que ellas tienen en común su vinculación con el aspecto de la susceptibilidad o no de valorización económica, hay una singularidad que las deslinda con nitidez: en el Derecho alemán e italiano, la naturaleza compensable del daño no patrimonial (*nichtsvermögensschaden, danno non patrimoniale*) depende rigurosamente de su previsión legal expresa. En otras palabras, los ordenamientos de Alemania e Italia admiten la compensación del “daño no patrimonial” únicamente cuando el acto generador de responsabilidad civil está, por ejemplo, tipificado en la legislación penal».<sup>16</sup>

En el estado actual de las cosas, nos encontramos con un alentador fallo de nuestra Corte Suprema, en donde se apuesta por la presunción del daño moral, pues la Casación n.º 4917-2008-La Libertad, publicada el 28 de mayo del 2009 en el diario oficial *El Peruano*, así lo ha establecido. Se trata del caso Escobar contra la Sociedad de Beneficencia Pública de Trujillo sobre resarcimiento por daño moral, pues doña Silvia Escobar señala que no obstante pertenecer a la Ley de Bases de la Carrera Pública - Decreto Legislativo n.º 276, fue cesada de su labores arbitrariamente sin causa justificada y menos seguirse el procedimiento respectivo; que por ello interpuso una acción de amparo que fue declarada fundada en las dos instancias jurisdiccionales, logrando retornar a su centro de trabajo. En tal sentido, doña Silvia Escobar demanda un resarcimiento por daño moral a la Beneficencia Pública de Trujillo, al haber sido despedida arbitrariamente de su centro de labores, lo cual ha quedado acreditado en el proceso de amparo que interpuso contra dicha acción, que declara fundada su demanda.

Ante los hechos expuestos anteriormente, la Corte Suprema precisa en sus considerandos sétimo y octavo: «Que esta demanda es amparada por el a quo, quien en su sentencia hace expresa aplicación de los artículos 1969, 1984 y 1985 del Código Civil; expone el concepto de daño moral indicando que: “el daño moral es el daño inferido en derechos de estricta personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectación que al de la realidad material económica y para su resarcimiento cuando el titular de pretensión es la misma víctima, la prueba del daño moral resulta ser *in re ipsa*, esto es, basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor”; asimismo, precisa el Juez los elementos que considera acreditados en autos para

---

En *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 104, mayo 2007, Lima: Gaceta Jurídica.

16 *Ibid.*

la configuración de la responsabilidad extracontractual, tales como el acto antijurídico cometido por la Sociedad de Beneficencia demandada dada la existencia de la Sentencia recaída en la acción de amparo promovida por la actora contra la referida demandada, que fue la causa directa de que la actora perdiera su puesto de trabajo; para luego concluir el a quo: "(...) que a la recurrente se le ha ocasionado en demasía un daño moral, pues es iluso pensar que no exista dolor o aflicción muy personal cuando se ha sido objeto de actos que sin justa causa han atentado con el desarrollo laboral y profesional, máxime si con tales actos también se le ha ocasionado una pérdida pecuniaria a la recurrente [...]". OCTAVO.- Que, frente a la citada Sentencia de primera instancia, la Sala Revisora, con motivo del Recurso de Apelación interpuesto por la entidad emplazada, revoca la apelada y declara infundada la misma, exponiendo como único argumento específico vinculado al daño moral: "Que es necesario señalar que pese a que se ha acreditado la existencia del proceso de amparo interpuesto por la actora, el mismo que obra como acompañado, en el cual se declaró fundada la demanda ordenándose su reposición en el cargo del que fue separada indebidamente, sin embargo, en autos no ha acreditado con medio probatorio alguno la existencia del daño que refiere, no pudiendo establecer la existencia de relación de causalidad entre el supuesto daño existente (no demostrado) y la conducta realizada por los demandados", argumentación esta que no contiene la correspondiente motivación jurídica, así como tampoco la argumentación dirigida a enervar el criterio de a quo de que en el daño moral: "basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencias del dolor"».

Por nuestra parte, sólo nos queda resaltar que el *obiter dictum* de la citada resolución suprema nos permite apostar por que la jurisprudencia peruana siga reconociendo la presunción del daño moral según las circunstancias del caso concreto.

#### **4.3. El dilema de la cuantificación del daño moral: algunas propuestas**

Por su parte, con relación a la cuantificación o reparación económica del daño moral, tema de por sí discutible a nivel doctrinario, nuestro máximo tribunal de justicia ha expresado en la Casación n.º 1125-95, que: «La impugnada emite una errada apreciación conceptual del daño moral al señalar que este, no teniendo contenido patrimonial, no puede ser expresado en términos económicos, toda vez que el daño material no ha sido probado; por lo que, de esta manera, se desconoce la autonomía del daño moral como auténtico instrumento reparador del perjuicio ocasionado en la víctima cuando dicho daño efectivamente se ha irrogado», o la

Casación n.º 31-96 que precisa: «Si bien es cierto que en doctrina se discute la reparación económica del daño extrapatrimonial, aparece del texto de los artículos 1322, 1984 y 1985 del Código Civil vigente que el legislador optó por dicha solución, decisión a la que debe atenerse el Juzgador conforme a los artículos Séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil y Séptimo del Título Preliminar del Código Civil».

Más allá de las definiciones existentes, el debate central es determinar si el reconocimiento y más aún la cuantificación económica del daño moral con que se viene tratando esta tipología del daño son los correctos. En efecto, dentro de la regulación y estudio que ha merecido del daño moral, y más aún su desarrollo práctico, la controversia suscitada por la exigencia, de casi todos los sistemas jurídicos (en el Perú también es así de la lectura del artículo 1985 del Código civil de 1984 y del artículo 196<sup>17</sup> del Código Procesal Civil de 1993) de la probanza del daño moral, actividad que como es obvio recae sobre quien lo sufre, es decir, quien padece un daño moral es quien tendrá como primera tarea probar el daño moral. Tarea que resulta bastante difícil pues cómo probar el sufrimiento, cómo probar que se ha dañado nuestras emociones, nuestra estabilidad psíquica. Por ello creemos que dicha exigencia, por lo menos, debe repensarse o revisarse. Es así que más adelante abordaremos nuevamente este tema.

Por otro lado, con relación a la cuantificación del daño moral, el mismo que por definición no puede medirse en dinero ni, consecuentemente, repararse por aquél, el profesor Fernando de Trazegnies precisa que «[...] es posible obligar al causante de un daño a que pague el costo de la operación, de los remedios y de la rehabilitación de la persona a la que le quebró una pierna en un accidente de automóvil. Pero ¿cómo puede medirse cuánto vale en dinero el puro dolor que sintió el atropellado, el sentimiento del terror y de impotencia que tuvo al verse arrojado intempestivamente por tierra, la aprehensión de la intervención quirúrgica, etcétera? Y aun si asignáremos un valor arbitrario al sentimiento, ¿acaso la víctima sentimental “volverá al estado original” — que es la función de la reparación— por el hecho de recibir una suma de dinero?».<sup>18</sup>

---

17 Artículo 196 del Código Procesal Civil: «Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos».

18 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Lima: Ed. PUCP, 1988, pp. 92-93.

Por su parte, el extinto profesor Lizardo Taboada<sup>19</sup> sobre el daño moral nos decía que: «Por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima. Así, por ejemplo, se entiende que en los casos de la muerte de una persona, los familiares sufren un daño moral por la pérdida del ser querido, bien se trate del cónyuge, hijos, padres y familiares en general».

Frente a este criterio se puede notar que el daño moral, desde la perspectiva de una función reparadora del sistema de responsabilidad nuestro y del latino en general, a diferencia del daño patrimonial, tendría un carácter de satisfacción. Así, el maestro De Trazegnies,<sup>20</sup> recogiendo lo que se ha escrito fundamentalmente en el Derecho Romano y lo que se ha esbozado sobre el particular, precisa que: «Algunos juristas contemporáneos han comprendido correctamente el enfoque romano y distinguen entre el carácter de “reparación” que tiene la indemnización frente al daño material y el carácter de “satisfacción” que tiene frente al daño moral». Más adelante, De Trazegnies agrega: «[...] esta distinción ilumina la verdadera naturaleza vengativa de la indemnización por daño moral: no es una reparación sino una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra cuanto menos en su patrimonio».

A nivel de jurisprudencia se tiene que recientemente nuestra Corte Suprema, mediante Resolución Casatoria n.º 5721-2011-Lima, publicada el 28 de febrero del 2014, ha establecido uno de los aportes más significativos de los últimos tiempos en materia de responsabilidad civil. En efecto, ello se aprecia de los criterios considerados tanto por los jueces de instancias como por los jueces supremos, estos últimos en cuanto a su razonabilidad, para la determinación del *quantum* resarcitorio del daño no patrimonial, en este caso el daño moral. En efecto, se aprecia que la Sala Superior considera como criterios a tener en cuanto para tal efecto, los siguientes: i. el despido intempestivo o improvisado que repercutieron en los sentimientos y emociones del demandante; ii. la existencia de un proceso judicial con el fin de lograr su reposición en el trabajo; iii. la inexistencia de ingresos económicos; iv. el criterio de equidad; y, iv. la capacidad económica del causante del daño.

Si bien no se comparten todos los criterios esgrimidos, como es el caso de la capacidad económica del causante del daño ya que esto se condice con el fin de la responsabilidad civil en el sistema peruano que es el

---

19 TABOADA MORALES, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil. ob. cit.

20 *Idem*, p. 95.

reparador o resarcitorio, rechazándose plena cualquier otra función como la preventiva o sancionadora, compartimos la opinión de los jueces máximos cuando señalan que «Estos criterios a nuestro juicio no son los más apropiados; en principio porque la indemnización no implica la generación de riquezas del afectado ni el empobrecimiento del afectante, pues ello supondría establecer la indemnización atendiendo al causante del daño y no a la víctima del mismo, quien es el que sufre las perturbaciones de ánimo y los padecimientos afectivos».<sup>21</sup>

Asimismo, considerando que cuando el daño moral esté acreditado (o, en su caso, cuando se presuma), cabe determinar qué criterios se deben utilizar para su cuantificación, tarea de lo más controvertida, pero necesaria a efectos de cumplir con la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.

Por ello es saludable, admirable y hasta casi heroico que, por primera vez, nuestros jueces se encarguen de establecer criterios generales que ayuden a cuantificar este tipo de daños, que por su propia naturaleza son de por sí de difícil identificación y más aún de cuantificación, tarea que históricamente ha sido su deuda, pues no todo lo debe decir y hacer el legislador, sino que son los jueces, que por ser quienes se encuentran en un contacto directo con los hechos particulares y las partes, los que deben cumplir la función de desarrollo y creación jurídica.

Otro punto a destacar de la casación de marras es el argumento de justificar la cuantificación del daño moral en que es una suma por lo menos la mitad que la establecida por daño patrimonial, con lo que se objetiva algo de por sí subjetivo y se establece un límite a la cuantificación del daño moral, el cual muchas veces es incrementado en su cuantificación de manera desmesurada e irreal. Asimismo, creemos que tal límite bien podría aplicarse a todo tipo de daño no económico, como el daño a la persona y sus variantes, fundamentalmente en el caso del daño al proyecto de vida.

Tales intentos, como es obvio, también han sido realizados por la doctrina, en especial extranjera, así tenemos que la profesora Naveira Zarra considera que el juzgador a la hora de resarcir el daño moral debe tener en cuenta los siguientes elementos: i. características de la víctima (edad, sexo, cultura, etcétera); ii. circunstancias en que se produjo el evento dañoso (relación entre las partes, impacto social del daño, etcétera); iii. características del agresor (cultura, condición, incluyendo el grado de

---

21 Noveno considerando de la Casación n.º 5721-2011-Lima.

dolo o culpa); iv. considerar todo dato que deleve un incremento del sufrimiento como la traición, la confianza burlada, etcétera; v. vetar todo aquello que relacione la cuantificación del daño con elementos que impliquen un enriquecimiento de la víctima.

## 5. COLOFÓN

Finamente, creemos que a efectos de evitar pretensiones excesivas por daño moral en donde las partes solicitan sumas exorbitantes por el tipo de daño y evitar también por parte de nuestros tribunales sumas a veces ridículas o exiguas (casi siempre) y otras exorbitantes por daños morales, estamos convencidos que tanto la doctrina como la jurisprudencia debe buscar elaborar diversos criterios que ayuden a la cuantificación del daño no patrimonial basados en la equidad y la razonabilidad.

En tal sentido, por nuestra parte sólo nos queda reiterar el propósito de objetivizar los criterios para cuantificar un daño de naturaleza subjetiva como el daño moral. Para ello se puede utilizar una serie de criterios, como los ya esgrimidos; así resumimos: 1. circunstancias en que ocurrieron los hechos; 2. relación entre la víctima y el causante del daño; 3. comportamiento del causante; 4. actos realizados por la víctima para el reconocimiento de su derecho o para evitar la producción o continuación del daño; 5. el monto del daño económico generado, si existiese.

Éstos y otros criterios deberán seguir creándose para lograr una predicción y/o objetivización de la cuantificación del daño moral, criterios que son sólo una propuesta y no pretenden ser un «patente de corso», pues el debate está abierto.



# Interpretación negocial subjetiva en el Código Civil peruano de 1984

Juan Miguel Rojas Ascón\*

Roger Pavletich Vidal Ramos\*\*

*Sumario:* 1. La interpretación negocial: generalidades. – 2. Naturaleza jurídica ¿normas imperativas o dispositivas? – 3. Las reglas de interpretación negocial: interpretación subjetiva y objetiva. – 4. Reglas de interpretación subjetiva. – 4.1. La interpretación literal. – 4.2. La interpretación conforme a la buena fe. – 4.3. La interpretación sistemática. – 4.4. La interpretación funcional. – 5. A modo de conclusión. – Bibliografía: libros y artículos.

---

\* Máster en Contratación Pública por la Universidad Castilla-La Mancha - España. Postgrado en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con especialización y posgrados en Contratos, Contratación Pública, Arbitraje Internacional y Arbitraje de Inversión en la Universidad de los Andes de Chile, Universidad de Lima, Universidad Esan, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad del Pacífico. E-mail: jmrojas@pucp.pe.

\*\* Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y con estudios concluidos de doctorado en la misma casa de estudios. 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. Post Grado en Derecho de Arbitraje por la Universidad de Lima. Cursando estudios en el programa de Arbitraje de Contrataciones con el Estado de la Universidad ESAN - OSCE.

## 1. LA INTERPRETACIÓN NEGOCIAL: GENERALIDADES

La interpretación, del latín *interpretari*, es entendida semánticamente como aquella actividad humana orientada a desentrañar, explicar o declarar el sentido de un texto; asimismo, negocialmente es concebida como aquella actividad hermenéutica encaminada a normar y precisar el significado de la voluntad objetivada plasmada en los negocios jurídicos, permitiéndonos conocer el significado jurídicamente relevante del esquema negocial.

En efecto, la interpretación es la técnica para indagar el significado o el sentido del texto y del contexto del negocio jurídico. La regulación de los intereses privados típicos o atípicos tutelados por el ordenamiento jurídico debe ser analizada jurídicamente mediante la interpretación, que es la operación destinada a considerar el sentido jurídicamente relevante del acto de autonomía privada.<sup>1</sup>

En otras palabras, la interpretación que interesa al Derecho es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a declaraciones o comportamientos que se desarrollan en el círculo social disciplinado por el Derecho en cuanto tengan relevancia jurídica.<sup>2</sup>

Así, la interpretación en el campo del negocio jurídico permite establecer las consecuencias jurídicas de un determinado supuesto de hecho y, por lo tanto, no puede ni siquiera decirse con propiedad que la interpretación tenga por objeto el negocio, sino más bien la ley, porque es en la norma legal donde están determinadas las consecuencias jurídicas del negocio considerado como mero supuesto de hecho. En este sentido, la interpretación del negocio y de la ley representan el mismo fenómeno, por cuanto el contenido del negocio, como supuesto de hecho, no puede ser determinado más que sobre la base de la ley en la que el negocio, como supuesto de hecho, está regulado.<sup>3</sup>

---

1 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre la teoría general del negocio jurídico*. Lima: Ara Editores, 2002, p. 280.

2 BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción y prólogo de José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 95. Sobre el profesor Emilio Betti se ha escrito: «No se puede prescindir hoy, especialmente en Italia, de los resultados alcanzados por este autor, pero debe reconocerse también que se ha puesto a sí mismo una limitación que le ha impedido coronar su construcción. Se ha detenido en una preceptividad prejurídica del negocio, y no sólo no ha afirmado la normatividad jurídica de éste, sino que la ha negado explícitamente». FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas de Derecho Español por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 164.

3 FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. *Op. cit.*, pp. 177-174.

Por lo expuesto, se ha afirmado que la interpretación del negocio, en general, y del contrato, en especial, debe encaminarse hacia la búsqueda de la voluntad objetivada en el negocio jurídico y en el contrato, y no a la búsqueda de la voluntad subjetiva de las partes, del mismo modo que la interpretación de la ley es búsqueda no de la voluntad de los particulares que han contribuido a formarla, sino de la voluntad objetivada en ella.<sup>4</sup>

Señalado lo anterior, se advierte que el procedimiento interpretativo tiene la función de buscar y descubrir la voluntad objetiva con la que está constituido el Derecho, de poner al desnudo el mandato jurídico actuando sobre las fuentes del mismo Derecho. Es decir, el objeto de la interpretación es la ley y el negocio es la fuente normativa; meta o fin de ella, la averiguación del mandato jurídico, su delimitación sobre la base de los datos que ofrecen las fuentes. Razón por la cual se puede afirmar que el intérprete no actúa sobre las normas o sobre un sistema de normas: actúa sobre las fuentes normativas, sobre la ley, sobre el negocio, etcétera.

Nótese de lo manifestado que la interpretación es un fenómeno que se aplica por igual a la ley, a los contratos y a los negocios jurídicos. En efecto, en la ley como en los negocios jurídicos existe un contenido normativo representado por la voluntad objetivada de las partes o del legislador; este contenido normativo es el que debe ser evidenciado y descubierto por el hermeneuta.

Asimismo, se ha señalado que la interpretación en el campo jurídico apunta siempre y únicamente a fijar el tenor y el alcance de los mandatos jurídicos y, por consiguiente, de los derechos, deberes, facultades, etcétera, que derivan de él; y el mandato jurídico, ya sea negocial o legal, es siempre voluntad objetiva.<sup>5</sup>

En este sentido, podemos afirmar que la interpretación jurídica pertenece al género de la explicación, de la clarificación de un texto, y permite aclarar el contenido y el campo de aplicación de una norma. A partir de ello podemos considerar a la interpretación del negocio jurídico como una especie del género «interpretación jurídica», sin que esto implique que sean fenómenos diferentes, sino, por el contrario, como se indicó en líneas anteriores, la interpretación es un fenómeno unitario aplicable a la ley y al negocio jurídico por igual.

---

4 FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*. Traducción de Nelvar Carreteros Torres. Lima: Grijley, 2004, p. 144.

5 FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*. *Op. cit.*, p. 145.

Adicionalmente, conviene precisar que suele usarse el vocablo interpretación tanto para indicar la actividad interpretativa, es decir, el ejercicio consistente en determinar el significado del texto jurídico objeto de interpretación, como para indicar el resultado de llevar a cabo esa operación. En este sentido, se habla de interpretación actividad y de interpretación producto.

Este doble entendimiento de la interpretación ha sido reconocido por Guastini, quien señala que el término interpretación se utiliza para referirse: a) a la actividad que consiste en determinar el significado de vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos (interpretación-actividad); y, b) al resultado o producto de esta actividad (interpretación-producto).<sup>6</sup>

En tal sentido, se ha afirmado que la interpretación es la operación llamada a identificar el significado jurídico del acuerdo contractual.<sup>7</sup> En este mismo sentido, Lohmann ha indicado que la interpretación puede ser entendida como el procedimiento y método de investigación del significado de una declaración de voluntad, de lo cual se explica jurídicamente el contenido de la misma, y el precepto querido por el declarante dentro de un contexto social determinado.<sup>8</sup>

Para nosotros esta afirmación sería acertada si la interpretación estuviese orientada a determinar el significado y los alcances objetivos de la declaración de voluntad, esto debido a que los defensores del dogma de la voluntad suelen confundir a la voluntad objetivada y plasmada en el negocio jurídico con la voluntad subjetiva de las partes o como manifestó Ferri «negando más o menos explícitamente que el negocio jurídico pueda contener otra voluntad que no sea la interna o psicológica de los sujetos. Hacen (los mantenedores del dogma de la voluntad) de la voluntad subjetiva, es decir, de la voluntad como acontecimiento psíquico, el elemento esencial del negocio jurídico y no ven en él ninguna voluntad normativa u objetiva».<sup>9</sup>

Por ejemplo, Stolfi, de marcada concepción voluntarista, sostiene que así como el contenido del negocio jurídico (se entiende de los patri-

---

6 GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Traducción de J. Ferrer I. Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 202-203.

7 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Contratto*. Milano: Giuffrè, 1987, tomo I, p. 377.

8 LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «La interpretación de la ley y de los actos jurídicos en el Derecho peruano». En *Revista de Derecho Comparado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001, n.º 3, p. 60.

9 FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. *Op. cit.*, p. 166.

moniales) se establece por la voluntad de las partes, es obvio que para establecer y determinar los derechos y las obligaciones que nazcan del acto es necesario comprender qué cosas han declarado querer los contratantes.<sup>10</sup>

En posición contraria se ha manifestado que «a los mantenedores del dogma de la declaración hay que objetarles que el negocio jurídico no es únicamente declaración, es decir, palabras, y que no puede degradarse a mera forma externa. Tiene, en todo caso, un contenido, un significado propio, una realidad interna que está debajo o dentro de la declaración. Este contenido, esta realidad interna llamada voluntad negocial, quiere dar a la expresión el mismo significado que se atribuye, en su campo propio, a las expresiones “voluntad de la ley” o “voluntad del legislador”». En efecto, «lo mismo que la voluntad del legislador no es la voluntad de un sujeto, ni siquiera la voluntad del sujeto Estado, sino la voluntad objetiva o normativa de la ley, así la voluntad negocial no es más que la voluntad normativa u objetiva del negocio».<sup>11</sup>

En este sentido, la definición tradicional del negocio jurídico como declaración de voluntad puede ser mantenida con tal de que se tenga la precaución de completar su significado. No se trata sólo de declarar o de manifestar, sino principalmente de crear una voluntad objetiva, es decir, de crear normas jurídicas.

De lo expuesto, para nosotros el eje central de la interpretación estriba en la voluntad declarada, es decir, la voluntad normativa expresada en el negocio jurídico y, eventualmente, en la conducta desplegada por los contratantes, debiéndose precisar que la conducta desplegada por las partes sólo es un criterio subsidiario frente a la voluntad normativa, pues ésta es la única que es objeto de interpretación.

Se debe precisar que la voluntad subjetiva, la intención, no es más que la energía o fuerza creadora del derecho, pero no es regla de derecho, no es un mandato, menos un elemento objetivo. Indicado esto, se puede afirmar que el negocio jurídico es, como cualquier otra fuente normativa, un acto creador, porque las normas no son solamente reveladas o declaradas por medio del negocio, sino creadas con él. No negamos que pueda ser requerida, para el nacimiento del negocio jurídico, una voluntad subjetiva, lo que negamos es que esta voluntad pueda ser

---

10 STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 285.

11 FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. *Op. cit.*, p. 167.

identificada de ningún modo con la voluntad negocial (que es voluntad normativa) y negamos que sea, al igual que ésta, esencial al concepto del negocio.<sup>12</sup>

En este orden de ideas, podemos señalar que el objeto de la interpretación en los negocios jurídicos, en general, y del contrato, en particular, son las declaraciones de voluntad –individuales o conjuntas– y los comportamientos,<sup>13</sup> pues en estos los sujetos establecen el contenido, significado y efectos de los negocios que celebran. Por lo tanto, la interpretación del negocio jurídico no sólo consiste en un procedimiento hermenéutico que busca analizar y descifrar la existencia de una declaración de voluntad específica, sino que además tiene por finalidad imputarle a tal declaración un significado jurídicamente relevante.

Por lo tanto, la determinación de la necesidad que las partes buscaron satisfacer con la celebración del negocio jurídico no es ajena a la actividad hermenéutica, por el contrario, es su función principal en la medida que el hermeneuta debe orientar su actividad a indagar el significado de la común intención objetivada de los celebrantes del negocio, así como a calificar conductas e interpretar los preceptos de autorregulación privada con la finalidad de atribuir un significado específico a determinados negocios jurídicos. Empero, para algunos tratadistas sólo se deben interpretar las cláusulas oscuras, ambiguas y las que inducen a confusión; para esta posición doctrinaria las cláusulas con aparente texto claro no se encontrarían sujetas a actividad hermenéutica en virtud de la regla *in claris non fit interpretatio*.

Sin embargo, para nosotros esta posición atenta contra el carácter imperativo de las normas de interpretación cuyo carácter vinculante obliga al intérprete a observarlas y a cumplirlas, quedando claro con esto que la interpretación, aun dentro de la normativa del Código Civil peruano, es una operación necesaria, inclusive cuando las palabras no son ni oscuras ni ambiguas.

---

12 *Idem*, pp. 169-170.

13 Sobre el particular, Betti sostiene que el comportamiento no hace pie en la colaboración psíquica ajena, no acude a la conciencia o a la voluntad de las personas en cuya esfera se encuentren para desarrollar los efectos del negocio. El comportamiento se caracteriza por el hecho de que agota su resultado en una modificación objetiva socialmente reconocible y relevante del estado de hecho precedente. BETTI, Emilio. «Negozio giuridico». En *Novissimo digesto italiano*. Torino: Utet, 1957, XI, pp. 210 y ss.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA ¿NORMAS IMPERATIVAS O DISPOSITIVAS?

Históricamente la doctrina civilista ha discutido sobre la naturaleza jurídica de las reglas de interpretación, esto es, si tienen carácter obligatorio o si son puramente facultativas. Sobre el particular se encuentran divididas la doctrina y la jurisprudencia. Mientras hay coincidencia entre los autores italianos y alemanes, que las consideran normas positivas y obligatorias, la doctrina francesa, de manera unánime, y la Corte de Casación las estiman más «que verdaderas reglas de Derecho, como máximas de orden interno (procesal), consejos dados al juez».<sup>14</sup>

Al respecto, deberá tenerse presente que si las normas interpretativas no fueran vinculantes, el destino del negocio dependería no de la voluntad declarada de las partes secundada por la ley, sino de la circunstancia fortuita de que ello fuera interpretado correctamente por el juez respectivo y, por consiguiente, se llegaría a gran incertidumbre, ya que repercutirían en la actividad interpretativa las ideas, preferencias, preconceptos e incluso prejuicios del intérprete.

En este sentido, el profesor G. Stolfi observó que el legislador debería intervenir en esta temática «[...] con el fin de limitar el arbitrio del intérprete “en caso de duda” le indica el camino que “debe” seguir, y, por ello, le prohíbe actuar según su experiencia, la cual podría en caso concreto inducirle a dar valor, por ejemplo, a las palabras utilizadas y no la intención de los particulares, o a optar por la ineficacia en vez de por la validez del acto, o a preferir el uso del lugar de la ejecución en vez del uso del lugar de la conclusión del negocio, etcétera; en resumen, se prohíbe al intérprete resolver según su propia voluntad las dudas que han sido eliminadas por la Ley».<sup>15</sup>

Sobre el particular, consideramos que el hecho de que algunas legislaciones no hayan regulado de manera prolija las normas de interpretación, como por ejemplo la alemana, la suiza o la portuguesa, no es indicativo de que las codificaciones contemporáneas hayan erradicado toda referencia a tales reglas. Además, tampoco es exacto señalar que el Código Civil alemán es el vivo ejemplo de la precitada tendencia abstencionista,

---

14 CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1960, tomo II, p. 494; la discusión sobre la imperatividad de las normas interpretativas es graficada acertadamente por: MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Lima: Ara Editores, 2007, pp. 526-529.

15 STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Op. cit., p. 301.

puesto que el artículo 133 se ocupa de establecer una regla principal en el campo hermenéutico: la relacionada con la finalidad de la búsqueda en cabeza del intérprete, artículo que textualmente señala: «*En la interpretación de la declaración de voluntad ha de darse preferencia a la voluntad real sobre el sentido literal*», de lo que se desprende que tampoco es adecuado negarle su interés en regular, aunque lacónicamente, la interpretación negocial.

Por su parte, en el Perú Arias-Schreiber señaló que: «*Todos los dispositivos concernientes a la interpretación tienen el carácter imperativo y no constituyen simples consejos para el intérprete*». «[...] su observancia tiene que ser obligatoria, pues de otro modo perderían gran parte sino la totalidad de su eficacia».<sup>16</sup>

A esta conclusión se llega no sólo por la redacción imperativa del articulado de nuestro Código Civil, sino también porque Felipe Osterling, presidente de la Comisión Reformadora, aludió a «reglas sobre la interpretación con carácter imperativo de los actos jurídicos»,<sup>17</sup> con lo cual podemos afirmar, que el hermeneuta deberá atender obligatoriamente a las reglas de interpretación que el Código le proporcione.

Por lo tanto, si se reconociera un supuesto carácter dispositivo de las normas interpretativas, quienes se sometiesen a la opinión final del intérprete quedarían tan desamparados como si de veras no hubiera normas coherentes y obligatorias de interpretación, pues el intérprete sería libre de escudriñar la voluntad negocial de la manera que mejor le pareciera.<sup>18</sup> Situación que no puede ser ni ha sido amparada legislativamente por vulnerar las directrices de nuestro sistema jurídico. Por lo tanto, las normas de interpretación siempre deberán ser consideradas obligatorias, ergo, de obligatorio cumplimiento por los jueces y los árbitros.

Asimismo, a nuestro entender, la simple exégesis de los artículos que integran el Libro II del Código Civil peruano (artículos 168 a 170), dan cuenta de su irrefutable carácter de verdaderas normas jurídicas. Sobre el particular, si analizamos las reglas de interpretación de nuestro Código Civil y reparamos en su redacción, consideramos que se confirmará su

---

16 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, tomo I, p. 84.

17 OSTERLING PARODI, Felipe. «Necesidad de actualización del Código Civil». En *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Lima: 1981, tomo I, p. 21.

18 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. «La interpretación del negocio jurídico y del contrato». En: *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Lima: Grijley, 2007, tomo III, p. 1661.

naturaleza mandatoria. Esto debido a que no queda al mero arbitrio del intérprete aplicar su contenido individual y concreto, es decir, no puede infringir *ad libitum* el mandato consignado en dichos preceptos.

En efecto, no en vano el artículo 168 del Código Civil de 1984 emplea la expresión «debe» y no alguna que denote potestad o facultad, como sería el caso que hubiere utilizado el término «puede». Lo mismo sucede en relación con los artículos subsiguientes, específicamente con el artículo 169, el que igualmente incorpora el vocablo «debe», opuesto al de «podrá». Lo propio acontece con el artículo 170, por cuanto establece, sin opción alguna para el intérprete, que «Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto», lo que denota un específico imperativo de conducta.

En este sentido, consideramos que la inclusión normativa de las reglas de la interpretación no implica en modo alguno que el legislador se limite sólo a establecer directrices o derroteros mínimos para el intérprete, situación que parecería desprenderse de la escasa regulación negocial de nuestro Código Civil. Por el contrario, consideramos que deberá fijar reglas confiables, a efectos de facilitar la tarea del hermeneuta, las mismas que por ser homogéneas y de carácter universal permitan garantizar que la actividad interpretativa será realizada de manera idónea.

Es por lo antes mencionado que creemos no sólo en la necesidad de su existencia sino también en la necesidad que sean ampliadas de acuerdo con legislaciones más avanzadas. Esto con el propósito de hacer más segura la labor del intérprete que, de otro modo, quedaría librada a su mero arbitrio, lo que no parece ciertamente recomendable en este campo que es sumamente delicado y complejo.

En síntesis, tanto la doctrina mayoritaria como la redacción de las reglas interpretativas de nuestro Código Civil permiten confirmar su naturaleza de típicas normas jurídicas y, por lo tanto, vinculantes para quienes inicien el esfuerzo hermenéutico. En este sentido, se puede concluir que las normas interpretativas reguladas en el Código Civil peruano no pueden ser catalogadas de consejos, recomendaciones, sugerencias o simples directrices facultativas dadas al juez o al árbitro.

### **3. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN NEGOCIAL: INTERPRETACIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA**

En el subtítulo anterior se determinó que la interpretación de la ley y de los negocios jurídicos representa un mismo fenómeno, ya que en ambos casos el intérprete busca determinar la voluntad objetivada ya sea

por el legislador o por las partes, en la ley o en sus negocios jurídicos, respectivamente.

En este sentido, si interpretar la ley y los negocios jurídicos representan el mismo fenómeno, ¿cuál es el fundamento para que las reglas de interpretación negocial tengan una regulación propia e independiente en el Código Civil? Consideramos que la respuesta reposa en dos criterios fundamentales: la naturaleza autónoma de los negocios jurídicos y el carácter imperativo de las normas negociales.

En efecto, los negocios jurídicos conforman sistemas únicos, micro-sistemas cerrados que permiten estructurar un ordenamiento jurídico entre las partes que lo concluyen; en este sentido, si bien las normas creadas por los particulares tienen validez y eficacia debido a que un ordenamiento jurídico más lato las contiene y les otorga dicha validez, el negocio jurídico es independiente de éste debido a que no mantiene nexos lógicos con las normas generadas en otros negocios jurídicos y menos con las normas no negociales. Es decir, es autónomo y esta autonomía hace necesaria la existencia de normas destinadas a interpretarlos. Asimismo, esto permite entender por qué la interpretación sistemática sólo tiene asidero en el interior del mismo negocio jurídico y no puede extenderse a otros negocios, así estos hayan sido concluidos entre las mismas partes.

El otro criterio a tener en cuenta es el carácter imperativo de las normas interpretativas, en tanto éstas no son meros consejos dados a los jueces y/o árbitros para que solucionen las controversias puestas a su conocimiento, sino, por el contrario, tienen carácter obligatorio debido a que van a dirigir la actividad interpretativa del hermeneuta permitiéndole establecer la voluntad objetivada en el negocio, la misma que no necesariamente coincide con la voluntad subjetiva de las partes. Estos dos criterios, sustentan, a nuestro entender, la necesidad de contar con normas que regulen la interpretación negocial.

En este extremo, se debe precisar que las normas interpretativas que se desarrollarán en el presente trabajo están orientadas a guiar la actividad del hermeneuta respecto de los negocios jurídicos unilaterales y bilaterales, con expresa excepción del testamento y de los contratos predispuestos o los suscritos mediante cláusulas generales de contratación, no porque estas reglas no les sean aplicables sino porque su naturaleza particular requerirá un análisis específico, más profundo y detallado que excede los límites del presente trabajo.

Señalado esto, podemos afirmar que para nosotros las reglas legales de interpretación son normas jurídicas, y a su vez normas técnicas cuando

se adecuan a los cánones comunes de la lógica y de la experiencia; por lo tanto, la violación de las reglas legales de interpretación por parte del juez comporta la posibilidad de censura ante la casación.<sup>19</sup>

En este sentido, consideramos oportuno analizar orgánicamente las reglas interpretativas que guiarán la actividad del hermeneuta, máxime si tenemos en cuenta que el Código Civil de 1984 sólo regula cuatro reglas para interpretar los negocios jurídicos, a saber: 1) interpretación literal; 2) interpretación conforme a la buena fe; 3) interpretación sistemática; 4) interpretación funcional, todas de naturaleza subjetiva. Asimismo, se debe precisar que todas las reglas interpretativas tienen una finalidad común: se aplican a los signos con los cuales las partes han manifestado y objetivado su voluntad negocial.

Así, las reglas interpretativas pueden ser subjetivas u objetivas, diferenciándose por la lógica con la cual operan en la búsqueda de los significados de aquellos signos. Las reglas de interpretación subjetivas, están dirigidas a aclarar la común intención de las partes expresada en su regulación contractual. En cambio, las reglas objetivas, están dirigidas a fijar el significado del negocio jurídico cuando lo expresado en él no permite identificar cuál fue la voluntad objetivada en el mismo.

En este sentido, si a pesar del correcto empleo de los criterios de interpretación subjetivos no se consigue determinar la efectiva y concreta voluntad plasmada en el negocio jurídico, recién entran en juego las reglas de interpretación objetiva para atribuir al negocio jurídico un significado objetivamente congruente con las normas jurídicas no negociales.

Es decir, respecto de la interpretación negocial, existen, en síntesis, dos grupos de cánones generales: (i) los que buscan determinar la común intención de las partes y que actúan bajo la denominación de interpretación subjetiva; y, (ii) los que prescindan de dicha común intención y buscan los alcances del negocio jurídico sobre la base de otros criterios (interpretación objetiva). Estos últimos intentan atribuir a la declaración de las partes el significado que tiene en el tráfico, en la vida social.<sup>20</sup> Cabe precisar que en ambos casos estamos frente a supuestos de voluntad declarada u objetivada en el contenido negocial.

---

19 BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. El Contrato. Op. cit.*, pp. 437-438.

20 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Metodología de la interpretación de la ley y del contrato». En: *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Lima: Grijley, 2007, tomo III, p. 1594.

En sentido similar, Ferri señala: «Tradicionalmente, las normas sobre la interpretación de los contratos (negocios jurídicos) se distinguen en dos categorías: en una se comprenden las normas de la llamada “interpretación subjetiva” o “histórica”, en tanto se asumen como dirigidas a individualizar la efectiva voluntad de las partes; en la otra se comprenden las normas de la llamada “interpretación objetiva” o “ahistórica” o “integradora”, en tanto dirigida a atribuir un significado a aquellos pactos que se consideran dudosos o ambiguos por no haber sido posible individualizar la efectiva intención de las partes».<sup>21</sup>

En el Perú, Guillermo Lohmann ha señalado que: «Todo puede resumirse en los dos tipos básicos de interpretación: a) subjetivos, en la medida que tratan de descubrir la voluntad real querida por el declarante que pueda extraerse de la declaración y sus circunstancias; b) objetivos, que propugnan atribuir un sentido lógico y razonable a la declaración de acuerdo a ciertos criterios».<sup>22</sup>

De lo manifestado se advierte que la opinión comúnmente aceptada, es que en el primer grupo de normas se refieren a la interpretación llamada subjetiva, que se dirige a desentrañar la intención común de las partes, de conformidad con el principio de fondo de la interpretación del contrato. El segundo grupo de normas se refiere, por el contrario, a la interpretación conocida como objetiva, la cual pretende fijar el significado del contrato cuando es dudosa la intención común de las partes; en este caso, el significado del contrato se conforma a los cánones legales, marcados, fundamentalmente, por la conservación del acto, la tipicidad y la equidad.<sup>23</sup>

Finalmente, y a efectos de ser coherentes con nuestra exposición, consideramos que la distinción entre interpretación subjetiva y objetiva no tiene fundamento, en tanto el intérprete debe buscar en todos los casos no la voluntad subjetiva, es decir, la voluntad interna de los singulares contratantes, sino siempre, y solamente, la voluntad del contrato: su significado normativo u objetivo. Todas las normas de interpretación de los contratos (negocios jurídicos) son, desde este punto de vista, normas de interpretación objetiva.<sup>24</sup>

---

21 FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil. Op. cit.*, pp. 152-153.

22 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. «La interpretación del negocio jurídico y del contrato». *Op. cit.*, p. 1675.

23 BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. El Contrato. Op. cit.*, p. 437.

24 FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil. Op. cit.*, p. 153.

#### 4. REGLAS DE INTERPRETACIÓN SUBJETIVA

Las reglas legales de interpretación subjetiva, también llamada interpretación histórica (o en concreto), son aquellas que tienden a reconstruir la «común intención de las partes» sobre la base de las declaraciones y los comportamientos de las partes, en respeto al principio de confiabilidad.<sup>25</sup>

En otras palabras, la interpretación subjetiva es aquella que se dirige a la averiguación o búsqueda de la voluntad real o intención común de los contratantes que ha sido plasmada en el contenido del contrato (*voluntas spectanda*). Es, por consiguiente, una interpretación histórica del contrato, que persigue una reconstrucción del pensamiento y del propósito de los autores de la regla contractual.<sup>26</sup>

En este sentido, se ha afirmado que los criterios individuales — reglas subjetivas — se basan en normas que tienen por objeto la búsqueda de la finalidad en concreto de las partes y establecen el primer momento de la actividad hermenéutica. Se busca atribuir al negocio el significado que responde a entendimiento y propósito de las partes mismas.<sup>27</sup> Es decir, la primera dirección interpretativa, que es la prevalente y que responde a plenitud a la necesidad fundamental de la hermenéutica de los actos de autonomía privada, consiste en captar el significado real del acto según el punto de vista de sus autores.<sup>28</sup>

Es necesario aclarar que la búsqueda de la voluntad común no importa la realización de una labor psicológica, a efectos de determinar el querer interno de las partes. La voluntad común que se busca descubrir es aquella que se advertirá de las declaraciones y conductas externas de los contratantes.<sup>29</sup> En efecto, la intención común debe descubrirse en los elementos intrínsecos o extrínsecos, en el conjunto del contrato o en la

---

25 BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «La interpretación del Contrato en el Código Civil peruano de 1984». *Op. cit.*, p. 1780.

26 DíEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1986, 2.<sup>a</sup> Ed., vol. I, p. 261.

27 Se debe precisar que en el Perú se ha señalado que las reglas de interpretación son individuales y típicas, las mismas que tendrían correlación con las reglas de interpretación subjetiva y objetiva; en este sentido, ver: MORALES HERVÍAS, Rómulo. *Estudios sobre la teoría general del negocio jurídico*. *Op. cit.*, pp. 282-283.

28 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 180.

29 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Metodología de la interpretación de la Ley y del Contrato». *Op. cit.*, p. 1595.

actitud de los contratantes en el curso de las negociaciones o en oportunidad de su cumplimiento. Cuando su búsqueda se convierte en mera adivinanza, con riesgo de encubrir una ficción o incorporar una voluntad extraña a los celebrantes, debe ser dejada de lado.<sup>30</sup>

De lo expuesto, se advierte que el intérprete debe considerar a la declaración de las partes como el objeto de su tarea, tratando de armonizar el sentido de las cláusulas en consideración a los fines individuales y sociales perseguidos. Debe desentrañar el sentido y alcance de las estipulaciones, de las palabras, con el significado que le dan el uso y la práctica, según el entender de los no abogados y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Sobre el particular, Ferri ha señalado que la común intención de las partes no puede reducirse a «[...] un punto de encuentro o combinación de dos voluntades distintas, no coincide necesariamente ni con una ni con otra, ni con la suma de ambas, sino con algo que está fuera de cada una de ellas [...]»; y, además, que «[...] la intención común excluye la consideración de las intenciones que permanecen secretas, y no puede hacer referencia más que a declaraciones contractuales [...]».<sup>31</sup>

En este sentido, resaltada la importancia de las reglas interpretativas, comenzaremos a analizar las reglas de interpretación subjetiva respetando su orden de prelación doctrinalmente reconocido y alejándonos de la propuesta formulada por la Comisión de Reforma; así tenemos:

#### 4.1. La interpretación literal

La interpretación literal es la primera regla de interpretación subjetiva, se encuentra recogida en el artículo 168 del Código Civil peruano de la siguiente manera: «El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él».

Por su parte, el artículo 1362 del Código Civil italiano de 1942 regula esta regla interpretativa del siguiente modo: «Al interpretar el contrato se debe analizar cuál ha sido la común intención de las partes, sin limitarse al sentido literal de las palabras». Cabe precisar que la propuesta formulada por la Comisión de Reforma del Código Civil ha mantenido la redacción actual del artículo 168 del Código Civil peruano.

30 MOSSET ITURRASPE, Jorge. «Interpretación del contrato. Sentido y alcance». En: *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Lima: Grijley, 2007, tomo 1, p. 40.

31 FERRI, Luigi. *La autonomía privada. Op. cit.*, p. 184.

Al respecto, Fernández Cruz ha señalado que este precepto legal acoge una clara posición objetivista en lo referente a la búsqueda de «lo querido» por el sujeto bajo los límites de «lo declarado» (priorización de la voluntad declarada sobre la voluntad interna del declarante), e intenta la búsqueda del valor objetivo del negocio jurídico, deduciéndolo de la declaración de voluntad del sujeto.<sup>32</sup>

Sobre el particular, la jurisprudencia italiana ha manifestado que coexisten dos orientaciones generales respecto a la interpretación literal.<sup>33</sup>

- a) La primera, según la cual, el sentido literal de las palabras es un criterio «fundamental y prioritario», con la consecuencia de que «cuando las expresiones usadas en el contrato tengan una significación clara e inequívoca, no será necesaria la investigación respecto de la voluntad común».
- b) La segunda, según la cual, el juez «nunca puede prescindir de la investigación de la voluntad común de las partes, respecto de la cual el sentido literal de las palabras usadas por los contratantes se presenta como el primero de los instrumentos de la interpretación». Según esta orientación, la investigación de la voluntad común de las partes puede entenderse «concluida», pero no «incluida», cuando las expresiones usadas tengan un significado claro y unívoco.

En efecto, la primera orientación encuentra su fundamento en la regla: *in claris non fit interpretatio*, la misma que no es aceptada ni legislativamente ni doctrinariamente, por lo que pierde eficacia jurídica.

Respecto a la segunda orientación se debe tener presente que las palabras, tomadas por sí solas pueden traicionar la intención de los contratantes: por ejemplo, éstas han escrito que uno quiere arrendar y el otro recibir en arrendamiento la cosa que el primero entrega al segundo; sin embargo, en el contrato no se hace mención a la merced arrendaticia. Si nos limitáramos al sentido literal de las palabras (en el caso a la palabra arrendamiento), sin lugar a dudas se debería concluir que nos encontramos ante un contrato nulo por falta del objeto (en este caso la merced arrendaticia).<sup>34</sup>

---

32 FERNÁNDEZ CRUZ. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». *Op. cit.*, p. 810.

33 GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 428.

34 GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. *Op. cit.*, p. 429.

Nótese que la interpretación no puede orientarse a la indagación de la voluntad real, no declarada, sino a precisar la voluntad manifestada partiendo de una necesaria presunción de que esta última corresponde a la intención del celebrante o celebrantes del negocio jurídico.<sup>35</sup> Situación que sería concordante con lo dispuesto en el artículo 1361 del Código Civil peruano: «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla».

En consecuencia, para interpretar y descubrir la voluntad declarada,<sup>36</sup> debe analizarse, en primer lugar, lo expresado en él, esto es, el contenido de las cláusulas del negocio jurídico si consta por escrito.

Ello se desprende del artículo 168 del Código Civil cuando establece que el negocio jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo expresado en él. Evidentemente, se parte del entendimiento que el texto del negocio jurídico es la mejor expresión de la voluntad negocial. Empero, si el negocio jurídico no constase en un documento, entonces se deberán interpretar las declaraciones y los comportamientos de las partes, anteriores, simultáneos y posteriores a la celebración del negocio jurídico; así, el intérprete deberá apreciar todo lo que las partes han hecho antes, durante y después de la formación del negocio jurídico, pues cuando las cláusulas son claras, expresas, inequívocas debe entenderse que traducen la voluntad de las

---

35 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 260.

36 El artículo 218 del Código de Comercio argentino, en su inciso 1, consagra para los supuestos de «ambigüedad en las palabras» la denominada interpretación subjetiva: «[...] debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos». Es decir, «Se debe buscar la “intención común” de los contratantes y no la individual de cada uno de ellos, lo que tuvieron en mira ambas partes y no lo que cada uno pudo perseguir como finalidad personal. La intención común debe descubrirse en los elementos intrínsecos o extrínsecos, en el conjunto del contrato o en la actitud de los contratantes en el curso de las negociaciones o en oportunidad de su cumplimiento. Cuando su búsqueda se convierte en mera adivinanza, con riesgo de encubrir una ficción o incorporar una voluntad extraña a los celebrantes, debe ser dejada de lado». Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. «Interpretación del contrato. Sentido y alcance». *Op. cit.*, p. 41. Por su parte, Lorenzetti ha señalado que: «La intención común es un criterio de escaso valor cuando hay cláusulas generales predispuestas unilateralmente, porque, si lo que se trata es de analizar esas cláusulas, no hay intención común. En los casos en que no es posible determinar la voluntad común, hay que recurrir a fuentes alternativas, siendo la tendencia más generalizada la de utilizar un standard: lo que habría interpretado una persona en las mismas circunstancias». Ver: LORENZETTI, Ricardo Luis. «Interpretación del contrato en el Derecho argentino». *Op. cit.*, p. 23.

partes y los jueces no pueden, en principio, rechazar su aplicación,<sup>37</sup> sin que esto implique que nos acogemos a la derogada regla *in claris non fit interpretatio*.

#### 4.2. La interpretación conforme a la buena fe

Sobre esta regla interpretativa, el Código Civil peruano en su artículo 168 prescribe: «El acto jurídico debe ser interpretado [...] según el principio de la buena fe». Por su parte, el artículo 1366 del Código Civil italiano de 1942 regula esta regla del siguiente modo: «El contrato debe ser interpretado con arreglo a la buena fe».

Al respecto, la plasmación del principio de la buena fe en el artículo 168 del Código Civil debe orientar al intérprete hacia la equidad, a que el intérprete se guíe por un criterio de conciencia, equilibrando «lo expresado» con la conducta de los contratantes. Con ese criterio, el hermeneuta, ateniéndose a «lo expresado», podrá aplicar cualquier método de interpretación, incluso conjugándolos, pero su interpretación queda regida por el principio de la buena fe.<sup>38</sup> Es decir, el intérprete debe esforzarse en mantenerse fiel al negocio jurídico y en no distorsionar o falsear su significado.

En la doctrina extranjera, y frente al concepto de buena fe, se pueden citar definiciones clásicas: Bonfante: «es la ausencia de dolo o mala fe»; Windscheid: «honesta convicción»; Von Tuhr: «Honradez»; Gorphe: «voluntad sincera, leal y fiel»; Cornu: «deber de asistencia, de colaboración, de cooperación, de ayuda mutua y, al límite, de amistad y de fraternidad»; Díez-Picazo «un standard jurídico, es decir, un modelo de conducta social, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado».<sup>39</sup>

Cabe precisar que el sentido mencionado no es el único de la norma bajo comentario; en efecto, la interpretación adquiere particular importancia cuando se presenta dudosa y hay varias soluciones igualmente posibles para el intérprete. En ésta hipótesis, el principio de la interpre-

---

37 MOSSET ITURRASPE, Jorge. «Interpretación del contrato. Sentido y alcance». *Op. cit.*, p. 38.

38 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Interpretación del Contrato en el derecho peruano». En: *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Lima: Grijley, 2007, tomo III, p. 1650.

39 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores, 2001, tomo I, p. 331.

tación según buena fe impone al intérprete adoptar aquella solución que se adecue más armónicamente con la ley moral y que haga al reglamento contractual más justo, más equitativo.<sup>40</sup>

Así, la buena fe, dentro de su acepción clásica de honestidad fundamental, de razonable inocencia y de coherencia en la actuación es, sin duda, un principio esencial dentro del Derecho moderno: sin buena fe, el Derecho se convertiría en una vacilante regla de juego entre tahúres.<sup>41</sup>

Sin perjuicio de lo mencionado, se debe señalar que la ubicación de la interpretación conforme a la buena fe, como regla interpretativa, no es pacífica pues se ha señalado que esta regla hermenéutica se ubica en medio de las reglas de interpretación subjetiva y las reglas de la interpretación objetiva, de tal forma que en doctrina aún se discute si ella hace parte de unas u otras. Una opinión ve en la buena fe un precepto fundamental de lealtad y de claridad sobre cuyo presupuesto se debería interpretar el contrato y en el que se sintetizarían los momentos subjetivo y objetivo de la interpretación; esta opinión refleja lo expresado en la Exposición de Motivos del Código Civil italiano, en donde se atribuyó a la buena fe un papel central como «punto de sutura» entre la interpretación subjetiva y la objetiva.<sup>42</sup>

En este extremo nos preguntamos si la buena fe es un principio jurídico. Al respecto, creemos que la buena fe es un concepto unitario conformado por la buena objetiva y subjetiva. En este sentido, la buena fe objetiva se manifiesta como un estándar de comportamiento; en cambio, la buena fe subjetiva, entendida como creencia o lealtad, ha sido definida como una manifestación de la ética en el Derecho.<sup>43</sup> En este sentido, la buena fe será un principio jurídico en la medida que confluyan ambos tipos de buena fe en un concepto unitario.

A fin de evitar equívocos consideramos importante mencionar que la buena fe interpretativa no alude a la que le incumbe al intérprete, debido a que éste debe actuar diligente y correctamente en el desempeño de su elevada misión. Ella se refiere a que en esta actividad el intérprete debe

---

40 FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil. Op. cit.*, p. 159.

41 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal». En: *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Lima: Grijley, 2007, tomo III, p. 1616.

42 BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. El contrato. Op. cit.*, p. 443.

43 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores, 2001, tomo I, p. 343.

tomar en cuenta este principio, fijar el contenido del negocio jurídico, específicamente el alcance de las prestaciones y derechos de él emanados.

En este sentido, corresponderá efectuarnos la siguiente interrogante: ¿cuáles son los efectos si alguna de las partes incumple el principio de la buena fe?; consideramos que esta situación no afecta en nada el desempeño del intérprete; en efecto, si el intérprete comprueba que por lo menos una de las partes inobserva el mencionado principio y, por ende, lo transgrede, ello no debería ser óbice para que continúe su actividad interpretativa con adecuación al mencionado principio, por cuanto se tiene establecido que en estos casos se debe interpretar el negocio jurídico como lo exige la buena fe, aunque, en hipótesis, una de las partes o las dos no se hubieran inspirado de buena fe.

De este aspecto de la buena fe derivan:

- Deberes principales, denominados obligaciones y que surgen con la celebración del negocio jurídico. Responden a la pregunta «¿Qué se debe?»; por ejemplo, en una compraventa –tomada en su aspecto más elemental y sencillo– existe obligación de entrega del bien para el vendedor y pago del precio para el comprador.
- Deberes accesorios de conducta, que importan actitudes de diligencia, cooperación, información, seguridad, garantía. Refieren a «¿Cómo se debe cumplir?»; por ejemplo, y remitiéndonos al contrato referido en el párrafo anterior, en el caso de venderse cosas peligrosas, corresponde al vendedor la obligación de brindar información veraz acerca de los riesgos, así como del modo de empleo de aquéllas.

La buena fe, al imponer «deberes» más allá del contenido específico del contrato –ya que sería absurdo pretender que ellos se encuentren «implícitos» en él– asume, en nuestra óptica particular, una innegable función integrativa junto a la más importante función interpretativa que cumple en el desentrañamiento del sentido atribuible al contenido preceptivo de un negocio jurídico.<sup>44</sup>

Cabe señalar que estos deberes resultan aplicables con mayor rigor en los contratos a plazo o de tracto sucesivo, porque la cooperación debida al deudor importará considerar su interés y actuar de modo de no perjudicarla. De hecho, establecen un límite al abuso del derecho, que pretenda ser ejercido por la otra parte. Se fundan en deberes de convivencia y

---

44 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Op. cit., p. 127.

de solidaridad social. De hecho, estos deberes exceden a las prestaciones pactadas expresamente en el texto negocial.

### 4.3. La interpretación sistemática

Este criterio hermenéutico, derivado del principio de unidad de negocial, se encuentra recogido en el artículo 169 del Código Civil peruano cuyo texto prescribe que «las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas». Esta norma, perfectamente podría ser concordada con lo dispuesto en el artículo 1363 del Código Civil italiano de 1942, que regula esta regla interpretativa del siguiente modo: «las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a cada una el sentido que resulte de la integridad del acto».

Independientemente de las diferencias de redacción, a nuestro parecer, estas reglas contienen una igualdad esencial, toda vez que reconocen el principio de unidad negocial como fuente inspiradora. Por el principio de unidad negocial, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde consistencia con todo el conjunto del negocio. Lo que se interpreta de la cláusula dudosa es su significación en forma coherente con el conjunto del texto negocial, tomando al negocio como una unidad indivisible.

Esta regla encuentra respaldo en las reglas de Pothier, específicamente en la regla sexta, conforme a la cual «Se debe interpretar una cláusula por las otras cláusulas contenidas en el acta, ya precedan o sigan a dicha cláusula».<sup>45</sup>

En este sentido, una cláusula aparentemente dudosa debe ser contrastada con las restantes cláusulas del negocio jurídico a fin de eliminar dicha duda, para determinar cuál es su significación y qué efectos debe producir. Como bien ha señalado Betti, este principio se basa en que el negocio debe ser considerado como un todo unitario para luego ser interpretado en su totalidad; un todo entre cuyas partes singulares, preliminares y conclusivas no es admisible una separación neta.<sup>46</sup>

Cabe resaltar que para la mejor aplicación de este criterio de interpretación debe considerarse que las cláusulas de un negocio jurídico no

---

45 POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta, 1993, p. 62.

46 BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Traducción y prólogo por José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1975, p. 348.

son independientes o autónomas, sino que se encuentran vinculadas e integradas a un programa negocial cuya fuente es el negocio concebido como una unidad orgánica, razón por la cual cada cláusula debe ser interpretada teniendo en cuenta que ella pertenece a un esquema negocial unitario.<sup>47</sup>

Por lo tanto, el intérprete no debe realizar interpretaciones aisladas de cláusula por cláusula o parciales del tejido negocial. La interpretación es una actividad refractaria a la insularidad, en otras palabras, el acuerdo de voluntades debe valorarse en su real dimensión, esto es, como un todo, y no en forma fragmentaria por más que esté conformado por cláusulas, estipulaciones, condiciones, etcétera.

Visto así, esta regla interpretativa permite buscar una sinergia y no una ruptura negocial, habida cuenta que el negocio jurídico en sí mismo considerado no es una mera agrupación o amontonamiento de estipulaciones, como si artificialmente pudieren aunarse, ya que como categoría jurídica trasciende sus simples cláusulas convirtiéndose en una unidad armónica.

Sin perjuicio de lo mencionado, consideramos oportuno dejar sentado que la interpretación sistemática opera sólo dentro del mismo negocio jurídico -pese a que los negocios jurídicos también son creadores de normas jurídicas- y ello se debe a la individualidad de los fines perseguidos. En efecto, que la interpretación sistemática funcione sólo dentro del negocio jurídico es consecuencia de la «autonomía» de las normas negociales, en el sentido de la inexistencia de nexos lógicos entre las normas pertenecientes a distintos negocios, y entre estas normas y las no negociales, es decir, las normas de formación pública.

Asimismo, la unidad orgánica representada por el conjunto de las normas no negociales, o normas de formación pública, se refleja, por lo tanto, en los mismos principios que regulan su interpretación. Tal organización no se refiere a los negocios jurídicos a causa de la individualidad de los fines perseguidos.<sup>48</sup>

#### 4.4. La interpretación funcional

Esta regla se encuentra recogida en el artículo 170 del Código Civil cuando dispone que «Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto».

---

47 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Interpretación del contrato en el Derecho peruano». *Op. cit.*, p. 1651.

48 FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil. Op. cit.*, p. 147.

Cabe precisar que el artículo 1369 del Código Civil italiano de 1942 regula esta regla interpretativa del siguiente modo: «En la duda, las expresiones que pueden tener varios sentidos deben ser entendidas en el sentido más conveniente según la naturaleza y el objeto del contrato».

Al respecto, y antes de analizar esta regla interpretativa, consideramos repetitivo el agregado efectuado por el Código Civil pues, como veremos más adelante, cuando este artículo hace alusión a la naturaleza y objeto del negocio jurídico, se encuentra implícita la causa del mismo.

Para Palacios, la causa cumple una misión doble. Por un lado caracteriza a los tipos negociales permitiendo diferenciarlos entre ellos, función caracterizadora o individualizadora y, por otro, justifica la atribución de efectos negociales por el ordenamiento (función justificadora). La causa es entonces un control de juridicidad y de moralidad que dentro del ordenamiento jurídico asume una función calificadora de los intentos prácticos de los particulares.<sup>49</sup>

En este sentido, es menester señalar que no compartimos el criterio de quienes pretenden tomar el término «causa» en diferentes acepciones, en un afán acomodaticio que carece de rigor científico y que solo demuestra, en cada uno de sus casos, un excesivo respeto a la literalidad del uso del término en el respectivo cuerpo normativo. La causa técnicamente debe ser una sola y referirse estrictamente al negocio jurídico; no hacerlo así es crear una imprecisión técnica que ha sido uno de los principales motivos por los que el concepto de causa permaneció en la oscuridad durante mucho tiempo.<sup>50</sup>

Mencionado ello, se debe tener presente que con esta regla la labor de interpretación debe estar orientada a buscar o preferir, entre todas las interpretaciones posibles, aquella que sea consistente con la finalidad del negocio jurídico o de la cláusula materia de interpretación. Es decir, con esta regla interpretativa se busca determinar la causa del negocio jurídico y en virtud de la cual el sistema otorga consecuencias jurídicas al mismo.

Efectivamente, el significado de lo que las partes concordaron no se puede comprobar adecuadamente si no se tiene en cuenta la razón práctica del negocio, es decir, su causa concreta es la causa la que justifica el contrato y el reglamento respectivo, y la que permite aclarar el significado de las declaraciones y los comportamientos de las partes y superar eventuales incoherencias, ambigüedades e incluso discordancias del tex-

---

49 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. *Op. cit.*, p. 120.

50 *Idem*, pp. 121-122.

to. La razón práctica del negocio, a su vez, se puede identificar sólo si se considera el contenido del acuerdo en el cual se hace evidente un diseño unitario del contrato. La interpretación se traduce, pues, en una operación circular, en donde las declaraciones y el comportamiento de las partes concurren a indicar la causa del contrato y ésta, a su vez, concurre a aclarar el significado.<sup>51</sup>

Es conveniente aquí observar cómo el tratamiento que el Código Civil peruano brinda al criterio de interpretación funcional (artículo 170 del Código Civil), es aparentemente distinto al que brinda el Código Civil italiano al mismo criterio (artículo 1369 del Código Civil.), toda vez que el mismo, en la codificación peruana, no hace referencia alguna a su aplicación a casos de «duda interpretativa», evitándose así la discusión, presente en Italia, sobre si el criterio de interpretación funcional constituye una regla hermenéutica de interpretación subjetiva u objetiva del contrato. En el Perú, sin duda alguna, este criterio interpretativo constituye una regla de interpretación subjetiva.<sup>52</sup>

Asimismo, no debe olvidarse que dada la naturaleza de esta regla interpretativa normalmente se aplica cuando, luego de haberse agotado otros criterios hermenéuticos de interpretación subjetiva, subsisten significados plurívocos sobre el sentido de las expresiones utilizadas por las partes en el contrato, los cuales deben adecuarse a lo señalado por la naturaleza y el objeto del acto. En este sentido, la doctrina comparada ha entendido que al referirse al tema de la naturaleza del acto se está ante un problema en donde la interpretación debe estar dirigida a buscar el significado del contrato.<sup>53</sup>

Así, la regla hermenéutica de interpretación funcional del contrato se aplica como último criterio interpretativo residual de carácter subjetivo para casos de polisemia. Si, pese a esto, no se llega a aprehender un único significado de las expresiones utilizadas por las partes, quedará como resultado que el acuerdo contractual todo permanecerá como dudoso, requiriéndose entonces la aplicación de reglas de interpretación objetiva destinadas esta vez a complementar (integrar) el significado de la común intención de las partes.<sup>54</sup>

---

51 BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. El contrato. Op. cit.*, pp. 454-455.

52 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». *Op. cit.*, p. 833.

53 *Idem*, p. 832.

54 *Idem*, p. 833.

Sin perjuicio de lo mencionado, el profesor Vidal Ramírez señala que «el artículo 170 del Código Civil peruano, es complementario del artículo 168 del mismo cuerpo normativo, ratificando la orientación objetivista de la norma general al establecer que «las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto». Continúa señalando: «aunque debemos hacerle una acotación por la indebida utilización del vocablo “objeto”, por la confusión que puede producir con el objeto como requisito de validez del acto jurídico y el objeto del contrato, por lo que consideramos que debe entenderse en el sentido de la finalidad del acto o contrato sometido a la hermeneusis».<sup>55</sup>

Sobre la naturaleza y el objeto del negocio jurídico, aludidos en el artículo 170 del Código Civil peruano, hay que preguntarse qué entiende nuestro Código Civil cuando alude a estos conceptos. En este sentido, se debe dejar constancia que la expresión «naturaleza del acto» no es común en el lenguaje del Código Civil. En nuestra opinión, con tal idea el Código alude al tipo genérico al que el negocio concreto pertenece, que puede ser un tipo legal (por ejemplo, compraventa, arrendamiento, etcétera) o un tipo con vigencia social (por ejemplo, cambio de solar por obra o *leasing*). Al aludir a la naturaleza o tipo del negocio jurídico se está haciendo mención a lo que antes hemos llamado su genérica función económico-social. En cambio, la expresión objeto del negocio jurídico, que puede aludir también a esa objetiva función económico-social, puede –y ésta es seguramente la línea más acertada– hacer referencia a la concreta razón de ser del negocio, al intento práctico concreto o a lo que hemos llamado la causa concreta.<sup>56</sup>

Asimismo, se deberá tener presente que el artículo 170 de nuestro Código Civil confunde los términos «objeto» y «finalidad», por ello no compartimos la posición del redactor del Código Civil, ya que consideramos que la única posibilidad de enfocar convenientemente el problema del objeto del negocio jurídico es desde el punto de vista de la teoría general del negocio jurídico; por ende, toda disgregación que se haga con respecto al concepto en conexión con la relación jurídica, obligación o contrato resulta ilógica, incoherente o reiterativa.<sup>57</sup> En consecuencia, para nosotros no existe un «objeto» del contrato y un «objeto» del negocio jurí-

---

55 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Interpretación del contrato en el Derecho peruano». *Op. cit.*, p. 1652.

56 Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*. *Op. cit.*, p. 405.

57 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico*. En: <http://dike.pucp.edu.pe>.

dico, pues dada la naturaleza supraconceptual del negocio jurídico, toda alusión separada a un objeto contractual y negocial implica la desnaturalización de este presupuesto.

Entonces, la expresión «naturaleza y objeto del negocio» indicada en el artículo 170 del Código Civil peruano hay que entenderla como aquella causa concreta en la economía de la operación negocial. De esta manera el análisis del negocio se realizará en la economía misma del particular contrato, entendida como punto de equilibrio de las situaciones jurídicas subjetivas o síntesis de costos y beneficios. En efecto, será importante averiguar la coherencia del contrato sobre el plano de su entera economía individual, considerando que el negocio es una síntesis compleja de intereses determinados en su particularidad.<sup>58</sup>

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La interpretación negocial permite establecer las consecuencias jurídicas de un determinado supuesto de hecho, atendiendo a la voluntad objetivada por la parte, en caso de negocios jurídicos unilaterales o atendiendo a la voluntad objetivada por las partes, en caso nos encontremos frente a un negocio jurídico bilateral o plurilateral. En este sentido, la interpretación del negocio en general, y del contrato en especial, debe orientarse hacia la búsqueda de la voluntad plasmada en el negocio jurídico y en el contrato, y no a la búsqueda de la voluntad subjetiva «interna» de las partes.

Asimismo, la interpretación del negocio y de la ley, representan el mismo fenómeno, por cuanto el contenido del negocio jurídico, como supuesto de hecho, sólo puede ser determinado sobre la base de la ley en la que el negocio, como supuesto de hecho, está normado. En efecto, la interpretación es un fenómeno que se aplica por igual a la ley, los contratos y los negocios jurídicos. En la ley como en los negocios jurídicos existe un contenido normativo, representado por la voluntad objetivada de las partes o del legislador; este contenido normativo es el que debe ser evidenciado y descubierto por el hermeneuta.

Finalmente, las normas de interpretación negocial tienen naturaleza imperativa; esto obedece a que si no tuvieran esta naturaleza las partes que sometieron a interpretación sus negocios jurídicos quedarían supedi-

---

58 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre la Teoría General del Negocio Jurídico*. Ob. cit., p. 288.

tadas de manera absoluta al arbitrio del intérprete, en tanto este sería libre de escudriñar la voluntad negocial de la manera que mejor le pareciera. Esta situación, que sería perjudicial para las partes, no ha sido amparada legislativamente por vulnerar las directrices de nuestro sistema jurídico. Por lo tanto, las normas de interpretación siempre deberán ser consideradas obligatorias.

# El derecho a la intimidad en las relaciones familiares

*Marco Carmona Brenis\**

A menudo los hijos se nos parecen,  
y así nos dan la primera satisfacción...  
Cargan con nuestros dioses y nuestro idioma,  
con nuestros rencores y nuestro provenir, por eso nos parece que  
son de goma...  
Nos empeñamos en dirigir sus vidas  
sin saber el oficio y sin vocación.  
Les vamos transmitiendo nuestras frustraciones con la leche tem-  
plada y en cada canción.

*Joan Manuel Serrat, «Esos locos bajitos»<sup>1</sup>*

---

\* Abogado y doctor en Derecho por la Universidad César Vallejo. Estudios de máster en Bioética por la Universidad Europea Continental España. Segunda especialidad en Derecho de Familia por la Universidad Señor de Sipán. Docente de Derecho Civil en los cursos de Derecho de Personas, Acto jurídico, Derecho de Familia y Sucesiones en la Universidad Señor de Sipán y en la Universidad César Vallejo. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil.

1 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. «Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes?». En *Derecho de Familia*. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012, p. 31.

*Sumario:* 1. Introducción. – 2. El derecho a la intimidad: definición. – 3. Contenido del derecho a la intimidad. – 4. El derecho a la intimidad en las relaciones paternofiliales. – 4.1. La titularidad del derecho de la intimidad por los menores. – 4.1.1. La toma de decisiones personales. – 4.2. El derecho a la intimidad de los menores y las redes sociales. – 4.3. El derecho a la intimidad familiar y la libertad de prensa. – 4.4. El derecho a la intimidad de los menores y el secreto profesional de los médicos. – 5. Conclusión. – 6. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la intimidad desde el punto de vista normativo no ha evolucionado, sin embargo, en los últimos años las relaciones intersubjetivas en las que se protege dicho derecho a la intimidad han cambiado sustancialmente, y de manera muy especial las relaciones familiares, lo que debe de conllevar a establecer nuevas ideas respecto al derecho a la intimidad, instituyendo reglas o principios que conlleven a una debida protección de este derecho fundamental.

En nuestra legislación podemos decir que existen dos dimensiones de la intimidad, las que a su vez son complementarias: la personal y la familiar. Partimos del trato que le da a este derecho la Ley de Leyes, es decir, la Constitución Política del Perú vigente. Así, el artículo 2 establece que toda persona tiene derecho a: la intimidad personal y familiar. De igual manera, el Código Civil vigente, en su artículo 14 establece la intimidad de la vida personal y familiar. Y por último, este derecho en el Código Penal está tipificado de la siguiente manera: «Artículo 154: El que viola la intimidad de la vida personal o familiar...», y «Artículo 156: El que revela aspectos de la intimidad personal y familiar...».

El presente artículo trata de explicar los ámbitos en donde se desarrolla el derecho a la intimidad en la vida familiar, referido a las relaciones paternofiliales, y las consecuencias jurídicas que conllevaría su vulneración, para lo cual se lo analizará en sus distintos contenidos y formas de tratamientos dados en la jurisprudencia nacional y comparada.

## 2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD: DEFINICIÓN

En 1981, los juristas norteamericanos Samuel D. Warren y Louis D. Branders plantearon prolijamente el tema del derecho a la intimidad (*right to privacy*) en la revista de Derecho de la Universidad de Harvard. En 1963, se produce en el estado de Colorado el caso *Daily Times Democrat vs. Graham*. Este caso se generó a raíz de que una joven fue fotografiada en un parque de diversión en el momento en que una corriente de aire

levantó su vestido. El órgano jurisdiccional señaló que «aun en lugares públicos hay cosas que aunque estén a la vista, siguen siendo privadas».

La intimidad comprende un conjunto de actos, comportamientos, situaciones y actividades personalísimas que, como bien expone Manuel García Amigo «forman el núcleo de la vida individual y familiar» [...] La denominada intimidad personal comprende «el espacio o área del comportamiento» infranqueables ante terceros. [...] La denominada intimidad familiar comprende el escenario o recinto del hogar de los ascendientes y descendientes ligados a una persona. Ergo, incluye las relaciones conyugales y paternofiliales.

El ejercicio del derecho a la intimidad conlleva a los dos aspectos siguientes:

- a) Preservación del no conocimiento ajeno de ciertos aspectos o manifestaciones de la vida privada (personal y familiar).
- b) Establecimiento jurídico de una suerte de distancia o discreción por parte de terceros, a efectos de no atentar contra los sentimientos o costumbres personales o familiares». <sup>2</sup>

En sentencia, el tribunal español define el derecho a la intimidad como «un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo a cada persona reservarse un espacio resguardado de curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio».

Femenía López<sup>3</sup> señala que

El reconocimiento a la intimidad significa [...] admitir un campo de actuación a la autonomía privada en orden de fijación de datos y circunstancias que determinan ese «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás», necesario «para mantener una calidad mínima de la vida humana. En consecuencia, se admite que el derecho a la intimidad posee un doble aspecto, positivo y negativo. En su aspecto positivo, significa que el individuo dispone *de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia*; y en su aspecto negativo, supone, *el poder de resguardar ese ámbito reservado frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida*».

---

2 GARCÍA TOMA, Víctor. *Derechos fundamentales*. Lima: Editorial Adrus, 2013, 2.ª Ed., pp. 325-328.

3 FEMENÍA LÓPEZ, Pedro. «Daños por violación en las relaciones paternofiliales». En *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 199.

El Diccionario de la Real Academia Española define a la intimidad como «zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia». No obstante, parece haber consenso en afirmar que «íntimo» es aquello reservado de cada persona.

Por lo tanto, el derecho a la intimidad puede definirse como el «poder concedido a la persona sobre el conjunto de circunstancias personales que puede excluir ilícitamente del conocimiento de terceros».

Para José de Verda,<sup>4</sup> en el derecho a la intimidad, en mera vida privada, hay datos que los demás no tienen por qué conocer, pero que objetivamente no parece que puedan ser considerados como parte de ese «reducto de inmunidad», sin cuya preservación «no es realizable, ni concibe siquiera, la existencia en dignidad»; sería, por ejemplo, el caso del importe de la nómina mensual o de los datos bancarios. Asimismo, agrega que la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona —el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo—, la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad.

En relación con el derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional español ha reiterado que se funda en la necesidad de garantizar «[...] la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz» (STC n.º 77/2009, de 23 de marzo, fundamento jurídico 2).

---

4 DE VERDA Y BEAMONTE, José. «Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge». En *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*. Madrid: Dykinson, 2012, pp. 165-166.

### 3. CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina nacional y extranjera. Para Marcela M. Leloir y Agustín Sojo,<sup>5</sup> comprende tres grandes grupos de derechos o deberes: a) los que se refieren al derecho a ser dejado solo o gozar de la tranquilidad; b) la autonomía de las decisiones o autodeterminación; y c) el control de la información personal.

Para nuestro Tribunal Constitucional el «contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2, inciso 7 de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho» (STC n.º 00011-2004-AI, fundamento jurídico 37).<sup>6</sup>

Ahora bien, cabe señalar la distinción entre los derechos a la intimidad personal y familiar respecto al derecho a la privacidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que «Mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto no puede identificarse con el derecho a la intimidad personal familiar, ya que mientras éste protege el derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo a poder preservarlo ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de datos que le conciernen [...]».<sup>7</sup>

Asimismo, en otra sentencia el TC, en el caso Magaly Medina Vela, señala que «La vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de la persona; la vida privada, por su parte, la engloba y también incluye un ámbito en donde se admiten algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio [...]» (Expediente n.º 067712-2005-HC/TC).

---

5 LELOIR, Marcela y Agustín Sojo. «La intimidad que se deben los familiares actualmente». En *Derecho de Familia*. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 94.

6 LANDA ARROYO, César. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra, 2010, p. 28.

7 *Idem*, pp. 117-118.

Por tanto, coincidimos como Víctor García Toma<sup>8</sup> cuando señala que respecto a estos dos derechos puede deducirse lo siguiente:

- a) El inciso 7 del artículo 2 de la Constitución engloba tanto el derecho a la vida privada como el derecho a la intimidad.
- b) El derecho a la intimidad tiene una protección mayor que el derecho a la vida privada.

#### 4. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

El derecho a la intimidad cobra una vital importancia en la vida familiar, que nace luego del ejercicio de una serie de derechos subjetivos familiares como consecuencia de una serie de relaciones jurídicas de orden familiar, como es el caso de la relación paterno filial y la relación conyugal u otras relaciones similares, cobrando mayor relevancia en el caso de las relaciones paterno filiales por la trascendencia de los derechos de los menores frente a los derechos de los padres.

Siguiendo en la idea de Marcela M. Leloir y Agustín Sojo,<sup>9</sup> el derecho a la intimidad en las relaciones familiares comprende el llamado **derecho a la tranquilidad**, en el cual se puede presentar una serie de problemáticas en su ejercicio. Así, la autora señala que «En el caso de las relaciones paterno filiales, este derecho puede entrar en tensión con otros derechos de mayor jerarquía, tal como el derecho del niño a tener una adecuada comunicación con su padre, así como el derecho de la madre a que su ex pareja no la perturbe se contrapone con el derecho del niño y su padre a mantener trato habitual. En este último caso, “se debe de compatibilizar el derecho a la intimidad y comunicación paterno filial”».

En el Derecho de Familia este derecho a ser dejado solo se contrapone, en cierta medida, con los deberes familiares. En las relaciones paterno filiales, el derecho a ser dejado solo aparece coartado por ciertos deberes familiares, pero no por ello deja de existir. Un hijo, aun si fuese menor de edad, tiene derecho a que se respeten sus espacios privados, pero al mismo tiempo un padre no puede desentenderse de su hijo por cuanto tiene deberes de cuidado que le exigen ser parte de su vida. En ese sentido, el padre que tiene sospechas razonables de que su hija puede ser víctima de cierta conducta delictiva tiene derecho a entro-

---

8 GARCÍA TOMA, Víctor. *Op. cit.*, p. 333.

9 LELOIR, Marcela y Agustín SOJO. *Op. cit.*, p. 96.

meterse en su esfera más íntima de correspondencia electrónica para velar por los intereses de su hija, pero no por simple curiosidad.

Del mismo modo tiene el derecho a revisar lo que sus hijos realizan a través de las redes sociales, porque existe un deber de vigilancia que obliga a los padres a responder por las injurias que sus hijos puedan divulgar a través del Internet.

#### 4.1. La titularidad del derecho de la intimidad por los menores

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 16 que: «Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, y de ataques ilegales a su honor y a su reputación».

Asimismo, la Carta Europea de Derechos del Niño en su artículo 8.29 declara: «Todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni sufrir atentados ilegales contra su honor».

Como se señala, existe un reconocimiento expreso de los derechos fundamentales de menores de edad. Sin embargo, puede presentarse situaciones en donde se enfrentaría este derecho al ejercicio de la patria potestad de los padres. Al respecto:

El ordenamiento italiano se considera la posibilidad de injerencia de los padres en el ámbito privado de los hijos [...] y afectaría a aquellos menores cuyas condiciones de madurez no fueran suficientes, ya que se parte del reconocimiento de un ámbito de intimidad de los hijos menores que o pueden ser lícitamente invadido por los padres.

Para la doctrina italiana, el derecho a la intimidad del menor aparece justificado, en términos generales, como un derecho de la personalidad del cual no puede ser privado, pero también como un deber específico de los padres en el desarrollo de la función educativa que afecta fundamentalmente a aquellos menores cuyas condiciones de madurez no son suficientes, obligando a los padre a vigilar su formación y planteando, a la vez, el problema de legitimidad del control y de su extensión.

En Francia, la jurisprudencia de la Corte de Casación entiende que no es suficiente con el consentimiento del menor para la divulgación de hechos relativos a su vida privada si quienes detentan la autoridad no han consentido dicha divulgación.

Las condiciones de madurez y suficiente juicio conforman, por tanto, el criterio delimitador de la actuación de los representantes legales en la esfera de los derechos de la personalidad del menor».<sup>10</sup>

---

10 FEMENÍA LÓPEZ, Pedro. *Op. cit.*, pp. 208-209.

*La toma de decisiones personales*

La autonomía siempre se ve limitada por las nociones de orden público y los derechos de terceros. Sin embargo, el orden público debe ceder espacio a la autonomía personal.

Existen cuestiones de autonomía en toma de decisiones que viene transformando las relaciones de familia. Por un lado, la incorporación de la **capacidad progresiva del menor de edad** y, por otro lado, el reconocimiento de cierta autonomía a favor de las personas con discapacidad transforman las relaciones familiares. En el primer caso se presentan dos situaciones: el derecho de los padres a tomar decisiones por los hijos que no han desarrollado aún su propio juicio; y el derecho de las personas menores de edad a tomar sus propias decisiones.

Así, por ejemplo, un tribunal argentino reconoció el derecho de los padres a decidir por su hijo y rechazar el plan nacional de vacunación; al respecto decidió que si bien los padres tenían el derecho de decidir por sus hijos, también señaló que se imponía este plan por poner en juego derechos de terceros que podrían contagiarse enfermedades y el derecho a la salud del niño, considerando el punto de vista del mejor interés del niño.

Pero cuando el niño alcanza la adolescencia y comienza a desarrollar su propio juicio trae dificultades para determinar a partir de cuándo va a poder tomar sus propias decisiones, sin necesidad de acudir a sus padres.

Al respecto, en el Derecho Internacional se tiende a adoptar el sistema de capacidad progresiva como nuevo paradigma. Por tanto, para este sistema, los niños pueden tomar sus propias decisiones en todas aquellas cuestiones que no hagan a su salud o pongan en riesgo su crecimiento, pero en la mayoría hacen prevalecer el interés superior del niño por sobre su autonomía en aquellas cuestiones fundamentales.

Sin embargo, también se deja a la judicatura facultades tan amplias que permiten replantearse la existencia del derecho a la vida privada y familiar. Tal es el caso en Inglaterra en el que se falla invocando la idea de que los menores de 16 años eran autónomos para elegir y decidir sus propias prácticas médicas (control de natalidad o práctica anticonceptiva).

De lo que se trata es que las personas menores tengan la posibilidad de forjar su propio destino, pero ello no significa que aquellos que los rodean no puedan influenciar o acompañar en sus decisiones; pero no pueden decidir por ellas.

Pedro Femenía López<sup>11</sup> señala que «en sentencia española, se condenó a un año de prisión y cinco de alejamiento de su ex mujer y de sus dos hijas por instalar una cámara de video doméstica en el baño de la vivienda familiar al sospechar que unas de sus hijas sufrían de anorexia y se provocaba vómitos, lo que no admitía. Sin embargo, la cámara grabó no solo a la hija que aparentemente sufría el trastorno alimentario, sino que también tomó imágenes de su mujer, de la que estaba separado, de su otra hija, incluso de amigas de estas. El fallo también impone una indemnización a su exmujer y a cada una de sus hijas por daños morales causados. La hija, no obstante, tuvo que ser sometida a tratamiento por bulimia».

#### 4.2. El derecho a la intimidad de los menores y las redes sociales

Las redes sociales *on-line* han transformado el concepto de intimidad y su aplicación en la esfera familiar. Pero, además, la generalización del uso de dispositivos móviles por medio de los cuales se puede captar la imagen y el sonido permite ámbitos de injerencia que en otro tiempo resultaba imposible. Así, por ejemplo, «[...] invade la intimidad de los menores la colocación por parte de los padres de dispositivos que capten la imagen o el sonido en espacios reservados a la vida privada; al menos que sea para prevenir la lesión o atentado a algún otro derecho fundamental del menor».<sup>12</sup>

Por tanto, adquiere especial trascendencia el uso de las redes sociales por parte de los menores, lo cual ha producido un cambio al concepto de intimidad, dado que deja de ser una esfera sustraída al conocimiento de los demás para convertirse en un perfil donde los sujetos exteriorizan de forma voluntaria su «personalidad» y facilitan datos personales para construir lo que se denomina «extimidad», planteando inseguridades para la intimidad de los sujetos, así como terceras personas, ya que los datos a las mismas son accesibles de forma pública y global para millones de usuarios. Así estudios recientes demuestran que el 71% de los escolares con edades entre 10 y 18 años tienen uno o varios perfiles en las redes sociales. A partir de los 14 años el porcentaje supera el 80% y alcanza mayor índice de uso, el 85% justo antes de la mayoría de edad.

Considerando que las entidades prestadoras de estos servicios no están en la obligación de controlar o supervisar todos los contenidos que se transmiten o almacenan, lo cual sería además imposible, sin

---

11 FEMENÍA LÓPEZ, Pedro. *Op. cit.*, p. 196.

12 *Ibidem.*

embargo, se les impone el deber de evitar delitos o actividades ilícitas en la red en cuanto tomen conocimiento de ellos, retirando e imposibilitando, con la diligencia debida, el acceso de aquella información que sea así calificada.

Desde este punto de vista, la labor de colaboración de los padres en el control de los perfiles de sus hijos menores resulta fundamental.

Por último, la intervención de los padres también estaría justificada con base en la lesión de sus propios derechos personales, cuando la intervención del menor, con suficiente juicio, en las redes sociales no afectase únicamente a su esfera privada sino también a la «intimidad familiar» o a la intimidad personal de algún otro de los miembros integrantes de la familia.<sup>13</sup>

### 4.3. El derecho a la intimidad familiar y la libertad de prensa

Sobre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad en el ámbito familiar, se advierte que ciertas personas no gozan de un derecho a mantener en reserva su vida privada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condena la divulgación de la información que vinculaba a una persona pública con su hijo extramatrimonial. Cuando un padre deja entrar a público en su vida privada puede estar poniendo en riesgo a sus hijos, cuya madurez puede resultar insuficiente para lidiar con las presiones que la exposición suele traer.

La jurisprudencia española ha considerado, por ejemplo, «una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad familiar el que un medio de comunicación revelara la filiación biológica de un menor y el hecho de ser su madre natural una prostituta o atribuyera a un padre una conducta infiel y una adicción al sexo».<sup>14</sup>

Asimismo, en Córdoba, el Ministerio Fiscal, en defensa de los intereses del menor, insta una demanda contra un medio de comunicación y contra la madre de la niña, por publicar la acusación falsa que la primera realiza contra el padre, de haber cometido abusos sexuales sobre su hija, además de incluir la fotografía de la menor que permitía identificarla, afectando el derecho a la intimidad del menor.<sup>15</sup>

---

13 *Idem*, pp. 233-235

14 DE VERDA Y BEAMONTE, José. *Op. cit.*, p. 179.

15 FEMENÍA LÓPEZ, Pedro. *Op. cit.*, p. 240.

#### 4.4. El derecho a la intimidad de los menores y el secreto profesional de los médicos

Sobre el secreto médico, los autores reconocen que no existe una regla precisa y desprovista de ambigüedad que permita trazar con certitud la frontera entre la obligación del médico de no revelar las confidencias requeridas bajo secreto médico y la obligación de revelarlas cuando el valor protegido por el secreto, es decir, el derecho a la vida privada, entra en conflicto con otro valor fundamental.<sup>16</sup> Ahora, es necesario que el profesional médico pueda actuar conforme a su código de ética profesional en la revelación del secreto sobre algún dato médico, lo cual se torna difícil para éste cuando quien es el titular del secreto es un niño, niña o adolescente, por cuanto se puede ver afectado su derecho a la intimidad como un valor fundamental, para lo cual se deberá de tener en cuenta la capacidad progresiva del incapaz.

El secreto médico estará referido a varios aspectos, como es el diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento a seguir ante la presencia de una enfermedad, la cual puede revestir gravedad. Asimismo, estos aspectos le alcanzan no sólo al médico tratante, sino además a otros miembros que de manera indirecta intervengan en el tratamiento, como es en el caso de los auxiliares e inclusive los practicantes.

Por otro lado, información que contiene la historia médica del paciente y su tratamiento debe de hacerse con el pleno conocimiento del mismo, por lo que los profesionales médicos deben de informar a sus pacientes el procedimiento a seguir, para lo cual deberán de contar con su pleno consentimiento, esta situación se hace aún más difícil cuando se trata de menores.

Así, la conciencia del propio cuerpo llega a cada ser humano mucho antes que su mayoría de edad; si se puede poner sobre la mesa la voluntad del niño cuando se trata de su cuerpo es, precisamente, porque es «sobre su cuerpo que el espíritu se despierta primero y pronto. De allí que hay que tener en que el adolescente o llamado “menor maduro” es competente y cuenta con autonomía suficiente para comprender el acto médico».<sup>17</sup>

El punto de partida para poder solucionar las problemáticas que se pueden presentar entre el secreto profesional y el derecho de la intimidad

---

16 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Op. cit.*, p. 32.

17 *Idem*, pp. 46-47.

de un menor, que inclusive está bajo la responsabilidad de sus padres, debe ser considerando el principio del interés superior del niño contemplado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y en nuestro Código de los Niños y Adolescentes.

Al respecto, la Convención en sus artículos 25 y 26 señala que «Los Estados partes reconocen el derechos del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes o para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación».

Esta normativa conlleva a que todo niño sea respetado en su integridad física, en su dignidad a través del respeto de su derecho fundamental de su intimidad, por lo que, tan igual que el adulto, éste merece protección respecto del secreto, más aún por encontrarse en un estado de vulnerabilidad, mereciendo una mayor protección.

Por tanto, se deben establecer reglas claras respecto a en qué casos se debería respetar el secreto del niño maduro respecto de ciertos datos que no quiere que le sean revelados a sus representantes legales.

En la doctrina comparada existen posiciones a favor y en contra de guardar el secreto de los adolescentes ante sus representantes legales por parte de los profesionales médicos.

La tesis positiva que la persona menor de edad, madura o competente tiene el derecho al secreto profesional también en contra de sus representantes, como señala Aida Kemelmajer,<sup>18</sup> es de tendencia de la mayoría de países y se sustenta en las siguientes razones:

- a) Las libertades fundamentales de la persona menor de edad, entre las cuales se encuentra su intimidad, tienen también eficacia directa en las relaciones paternofiliales.
- b) La persona menor de edad puede tener secretos, aun cuando sea un incapaz para contratar. Puede ser que lo comparta con una persona de confianza y no con sus representantes legales; por eso, las leyes más modernas de salud autorizan al adolescente a concurrir a petitionar el servicio con esa persona de confianza.
- c) El interés del menor puede estar en guardar el secreto profesional.
- d) Revelar el secreto puede significar conflictos familiares muy graves,

---

18 *Idem*, pp. 50-51.

por ejemplo, en una familia muy religiosa, manifestar que la hija ha perdido la virginidad. Más aún, en algunos casos esta información puede haber sido pedida por los propios padres para cumplir con una convención fundada en las costumbres. El reconocimiento del derecho al secreto médico camina a la par de la evolución del estatuto del niño.

- e) Se reconoce, sin embargo, que en las legislaciones que no establecen una edad para el acto médico (por ejemplo, 16 años), quien juzga si el adolescente tiene o no autonomía es el médico, por lo tanto, si considera que no tiene madurez, avisará a los padres.

En razón a lo señalado, existirían también excepciones de guardar el secreto, como es en el caso de presencia de epidemias o de enfermedades de carácter genético, por cuanto la información genética tiene carácter compartido, ya que los datos involucran no solo a una persona, sino también a sus familiares o descendientes. Por ejemplo, en caso que el adolescente sufra de alguna anomalía genética de carácter hereditaria es importante que esto sea revelado con la finalidad de no afectar a intereses de algún familiar como sus hermanos o descendientes.

Para concluir, se presentan casos especiales de revelación del secreto médico afectando la intimidad del menor maduro, cuando se da la interrupción de embarazo sin comunicación de los padres.

Al respecto, existen decisiones jurisprudenciales que se ocuparon de estos casos que a continuación mencionaremos:<sup>19</sup>

- a) En Alemania, [...] la mayoría de los autores aprueba la práctica médica según el cual no necesita autorización parental para practicar la interrupción del embarazo si la adolescente es apta para comprender las consecuencias de sus actos. La capacidad de discernimiento se presume es a los 16 años [...] Si el paciente mantiene su voluntad de abortar, debe orientarla hacia un centro de planificación familiar donde, como a cualquier mujer adulta, se le dará un plazo de reflexión de tres días; si persiste en su posición, el médico practicará la interrupción del embarazo.
- b) En España, la adolescente que tiene madurez suficiente puede tomar por sí sola la decisión de interrumpir o proseguir con su embarazo [...]. Los médicos deben de respetar su derecho a la confidencialidad, salvo que exista peligro para la vida de la adolescente, en

---

19 *Idem*, pp. 54-56.

cuyo caso deben de comunicar a los padres.

- c) En Inglaterra, las nociones de autonomía y competencia se aplicaron en el caso «Axon», de 2006. Si la joven tiene autonomía, entonces puede ir adelante con la interrupción del embarazo, sin que comunique a sus padres si ésta es su voluntad.
- d) Otro caso, en Alemania, un adolescente maduro, sin autorización de los padres y, consecuentemente, bajo secreto, pudo solicitar se le practiquen los *tests* de despistaje del sida y que se guarde secreto sobre su resultado.

Como vemos, en los países antes mencionados se tiene muy en cuenta la madurez de los adolescentes y en mérito a ello el respeto a su intimidad, guardando el secreto del acto médico practicado, sin revelarlo a sus representantes legales, al menos que se vean afectados otros derechos fundamentales, como es el derecho a la vida del menor.

## 6. CONCLUSIÓN

Como se ha expuesto, podemos concluir que el derecho a la intimidad en las relaciones de orden familiar guarda una especial protección, más aún cuando se contraponen dos derechos fundamentales, por lo que los tribunales deberán de ponderar los mismos y preferir el derecho que menos se vulnere.

En el caso de las relaciones paternofiliales, frente al derecho de los padres en el ejercicio de la patria potestad o responsabilidad parental, debe de primar el principio del interés superior del niño, siempre y cuando no se vean afectados derechos fundamentales del menor.

Asimismo, cualquier información en donde exista datos de la vida de un menor de edad deberá de ser revelada siempre que no afecte el derecho a la intimidad del menor, en caso contrario su difusión vulneraría tal derecho y debe ser materia de sanción tanto en el ámbito penal como en lo civil a través del resarcimiento.

Por último, en el caso de la revelación de los actos médicos practicados a los adolescentes, también debe de tenerse en cuenta la capacidad progresiva de los adolescentes, y en la medida de lo posible respetar su intimidad, no revelando el resultado de dicho acto, siempre que esto no afecte al propio menor o a sus familiares en las excepciones ya señaladas.

Este libro se terminó de imprimir, en los talleres de  
**Grández Gráficos S.A.C.** el mes de junio de 2015,  
[www.grandezgraficos.com](http://www.grandezgraficos.com)  
Teléf.: (511) 531-4658

